

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

HORTÊNCIA MIRANDA COSTA

RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL: a reparação dos consumidores por
danos decorrentes de infrações à ordem econômica

São Luís

2014

HORTÊNCIA MIRANDA COSTA

RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL: a reparação dos consumidores por danos decorrentes de infrações à ordem econômica

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Dra. Lucylea Gonçalves França.

São Luís
2014

Costa, Hortência Miranda

Responsabilidade civil concorrencial: a reparação dos consumidores por danos decorrentes de infrações à ordem econômica / Hortência Miranda Costa.– São Luís, 2014.

86 f.

Impresso por computador (fotocópia)

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Lucylea Gonçalves Franç

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2014.

1. Responsabilidade civil- consumidor2. Responsabilidade civil concorrencial3. Ordem econômica – infração. I. Título

CDU 347.51:346.548

HORTÊNCIA MIRANDA COSTA

RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL: a reparação dos consumidores por danos decorrentes de infrações à ordem econômica

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do grau de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Lucylea Gonçalves França (Orientadora)
Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca

Segundo examinador

Terceiro examinador

“Alguns homens veem as coisas como são e dizem ‘por que?’ Eu sonho com as coisas que nunca foram e me pergunto ‘por que não?’” (George Bernard Shaw).

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado a dádiva de uma vida repleta de oportunidades e, sobretudo, por ter me iluminado em cada caminho que escolhi trilhar;

À minha mãe querida, pelo dom da vida, pelo amor incondicional, pelos cuidados diários e por ser meu maior paradigma de sucesso, de ética e de superação;

À minha irmã Elisa, por adoçar minha vida com sua ternura, por fortalecer meu caráter com seu exemplo e por ser a melhor amiga que a vida poderia ter me dado;

Aos meus queridos avôs maternos, pelo imenso carinho que sempre me dedicaram e por terem me ensinado, através do seu exemplo, que a maior vitória é sempre aquela que se conquista com trabalho, humildade e ética;

Ao meu namorado Guilherme, pela compreensão, pelo companheirismo e pelos momentos de epifania que seu convívio me proporciona diariamente;

À minha orientadora, Dra. Lucylea Gonçalves França, pela dedicação com que exerce seu ofício, pela paciência e ensinamentos sem os quais eu não teria conseguido elaborar esse trabalho;

A todos os meus familiares e amigos, pelo carinho, apoio e torcida constantes;

A todos os meus colegas de aula, em especial à Thalita Simas, Ana Amélia Carneiro e Paulo Filipe, com os quais eu compartilhei as responsabilidades, incertezas e alegrias dessa longa jornada acadêmica;

A todos os membros da 11ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Maranhão, em especial ao Dr. Raimundo Ferreira Neto, pela generosidade com me acolheram e pelos valiosos ensinamentos que fizeram do meu estágio uma experiência transformadora;

Enfim, a todos que direta ou indiretamente contribuíram para a elaboração desse trabalho.

LISTA DE SIGLAS

CADE- Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC – Código Civil
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CJF – Conselho da Justiça Federal
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
OECD – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico
SDE – Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

RESUMO

Análise do instituto da responsabilidade civil concorrencial, no Direito pátrio. Deu-se enfoque à reparação civil dos consumidores, que são os sujeitos mais vulneráveis nas relações de mercado. Empregou-se uma abordagem multidisciplinar, com a interlocução entre Direito da Concorrência, Direito Civil e Direito do Consumidor. Partiu-se da análise da responsabilidade civil concorrencial, em jurisdições estrangeiras, em que o debate sobre a matéria está mais desenvolvido, a exemplo dos Estados Unidos e da União Europeia. No Direito brasileiro, analisaram-se os elementos estruturais da responsabilidade civil concorrencial, como ato ilícito, dano, nexo causal e culpa, à luz da legislação e jurisprudência pátrias. Avaliou-se a importância da tutela coletiva para a efetiva reparação dos consumidores vítimas de infrações à ordem econômica. Observou-se a necessidade de cooperação entre a execução pública e privada da lei antitruste. Verificou-se a importância da participação do Cade, nas ações civis de reparação de danos, para dar suporte técnico e maior segurança jurídica para as decisões judiciais. Observou-se ainda a relevância do acesso às provas colhidas na esfera administrativa, para o êxito das ações de ressarcimento ajuizadas em favor dos consumidores prejudicados pelas condutas anticoncorrenciais.

Palavras-chave: Responsabilidade civil concorrencial. Infração à ordem econômica. Consumidor.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the institute of private enforcement antitrust law in Brazilian Law. It was given an approach to civil redress for consumers, who are the most vulnerable subjects in market relations. This study used a multidisciplinary approach, with the dialogue between Antitrust Law, Civil Law and Consumer Law. It started from the analysis of antitrust liability in foreign jurisdictions in which the debate on the subject is more developed, like the United States and the European Union. Under Brazilian Law, the structural elements of the private enforcement of antitrust law, as tort, damage, causation and fault, were analyzed according to Brazilian legislation and case law. The importance of collective protection for effective redress of consumers victims of restraint of trade was evaluated. The need for cooperation between public and private enforcement antitrust law was observed. It was verified the importance of Cade's participation, in civil actions for damages, to provide technical and greater legal certainty to support judgments. It was also observed the relevance of access to evidence collected at the administrative level, for the success of compensation law suits filed on behalf of consumer harmed by anti-competitive conduct.

Keywords: Civil Liability and Competition. Economic Order Violation. Consumer.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL.....	13
2.1	O ilícito antitruste nas esferas administrativa, penal e civil	13
2.2	Responsabilidade civil concorrencial no direito comparado.....	17
2.2.1	O Panorama nos Estados Unidos.....	17
2.2.2	O Panorama na União Européia.....	19
2.5	A responsabilidade civil concorrencial no direito brasileiro.....	23
3	SUJEITOS TUTELADOS PELA RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL.....	28
3.1	O consumidor na ordem jurídica brasileira.....	30
3.2	O consumidor e a livre-concorrência.....	35
4	ELEMENTOS ESTRUTURAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL.....	40
4.1	Ato ilícito.....	42
4.2	Dano.....	47
4.3	Nexo causal.....	53
4.4	Culpa.....	57
5	TUTELA COLETIVA DOS CONSUMIDORES.....	61
5.1	Tutela coletiva e a efetiva reparação dos consumidores.....	61
5.2	A atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.....	64
5.3	Provas: a imprescindível cooperação entre as esferas civil e administrativa....	69
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	74
	REFERÊNCIAS.....	79

1 INTRODUÇÃO

As infrações à ordem econômica têm impactos altamente negativos para a economia de um país, uma vez que alteram as estruturas de mercado, gerando danos para todos os sujeitos da cadeia produtiva, como fornecedores, distribuidores, concorrentes e consumidores. Além de acarretarem a elevação artificial de preços e a redução da oferta, os ilícitos concorrenciais geram, a longo prazo, o desincentivo à pesquisa e à inovação tecnológica, comprometendo a qualidade de produtos e serviços e o nível de desenvolvimento do país.

Diante dos elevados custos sociais gerados pelas infrações à ordem econômica, os Estados têm aperfeiçoado os mecanismos de combate a essas práticas. Além do aprimoramento dos instrumentos de repressão e prevenção, percebe-se, na atualidade, uma tendência ao desenvolvimento da tutela reparatória, a fim de viabilizar o ressarcimento ou, ao menos, a compensação dos prejuízos gerados pelos ilícitos concorrenciais.

Nos Estados Unidos, país com maior tradição no Direito Antitruste, as ações civis de reparação de danos constituem, desde a edição do *Clayton Act* (1914), o principal instrumento de combate às infrações à ordem econômica. Na União Europeia, apesar do predomínio da defesa administrativa da concorrência, a Comissão Europeia vem empreendendo, nos últimos anos, estudos sistemáticos e consultas públicas, a fim de elaborar um marco normativo sobre a matéria.

A despeito do intenso debate existente no Direito Comparado, em nosso país, a reparação civil dos danos antitruste é uma prática quase inexistente. Apesar da previsão contida no art. 47, da Lei 12.529/2011, é incipiente o número de ações de ressarcimento ajuizadas no Brasil, sendo que, das ações propostas, pouquíssimas resultam em condenações. Ademais, observa-se a ausência de debates acadêmicos e institucionais sobre a aplicação privada da legislação antitruste.

Considerando a escassez de estudos nacionais dedicados ao tema, o presente trabalho objetivou analisar as questões jurídico-dogmáticas relativas à responsabilidade civil concorrencial, com enfoque na reparação civil dos consumidores, que são, em regra, os maiores prejudicados pelas infrações à ordem econômica.

Para tanto, empregou-se o método indutivo, partindo-se da análise de casos concretos e de estudos específicos sobre o tema, colhidos, sobretudo, na jurisdição e na doutrina de países com maior tradição na responsabilidade civil concorrencial. A partir da

análise desses dados particulares, foi possível chegar a conclusões gerais, aplicáveis ao sistema jurídico nacional.

Como métodos de procedimento, o presente trabalho utilizou o método monográfico, uma vez que partiu da análise de casos considerados representativos de muitos outros. Adotou-se ainda o método comparativo, já que se promoveu o estudo do tratamento conferido pelo Direito Comparado a certas questões materiais e processuais, aplicando-se as conclusões compatíveis com a legislação e a jurisprudência de nosso país. As técnicas de pesquisa adotadas foram a bibliográfica e a documental, com a análise de trabalhos acadêmicos e doutrinários dedicados ao tema da responsabilidade civil concorrencial.

O presente trabalho se estruturou em quatro capítulos. No primeiro, intitulado “Aspectos gerais da responsabilidade civil concorrencial”, apresentou-se uma noção introdutória desse instituto. Inicialmente, demonstrou-se que a prática de um ilícito antitruste gera a responsabilização do infrator nas esferas administrativa, civil e criminal, que são autônomas e exercem funções distintas, na busca por um ambiente concorrencial hígido.

Em seguida, empreendeu-se um estudo comparativo do tratamento dado à responsabilidade civil concorrencial pelo sistema jurídico dos Estados Unidos e pelo direito comunitário da União Europeia. Por fim, discutiu-se a realidade brasileira, à luz da legislação e jurisprudência pátrias, como o objetivo de identificar as principais dificuldades a serem enfrentadas para a efetiva reparação das vítimas de práticas anticompetitivas.

O segundo capítulo, denominado “Sujeitos tutelados pela responsabilidade civil concorrencial”, identificou os prejudicados pelas infrações à ordem econômica, a quem a lei conferiu o direito de ação, para o ressarcimento dos danos sofridos. Buscou-se demonstrar a primazia que o sistema reparatório deve dar aos consumidores, uma vez que, em regra, esses sujeitos são os mais atingidos pelas condutas anticoncorrenciais.

Para tanto, discutiu-se a amplitude do conceito de consumidor em nosso sistema jurídico, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e da legislação e doutrina consumeristas. Por fim, o capítulo demonstrou a importância da interlocução entre o direito do consumidor e o direito antitruste, para a efetivação da responsabilidade civil concorrencial, discutindo em que medida o bem-estar dos consumidores constitui objeto de tutela pelo sistema de defesa da concorrência.

No terceiro capítulo, intitulado “Elementos estruturais da responsabilidade civil concorrencial”, foram analisados os elementos necessários à responsabilização civil dos violadores das normas antitruste (ato ilícito, dano, nexo causal, culpa), utilizando-se uma

abordagem multidisciplinar, amparada em conceitos do direito concorrencial, civil e consumerista.

No que se refere ao ato ilícito, o trabalho demonstrou os requisitos necessários à configuração das infrações à ordem econômica, à luz dos ensinamentos doutrinários e da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). Em relação ao dano, foram identificados os principais danos materiais e extrapatrimoniais, individuais e coletivos, causados pelos ilícitos concorrenciais, dando-se destaque aos prejuízos sofridos pelos consumidores. Nesse tópico, foram enfrentadas as dificuldades inerentes à quantificação desses danos, demonstrando-se as soluções adotadas pelas jurisdições estrangeiras e as que seriam mais compatíveis com a tradição jurídica brasileira.

No que se refere ao nexo causal, foram debatidas as teorias da causalidade mais adequadas à responsabilidade civil concorrencial. Entre as controvérsias relativas ao tema, destacou-se a problemática da repercussão dos custos adicionais e o direito de ação dos consumidores finais, quando um ilícito antitruste ocorre no início da cadeia produtiva. Para tanto, foram analisadas as soluções encontradas pelo Direito Comparado, discutindo-se qual é a mais consentânea às normas constitucionais e legais do nosso país. Por fim, no que tange ao requisito da culpa, discutiu-se se a responsabilidade civil concorrencial é subjetiva ou objetiva.

O último capítulo foi dedicado ao tema da tutela coletiva dos consumidores prejudicados por infrações à ordem econômica. Buscou-se demonstrar a importância dos mecanismos de tutela coletiva, uma vez que os consumidores, em regra, se sentem dissuadidos à propositura de ações individuais, quando levam em conta a relação custo-benefício.

Ademais, o quarto capítulo discutiu a relevância dos mecanismos de cooperação entre as esferas administrativa e civil, para que as ações indenizatórias em favor dos consumidores possam ser exitosas. Nesse sentido, analisou-se a natureza da intervenção do Cade nessas demandas, ressaltando o papel dessa autarquia, para que se obtenham decisões judiciais mais técnicas e uniformes. Por fim, discutiu-se o acesso dos consumidores às provas que são colhidas no âmbito dos programas de leniência, demonstrando-se de que forma devem ser enfrentados os possíveis conflitos entre o interesse público da administração e os interesses privados dos demandantes.

2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL

2.1 O ilícito antitruste nas esferas administrativa, penal e civil

O art. 36, § 3º da Lei 12.529/2011 apresenta um elenco exemplificativo de práticas anticompetitivas. Para que configurem infrações à ordem econômica, essas condutas têm de produzir, de modo efetivo ou potencial, um dos efeitos descritos nos incisos do aludido dispositivo legal, cujo teor se reproduz abaixo:

Art. 36. **Constituem infração da ordem econômica**, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham **por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos**, ainda que não sejam alcançados:

I - **limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;**

II - **dominar mercado relevante** de bens ou serviços;

III - **aumentar arbitrariamente os lucros;** e

IV - **exercer de forma abusiva posição dominante.**

Desse modo, para a caracterização de ilícitos concorrenciais, o nosso sistema jurídico adotou a chamada regra da razão (“rule of reason”). Resultado de uma construção da jurisprudência norte-americana, a regra da razão consiste em um “método de interpretação que impõe a ilicitude, apenas, das práticas que restringem a concorrência de forma ‘não razoável.’” (FORGIONI, 2010, p. 193).

Portanto, no Brasil, para que certa conduta seja considerada um ilícito antitruste, não basta a sua subsunção à descrição em lei, sendo necessário ponderar acerca dos seus efeitos deletérios para a concorrência e das possíveis vantagens para o mercado. Assim, é possível que uma conduta restritiva da livre concorrência seja considerada lícita, caso represente um ganho de eficiência para a economia.

A prática de um ilícito concorrenciais pode ensejar a responsabilização do infrator em três esferas distintas: a) administrativa; b) criminal; c) civil. Essas três instâncias de responsabilização são independentes entre si, exercendo funções distintas, na busca por um ambiente concorrenciais hígido.

Com efeito, a atuação do Poder Judiciário na tutela da livre concorrência é autônoma em relação ao poder de polícia e regulação exercido pela Administração Pública. Desse modo, as decisões das autoridades administrativas de defesa da concorrência não têm o condão de inibir a prestação jurisdicional, seja na repressão dos crimes à ordem econômica,

seja na tutela dos danos decorrentes dessas práticas anticompetitivas, conforme já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial 677585/RS¹.

No âmbito administrativo, a tutela da livre concorrência cabe ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que, de acordo com o art. 1º da Lei 12.529/2011, é constituído pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)². A essas instituições compete a aplicação das medidas preventivas e repressivas de infrações à ordem econômica.

De acordo com Salomão Filho (2007, p. 79), a função preventiva exercida pelo SBDC evidencia-se através da análise das estruturas, enquanto que o escopo sancionatório é alcançado através do controle de condutas.

No que concerne à análise estrutural do mercado, o art. 88 da Lei de Defesa da Concorrência estabelece o dever dos agentes econômicos de submeterem atos de concentração à análise prévia do Cade, notificando-o sempre que forem atendidos dois critérios cumulativos: a) qualquer dos participantes tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios no país igual ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); b) pelo menos um dos grupos envolvidos tenha obtido, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)³.

Após o protocolo da notificação, será instaurado um processo administrativo na Superintendência-Geral do Cade, que, se necessário, realizará uma instrução complementar e

¹De acordo com o Superior Tribunal de Justiça: “Deveras, a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE), não inibe a intervenção do Judiciário *in casu*, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo e, a fortiori, desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional” (Recurso Especial 2004/0126889-8, Relator Ministro Luiz Fux, Julgado em 13 de fev.2006).

² Segundo o art. 4º da Lei 12.529/2011, o CADE é uma entidade judicante, com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça. Com a revogação da Lei 8.884/1994, as funções de investigação de condutas, de controle de estruturas e de julgamento dos processos administrativos foram unificadas, cabendo apenas ao CADE desempenhá-las. A partir da nova lei de defesa da concorrência, essa autarquia federal passou a ter um novo desenho institucional, sendo constituída pelos seguintes órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos (art. 5º, Lei 12.529/2011).

³ A Portaria Interministerial nº 994/2012, publicada no dia 31 de maio de 2012, alterou esses limites, tornando a apreciação do Cade obrigatória apenas para os atos de concentração que envolvam empresas, de um lado, com faturamento anual mínimo de R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais), e, do outro, com faturamento de, pelo menos, R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).

analisará os efeitos do ato de concentração para o mercado. Ao fim, o ato poderá ser rejeitado ou aprovado integralmente ou com restrições.

No que se refere ao controle de condutas, cabe ao Cade investigar e julgar as infrações à ordem econômica. No sistema inaugurado pela Nova Lei de Defesa da Concorrência, incumbe à Superintendência-Geral dessa autarquia instaurar inquérito administrativo, de ofício ou mediante representação, com o escopo de apurar a prática dos ilícitos concorrenciais.

As provas colhidas, no curso do procedimento investigatório, serão submetidas ao crivo do contraditório, através da instauração de processo administrativo. Ao término do processo, os autos serão remetidos ao Tribunal Administrativo do CADE, a quem compete decidir pela existência de infração à ordem econômica, aplicando as penalidades previstas nos arts. 37 e 38 da Lei 12.529/2011.

À luz do exposto, é possível concluir que a atuação dos órgãos administrativos visa prevenir e sancionar lesões causadas a um interesse difuso (a livre concorrência), titularizado por toda a coletividade. Desse modo, Tércio Ferraz Júnior (2013, p. 16) defende que, ao intervir no domínio econômico, a Administração Pública desempenha uma “função ostensivamente intimidatória e exemplar”, dissuadindo potenciais infratores.

Na seara penal, o art. 4º da Lei 8.137/1990 tipifica os crimes contra a ordem econômica, criminalizando o abuso do poder econômico e os acordos entre firmados concorrentes que visem a fixação artificial de preços, controle de mercado ou controle da rede de distribuição e fornecedores. Segundo Guilherme Nucci (2013, p. 525), esses tipos penais têm, como sujeito passivo, toda a sociedade, uma vez que o bem jurídico tutelado, que é a regularidade da economia do país, diz respeito à coletividade.

De acordo com o parágrafo único do art. 4º da Lei 8.137/1990, as pessoas físicas (dirigentes de empresas, sócios, etc) que incorrerem em crimes contra à ordem econômica estão sujeitos às penas de multa e reclusão de dois a cinco anos. Ao estipular essa sanção, o legislador pátrio objetivou não somente punir o infrator, mas também prevenir futuros delitos, uma vez que a pena deve tem “um efeito contra-motivador, psicológico sobre a comunidade, sobre o criminoso potencial ou latente e sobre o autor concreto [...]” (GOMES; MOLINA, 2010, p. 470).

Na esfera civil, conforme será aprofundado ao longo deste trabalho, o art. 47 da Lei 12.529/2011 prevê a possibilidade de prejudicados ajuizarem ações civis, para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação da prática lesiva e a reparação dos danos sofridos. Assim, o instituto da responsabilidade civil concorrencial tem,

como escopo, resguardar os interesses de atores privados (concorrentes, consumidores, fornecedores, etc) que sofreram lesões decorrentes de práticas anticompetitivas.

Ao contrário do que ocorre no âmbito público, através das sanções administrativas e penais, o *enforcement* privado tem a finalidade precípua de reparar ou compensar os danos materiais (a exemplo da elevação de preço) e morais (como a perda de bem-estar, a exclusão de concorrentes do mercado relevante), decorrentes das infrações à ordem econômica, restabelecendo as partes ao *status quo ante*.

No entanto, considerando a racionalidade que orienta as escolhas dos agentes econômicos, é inegável que a efetividade de ações reparatórias possui um forte efeito dissuasório, uma vez que os montantes indenizatórios diminuem a expectativa dos ganhos decorrentes das condutas ilícitas.

Nesse sentido, Bruno Maggi (2010, p. 198-199) conclui que, embora não seja sua principal função, a indenização por danos causados por cartéis- o que pode ser estendido para todos os ilícitos concorrenciais- tem um relevante efeito punitivo, desestimulando essa conduta anticompetitiva:

Portanto, a responsabilidade civil exerce papel de grande importância para o combate aos cartéis. **Além de recompor os bens afetados os bens afetados pelo cartel aos prejudicados, a indenização também desestimula a prática do ilícito, pois uma vez iniciadas as atividades, não há controle sobre a abrangência dos prejuízos que são gerados.** Apenas tem-se a certeza de que eles serão maiores que os ganhos possíveis de serem auferidos pelo cartel, caso todos os prejudicados exijam o pagamento de seus prejuízos (MAGGI, 2010, p. 199, grifo nosso).

Desse modo, apesar de cumprirem objetivos distintos no ordenamento jurídico, o *enforcement* público (consistente nas sanções penais e administrativas) e o *enforcement* privado (representado pelas ações reparatórias) podem atuar de modo cooperado e complementar, na busca pela efetividade dos princípios que regem a nossa ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), notadamente, a livre concorrência, a defesa dos consumidores e a garantia de uma existência digna a todos.

No Brasil, é possível constatar que, desde a aprovação da Lei 8.884/1994, a atuação do SBDC, na esfera administrativa, tem alcançado avanços, que se traduzem na melhora da qualidade das investigações e, por conseguinte, no aumento de condenações dos infratores.

Segundo informações do Cade, no ano de 2013, esta autarquia proferiu condenações por infrações à ordem econômica em 22 (vinte e dois) processos administrativos, que resultaram na aplicação de multas no montante de R\$ 491,6 milhões. Por sua atuação, o

CADE conquistou, no ano passado, o oitavo lugar no ranking das melhores autoridades antitruste do mundo, segundo a revista britânica *Global Competition Review – GCR*⁴.

A despeito dos progressos alcançados na esfera administrativa, observa-se que a execução privada das leis antitruste, através de ações reparatórias, ainda é prática pouco difundida no nosso país, em que as vítimas de infrações à ordem econômica não são reparadas. As dificuldades materiais e processuais relativas à esfera civil de aplicação das leis antitruste serão objeto de debate mais aprofundado ao longo desse trabalho monográfico.

2.2 Responsabilidade civil concorrencial no Direito Comparado

Considerando que a reparação dos danos decorrentes de infrações à ordem econômica é prática incomum no Brasil, faz-se necessária a análise do tratamento conferido a essa matéria, no Direito Comparado. Escolheu-se analisar a responsabilidade civil concorrencial, no âmbito dos Estados Unidos e da União Europeia, tendo em vista a relevância que a execução privada das leis antitruste assume nesses sistemas jurídicos.

Conforme será percebido ao longo do presente estudo, essa análise será fundamental, uma vez que fornecerá parâmetros para avaliar e discutir a reparação de danos gerados por ilícitos concorrenciais, em nosso país.

2.2.1 O Panorama nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, as ações reparatórias ajuizadas por particulares (indivíduos ou coletividades de indivíduos), intituladas como “private enforcement”, constituem a principal ferramenta de combate às infrações à ordem econômica. Segundo dados de 2010, as ações privadas representam mais de 90% (noventa por cento) dos casos sobre Direito Antitruste que são submetidos à jurisdição dos tribunais norte-americanos⁵

A relevância da responsabilidade civil concorrencial, no contexto norte-americano, foi evidenciada por Robert Lande (2011, p. 61) que, em pesquisas, constatou que o valor das indenizações pagas em razão de práticas cartelistas representa quase o triplo do que é acarretado pelo Departamento de Justiça (Departamento of Justice- DOJ), com a aplicação

⁴ Esses dados foram recolhidos em Relatório do ano 2013, disponível no sitio eletrônico do CADE: <<http://www.cade.gov.br/upload/Balanco%202013%20.pdf>>.

⁵ Dados coletados em pesquisas realizadas por Robert Lande (2011), que analisou os efeitos dissuasórios do *enforcement* privado sobre os cartéis norte-americano, entre os anos de 1998 a 2007.

de multas pecuniárias e com as condenações criminais, em que o ano de prisão é valorado em 6 (seis) milhões de dólares.

A partir da análise de quarenta ações civis ajuizadas por empresas e consumidores entre 1990 e 2007, esses autores concluem que o *enforcement* privado tem apresentado um efeito dissuasório mais eficaz do que os programas de combate ao cartel desenvolvidos pelo Ministério da Justiça dos Estados Unidos:

(...) Recuerdo que este estudio documentaba entre 18.006 millones de dólares y 19630 millones de dólares em efectivo abonados por los demandados solo em esocuarenta casos privados estadounidenses em matéria de defensa de la competencia. Em cambio, recuerdo que la disuasión total del programa de cartel de DOJ fue de 6.800 millones de dólares, una cifra que incluye las multas a empresas, individuales, la restitución, el tiempo em prisión valorado em 6 millones de dólares al año, y el arresto domiciliario valorado em 3 millones de dólares al año. **En términos de disuasión general, por lo tanto, solo estos cuarenta casos privados probablemente representaron casi tres veces la disuasión de cada caso de cartel del DOJ cursado durante el mismo período**⁶ (LANDE, 2011, p. 73, grifo nosso).

Visando esse efeito dissuasivo, o *Clayton Act*, lei antitruste aprovada em 1914, que dispõe sobre a responsabilidade civil concorrencial, estabeleceu o instituto do “treble damages” (dano triplo), o qual permite às vítimas pleitear indenizações correspondentes ao triplo dos prejuízos derivados de violações à legislação antitruste, o que inclui não só os ilícitos concorrenciais, mas também os atos de concentração.

Além de constituir um fator de estímulo à propositura de ações privadas, o “treble damages” é explicado pela doutrina americana a partir da necessidade de conferir eficácia ao sistema reparatório, uma vez que, em razão da dificuldade em comprovar e quantificar as violações à lei antitruste, “apenas um em cada três casos de práticas anticompetitivas é efetivamente compensado.” (GÂNDARA, 2011b, p. 20).

Cumprido salientar que, de acordo com o enunciado do parágrafo 4 do *Clayton Act*, a reparação está sujeita à comprovação de danos reais e efetivos, possibilitando-se a triplicação do montante. Assim, não é possível a indenização por lesões causadas a bens intangíveis, uma vez que, segundo esse dispositivo, são indenizáveis apenas os danos causados aos negócios e aos patrimônios dos demandantes.

⁶ Em tradução livre: “Recordo que este estudo documentou que, em apenas quarenta ações privadas de defesa da concorrência, os demandados pagaram entre 18.006 milhões e 19.630 milhões de dólares. Em comparação recordo que a dissuasão total do programa de cartel do DOJ (Departamento de Justiça) foi de 6.800 milhões de dólares, uma cifra que inclui as multas impostas às empresas e às pessoas físicas, a restituição em tempo de prisão, valorado 6 milhões de dólares por ano e de prisão domiciliar, valorada em 3 milhões por ano. Portanto, em termos de dissuasão geral, somente essas quarenta demandas privadas representam quase três vezes a dissuasão conferida pelo DOJ, nos casos concluídos no mesmo período documentado”.

Com base no exposto, é possível asseverar que, nos Estados Unidos, as ações civis, além de visar a efetiva reparação de concorrentes e consumidores lesados por ilícitos concorrenciais, cumprem um importante papel punitivo, dissuadindo potenciais infrações, através da fixação de elevados montantes indenizatórios.

Desse modo, conclui-se que, no cenário norte-americano, “a execução de leis concorrenciais, o domínio privado apresenta-se, hoje, como o mecanismo mais eficiente na execução da política concorrencial do país, legitimando as funções compensatória e punitiva que pode assumir.” (CAIXETA, 2013, p. 93).

2.2.2 O Panorama na União Europeia

Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, que têm ampla tradição no *enforcement* privado, na União Europeia, a execução da política antitruste ainda concentra-se no domínio público, através da aplicação de multas pelas autoridades administrativas.

Assim, embora o direito comunitário assegure à qualquer pessoa a possibilidade de ser reparada pelos danos decorrentes da violação dos artigos 101º e 102º do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁷, na prática, a maior parte das vítimas de infrações à ordem econômica não obtém reparação pelos danos sofridos. Nesse sentido, a Comissão Europeia constatou que:

Embora o direito comunitário exija um sistema eficaz para os pedidos de indenização na sequência de infrações às regras antitruste, **esta área do direito caracteriza-se, nos 25 Estados-membros, por “subdesenvolvimento total”**. (...) Uma vez que os tribunais comunitários não têm competência neste domínio (excepto no que se refere às questões prejudiciais), estes processos são apreciados normalmente pelos tribunais dos Estados-membros. **Existem, nos diversos Estados-membros, obstáculos significativos ao funcionamento eficaz das acções de indenização por infração à legislação comunitária no domínio antitruste.** (UNIÃO EUROPEIA, 2005, p. 4, grifo nosso).

Diante desse cenário de ineficácia do direito à reparação pelo descumprimento da legislação antitruste, a União Europeia vem, nas últimas décadas, empreendendo esforços, no sentido de identificar obstáculos e propor soluções, com vistas a facilitar a propositura de ações indenizatórias por empresas e consumidores prejudicados por práticas anticoncorrenciais.

⁷ Os artigos 101 e 102 do TFUE constituem as disposições basilares sobre direito antitruste, no âmbito da União Europeia. Esses dispositivos vedam o acordo entre empresas que prejudicarem o comércio entre Estados-membros que tenham por efeito restringir, impedir ou falsear o jogo da concorrência no mercado europeu (art. 101, TFUE), ao mesmo tempo em que proíbem o abuso de posição dominante, na medida em que se revelar prejudicial à livre-concorrência (art. 102).

Desse modo, a Comissão Europeia (órgão responsável pela defesa da concorrência na União Europeia) vem realizando discussões que envolvem, inclusive, consultas à sociedade civil, a fim de criar mecanismos e estabelecer *standarts* que orientem os Estados-membros na aplicação do direito comunitário sobre responsabilidade civil concorrencial.

O primeiro passo no sentido de criar um sistema mais eficiente de reparação por ilícitos concorrenciais foi a edição da Resolução número 1/2003, que permitiu aos tribunais dos Estados-membros aplicarem os artigos 101 e 102 do TFUE, nos processos sob sua jurisdição, descentralizando o monopólio da Comissão Europeia na aplicação do direito comunitário sobre concorrência.

A possibilidade de aplicação direta da legislação comunitária, no âmbito de cada Estado-membro, possui como fundamento o princípio comunitário do efeito direto, que visa garantir a efetividade do sistema legal da União Europeia, pois, como defende Pedro Rosa Fernandes (2012, p. 8): “esse princípio confere a abrangência das leis comunitárias a todos os cidadãos europeus, permitindo que estes invoquem a sua proteção diretamente sem a necessidade da efetiva transposição para os quadros legislativos nacionais.”

O segundo marco na busca da efetividade da reparação por ilícitos concorrenciais foi a publicação do *Green Paper* (“Livro Verde das ações de indenização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitruste”), em 2005.

O principal objetivo desse documento foi identificar os obstáculos à obtenção de um sistema reparatório mais eficaz, formulando opções sobre as quais os poderes públicos e a sociedade civil foram chamados a refletir, num processo de consulta pública, a partir do qual seriam elaboradas propostas legislativas.

Entre as principais questões discutidas nesse documento, destacam-se: a dificuldade de acesso a elementos de prova; o requisito da culpa; a repercussão dos custos adicionais, em relação aos adquirentes indiretos; a defesa dos consumidores; os elevados custos das ações indenizatórias; a coordenação entre a aplicação pública e privada das leis antitruste; os prazos prescricionais das ações de indenização.

Os debates e os estudos sobre responsabilidade civil concorrencial coordenados pela Comissão Europeia culminaram na edição do *White Paper*⁸ (“Livro Branco sobre ações de indenizações por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitruste”), em 2008.

⁸ De acordo com o Glossário da União Europeia, disponível no sítio eletrônico <europa.eu.legislation_summaries/glossary/index_pt.htm>, os Livros Brancos podem ser conceituados como “**documentos que contêm propostas de ação comunitária em domínios específicos. Surgem, por vezes, na sequência de Livros Verdes, cuja finalidade consiste em lançar um processo de consulta a nível**

Principal documento europeu sobre a responsabilização civil por infrações à ordem econômica, o Livro Branco foi criado “com o intuito de guiar a prestação jurisdicional, uniformizando os procedimentos a serem adotados pelos países da Comunidade, tendo em vista os entraves gerados por questões processuais e pela legislação dos Estados-membros diante das ações intentadas nos tribunais nacionais” (GÂNDARA, 2011a, p. 69).

Entre as principais questões sobre as quais a Comissão Europeia apresentou propostas políticas e legais, no Livro Branco, merecem destaque: o acesso das vítimas a elementos de provas; o efeito vinculante das decisões de autoridades administrativas; os mecanismos de agregação de demandas e tutela coletiva; a repercussão de custos adicionais; a interação entre os programas de leniência e as ações indenizatórias.

Nesse documento, a Comissão Europeia destaca que a atividade jurisdicional dos tribunais nacionais deve ser orientada pelo princípio da plena indenização, segundo o qual as vítimas de práticas anticoncorrenciais devem ter acesso a mecanismos que lhes permitam ser plenamente reparadas pelos danos suportados.

Desse modo, a aplicação privada do direito antitruste, na União Europeia, cumpre uma função essencialmente reparatória, ainda que o Livro Branco reconheça que a efetiva compensação das vítimas produz efeitos dissuasórios sobre eventuais infratores da ordem econômica⁹.

De acordo com o documento, outro princípio orientador da política europeia consiste em “preservar a esfera pública de aplicação firme” do direito comunitário da concorrência. Com efeito, uma das grandes preocupações da Comunidade Europeia é evitar que a busca pela efetividade de ações reparatórias possa comprometer a eficácia da aplicação pública da legislação antitruste, notadamente no que diz respeito aos programas de leniência, conforme destacou a Diretiva do Parlamento Europeu, no “Resumo de Avaliação de Impacto das ações de indenização por violação das regras da União Europeia no domínio antitruste”:

europeu. Quando o Conselho dispensa acolhimento favorável a um Livro Branco, este pode dar origem a um programa de acção da União Europeia no domínio em causa” (grifo nosso).

⁹ Nesse sentido, Caixeta (2013, p. 94) reflete sobre o caráter eminentemente reparatório da execução privada da legislação antitruste na União Europeia, apontando, como um dos fatores, o fato de que a expertise das autoridades administrativas as tornam mais aptas à repressão dos ilícitos concorrenciais, em detrimento dos órgãos judiciais: “A despeito da prevenção e punição de infrações à ordem econômica, o domínio público, mais uma vez, mostra-se em vantagem. A prevenção, dentre diversos meios, ocorre pela análise da estrutura do mercado, mediante notificação de atos de concentração, o que é de competência das autoridades concorrenciais. **A dissuasão da prática, por sua vez, se faz pela imposição de multas sancionatórias quando uma infração é cometida. Neste ponto, as autoridades concorrenciais dispõem de expertise para melhor detectar uma conduta ilícita, não aplicando punições desarrazoadas**” (grifo nosso).

Jurisprudência recente a nível nacional e da UE também sublinhou que o direito da UE em matéria de reparação pode, por vezes, contrariar a eficácia da aplicação pública das regras da concorrência da UE pela Comissão e ANC. Tal é o caso quando a vítima de uma infração ao direito da concorrência obteve no âmbito de “programa de clemência”. (...) **A insegurança jurídica pode, assim, ser prejudicial para a eficácia dos programas de clemência a nível de UE ou nacional, por conseguinte, para a aplicação pública que visam lutar contra cartéis secretos** (DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU, 2013, p. 2, grifo nosso).

Nesse sentido, uma das características mais marcantes do *enforcement privado* na União Europeia, diferenciando-o, por exemplo do sistema norte-americano, é a complementaridade entre a aplicação pública e privada do direito antitruste. A esse respeito, Deborah Caixeta (2013, p. 94) destaca que “na concepção europeia, o domínio privado é complementar ao domínio público na execução das leis concorrenciais, devendo atuar precipuamente naquelas áreas em que o domínio público não é competente para agir”.

Visando harmonizar as esferas pública e privada, a Comissão Europeia propôs, em um dos pontos mais controversos do Livro Branco, que as decisões das autoridades nacionais de concorrência que declarem a violação aos artigos 101 e 102 do TFUE tenham efeito vinculante, ou seja, constituam provas irrefutáveis no âmbito das ações reparatórias.

Segundo a Comissão Europeia (Livro Branco, 2008), tal medida facilitaria o acesso das vítimas aos elementos de prova, tendo em vista que uma das maiores dificuldades enfrentadas, nesse tipo de ação, consiste na complexidade da análise factual e econômica exigida para a instrução do processo. Ademais, o efeito vinculante das decisões administrativas garantiria maior segurança jurídica na aplicação do direito comunitário da concorrência.

Apesar das vantagens evidenciadas pela Comissão Europeia, o efeito vinculante das decisões tomadas pelas ANC’s (autoridades nacionais de concorrência) é vista com ressalvas por alguns autores. Nesse sentido, Pedro Rosa Fernandes (2013, p. 24) destaca que, além de afetar a independência entre as esferas civil e administrativa, essa opção política não leva em conta as disparidades técnicas, bem como os diferentes níveis de corrupção existentes entre os órgãos de defesa da concorrência de cada Estado-membro. Assim, para esse autor português, algumas precauções devem ser levadas em conta:

Certas precauções e fases transitórias devem ser tomadas em consideração: (...)
 - Num primeira fase, apenas as decisões da Comissão Europeia se revestiriam de efeito vinculístico, evitando-se assim o aproveitamento de AC’s nacionais mais vulneráveis;
 - A criação de critérios e requisitos a cumprir por todas as AC’s com o intuito de homogeneizar, através de modelos de governo, política de prossecução de

práticas restritivas e fortes garantias de independência comuns a todos os países;

- Por outro lado, a instituição de procedimentos chave nos tribunais para que as suas decisões também possam fundar pedidos de indemnização subsequentes em foros nacionais distintos.

O efeito vinculante é, quanto a nós, uma arma poderosa, que tal como todas as armas poderosas e potencialmente destrutivas, deve ser manejada com cuidado até que a sua utilização seja efetivamente segura (FERNANDES, 2013, p. 25, grifo nosso).

Por fim, destaque-se que, em 2012, com base nas diretrizes do Livro Branco, foi criado um Grupo Trabalho na União Europeia, cujo objetivo é elaborar um ato normativo que regule as ações e de reparação de danos por violações ao direito comunitário da concorrência e que clarifique a inter-relação entre essas ações civis e a atuação pública das autoridades de defesa da concorrência, notadamente no que se refere aos programas de leniência.

À luz do exposto, é possível concluir que, embora as ações civis por práticas anticoncorrenciais ainda tenham pouca efetividade, a União Europeia tem feito avanços no sentido de se inserir no debate internacional sobre o *enforcement* privado, através da promoção de estudos e discussões, que envolvem instituições públicas, economistas, juristas e setores da sociedade civil.

Por fim, cumpre salientar que, em razão das similitudes entre os sistemas de defesa da concorrência no Brasil e na Europa, algumas opções legislativas e políticas adotadas na União Europeia podem servir como referências para o debate brasileiro sobre o tema, desde que seja preservada a tradição jurídica de nosso país. Por esse motivo, ao longo do presente trabalho, alguns aspectos do direito antitruste da União Europeia serão retomados e debatidos com maior profundidade.

2.5 A responsabilidade civil concorrencial no direito brasileiro

A nova lei de defesa da concorrência, Lei 12.529/2011, garantiu aos particulares e aos legitimados processuais, para a tutela coletiva, a possibilidade de ajuizarem ações civis, visando a reparação pelos danos decorrentes de condutas anticoncorrenciais, nos seguintes termos:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados processuais referidos no art. 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em **defesa de seus direitos individuais ou individuais homogêneos**, obter a **cessação de práticas que constituam infração à ordem econômica**, bem como o **recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo**, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação (grifo nosso).

Observa-se que, embora a Lei 12.529/2011 tenha representado consideráveis avanços na política de defesa da concorrência¹⁰, no que tange à responsabilidade civil concorrencial, o novo diploma não trouxe inovações. Com efeito, o dispositivo acima citado praticamente reproduziu o teor do revogado art. 29, da lei 8.884/94¹¹, tendo apenas acrescentado o termo “inquerito” na parte final do dispositivo (“independentemente do inquerito ou processo administrativo”).

O art. 47 da Lei 12. 529/2011 tem, como fundamento constitucional, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Com efeito, o legislador destaca que a propositura de ações de reparação civil independe da prévia instauração de processos administrativos, enfatizando a independência entre o poder de polícia da Administração e a prestação jurisdicional aos indivíduos.

Por outro lado, depreende-se da análise do dispositivo supracitado que o legislador concedeu aos prejudicados por ilícitos concorrenciais dois tipos de tutela: a) a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica; b) o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos.

Segundo Heloisa Carpena (2005, p. 48), o primeiro tipo de tutela visa resguardar um direito difuso, que consiste na manutenção de um ambiente concorrencial hígido, fazendo cessar condutas que sejam lesivas à livre-concorrência. O segundo tipo de tutela, por sua vez, diz respeito a direitos individuais e individuais homogêneos, consoante a dicção do próprio dispositivo legal, uma vez que visa assegurar aos particulares a reparação por danos sofridos.

Nesse contexto, convém destacar que, embora o dispositivo estudado faça referência apenas aos direitos individuais e individuais homogêneos, isso não impede a tutela de direitos difusos e coletivos relacionados às infrações à ordem econômica.

¹⁰ Nesse sentido, Cordovil et al (2012, p. 31) defendem que a Lei 12.529/2011 constitui um “marco para o aprimoramento da política brasileira de defesa da concorrência”, apresentando avanços tanto na esfera institucional do SBDC, como em questões de direito material relativas ao controle de estruturas e à análise de condutas. No campo institucional, a nova lei promoveu a unificação entre as funções de investigação de condutas, instrução de atos de concentração e decisão final, em uma só autarquia, o CADE. Em relação ao controle de estruturas, o diploma traz profundas mudanças, ao introduzir o sistema de análise prévia dos atos de concentração, como vem sendo adotado na prática internacional. No que se refere ao controle de condutas, destaca-se o estabelecimento de novos critérios para fixação de multas administrativas, bem como alterações nos programas de leniência.

¹¹ O art. 29 da Lei 8.884/1994 possuía a seguinte redação: “Os prejudicados, por si ou pelos legitimados processuais referidos no art. 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus direitos individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração à ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”.

Conforme defende Paulo Carneiro Freitas (2013, p. 12), a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, é possível concluir que há a possibilidade de tutela coletiva de danos difusos, com fundamento no art. 1º, IV e V, da Lei 7.347/1985, que prevê expressamente o ajuizamento de ação civil pública, na hipótese de danos “por infração da ordem econômica e da economia popular”.

Por outro lado, a tutela de direitos coletivos, no âmbito da responsabilidade civil concorrencial, pode ser efetivada, com fundamento no art. 81, II do Código de Defesa do Consumidor (CDC), aplicável às demandas de concorrência, em razão do art. 115 da Lei 12.529/2011¹².

Por fim, no que tange ao art. 47 da Lei 12.529/2011, autores como Lívia Gândara (2011b, p. 11) defendem que esse dispositivo apenas reproduz o comando do art. 927, do Código Civil, que prevê, de forma ampla, a obrigação de indenizar daqueles que, por ato ilícito, causarem dano a outrem.

Embora a responsabilidade civil concorrencial seja, de fato, uma decorrência do princípio geral insculpido no art. 927 do CC/2002, é necessário destacar que, ao elaborar uma norma, “o legislador é sempre finalista, sempre tem um objetivo próprio e específico (não há palavras nem normas inúteis)” (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 21). Assim, o comando da Nova Lei de Defesa de Concorrência não deve ser simplesmente reduzido à previsão já contida no Código Civil.

Nesse sentido, Bruno Lana Peixoto (2013, p. 7) defende que, embora o art. 47 Lei 12.529/2011 não instituía um novo direito material ou processual em nosso ordenamento jurídico, esse dispositivo constitui um comando legal no sentido de que se efetive o direito de ação dos prejudicados por infrações à ordem econômica.

No entanto, apesar do comando legal, o sistema jurídico pátrio ainda carece de uma base processual, jurisprudencial e doutrinária que possibilite a efetiva reparação de vítimas de infrações à ordem econômica. Como consequência, é possível constatar que a reparação dos danos decorrentes de condutas anticoncorrenciais é uma prática quase inexistente no Brasil.

Ao contrário do que se observou, no direito norte-americano, são raras as ações de reparação de danos ajuizadas por consumidores e empresas lesadas por infrações à ordem

¹² O art. 115 da Lei 12.529/2011 prevê que: “Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições das Leis nos 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 9.784, de 29 de janeiro de 1999”.

econômica. Por outro lado, diferentemente do que ocorre na União Européia, ainda existem poucos estudos e debates sobre o tema em nosso país.

Num dos raros trabalhos nacionais dedicados ao tema, Gisela Mation (2008, p. 53) constatou, em pesquisas aos sítios eletrônicos dos tribunais brasileiros (tribunais de diversos Estados, Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal), a existência de 396 (trezentos e noventa e seis) decisões em ações civis sobre reparação de danos ou cessão de práticas anticoncorrenciais, ajuizadas entre 1994 e 2008.

Segundo a autora, desse universo, as ações com pedidos de ressarcimento por práticas anticompetitivas somam 168 (incluindo ações com pedidos isolados ou somados à cessação da conduta anticoncorrencial), das quais apenas 32 (trinta e duas) foram deferidas, em julgamento definitivo ou cautelar.

Em outro estudo com metodologia similar, Livia Gândara (2011b, p. 23) constata que as ações reparatórias por ilícitos antitruste consistem, em regra, em ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público, visando o ressarcimento por danos morais coletivos decorrentes, notadamente, de cartéis no setor de combustíveis. A autora demonstra ainda que, das ações ajuizadas, poucas resultam em condenações, salientando que: “O número de casos judiciais em que houve condenação à reparação de danos é extremamente baixo se comparado ao número de casos em que houve condenação pela prática do ilícito antitruste no âmbito do SBDC.” (GÂNDARA, 2011b, p. 25).

No mesmo sentido, o Conselheiro do Cade Fernando Furlan, em seu voto no Processo Administrativo nº 08012009888/2003-70, salientou a incipiência desse tipo de ação judicial no Brasil, destacando a importância de se estimular a reparação dos danos decorrentes de infrações à ordem econômica:

Como argumentando anteriormente neste voto, a sanção imposta pelo CADE dedica-se essencialmente a abordar o dano causado à concorrência como instrumento orientador da atividade econômica no Brasil.

A multa imposta pelo Conselho não repara os danos patrimoniais e morais causados a pessoas específicas. **A indenização por tais danos deve ser engendrada pelas vias judiciais cabíveis. A via de maior destaque é a ação civil pública (...). Merece destaque ainda a ação privada, ajuizada pela vítima do cartel em busca de reparação pelos danos causados.** A utilidade de ações privadas para a promoção da concorrência já foi comprovada em jurisdições estrangeiras. (...) **No Brasil, porém, quase não se tem notícia de ações privadas em razão de danos causados por cartéis. Perde-se, assim, um importante fator a desestimular a prática de conluio. E os prejudicados também deixam de ser ressarcidos pelos danos causado** (BRASIL, 2006, p. 22, grifo nosso).

Diversos são os fatores apontados pelos estudiosos para justificar a ausência de tradição brasileira, no âmbito da responsabilidade civil concorrencial. Segundo Deborah Caixeta (2013, p. 87), esse fenômeno pode ser explicado, em parte, pela concepção arraigada de que o único objetivo do Direito Antitruste é a proteção da concorrência em si, competindo apenas ao Poder Público punir os infratores.

Por outro lado, Bruno Maggi (2010, p. 33) defende que a complexidade da matéria gera receios quanto à propositura de ações privadas descoordenadas, que poderiam afetar negativamente o mercado, tendo em vista a falta de expertise dos órgãos judiciais para enfrentar as dificuldades inerentes à matéria concorrencial. Com efeito, as ações civis decorrentes de ilícitos antitruste envolvem questões complexas, relativas, por exemplo, à comprovação do dano, ao acesso a elementos de prova, à quantificação dos danos.

Diante desse panorama, torna-se patente a necessidade de desenvolvimento de diretrizes legais, doutrinárias e jurisprudenciais relativas à responsabilidade civil concorrencial, no Brasil, visando, sobretudo, à reparação dos consumidores, que são os sujeitos mais vulneráveis nas relações de mercado.

3 SUJEITOS TUTELADOS PELA RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL

O art. 47 da Lei 12.529/2011 prevê que todos os prejudicados por infrações à ordem econômica têm legitimidade para ajuizar ações civis para a reparação dos danos sofridos. Uma vez que interferem na dinâmica do mercado, os ilícitos antitruste são capazes de gerar danos materiais e morais, para diversos indivíduos e grupos sociais.

Em primeiro lugar, as infrações à ordem econômica geram danos à coletividade, uma vez que reduzem o bem-estar social. Com efeito, o art. 1º da Lei 12.529/2011 prevê expressamente que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos” protegidos por esse diploma legislativo, constituindo, portanto, a destinatária primeira de suas normas, entre as quais está aquela que regula a responsabilidade civil concorrencial.

Nesse sentido, Salomão Filho (2007, p. 75) assevera que o descumprimento das normas antitruste gera lesões à ordem econômica, entendida como um “interesse institucional”. Segundo o autor, a manutenção da concorrência constitui um interesse institucional, na medida em que se dirige à coletividade, não se confundindo com os interesses de cada indivíduo ou de certos grupos sociais, representados pelos concorrentes ou consumidores, por exemplo. Desse modo, a sociedade é detentora de um interesse destacado, que vai além da soma de todos os interesses individuais e que, no âmbito da responsabilidade civil concorrencial, só encontra guarida através da tutela coletiva.

Quanto às categorias sociais atingidas pelas infrações à ordem econômica, destacam-se as empresas que concorrem com os infratores, no mercado de consumo. Conforme será debatido no próximo capítulo, os demais concorrentes, tanto reais quanto potenciais, são prejudicados, sobretudo, por práticas anticompetitivas de exclusão, uma vez que não só eliminam os competidores atuais, como criam barreiras ao ingresso de competidores potenciais no mercado relevante.

Segundo Oxera (2009, p. 27), os ilícitos concorrenciais também acarretam inúmeros prejuízos aos fornecedores de produtos e serviços. Quando ocorrem no início da cadeia produtiva, as práticas anticompetitivas elevam artificialmente os valores dos insumos, o que causa a elevação dos custos de produção arcados pelos fornecedores.

Conforme será analisado de maneira mais aprofundada ao longo do trabalho, em regra, os danos materiais resultantes do aumento no preço dos insumos são repartidos entre os fornecedores e os destinatários finais dos produtos e serviços, uma vez que tende a ocorrer a repercussão dos custos adicionais, ao longo de toda a cadeia produtiva. Nessa hipótese, todos

os agentes econômicos, incluindo fornecedores, distribuidores e consumidores, deverão ser ressarcidos, na medida dos prejuízos arcados por cada grupo social.

Por fim, os autores, em regra, apontam os consumidores¹³, como destinatários da tutela reparatória prevista no art. 47 da Lei 12.529/2011. Segundo Salomão Filho (2007, p. 74), além de serem indiretamente salvaguardados pela tutela da ordem concorrencial, os direitos dos consumidores merecem proteção direta, sempre que, das práticas anticompetitivas, decorrerem danos materiais e extrapatrimoniais a essa categoria social.

Com efeito, os violadores das normas antitruste acarretam danos não apenas para os compradores com os quais mantêm vínculos contratuais e que constituem os chamados consumidores em sentido estrito, descritos no art. 2º, *caput*, da Lei 8.078/1990. Os efeitos nocivos oriundos de práticas, como os cartéis, repercutem em todo o mercado de consumo, atingindo, por exemplo, os compradores indiretos, que adquirem bens junto aos fornecedores diretamente lesados pelas infrações à ordem econômica.

Nesse sentido, Oxera (2009, p. 27) destaca que, além dos consumidores reais, os ilícitos antitruste atingem consumidores potenciais, os quais sofrem restrições em sua liberdade de escolha, em decorrência das poucas opções de preços e produtos disponibilizados no mercado. Segundo o autor, nesse grupo social, inserem-se os consumidores que, em um mercado competitivo, optariam por determinado produto ou serviço, mas, em virtude dos preços mais elevados, se conformam com uma segunda opção, ainda que menos eficiente que aquela inicialmente pretendida.

A despeito dessas considerações, alguns autores, como Luiz Carlos Buchain (2006, p. 116-118) e Gilberto Sodr e Carvalho (2002, p. 109), defendem que a Lei de Defesa da Concorrência se destina exclusivamente   tutela dos concorrentes lesados por infra c es   ordem econômica, afastando, assim, a legitimidade dos consumidores para pleitear o ressarcimento pelos danos decorrentes desses ilícitos. Segundo Luiz Carlos Buchain (2006, p. 117), os interesses dos consumidores já são protegidos por um microssistema jurídico próprio, o que afastaria a incidência da legisla o antitruste:

Embora os sujeitos do direito   indeniza o por infra o   ordem econômica sejam os “prejudicados”, conceito este indeterminado, a especificidade da LDC não poderá indistintamente abarcar todos os consumidores finais, de mercadorias e serviços, pois esse grupo social está ao abrigo de lei própria que lhe confere amplas garantias   defesa de seus direitos, em esfera peculiar e bem circunscrita pelo sistema jurídico. Os prejudicados legitimados a ingressar em juízo para o recebimento de indeniza o, ainda que através da legitimidade processual substituta, são os consumidores concorrenciais, ou seja, os demais agentes

¹³ Nesse sentido, destacam-se Oxera (2009, p. 16), Bruno Maggi (2010, p. 92-93), Paulo Carneiro Freitas (2013, p. 15), Salomão Filho (2007, p. 74) e outros.

econômicos que operam no mercado concorrencial (BUCHAIN, 2006, p. 117, grifo nosso).

Tal entendimento, além de minoritário, vai de encontro com a literalidade do art. 47 da Lei 12.529/2011, uma vez que esse dispositivo não estabelece restrições quanto ao direito de ação para ressarcimento dos danos gerados pelas práticas anticompetitivas. Ademais, essa interpretação contraria a teleologia tanto do CDC quanto da Lei de Defesa da Concorrência.

De acordo com Felipe Braga Netto (2013, p. 108), o CDC é uma legislação essencialmente principiológica, que opera um corte horizontal no nosso sistema jurídico, uma vez que, ainda que determinado fenômeno social seja disciplinado por lei própria, nada impede que o CDC incida no que perfizer relação de consumo.

Por outro lado, conforme será analisado ainda nesse capítulo, a Lei 12.529/2011 persegue diversos objetivos sociais, entre os quais, um dos mais relevantes é a defesa do consumidor, previsto expressamente no art. 1º do diploma legal. Assim, a ideia de que os sistemas de defesa do consumidor e da concorrência tenham que operar isoladamente não merece acolhida. Pelo contrário, no que tange à tutela dos consumidores, que são os maiores prejudicados pelas infrações à ordem econômica, os dois sistemas devem ser aplicados de forma integrada.

3.1 O consumidor na ordem jurídica brasileira

Antes de iniciar a análise mais aprofundada da responsabilidade civil concorrencial, é necessário estabelecer o conceito de consumidor, que é um dos principais prejudicados pelas infrações à ordem econômica e, por conseguinte, um dos destinatários do direito à reparação civil, previsto no art. 47 da Lei 12.529/2011. Longe de se tratar de discussão meramente acadêmica, a definição de consumidor reveste-se de relevância prática, uma vez que delimita o âmbito de incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, tais quais a inversão do ônus da prova e a responsabilidade civil objetiva.

O CDC adotou uma concepção ampla de consumidor, estabelecendo, através do art. 2º, *caput*, o conceito de consumidor padrão ou *standard*, ao passo que estendeu o seu campo de aplicação para outros sujeitos que, a rigor, não integram uma relação de consumo, mas são considerados consumidores pela própria lei, em razão da sua vulnerabilidade no mercado. Trata-se das hipóteses de consumidores equiparados, previstas nos artigos 2º, parágrafo único, 17 e 29 do código consumerista.

O art. 2º, *caput*, do CDC apresenta a definição legal do chamado consumidor *stricto sensu, standart* ou padrão, nos seguintes termos: “consumidor é pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Em virtude da abertura conceitual adotada pelo legislador, existem diferentes interpretações, na doutrina e na jurisprudência, para os termos “destinatário final”. A esse respeito, Cláudia Lima Marques (2013, p. 69) defende a existência de duas correntes doutrinárias, para definir consumidor: maximalista e finalista.

Para os maximalistas, o CDC é considerado um novo regulamento das relações de mercado, motivo pelo qual deve ser interpretado extensivamente. De acordo com essa corrente, consumidor é o destinatário fático do produto ou serviço, ou seja, é aquele que retira o bem da cadeia produtiva, se abstendo de empregá-lo como insumo ou etapa do fornecimento de outro produto ou serviço. Desse modo, os maximalistas adotam uma definição puramente objetiva de consumidor, não importando se o bem é adquirido para fins profissionais ou para gerar lucro.

Claudia Lima Marques (2013, p. 72) critica os maximalistas por estenderem a proteção das normas consumeristas a relações privadas que não merecem essa tutela especial, asseverando que: “o problema desta visão é que transforma o direito do consumidor em direito privado geral (...). A pergunta aqui é por que proteger o comprador-profissional, por que proteger um fornecedor frente o outro. As relações entre iguais são bem reguladas pelo Código Civil de 2002 (...)”.

Com efeito, as normas protetivas e intervencionistas do CDC têm, como fundamento, a vulnerabilidade do consumidor nas relações de mercado (art. 4º, inciso I, CDC), uma vez que esse sujeito, na concepção de Eros Roberto Grau (2003, p. 216), se encontra em uma “posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo”. Desse modo, o caráter protecionista do CDC se justifica como uma projeção do princípio da igualdade substancial, tendo em vista equilibrar as relações de mercado.

Assim, não se justifica conferir tutela especial a uma relação igualitária entre profissionais e empresários, como querem os maximalistas. Em contraposição a essa corrente de pensamento, os finalistas propõem uma interpretação mais restritiva do conceito de consumidor, em consonância com a teleologia da legislação consumerista.

Nesse sentido, segundo Bruno Miragem (2012, p. 120), a teoria finalista conceitua o consumidor como o destinatário final fático e econômico do produto ou serviço. Assim, para ser consumidor, não basta que o adquirente retire o bem da cadeia produtiva, exigindo-se

que o emprego do produto ou serviço seja não profissional, destinado à satisfação de necessidades pessoais ou familiares. Esse é o entendimento adotado majoritariamente pelos doutrinadores, entre os quais destacam-se Cláudia Lima Marques (2013, p. 70), precursora da corrente finalista, e Bruno Miragem (2012, p. 121).

A despeito das divergências que, inicialmente, dividiram o entendimento dos ministros e das Turmas, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado a corrente finalista, estendendo, porém, o conceito de consumidor a pequenas empresas ou profissionais que comprovem ser vulneráveis e atuem fora de seu âmbito de expertise. Essa visão intermediária desenvolvida pela jurisprudência brasileira ficou conhecida como finalismo mitigado ou, na terminologia adotada por Cláudia Lima Marques (2013, p. 72), como finalismo aprofundado.

Segundo Bruno Miragem (2012, p. 131), para a interpretação finalista aprofundada, a extensão do conceito de consumidor é uma medida excepcional, estando pautada no reconhecimento da vulnerabilidade daquele que pleiteia a proteção consumerista. Em caso paradigmático, o STJ¹⁴ aplicou o finalismo para negar a qualidade de consumidor a estabelecimento empresarial que utilizava o serviço fornecido por operadora de cartão de crédito. No entanto, o relator do processo destacou que é necessário um abrandamento da interpretação finalista, sendo possível estender o âmbito de aplicação do CDC a profissionais que demonstrem, *in concreto*, a sua vulnerabilidade, conforme trecho da ementa reproduzido abaixo:

No tocante ao segundo aspecto – inexistência de relação de consumo e consequente incompetência da Vara Especializada em Direito do Consumidor – razão assiste ao recorrente. Ressalto, inicialmente, que se colhe dos autos que a empresa-recorrida, pessoa jurídica com fins lucrativos, caracteriza-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza do serviço elétrica prestado pela recorrente, com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva.

Todavia, cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do CDC. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor (BRASIL, 2004, grifo nosso).

De acordo com a jurisprudência do STJ¹⁵, as pessoas físicas não profissionais são presumivelmente vulneráveis, enquanto que, no caso de pessoas jurídicas, cabe ao pretense

¹⁴ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 541.867-BA, Relator originário Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator para acórdão Min. Barros Monteiro, Julgado em 10 de nov. 2004.

¹⁵ Nesse sentido, destaque-se decisão proferida pelo STJ, no Agravo Regimental no Agravo n. 296.516, de relatoria do Min. Nancy Andrighi, julgado em 07 de dez. 2000.

consumidor o ônus de comprovar a sua vulnerabilidade. Tendo por fundamento o art. 4º, I, CDC, esse desequilíbrio nas relações de consumo pode se revelar sob diferentes perspectivas, o que levou a doutrina a identificar três espécies de vulnerabilidade: técnica, jurídica e fática.

A vulnerabilidade técnica é a falta de conhecimentos técnicos sobre o objeto da relação de consumo (produto ou serviço). Para Claudia Lima Marques (2013), vulnerabilidade jurídica corresponde à falta de conhecimentos jurídicos específicos ou de conhecimentos de contabilidade ou economia. Por fim, a vulnerabilidade fática ou econômica abrange as situações em que o fornecedor, em razão do seu poder econômico ou da essencialidade do produto ou serviço, impõe sua superioridade aos consumidores.

Além dessa classificação tradicional, a jurisprudência pátria tem reconhecido uma quarta espécie de vulnerabilidade decorrente do déficit informacional do consumidor, que está suscetível a omissões ou distorções de dados essenciais para o seu processo decisório. Trata-se da vulnerabilidade informacional, conforme demonstra trecho da decisão proferida pela Ministra Nancy Andriahi, relatora no Recurso Especial nº 1358231:

A doutrina tradicionalmente aponta a existência de 3 (três) modalidades de vulnerabilidade: técnica, jurídica e fática. (...)

Além das três espécies acima, nosso atual estágio de evolução social e tecnológica trouxe relevo também para a vulnerabilidade informacional. O que antes podia ser considerado uma espécie de vulnerabilidade técnica, ganhou importância e individualidade com a denominada era da informação ou era digital, período que sucede a era industrial e que se caracteriza pela troca de informações de maneira globalizada e em tempo real. Isso, de um lado, implicou amplo acesso à informação, mas, por outro, conferiu enorme poder àqueles que detêm informações privilegiadas.

Essa realidade, aplicada às relações de consumo em que a informação sobre o produto ou serviço é essencial ao processo decisório de compra evidencia a necessidade de se resguardar a vulnerabilidade informacional do consumidor.

Note-se que, **no mais das vezes, o problema não está na quantidade de informação disponibilizada, mas na sua qualidade, sobretudo quando há manipulação e controle pelo fornecedor, influenciando diretamente na decisão do consumidor** (BRASIL, 2013, grifo nosso).

Além de definir o consumidor *standard*, o CDC estabeleceu três definições de consumidores por equiparação, estendendo a tutela especial a sujeitos que, mesmo sem participar de uma relação de consumo, estão expostos a situações análogas de vulnerabilidade descritas pelo legislador.

A primeira hipótese está prevista no art. 2º, parágrafo único do CDC, que equipara a consumidores “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Segundo Bruno Miragem (2012, p 122), nesse caso, a qualidade de consumidor é estendida para aqueles que, mesmo sem praticar atos de consumo (adquirir ou utilizar produtos ou serviços), se subordinam aos efeitos da ação do fornecedor, na condição

de consumidores potenciais. Essa previsão legal serve de fundamento para a tutela coletiva estabelecida no art. 81 do CDC.

Para fins de responsabilidade civil concorrencial, esse dispositivo tem grande relevância. Uma vez que alteram as estruturas de mercado, as infrações à ordem econômica geram danos à coletividade, atingindo o interesse tanto dos consumidores reais quanto dos potenciais.

Conforme será exposto no próximo capítulo, os ilícitos concorrenciais causam prejuízos não só aos adquirentes direitos de seus produtos e serviços, podendo atingir também os consumidores indiretos, quando ocorrem no início da cadeia produtiva. Ademais, há danos, como o peso morto e a queda de investimentos em inovação tecnológica, que comprometem todos os membros do mercado de consumo.

O art. 17 do CDC considera, como consumidores equiparados, todas as vítimas do fato do produto ou serviço, estendendo a tutela especial para todas as pessoas que, mesmo sem participar diretamente da relação de consumo, vêm a sofrer os efeitos danosos decorrentes de um acidente de consumo.

A terceira hipótese de equiparação está descrita no artigo 29 do CDC, que equipara a consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, que estejam expostas às práticas comerciais e contratuais previstas nos artigos 30 a 54 do CDC. Nas palavras de Bruno Miragem (2012, p.124), “trata-se da definição de consumidor equiparado que maiores possibilidades oferece para a aplicação das normas de proteção do CDC aquém não seja qualificado como consumidor em sentido estrito, destinatário final de produto ou serviço”.

Por fim, cumpre salientar que, a despeito dos esforços empreendidos pelos doutrinadores e tribunais brasileiros para estabelecer o conceito de consumidor, a jurisprudência do CADE emprega o termo com pouco rigor científico. De acordo com Heloísa Carpena (2005), é possível observar que, em algumas decisões administrativas, o CADE adota o conceito do CDC, enquanto que, em outras, emprega a expressão de forma ampla, para se referir a empresas fornecedoras¹⁶.

É necessária, portanto, maior uniformidade nos critérios adotados pelas autoridades antitruste para definir o consumidor, sobretudo, quando julgam matérias de direito

¹⁶ À guisa de exemplo, cite-se o Ato de Concentração n. 08012.0007454/00-49 (Partes: Cargill Agrícola S/A e a Fertiliza- Companhia Nacional de Fertilizantes. Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Julgamento em 26 de nov. 2003), que analisou a licitude da fusão entre as duas empresas de fertilizantes, utilizando, entre outros critérios, o bem-estar que a operação proporcionaria para os consumidores. No entanto, a autarquia considerou, como consumidores, os membros da AMA (Associação dos Misturadores de Adubo do Brasil), ainda que os associados adquirissem fertilizantes como insumos a serem empregados em sua atividade econômica.

concorrencial que atingem o bem-estar dos consumidores. Essa imprecisão conceitual gera insegurança jurídica, além de criar obstáculos para a adequada interlocução entre o direito da concorrência e do consumidor.

3.2 O consumidor e a livre-concorrência

Segundo Deborah Caixeta (2013, p. 236), a Constituição de 1988 adotou um modelo de economia de mercado, no qual o Estado assume um papel eminentemente regulador, cabendo-lhe organizar as relações sociais e econômicas, através da implementação de políticas públicas. Assim, o Estado passa a intervir como agente econômico apenas em hipóteses excepcionais, previstas na Constituição Federal (artigos 173, caput, 177 e art. 21, XXIII), cabendo à iniciativa privada o papel de conduzir as atividades produtivas e direcionar a vida econômica do país.

Nesse diapasão, as normas da concorrência e do consumidor revelam-se como importantes instrumentos que permitem ao Estado regular a atividade econômica, com vistas a garantir um modelo de desenvolvimento em conformidade com os ditames da justiça social. Nesse novo modelo, a defesa do consumidor e a tutela da concorrência estão umbilicalmente relacionadas, uma vez que os dois valores foram consagrados pelo constituinte como princípios da ordem econômica nacional (art. 170, CRFB).

Embora a relação entre o direito da concorrência e do consumidor seja amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência, Heloísa Carpena (2005, p. 223-226) destaca que os autores divergem sobre a forma como se dá a articulação entre as duas disciplinas e, principalmente, sobre se e em que medida os interesses dos consumidores devem ser objeto de tutela pelo direito concorrencial.

De acordo com Daniela Cravo (2013, p. 35), as controvérsias em torno da relação entre defesa do consumidor e livre-concorrência se confundem, em certa medida, com as divergências sobre os objetivos do direito antitruste. Ao longo dos anos, a depender de fatores econômicos e ideológicos, autores e aplicadores da lei identificaram diferentes objetivos a serem perseguidos pela política da concorrência.

Segundo Daniela Cravo (2013, p. 37), para a Escola de Harvard, também conhecida como estruturalista, o objetivo precípua da legislação antitruste é proteger a concorrência em si, o que significa manter uma estrutura de mercado pulverizada entre o maior número possível de empresas, sem que se levem em conta os interesses do consumidor. Sob a influência dessa escola, tribunais e agências norte-americanas, ao longo da década de

60, barraram fusões e incorporações que seriam benéficas aos consumidores, apenas porque essas operações restringiriam o número de agentes econômicos no mercado.

Na década de 1980, a Escola de Harvard foi superada pela Escola de Chicago, da qual são representantes Bork, Mac Gee, Telser, Posner, etc. De acordo com Paula Forgioni (2010, p. 162), essa corrente de pensamento considera que o objetivo do direito concorrencial é assegurar a eficiência alocativa do mercado, uma vez que ela sempre seria benéfica aos consumidores. Diferentemente dos estruturalistas, os “chicagoans” consideram que o mercado competitivo nem sempre é aquele atomizado, mas sim o que é capaz de maximizar lucros, utilidades e bem-estar.

Para essa escola, os interesses dos consumidores são considerados de forma mediata, como uma decorrência lógica da eficiência do mercado, uma vez que, na medida em que garante a redução de preços e o aumento de oferta, o direito antitruste assegura também a maximização do bem-estar dos consumidores.

De acordo com Daniela Cravo (2013, p. 40), sobretudo após a crise econômica de 1990, diversos estudiosos passaram a questionar os postulados da Escola de Chicago. Os chamados “pós-chicago” alegam que nem sempre os interesses do mercado e dos consumidores são coincidentes, uma vez que “a eficiência econômica não é suficiente para garantir que os ganhos sejam distribuídos aos consumidores e não, simplesmente, retidos pelos agentes econômicos”. Ademais, esses estudiosos defendem que o bem-estar dos consumidores não se restringe à busca por preços mais baixos, como querem os *chicagoans*, devendo-se considerar também critérios, como a variedade, a inovação e a qualidade de produtos e serviços.

No cenário pós-Chicago, surgiram autores que defendem que a proteção dos consumidores constitui objetivo precípuo do direito antitruste. Nesse sentido, merecem destaque os estudos desenvolvidos pelo professor de Baltimore, Robert H. Lande, que, ao longo da década de 1990, escreveu inúmeros trabalhos, propondo a unificação entre o direito da concorrência e do consumidor.

De acordo com esse modelo, denominado “unified theory of antitrust and consumer protection”¹⁷, essas duas áreas do direito devem atuar de forma cooperada, com o propósito de garantir a soberania do consumidor (“consumer sovereignty”). Para Neil Averit e Robert Lande (1998, p. 44-62), essa soberania se traduz no exercício do direito de escolha, que somente se efetiva quando estão presentes duas condições fundamentais: a) existe uma

¹⁷ Em tradução livre: “teoria unificada do direito antitruste e da defesa do consumidor”.

gama ampla de opções disponíveis para o consumidor no mercado; b) os consumidores podem escolher livremente entre essas opções.

Segundo os autores, o Direito da Concorrência assegura a primeira condição, na medida em que combate as falhas externas ao consumidor (“outside the head”). Representadas pelas infrações à ordem econômica, essas falhas restringem o leque de opções disponíveis no mercado, uma vez que reduzem a variedade de preços, a qualidade e a inovação dos bens e serviços.

O Direito do consumidor, por sua vez, assegura a segunda condição do direito de escolha, evitando as falhas internas (“inside the head”), que consistem nas violações à legislação consumerista, a exemplo da propaganda enganosa, de informações falsas ou incompletas, de cláusulas contratuais ambíguas, etc. Essas falhas afetam as habilidades dos consumidores de escolher entre as opções oferecidas pelo mercado, de forma consciente, livre e informada.

De acordo com Robert Lande (2001, p. 510-514), a jurisprudência dos Estados Unidos vive um processo de mudança do paradigma adotado pela Escola de Chicago, que se pauta na eficiência alocativa e na teoria dos preços, para um novo modelo, com foco na escolha dos consumidores. Segundo o autor, essa mudança é perceptível, em casos como *United States v. Microsoft*, no qual se evidenciou que a análise de práticas anticompetitivas deve considerar os impactos sobre o direito de escolha dos consumidores, dependente não só do menor preço, mas também de fatores, como qualidade e inovação tecnológica.

No Brasil, a maior parte dos autores considera que o direito concorrencial tutela os interesses dos consumidores de forma mediata ou indireta, uma vez que, ao regular a atividade econômica, as normas antitruste mantêm a competitividade do mercado, garantindo aos consumidores preços mais baixos, além de maior variedade e qualidade de produtos e serviços. Nesse sentido, Joaquim Lima Lopes assevera que:

O interesse do consumidor, em termos de direito da concorrência e dos órgãos de aplicação, é um interesse indireto, mediato, mas não irrelevante (...)

No CADE, ele [o consumidor] não vai obter satisfação imediata, mas apenas um **instrumento para futuras satisfações**, ou seja, vai ter a manutenção de **um ambiente que se acredita possa vir a ser-lhe favorável, por garantir eficiência alocativa e produtiva, preços mais baixos, produtos mais abundantes, alternativas** (LOPES, 2000, p 79, grifo nosso).

Por outro lado, embora constituam minoria, alguns estudiosos brasileiros reconhecem a proteção dos consumidores como objetivo central do direito de concorrência. Entre eles, merece destaque Heloisa Carpena (2005, p. 248), cuja tese de doutoramento, fortemente inspirada nas ideias de Robert H. Lande, defende que: “a soberania do consumidor

no mercado somente será alcançada a partir do reconhecimento de que a proteção dos seus interesses constitui o fim precípua da tutela da concorrência, e como tal deve orientar a aplicação de suas normas, tornando mais efetiva e coerente a implementação de novos direitos” (CARPENA, 2005, p. 248).

A despeito das controvérsias quanto à posição dos interesses do consumidor para o direito antitruste, é relevante destacar que tem prevalecido o entendimento segundo o qual a proteção da concorrência não constitui um fim em si mesmo. Conforme assevera Paula Forgioni (2010, p. 171), o direito concorrencial constitui, na atualidade, um instrumento, não só para a regulação do mercado, mas, sobretudo, para a consecução de objetivos relacionados à justiça social, entre os quais se destaca a proteção dos consumidores.

A esse respeito, o Cade, em consulta formulada pelo Pensamento Nacional das Bases Empresariais, manifestou-se no sentido de que a atividade dessa autarquia persegue múltiplos objetivos, entre os quais merece destaque a busca pelo bem-estar dos consumidores, independentemente de ser esse o único ou o mais importante objetivo da política de concorrência, conforme demonstra o trecho transcrito abaixo:

No Brasil, dado o que reza a legislação (Lei nº 8.884/94, art. 1º) quanto aos ditames que orientam a aplicação das disposições antitruste, **muitos autores defendem a existência de diversos e simultâneos objetivos a serem perseguidos pela atuação estatal na defesa da concorrência. Nenhum deles, no entanto, nega que a busca da eficiência e do bem-estar do consumidor tenha lugar de destaque, se não absolutamente central, dentre os objetivos da política de concorrência no Brasil. É também nessa direção, sem dúvida, que tem caminhado a experiência jurisprudencial do CADE.**

De resto, é como vem se desenvolvendo a questão no âmbito internacional, como resume trabalho do Banco Mundial e da OCDE analisando a experiência de diversos países, detectando que **“nas últimas duas décadas o foco tem sido em atingir eficiência econômica, de forma a maximizar o bem estar do consumidor”**. Depois de reconhecer que em muitos casos são múltiplos os objetivos visados pelas diferentes legislações de concorrência, e sem questionar a legitimidade destes, conclui o mesmo trabalho que **“As visões articuladas neste e em capítulos subsequentes deste volume sugerem que a administração e aplicação da lei e da política de concorrência deveriam conferir o maior peso à promoção da eficiência econômica e do bem estar do consumidor”**.

Assim, independentemente de ser esse o único ou um dos principais objetivos, a política de concorrência –e seu aplicador– deve sim se preocupar com as condições e os estímulos existentes na economia para que se maximize o bem estar do consumidor (BRASIL, 2000, p. 28, grifo nosso).

Em nosso ordenamento, a inter-relação entre a legislação antitruste e consumerista é evidenciada, no plano constitucional, pelo art. 170, CF, o qual dispõe que a ordem econômica é informada, entre outros princípios, pela defesa do consumidor. Trata-se, na óptica de Eros Grau (2003, p. 216), uma norma-objetivo, dotada de um caráter conformador da atividade legislativa e das políticas públicas. Conferindo grau de concreção a esse princípio

constitucional, o art. 1º da Lei 12.529/2011 prevê que a repressão e a prevenção de infrações à ordem econômica são igualmente orientadas pela defesa dos consumidores.

Assim, esses dispositivos demonstram que, embora possuam lógicas e princípios próprios, o direito da concorrência e o direito do consumidor devem atuar de forma coordenada, na consecução de objetivos comuns, preservando o equilíbrio nas relações de mercado e, em última análise, garantindo o direito de escolha dos consumidores.

No que tange à responsabilidade civil concorrencial, o diálogo entre as duas disciplinas assume papel relevante na aplicação e interpretação do art. 47 da Lei 12.529/2011. Conforme será demonstrado ao longo do presente trabalho, o direito dos consumidores à reparação não se restringe aos prejuízos econômicos decorrentes de violações à lei antitruste.

Conforme preleciona Robert Lande (2001, p. 503), as infrações à ordem econômica não podem ser entendidas, em um plano abstrato, apenas como disfunções para o mercado, uma vez que causam lesões concretas à liberdade de escolha dos consumidores, a qual constitui um direito básico expressamente assegurado no art. 6º, II, CDC. Essa concepção teórica permite, portanto, compreender melhor a relevância da indenização por danos morais e da tutela coletiva dos consumidores vítimas de ilícitos concorrenciais.

4 ELEMENTOS ESTRUTURAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL

Na atualidade, considera-se a existência de quatro fontes de obrigações: os contratos, os atos unilaterais, os títulos de crédito e a responsabilidade civil. Como fonte de obrigações, a responsabilidade civil impõe a todos os que causarem danos o dever de ressarcir a vítima, reintegrando-a ao estado de equilíbrio patrimonial e moral que se encontrava antes da conduta danosa.

Nesse sentido, a doutrina civilista mais tradicional costuma diferenciar as noções de obrigação e de responsabilidade. Segundo Sérgio Cavalieri (2014, p. 14), a obrigação é sempre um dever jurídico originário imposto por lei ou por um negócio jurídico. A responsabilidade, por sua vez, consiste em um dever jurídico secundário ou sucessivo, uma vez que surge como consequência do descumprimento de uma obrigação.

Assim, o dever originário tem, como fonte, uma lei ou contrato cujos preceitos ou cláusulas devem ser respeitados. A violação do comando normativo ou contratual faz surgir o dever de compor os danos decorrentes da inobservância do liame obrigacional.

Na hipótese das infrações à ordem econômica, os infratores estão descumprindo o dever originário de não praticar atos lesivos à livre concorrência, o qual decorre do texto constitucional (art. 170, CF/88) e da Lei 12.529/2011. Do descumprimento dessa obrigação, surge o dever de reparar ou compensar os concorrentes, os consumidores e a sociedade como um todo, pelos danos causados pelos ilícitos antitruste.

No Brasil, tradicionalmente, a responsabilidade civil se distingue em contratual e extracontratual ou aquiliana, sendo a responsabilidade contratual aquela decorrente da violação de um contrato, enquanto que a extracontratual resulta de um ato ilícito. No entanto, Junqueira Azevedo (2004, p. 148) alerta que, na atualidade, a responsabilidade contratual decorre não apenas do descumprimento de cláusulas contratuais, mas também da inobservância dos deveres anexos à boa-fé, durante as fases pré e pós-negociais.

Segundo Sérgio Cavalieri (2014, p. 30), a responsabilidade aquiliana decorre da violação de um dever jurídico imposto pela lei, sujeitando o autor do dano à disciplina dos artigos 186 a 188 e 927 a 954 do Código Civil.

Com base nesses dispositivos legais, a caracterização da responsabilidade civil extracontratual depende da identificação de quatro elementos. De acordo com a análise de Bruno Maggi (2010, p. 114), o art. 927, caput, do Código Civil traz expressos dois requisitos

do dever de indenizar, o ato ilícito e o dano, sendo que, de forma implícita, é possível identificar o nexo causal, como o liame necessário entre o ilícito e o resultado danoso.

O quarto elemento se encontra expresso no art. 186 do diploma civilista, que, nas palavras de Gustavo Tepedino et al. (2006, p. 457), constitui a cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva, em nosso sistema jurídico. De acordo com esse dispositivo, o ato ilícito consiste em uma conduta voluntária, intencional (dolo) ou negligente (culpa em sentido estrito), capaz de causar danos a outrem.

Cumpra salientar que, a despeito da relevância dessa distinção, existe uma tendência atual no sentido de conferir um tratamento unitário à responsabilidade civil contratual e extracontratual. Em nosso ordenamento, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor superou essa tradicional divisão, ao adotar um conceito amplo de consumidor, de modo que, para esse ramo do direito, “nenhuma pertinência tem a dicotomia, porquanto o sistema de responsabilidade aqui estabelecido ignora o fundamento contratual ou extracontratual do dano, protegendo, de modo precípua, a vítima.” (BRAGA NETTO, 2013, p. 122).

No que tange às infrações à ordem econômica, a diversidade de relações envolvidas torna complexa a tarefa de diferenciar as hipóteses de responsabilidade contratual ou extracontratual. Nos casos da coletividade, dos demais concorrentes e dos adquirentes indiretos¹⁸, a responsabilidade é, sem dúvidas, extracontratual, uma vez que o agente econômico e as vítimas não têm liame contratual.

No entanto, quando se pensa nos fornecedores e consumidores que adquirem serviços e produtos diretamente daquele que pratica um ilícito concorrencial, a diferenciação entre as duas hipóteses de responsabilidade pode apresentar certas perplexidades.

Segundo Bruno Maggi (2010, p. 113), no caso específico de um consumidor que adquira bens de um cartelista por preço superior àquele que seria praticado em um mercado competitivo, pode-se imaginar que a responsabilidade seria contratual, tendo em vista o contrato de compra e venda firmado entre ambos. No entanto, o autor assevera que, na realidade, nenhuma cláusula contratual foi descumprida, uma vez que o conluio do qual decorreu a elevação de preço é fator externo à relação negocial:

¹⁸ Como visto no capítulo anterior, os adquirentes indiretos são fornecedores ou consumidores que adquirem bens ou serviços de agentes econômicos que foram lesados pela infração à ordem econômica, quando o ilícito ocorre no início da cadeia produtiva. Os adquirentes indiretos também podem sofrer danos decorrentes da conduta anticoncorrencial, sobretudo, quando lhes são repassados os custos adicionais dos produtos ou serviços.

(...) a quebra da boa-fé somente poderia ocorrer nos casos em que se visasse um contrato específico, hipótese que não está presente nos casos do cartel. Os agentes participantes do conluio pretendem lucrar mais com as suas atividades de um modo geral, independentemente de quem será o comprador; **assim, os contratos específicos não são considerados e a responsabilidade não pode ser classificada como contratual** (MAGGI, 2010, p. 113, grifo nosso).

Desse modo, conclui-se que a responsabilidade civil concorrencial será sempre extracontratual, uma vez que decorre de um ato ilícito descrito na Lei 12.529/2011. Feitas essas considerações, passamos à análise dos quatro elementos que caracterizam a responsabilidade aquiliana, à luz dos artigos 186 e 927 do Código Civil: a) o ato ilícito; b) o dano; c) o nexo causal; d) a culpa.

4.1 Ato ilícito

Fator gerador da responsabilidade civil, o ato ilícito é definido no art. 186 do Código Civil, no seguintes termos: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Segundo Gustavo Tepedino et al. (2006, p. 458), esse dispositivo legal trata de maneira indiscriminada os conceitos de dano e ato ilícito, cabendo à doutrina diferenciar esses dois elementos.

Em sentido amplo, o ato ilícito pode ser como uma conduta humana em desconformidade com o Direito, ou, nas palavras precisas de Sérgio Cavaleiri (2014, p. 24), “o ato ilícito *lato sensu*, assim entendido como a mera contrariedade entre a conduta e a ordem jurídica, decorre da violação de um dever jurídico preexistente”.

Em sentido estrito, o ato ilícito traz consigo a noção de culpa em sentido amplo, uma vez que pode ser conceituado como uma ação ou omissão consciente e voluntária que, além de violar a esfera de direito de outrem, lhe causa danos materiais ou extrapatrimoniais. Nessa acepção, portanto, o ato ilícito decorre de uma conduta intencional (dolo) ou negligente (culpa).

Cumprido salientar que, para configurar ato ilícito, a omissão não pode constituir mera abstenção. Para que gere a responsabilidade civil, é necessário que o comportamento omissivo decorra da inobservância de um dever de agir, imposto por lei ou negócio jurídico, conforme assevera Carlos Roberto Gonçalves:

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo art. 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro) **ou resultar de convenção** (dever de guarda, de

vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo (GONÇALVES, 2014, p. 41, grifo nosso).

Para fins de responsabilidade civil concorrencial, o ato ilícito corresponde às infrações à ordem econômica, previstas no rol exemplificativo do art. 36, §3º, Lei 12.529/2011. Segundo Robert Pfeiffer (2010, p. 135), para que as condutas descritas nesse dispositivo legal constituam ilícitos antitruste, é necessário averiguar a potencialidade da produção de efeitos no mercado, a razoabilidade da conduta e o poder econômico do representado.

Inicialmente, para que determinada prática configure uma infração à ordem econômica, a Lei 12.529/2011 exige que ela produza ou possa produzir um dos efeitos descritos no art. 36, *caput*, ou seja, “não é necessária a comprovação de que foram gerados efeitos concretos, bastando demonstrar que a conduta possuía potencial de produzi-los.” (PFEIFFER, 2010, p. 135).

Com base nessa previsão legal, Luiz Carlos Buchain (2006, p. 141) salienta que existe uma relevante distinção entre o ilícito antitruste para efeitos de responsabilização administrativa e cível. No âmbito administrativo, é suficiente a demonstração de que a conduta do agente econômico tem a potencialidade de produzir efeitos nocivos à concorrência, enquanto que, na esfera civil, apenas as práticas que causam danos efetivos geram o dever de indenizar.

Ademais, para a caracterização de uma prática anticompetitiva, o direito brasileiro adotou a regra de razão¹⁹, de modo que dada conduta só é considerada ilícita, quando seus efeitos restritivos sobre a concorrência são superiores aos eventuais benefícios gerados para a sociedade. Por fim, o CADE entende que é necessária a presença do poder econômico, para que se configurem ilícitos concorrenciais, uma vez que apenas as condutas de empresas com posição de preponderância são capazes de gerar efeitos lesivos ao mercado.

Como atos ilícitos, as infrações à ordem econômica poderão consistir em ações ou omissões voluntárias. Entre as ações, é possível citar a celebração de cartel entre agentes de um mesmo mercado relevante ou a subordinação de venda de um produto à aquisição de outro (venda casada). Mais raras, as omissões também podem configurar ilícitos antitruste, como no exemplo citado por Paulo Carneiro Freitas (2013, p. 50), de uma empresa que explora abusivamente um direito de propriedade industrial, deixando de observar os deveres inerentes

¹⁹ A regra da razão é analisada com mais detalhes, no primeiro capítulo desse trabalho.

à função social da propriedade, com o fim de eliminar concorrentes num dado mercado especializado.

Ao analisar as condutas restritivas da livre concorrência, Paula Forgoni (2010, p. 270) as divide em três grupos: o abuso da posição dominante; os acordos; os atos de concentração, sendo que esses últimos são objetos de análise prévia pelas autoridades de defesa da concorrência, no âmbito de controle de estruturas.

No que tange aos ilícitos decorrentes de abuso de posição dominante, Paula Forgoni (2010, p. 273) explica que um determinado agente econômico detém essa posição, quando o seu poder de mercado lhe permite atuar com independência e indiferença, em relação ao comportamento de outros sujeitos (concorrentes e consumidores), colocando-lhe a salvo de pressões concorrenciais.

O art. 36, §2º da Lei 12.529/2011 adotou, conjuntamente, os critérios do “market share” e do “market power”²⁰, para definir a existência de posição dominante, ao prever que “presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”.

Assim, para o legislador brasileiro, a posição dominante é presumida, não só quando um agente detém parcela substancial do mercado (*market share*), mas também quando possui poder econômico que lhe permita atuar de maneira independente, impondo condições e influenciando os comportamentos dos demais sujeitos (*market power*).

É relevante frisar que a posição dominante não constitui por si só uma infração à ordem econômica, sendo punido apenas o seu abuso. Com efeito, o art. 36, §1º, Lei 12.529/2011 esclarece que a posição dominante não é ilícita, quando decorre de um processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico sobre seus concorrentes (“*competition on the merits*”).

Segundo Paula Forgoni (2010, p. 302-303), o ato ilícito surge quando a posição dominante é exercida de forma inadequada, em situações nas quais o competidor passa a adotar comportamentos tipicamente monopolistas, como por exemplo, ao impor preços

²⁰Paula Forgoni (2010, p. 287-290) explica que, de acordo com o *market share*, há a presunção de que um agente econômico detém posição dominante, quando é titular de uma parcela substancial do mercado. Antes da promulgação da nova lei de defesa da concorrência, a Lei 8.884/1994 adotava, em parte, o critério do *market share*, ao estabelecer a presunção de que agentes com poder de mercado na ordem de 20% detém posição dominante. Tal presunção era, no entanto, relativa, uma vez que, além do *market share*, o agente econômico deveria ser capaz de impor preços e comportamentos, detendo *market power*.

abusivos, realizar venda casadas, reduzir a qualidade de bens ou serviços, impor barreiras à entrada de novos competidores, etc.

Seguindo esses fundamentos, o Cade, em caso paradigmático, condenou o grupo AmBev (Companhia de Bebidas da América) por abuso de posição dominante, ao concluir que o programa de fidelização “Tô contigo”, firmado pela empresa, gerava efeitos anticompetitivos para o mercado. Resultado da fusão das empresas Brahma e Antártica, a Ambev se tornou a maior empresa de cerveja do país, detendo cerca de 70% (setenta por cento) do mercado brasileiro de cervejas (*market share*).

Ao longo de processo administrativo nº 08012.003805/2004-10, o CADE concluiu que, em princípio, o programa de fidelização “Tô contigo”, firmado entre a AmBev e pontos de vendas (PDV), consistia apenas em um sistema de premiação, em que a compra de caixas de cerveja gerava pontos que poderiam ser trocados pelos PDV’s por bonificações oferecidas pela empresa representada.

No entanto, as investigações demonstraram que, na condução do programa, a AmBev impôs exclusividade de seus produtos aos pontos de venda, exigindo que eles limitassem a compra e a comercialização de cerveja de marcas concorrentes. Como efeitos anticompetitivos, essa prática gerou o aumento artificial dos custos arcados pelos concorrentes com a distribuição e o marketing dos seus produtos, criando barreiras à entrada de competidores no mercado relevante:

A presença de economias de escala no mercado de cervejas agrava a dificuldade de competição para os concorrentes, pois uma entrante, ou um rival já estabelecido, possui economias de escala no custo de distribuição ao fornecer cerveja a diversos PDVs na mesma área. Assim **a possibilidade de entrada é reduzida** e os **competidores existentes no mercado têm seus custos artificialmente elevados, diminuindo sua capacidade de contestar os produtos da AmBev** (BRASIL, 2009, p. 75, grifo nosso).

De acordo com o relator do processo (BRASIL, 2009, p. 78), a longo prazo, as condutas abusivas praticadas pela AmBev acarretariam a eliminação de competidores igualmente eficientes do mercado, gerando o aumento de preços para os consumidores de cerveja. Por essas razões, a autarquia federal concluiu que houve abuso da posição dominante (art. 36, IV, Lei 12.529/2011), condenando a AmBev a pagar multa no valor de R\$ 352.693.696,58²¹ (trezentos e cinquenta e dois milhões, seiscentos e noventa e três mil, seiscentos e noventa e seis reais e cinquenta e oito centavos).

²¹ Segundo Laura Izukawa (2012, p. 35), essa foi uma das maiores multas aplicadas pelo Cade, desde a sua criação, sendo que, na época (2009), essa condenação representou a maior multa até então aplicada por nosso sistema de defesa da concorrência.

Outra espécie de infração à ordem econômica consiste nos acordos entre agentes econômicos (art. 36, §1º, I, Lei 12.529/2011), desde que, com base na regra da razão (*rule of reason*), os efeitos anticompetitivos gerados ao mercado sejam superiores aos efeitos pró-concorrenciais²².

Salomão Filho (2007, p. 260) diferencia as condutas colusivas em acordos horizontais e verticais. Os primeiros dizem respeito a acordos firmados entre concorrentes, que pertencem ao mesmo mercado relevante, enquanto que a colusão vertical envolve agentes que atuam em mercados relevantes distintos, mas interligados na cadeia produtiva, como, por exemplo, os acordos celebrados entre produtores e distribuidores.

Nesse contexto, destaca-se o cartel como uma espécie de acordo horizontal firmado entre concorrentes, que adotam práticas concertadas (como a fixação de preços, redução de oferta, divisão de mercado, alocação de clientes, etc), com o objetivo de conquistar uma posição monopolística e maximizar seus lucros. Nesse sentido, a OECD (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) define cartel da seguinte forma:

A cartel is a formal agreement among firms in an oligopolistic industry. Cartel members may agree on such matters as prices, total industry output, market shares, allocation of customers, allocation of territories, bid-rigging, establishment of common sales agencies, and the division of profits or combination of these. (...) Generally speaking, cartels or cartel behaviour attempts to emulate that of monopoly by restricting industry output, raising or fixing prices in order to earn higher profits²³. (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, p. 18).

No mesmo sentido, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Fazenda (SDE) conceitua os cartéis como “acordos ou práticas concertadas entre concorrentes para a fixação de preços, a divisão de mercados, o estabelecimento de quotas, restrição de produção e a adoção de condutas pré-combinadas em licitações públicas.” (SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO, 2008, p. 8).

Cumprido salientar que, independentemente do modo de operacionalização adotado pelo cartel (fixação de preços, divisão de mercados, fraudes a licitações), o resultado pretendido por seus membros é sempre o de neutralizar a concorrência, com o objetivo de

²²Bruno Maggi (2010, p. 63) afirma que, nos Estados Unidos, os acordos horizontais para a fixação de preços são considerados ilícitos per se, prescindindo da análise dos efeitos pró-concorrenciais e anticompetitivos, como ocorre no Brasil.

²³ Em tradução livre: “Um cartel é um acordo formal entre firmas em um setor econômico oligopolizado. Os membros do cartel podem acordar sobre vários assuntos, tais como preço, produção total do setor, participações de mercado, alocações de consumidores, divisão de territórios, fraudes à licitação, fixação de agências de vendas comuns, e a divisão ou combinação dos lucros. Cartel, nesse sentido amplo, é sinônimo para formas de colusão explícita”.

obter lucros monopolistas, através da elevação artificial de preços. Quando bem operacionalizado, os efeitos desse ilícito concorrencial são nefastos para o mercado, uma vez que geram a eliminação de concorrentes e a perda do poder de escolha dos consumidores, que passam ou a adquirir bens mais caros, ou a se conformar com uma segunda opção menos eficiente que a inicialmente desejada.

Em razão dos seus efeitos negativos, as jurisdições em todo o mundo têm implementado políticas de combate aos cartéis, reconhecendo essa prática como uma das mais graves ofensas à livre-concorrência. No Brasil, a SDE considera o combate a esse ilícito uma prioridade, por considerar que os cartéis são “a mais grave lesão à concorrência porque prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e reduzir a oferta, tornando bens ou serviços mais caros ou indisponíveis.” (SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO, 2008, p. 8).

4.2 Dano

Elemento essencial para a reparação civil, o dano pode ser conceituado como “lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado.” (CAVALIERI, 2014, p. 93), do qual resulta a perda ou prejuízo ao patrimônio material ou moral do ofendido.

Nesse sentido, Junqueira de Azevedo (2004, p. 291) analisa a definição de dano, traçando a distinção entre os planos do evento e do prejuízo. Para o autor, o dano-evento representa o ato de lesão em si a um bem jurídico, seja ele tangível ou intangível. O dano-prejuízo, por sua vez, consiste em um segundo momento, em que são aferidas as consequências econômicas da lesão sofrida pela vítima, permitindo mensurar a indenização a ser paga.

Tradicionalmente, os civilistas distinguem o dano em duas categorias: danos materiais ou patrimoniais e danos morais ou extrapatrimoniais. Os danos materiais consistem em lesões que atingem o patrimônio da vítima, cujo critério de ressarcimento tem fundamento no art. 402 do Código Civil, que dispõe: “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de ganhar”.

Com base nesse dispositivo, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 245) conclui que danos patrimoniais incluem os danos emergentes e os lucros cessantes, em que os primeiros abrangem as perdas efetivas, a “diminuição patrimonial sofrida pela vítima”, enquanto que a

segunda modalidade corresponde à “frustração da expectativa de lucro”, ou seja, aquilo que a vítima deixou de ganhar.

Os danos morais, por sua vez, têm sua existência autônoma reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, conforme evidencia a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Alguns autores, como Junqueira Azevedo (2014, p. 378), partem de um conceito negativo de dano moral, definindo-o como o tipo de lesão que não possui efeitos patrimoniais. Para esse estudo, no entanto, optamos pelo conceito apresentado por Sérgio Cavalieri (2014, p. 111), o qual confere amparo constitucional a essa espécie de dano, ao defini-lo como “violação a direitos ou atributos da pessoa humana”.

Segundo esse autor, à luz do texto constitucional, os danos morais passam a ter, como fundamento, a proteção à dignidade humana (art. 1º, III, CRFB), o que torna necessário desvencilhar o seu conceito das ideias de dor e sofrimento, já que essas reações psíquicas são apenas efeitos eventuais, e não causas de uma agressão à dignidade das vítimas:

Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. **Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas.** Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, **a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa a agressão à dignidade** (CAVALIERI, 2014, p. 197 grifo nosso).

Cumprido salientar que, enquanto a indenização por danos materiais tem função reparatória, nos danos morais, a indenização tem, por finalidade, apenas compensar a vítima pelas lesões a um direito de personalidade²⁴. De difícil valoração, os danos morais devem ser quantificados pelo juiz casuisticamente, utilizando-se o critério do arbitramento judicial.

Junqueira de Azevedo (2004, p. 377-384) defende a existência de uma terceira categoria de dano, o dano social, que consiste em lesões decorrentes de atos que influenciam o comportamento de todo o grupo social, diminuindo a sensação geral de bem-estar. Como exemplo de dano social, Bruno Maggi (2010, p. 143) cita a publicidade enganosa, uma vez que causa efeitos negativos para uma coletividade de vítimas que não podem ser individualizadas, causando uma sensação geral de intranquilidade e insegurança.

²⁴ Nesse sentido, Braga Netto (2013, p. 174, grifo nosso) assevera que: “**Dizemos que a indenização relativa ao dano material é ressarcitória ou reparatória.** Faz voltar o estágio anterior ao dano (...). **Essa volta à situação anterior (status quo ante), no entanto, é impossível nos danos morais (...).** Em casos como esse, a indenização será compensatória, pois terá lugar para compensar a dor da vítima, sua humilhação, a perda de vida, da honra, enfim, qualquer dano suficientemente grave que possa ser tido à Luz das circunstâncias, como o dano moral”.

Para fins de responsabilidade civil concorrencial, os ilícitos antitruste geram alterações nas estruturas do mercado, dos quais decorrem danos individuais e coletivos, patrimoniais e morais, para a sociedade, para os competidores e, sobretudo, para os consumidores, que constituem o objeto do presente estudo.

De acordo com Oxera (2009, p. 13), a identificação da espécie e da extensão dos danos depende da categoria de infração à ordem econômica e do sujeito por ela prejudicado. De uma maneira geral, é possível afirmar que todos os ilícitos concorrenciais acarretam danos à sociedade, uma vez que violam o princípio constitucional da livre concorrência (art. 170 da Constituição Federal), comprometendo as estruturas de mercado.

No que tange especificamente aos acordos horizontais, com destaque para os cartéis, os consumidores são os maiores prejudicados, uma vez que essa prática ilícita gera elevados custos sociais, representados pela transferência do excedente dos consumidores para os produtores.

Independentemente do modo de operacionalização adotado (divisão do mercado, restrição de oferta, fixação de preços, etc), os cartéis produzem, como efeito direto, o sobrepreço (*overcharge*), que consiste na elevação artificial dos preços de bens e serviços. Desse modo, em um mercado cartelizado, os consumidores acabam pagando um preço superior ao que seria cobrado em um mercado competitivo, o que representa um dano material emergente²⁵.

Segundo Oxera (2009, p. 34), o valor do sobrepreço ainda pode sofrer elevações, que resultam das mudanças que os cartéis geram a longo prazo nas estruturas do mercado. Uma vez que visam à maximização de seus lucros, os cartelistas tendem a diminuir os investimentos em pesquisas e inovações tecnológicas, que poderiam acarretar a redução dos custos de produção e, por conseguinte, do preço final de bens e serviços. Sob essa perspectiva, os cartéis impõem aos consumidores perdas potenciais, na forma de lucros cessantes.

Além dos prejuízos decorrentes da imposição de preços abusivos, as práticas colusivas acarretam lesões ao direito de escolha do consumidor, que constitui um dos

²⁵ Os estudos demonstram que, geralmente, o sobrepreço representa 10% (dez por cento) a mais sobre o valor que seria praticado, em um mercado competitivo, podendo ser superior a essa faixa, em razão de fatores, como a elasticidade da demanda, a substitubilidade do produto, etc. Em um estudo sobre o tema, Boyer e Kotchoni (2011, p. 4-7) analisaram 1120 (mil, cento e vinte) cartéis, constando a existência de um sobrepreço médio de 13,63% (treze por cento e sessenta e três centésimos), entre os cartelistas que elevaram os preços de seus produtos e serviços, na faixa de 0 (zero) a 50% (cinquenta por cento). A taxa do sobrepreço se elevou para 17,52% (dezessete por cento e cinquenta e dois centésimos), quando foram considerados os cartéis que elevam seus preços acima de 50%.

fundamentos do Direito Antitruste, uma vez que diminuem ou mesmo eliminam a variedade de opções disponíveis no mercado.

Do ponto de vista econômico, a redução do direito de escolha se manifesta através de um fenômeno denominado de “peso morto”²⁶. Em virtude da diminuição da oferta e da elevação de preços, consumidores potenciais deixam de adquirir determinado bem, pelo qual estariam dispostos a pagar em um cenário competitivo, sendo obrigados a substituí-los por uma segunda opção, ainda que de menor qualidade.

No entanto, conforme preleciona Robert Lande (2001, p. 502), liberdade de escolha dos consumidores não se relaciona apenas ao preço dos produtos, levando-se em conta também a sua variedade e qualidade. Como dito, em um mercado monopolista, os concorrentes tendem a investir menos em desenvolvimento tecnológico, o que restringe o oferecimento de bens de melhor qualidade, sob condições diversificadas e a preços menores, reduzindo substancialmente o espectro de escolha dos consumidores.

A redução do poder de escolha representa perda de bem-estar para toda a sociedade, o que deve ser indenizado à título de danos morais coletivos. Nesse sentido, Bruno Maggi (2010, p. 157) afirma: “o rebaixamento da qualidade de vida, a diminuição da produção e a impossibilidade de compra dos bens por potenciais compradores que pagariam o preço normal de mercado são situações que não podem ser revertidas. Assim, o prejuízo também será moral e a indenização poderá apenas compensar os valores perdidos”.

Em relação ao abuso de posição dominante, Oxera (2009, p. 16) destaca que os danos produzidos são semelhantes àqueles que decorrem de práticas colusivas. Com efeito, o detentor de posição dominante pode adotar comportamentos tipicamente monopolistas, causando prejuízos para o mercado e, sobretudo, para os consumidores, como a elevação de preço (sobrepço), a diminuição do bem-estar social. Nesse sentido:

(...) The most common form of exploitative abuse of dominance is excessive pricing. In theory, **the harm caused by excessive pricing is similar to that caused by cartels**: a firm with significant market power restricts output and raises prices. This leads to the same two types of harm as in a cartel case. **An overcharge harm is caused by higher prices being paid by parties further down the supply. A volume-lossharm is caused by the reduction in consumption triggered by these higher prices.** The guidance developed in this report on assessing the cartel overcharges is therefore to a great extent directly applicable to excessive pricing cases²⁷ (OXERA, 2009, p. 16, grifo nosso).

²⁶ Lígia Gândara (2010, p. 37) qualifica o peso morto como um custo social, uma vez que “aos consumidores deve ser facultada a liberdade de escolher o produto que deseja adquirir no lugar da imposição d aquisição do seu substitutivo e a restrição a essa liberdade gera um custo social significativo”.

²⁷ Em tradução livre: “A forma mais comum de abuso de posição dominante é a prática de preços excessivos. Teoricamente, os danos decorrentes de preços excessivos são semelhantes àqueles causados pelos cartéis: uma empresa com significativo poder de mercado reduz a produção e aumenta os preços. Isso leva aos dois tipos de

No que tange às práticas de exclusão, Calixto Salomão (2007, p. 82) assevera que essa espécie de ilícito antitruste prejudica, de forma mais direta, os concorrentes. Segundo o autor, se considerados apenas os interesses imediatos dos consumidores, condutas, como os preços predatórios, chegam a parecer benéficas, uma vez que permitem a aquisição de bens e serviços a preços abaixo dos valores de custo.

No entanto, Robert Lande (1998, p. 48) afirma que, a longo prazo, os comportamentos de exclusão, a exemplo dos preços predatórios, são bastante lesivos aos interesses dos consumidores, uma vez que levam à eliminação de concorrentes e à dominação do mercado. Assim, com o decurso do tempo, os consumidores serão os sujeitos mais atingidos por esse ilícito antitruste, em razão dos efeitos nocivos já citados: elevação de preços, redução na qualidade e inovação de produtos, restrição do direito de escolha e do bem-estar social, etc.

Uma vez identificadas as lesões decorrentes das infrações à ordem econômica (dano-evento), cabe agora discutir brevemente os critérios a serem empregados na valoração desses danos (dano-prejuízo).

Conforme foi dito no primeiro capítulo, uma das maiores dificuldades enfrentadas para a efetivação da responsabilidade civil concorrencial consiste na correta quantificação dos danos. Em estudo dedicado ao tema, Livia Gândara (2011b, p. 31) analisa os poucos casos de condenações em ações reparatórias decorrentes de práticas anticompetitivas, concluindo que “não há padrão utilizado pelos tribunais para calcular o quantum indenizatório²⁸”

Como visto, um dos efeitos mais recorrentes das infrações à ordem econômica é a cobrança de sobrepreço, o que gera danos materiais aos consumidores. Embora se trate de questão complexa, a doutrina e a jurisprudência norte-americana e europeia adotam métodos

danos causados, no caso do cartel. O sobrepreço é causado pelo aumento dos preços pagos pelos consumidores. Outra perda é causada pela redução do consumo desencadeada pelos preços mais elevados. A orientação desenvolvida, nesse relatório, para a quantificação do sobrepreço é, portanto, em grande parte aplicável a casos de preços excessivos”.

²⁸ À guisa de exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelação Cível nº 2006.001.02659) condenou a Petrobrás por danos materiais decorrentes do abuso da posição dominante, arbitrando, com base em perícia contábil, indenização no valor de R\$ 241.123.838,63 (duzentos, quarenta e um milhões, cento e vinte e três mil, oitocentos e trinta e oito reais e sessenta e três centavos). Em julgado de 2007, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 70018714857) condenou cartelistas do setor de combustíveis pelos danos morais sofridos por consumidores do município de Guaporé, arbitrando indenização no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Já o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.181.643/RS, condenou o setor portuário pelos danos morais decorrentes da cobrança de taxas abusivas, fixando indenização no montante de 20% (vinte por cento) de todos os valores indevidamente cobrados. Essas disparidades revelam a ausência de critérios que orientem o Poder Judiciário brasileiro, no momento da quantificação dos danos decorrentes de infrações à ordem econômica.

que permitem quantificar, com bastante precisão, os danos resultantes da elevação artificial de preços.

Nesse sentido, Oxera (2009, p. 30) defende que, para a estimativa da riqueza transferida dos consumidores para os produtores, é necessário empreender uma análise econômica do mercado, com base em métodos da econometria e das finanças corporativas. A partir da aplicação desses métodos, é possível construir o que o autor denomina de cenário contrafactual (“but-for scenario”), que consiste na situação hipotética do mercado, caso a infração à ordem econômica não tivesse ocorrido. A partir desse cenário, é possível comparar os valores pagos em razão do ilícito e o preço hipotético que seria cobrado em um mercado competitivo.

Em estudo sobre o tema, Boyer e Kotchoni (2011, p. 8-10) identificaram, na prática e literatura americanas, cinco métodos bastante eficientes para o cálculo do sobrepreço: a) o “before-ad-after method”, que consiste na análise comparativa dos preços praticados antes, durante e depois da prática anticompetitiva; b) o método do preço de guerra, que, à semelhança do anterior, compara os valores cobrados em razão dos ilícitos e aqueles que seriam praticados durante uma guerra de preços (price war); c) o “yadstrick method”, que compara os preços cobrados em diferentes mercados geográficos, com e sem a influência de ilícitos antitruste; d) “cost-based method”, em que o cálculo do sobrepreço é feito com base nos custos de produção, o que exige uma análise aprofundada dos registros financeiros das empresas; e) métodos econométricos, que são todos aqueles que simulam preços, com base nas condições dinâmicas do mercado.

No Brasil, o cálculo do sobrepreço demandaria, portanto, a produção de provas periciais, nas quais poderiam ser aplicados esses métodos econômicos, de acordo com as particularidades de cada concreto. Portanto, o maior desafio, para os nossos tribunais, será a valoração dos danos decorrentes do peso morto e da redução do bem-estar social, a serem compensados a título de danos morais.

Uma vez que a jurisprudência pátria rechaça a tarifação das indenizações por danos morais²⁹, nessas hipóteses, os balizadores a serem adotados pelo Judiciário serão necessariamente mais amplos, como a extensão do dano³⁰, o critério da razoabilidade, a

²⁹ Nesse sentido, na Arguição de Preceito Fundamental nº 130, o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou que o sistema tarifário de indenizações por danos morais adotado pela Lei da Imprensa é incompatível com a Constituição Federal, cabendo ao Judiciário arbitrar casuisticamente os valores, em proporção aos danos causados.

³⁰ Nesse sentido, o art. 944 do CC prevê expressamente: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

vedação do enriquecimento ilícito, as condições econômicas das vítimas e do ofensor³¹, etc. Apesar da flexibilidade desses critérios, caberá aos nossos tribunais fixar alguns parâmetros mínimos que forneçam alguma segurança jurídica, na quantificação dos danos morais e sociais decorrentes de infrações à ordem econômica.

4.3 Nexo causal

Terceiro elemento da responsabilidade civil concorrencial, o nexos causal consiste no elo entre o ato ilícito e o evento danoso. Assim, o dano suportado pela vítima deve ser resultado da conduta ilícita de determinada pessoa ou grupo, ao mesmo tempo em que esse ato deve ter sido determinante para a produção do dano.

A análise do nexos causal revela-se uma tarefa complexa, quando múltiplas circunstâncias (concausas) concorrem para o resultado danoso, o que torna difícil definir se o ato ilícito foi determinante para a produção do dano e qual o grau de influência daquele sobre esse. No que tange às práticas anticoncorrenciais, essas dificuldades se acentuam, tendo em vista que, em uma economia dinâmica, as condutas dos agentes econômicos produzem repercussões que nem sempre podem ser detectadas em sua totalidade.

A fim de enfrentar essas questões, foram formuladas três teorias que se prestam a definir qual (ou quais) circunstância (s) é (são) a causa real de um evento danoso: teoria da equivalência das condições; teoria da causalidade adequada; teoria da causalidade necessária.

Para a teoria da equivalência das condições ou da condição *sinequa non*, todas as circunstâncias que tenham contribuído para a produção do dano são consideradas causas. De acordo com Sérgio Cavalieri (2014, p. 64), essa teoria não discute o grau de influência que cada ação ou omissão teve sobre o dano, assim: “se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem”.

Tal teoria é, atualmente, pouco aceita pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, uma vez que estende em demasiado a amplitude do nexos causal, podendo levar a resultados absurdos e pouco justos. Nesse sentido, Bruno Maggi (2010, p. 162-163) destaca que, para

³¹ A esse respeito, o STJ possui firme entendimento: “A fixação do valor da compensação pelos danos morais deve balizar-se entre a **justa composição** e a **vedação do enriquecimento ilícito**, levando-se em consideração o **critério da proporcionalidade**, bem como as peculiaridades de cada espécie. Precedentes” (Recurso Especial 1034302 / RS, Rel. Nancy Andriahi, Terceira Turma, Julgado em: 27 de abr. 2011). Ademais, segundo precedentes desse tribunal: “Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o **princípio da razoabilidade** e **para os critérios da proporcionalidade**, deve-se levar em consideração **o bem jurídico lesado** e **as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido**, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ato ilícito” (Recurso Especial 839923 / MG, Relator: Raul Araújo, Julgado em: 15. fev. 2012, grifo nosso)

fins de responsabilidade civil concorrencial, a aplicação da teoria da condição *sinequa non* poderia levar inúmeros sujeitos afetados, ao longo da cadeia produtiva, a requerer reparação pelos efeitos colaterais de uma prática anticompetitiva. À guisa de exemplo, o autor cita que seria pouco razoável exigir que uma empresa de vitaminas fosse condenada a reparar uma vítima de raquitismo, que alegasse ter deixado de comprar vitamina C, em razão do sobrepreço.

Sob a perspectivada teoria da causalidade adequada, é necessário investigar, entre as diversas circunstâncias que contribuíram para o dano, aquela que foi determinante para o resultado. Assim, só se considera causadora a condição que se mostrar mais adequada para produzir concretamente o resultado, ou seja, “aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar mais idônea para gerar o evento.” (CAVALIEIRI, 2014, p. 65).

De acordo com Flávio Tartuce (2012, p. 446), essa teoria, que decorre dos arts. 944 e 945 do Código Civil, é, na atualidade, a prevalecente entre os civilistas brasileiros. Nesse sentido, o autor cita que, na I Jornada de Direito Civil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou o Enunciado 47³², para consolidar o entendimento doutrinário sobre a questão.

A teoria da causalidade necessária, segundo Bruno Maggi (2010, p. 161), restringe ainda mais o alcance do nexos causal, ao considerar que, para ser causa de um dano, não basta que dada circunstância seja adequada à produção do evento; é necessário que seja a causa necessária, sem a qual o resultado não se teria produzido.

Para alguns autores, como Carlos Gonçalves (2014), a teoria adotada, no Brasil, é a da causalidade necessária, tendo em vista que o Código Civil de 2002 adotou a teoria do dano imediato e direto, no art. 403, ao dispor que: “ainda que a inexecução resulte do dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Embora esse artigo trate expressamente da inexecução contratual, Sérgio Cavalieri (2014, p. 68) afirma que está consolidado, entre os civilistas, o entendimento que também o aplica à responsabilidade civil extracontratual. Com base nesse dispositivo, Carlos Gonçalves (2014, p. 238) defende que a teoria da causalidade necessária seria a que melhor cristaliza a vontade do legislador, uma vez que imputa o dever de reparação/compensação apenas, quando o evento danoso é efeito direto e imediato de certo ato.

³² Enunciado 47 CJP/STJ: O art. 945 do novo Código Civil, que não encontra correspondente no Código Civil de 1916, não exclui a aplicação da teoria da causalidade adequada.

Com base no exposto, conclui-se que, para fins de responsabilidade civil concorrencial, a teoria da causalidade adequada ou da causalidade necessária apresentam soluções mais satisfatórias, a depender do caso concreto. Uma vez que restringem as hipóteses de imputação dos danos, a aplicação de tais teorias evita que os agentes econômicos sejam responsabilizados por todos os efeitos, diretos e indiretos, que as infrações à ordem econômica geram nos diferentes níveis da cadeia produtiva.

Em razão da multiplicidade de variáveis que influenciam o comportamento dos agentes econômicos, a análise do nexos causal pode se revelar bastante complexa, diante de algumas hipóteses de responsabilização. À guisa de exemplo, a prova do nexos causal gera inúmeras dificuldades, quando se analisa o fenômeno do peso morto, em que consumidores deixam de adquirir determinado bem, pelo qual optariam em um mercado competitivo que praticasse preços mais baixos.

Ainda que se comprove que a elevação de preços decorreu de uma prática anticompetitiva, em algumas hipóteses, será difícil demonstrar que essa foi a causa necessária ou adequada para que certos consumidores adquirissem outro produto ou serviço. Em primeiro lugar, como visto, o preço não é o único fator que condiciona as escolhas desses sujeitos no mercado. Por outro lado, como bem demonstrou o economista Herbet Simon (1991, p. 25-44), os consumidores trabalham em um contexto de racionalidade limitada, já que nem sempre dispõem de informações suficientes que lhes permitam avaliar, com critérios objetivos, a relação entre alternativas e consequências.

Nesses casos, quando não for possível individualizar os danos decorrentes do peso morto, Livia Gândara (2011b, p. 36) defende que a forma mais efetiva de reparar os consumidores será por meio do instituto do dano moral coletivo.

Outra questão bastante controversa, no Direito Comparado, diz respeito à repercussão dos custos adicionais, quando a infração à ordem econômica ocorre no início da cadeia produtiva. Nessa hipótese, o produtor que adquire insumo ou matéria-prima com sobrepreço, em razão da prática anticompetitiva (adquirente direto), pode optar por absorver o aumento do preço, para não repassá-lo ao usuário final (adquirente indireto), ou por repercutir os custos adicionais ao longo da cadeia produtiva, repassando o sobrepreço total ou parcialmente para os consumidores.

Segundo Eduardo Gaban (2011, s/p), nos Estados Unidos, a Suprema Corte, a partir do precedente "*Illinois Brick Co. v. Illinois*", firmou o entendimento de que apenas os adquirentes diretos têm legitimidade para a propositura de ações indenizatórias, ainda que sejam capazes de repassar o sobrepreço para os demais níveis da cadeia produtiva.

Para Paulo Carneiro Freitas (2013, p. 56), os argumentos empregados para justificar esse entendimento consistiram na necessidade de simplificação das demandas, uma vez que os compradores imediatos têm maiores condições de detectar uma prática anticompetitiva, o que suas ações mais exitosas. Ademais, sob o ponto de vista econômico, essa solução evitaria o risco de múltiplas demandas contra o mesmo agente econômico, que poderia ser obrigado a indenizar o mesmo fato mais de uma vez³³.

No Direito europeu, essa solução foi rechaçada. De acordo com San Pedro e Suárez (2011, p. 598), o Livro Branco (2008) admitiu duas implicações relevantes da repercussão dos custos adicionais. Em primeiro lugar, reconheceu a legitimidade dos consumidores finais para a propositura de ações indenizatórias dos danos decorrentes de práticas anticompetitivas, cabendo aos autores o ônus de provar o nexo causal entre o ilícito e a lesão sofrida. Por outro lado, foi reconhecido o direito dos demandados de alegar, como tese de defesa, a repercussão dos custos adicionais, para afastar a pretensão reparatória dos adquirentes direitos, o que constitui a chamada “passing-on defence”.

No Brasil, o nosso sistema jurídico adequa-se mais à solução encontrada pelo Direito europeu. Levando-se em consideração o direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXIII da Constituição Federal), não se poderia afastar a *priori* a pretensão de consumidores que, mesmo estando no final da cadeia produtiva, alegam ter sido lesados por infrações à ordem econômica.

Do ponto de vista do nexo causal, a aplicação da teoria da causalidade adequada ou da causalidade necessária permite concluir que os ilícitos concorrenciais são a causa mais adequada ou determinante para os prejuízos sofridos pelos consumidores, quando lhes são repassados os custos adicionais, ainda que não mantenham relação contratual com o infrator.

Com efeito, negar aos consumidores, que são os sujeitos mais vulneráveis nas relações de mercado, o direito de ação levaria a resultados pouco justos, incentivando, inclusive, o enriquecimento ilícito dos produtores que são capazes de repercutir seus custos adicionais. Nesse sentido, San Pedro e Suárez (2011, p. 600) alegam que, em regra, os

³³ Cumpre salientar que, apesar de ser esse o entendimento consolidado da Suprema Corte americana, existem Estados que adotam solução diversa, reconhecendo a legitimidade ativa dos compradores indiretos. Ademais, em 2007, a Comissão de Modernização Concorrencial dos EUA (CMC) submeteu um extensor relatório ao Congresso, no qual, entre outras recomendações, sugeriu a aprovação de um diploma legal regulando o direito de ação dos adquirentes indiretos: “Direct and indirect purchaser litigation would be more efficient and more fair if it took place in one federal court for all purposes, including trial, and did not result in duplicative recoveries, denial of recoveries to persons who suffered injury, and windfall recoveries to persons who did not suffer injury” (Comissão de Modernização Concorrencial, 2007).

consumidores, mesmo sem manter vínculos com monopolistas ou cartelistas, são os mais afetados por infrações à ordem econômica.

Segundo esses autores, pesquisas demonstram que, em regra, o sobrepreço é repartido entre os diferentes sujeitos da cadeia produtiva, já que os fornecedores diretamente afetados pelas práticas anticompetitivas tendem a repercutir, parcialmente, a elevação de custos para os destinatários finais de bens ou serviços. A proporção desse repasse ao consumidor depende de diferentes fatores, entre os quais o poder de mercado e o grau de elasticidade da oferta e da demanda³⁴:

La proporción en que esto se produciría dependerá, en realidad, no de la voluntad del comprador directo, sino de las elasticidades relativas de la oferta y la demanda de los bienes y mercados concretos que estamos considerando. Si la demanda es muy inelástica en relación con la oferta, la carga del sobreprecio recaerá principalmente sobre el comprador final-comprador indirecto. Pero si ocurre lo contrario, esto es, demanda muy elástica en relación con la oferta, recaerá fundamentalmente en los vendedores-compradores directos³⁵ (SAN PEDRO; SUAREZ, 2011, p. 600).

Portanto, deve-se assegurar a todos os consumidores, mesmo os que não tenham vínculo direto com o infrator, o direito de pleitearem em juízo o ressarcimento pelos danos supostamente sofridos. Ao longo da instrução processual, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, as partes terão a oportunidade de discutir e demonstrar a repercussão dos custos adicionais, através de perícias e análises econômicas, cabendo ao magistrado inverter o ônus da prova, em favor dos consumidores, quando se estiverem presentes as condições do art. 6º, VIII, CDC³⁶.

4.4 Culpa

Quarto elemento formador da responsabilidade civil subjetiva, a culpa, em sentido amplo, corresponde ao nexó psicológico entre o ato ilícito e a vontade do agente. De acordo com art. 186 do Código Civil, em regra, é necessário comprovar que o ato ilícito causador de

³⁴ Nesse sentido, Oxera (2009, p. 118) cita um estudo que avaliou a repercussão de custos no mercado de laticínios, concluindo que os fornecedores com poder de mercado significativo conseguiam repercutir entre 50 a 60%, enquanto que, entre os fornecedores com poder limitado, essa proporção caiu para 13 a 19%.

³⁵ Em tradução livre: “A proporção em que isso se produzirá dependerá, na realidade, não da vontade do comprador direto, mas sim das elasticidades relativas à oferta e à demanda dos bens e mercados concretos que estamos considerando. Se a demanda é muito inelástica em relação à oferta, a carga do sobrepreço recairá sobre o comprador final- comprador indireto. No entanto, se ocorrer o contrário, ou seja, a demanda for muito elástica em relação à oferta, recairá fundamentalmente sobre os vendedores- compradores diretos”.

³⁶ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a **inversão do ônus da prova**, a seu favor, no processo civil, **quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação** ou **quando for ele hipossuficiente**, segundo as regras ordinárias de experiências” (grifo nosso).

danos decorreu de culpa do agente, ou seja, de uma ação ou omissão voluntária, de negligência ou imprudência.

Com base nesse dispositivo legal, a doutrina civilista tem diferenciado a culpa *lato sensu* em dolo e em culpa *stricto sensu*. O agente age com dolo, quando viola intencionalmente um dever jurídico, desejando o resultado danoso. Na culpa, por sua vez, o agente não almeja o resultado, mas viola o dever geral de cuidado, agindo com negligência, imprudência ou imperícia. Nesse sentido, Carlos Gonçalves sintetiza a diferença entre dolo e culpa em sentido estrito, nos seguintes termos:

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante –, enquanto no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. **Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente da falta de cuidado** (GONÇALVES, 2014, p. 214, grifo nosso).

Enquanto que a responsabilidade civil subjetiva está fundada na noção de culpa, na objetiva, o dever de indenizar prescinde da perquirição do elemento subjetivo do agente, sendo suficiente a prova do ato ilícito, do dano e do nexa causal. De acordo com a cláusula geral do parágrafo único, art. 927 do Código Civil, a responsabilidade civil objetiva decorre da aplicação da teoria do risco ou da previsão em lei.

Segundo a teoria do risco, aquele que cria situações de perigo para terceiros deve ser obrigado a indenizá-los, ainda que a sua conduta esteja isenta de culpa. Sérgio Cavalieri (2014, p. 182) elenca, entre as diversas modalidades de risco identificadas pela doutrina, o risco proveito, o risco profissional e o risco criado.

A primeira modalidade se funda no princípio segundo o qual aquele que tira proveito de uma atividade potencialmente danosa deve responder pelos danos causados, independentemente da existência de culpa. No risco profissional, entende-se que quem exerce profissionalmente uma atividade econômica deve arcar com os ônus decorrentes de possíveis eventos danosos. Para a teoria do risco criado, aquele que, com sua atividade ou profissão, gera riscos para terceiros deve ser responsabilizado objetivamente, mesmo que não tenha auferido vantagens ou proveitos.

A segunda hipótese de responsabilidade civil objetiva diz respeito aos casos especificados em lei. Nesse sentido, o CDC estabeleceu que os fornecedores respondem,

independentemente de culpa³⁷, por fatos e vícios dos produtos ou serviços, o que ampliou os domínios da responsabilidade civil objetiva, uma vez que grande parte das relações privadas constituem relações de consumo.

No que se refere à responsabilidade civil concorrencial, há entendimentos divergentes quanto à sua definição como hipótese de responsabilidade subjetiva ou objetiva. Para Bruno Maggi (2010, p. 175) e Luiz Carlos Buchain (2006, p. 135-143), o ressarcimento das vítimas de infrações à ordem econômica independe da apuração da culpa dos administradores ou dirigentes da pessoa jurídica violadora, uma vez que o art. 36 da Lei 12.529/2011 estabelece que a responsabilidade por ilícitos concorrenciais é objetiva.

Em contraposição a esse entendimento, Gilberto Sodré Carvalho (2002, p. 23-26) defende que esse dispositivo da lei de concorrência se refere à responsabiliza o dos agentes econômicos, no âmbito administrativo. Na esfera civil, deve prevalecer a regra geral da responsabilidade subjetiva, prevista no art. 186 do Código Civil.

Por outro lado, Lígia Gândara (2011b, p. 17) entende que os ilícitos concorrenciais não constituem riscos inerentes   atividade econômica, motivo pelo qual não se aplica a teoria do risco. Para a autora, “ainda que a teoria econômica defenda que existem estruturas de mercado que propiciem a prática de uma conduta anticompetitiva, esse fato não estabelece rela o direta ou mesmo necessária ao exercício de uma determinada atividade”.

Cumpra salientar que, após consultas públicas, a Comissão Europeia propôs, no Livro Branco (2008, p. 7), uma soluço intermediária para a exigência do requisito da culpa. Para essa institui o, os infratores da legisla o antitruste são presumivelmente culpados, cabendo-lhes o  nus de provar que ato ilícito decorreu de um erro desculpável. Segundo a Comissão Europeia, “um erro   considerado desculpável se uma pessoa razoável com um elevado grau de diligência não pudesse ter conhecimento que o comportamento em causa tinha por efeito restringir a concorrência” (2008, p. 7).

A soluço sugerida pela Comissão Europeia aproxima-se, em certos aspectos, do conceito de culpa presumida, desenvolvido pela doutrina nacional. Nessa modalidade de culpa, segundo Sérgio Cavaliere (2014, p. 56), o causador do dano   considerado presumivelmente culpado, cabendo   vítima demonstrar apenas o ato ilícito, o dano e o nexo

³⁷ O art. 12 da Lei 8.078/1990 prevê que: “o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, **independentemente da existência de culpa**, pela repara o dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabrica o, constru o, montagem, fórmulas, manipula o, apresenta o ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informa es insuficientes ou inadequadas sobre sua utiliza o e riscos”. No mesmo sentido, o art. 14 estabelece a responsabilidade objetiva dos fornecedores por vícios do produto ou serviço: “o fornecedor de serviços responde, **independentemente da existência de culpa**, pela repara o dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos   presta o dos serviços, bem como por informa es insuficientes ou inadequadas sobre sua frui o e riscos” [grifo nosso].

causal. O responsável pelo fato lesivo tem, portanto, o ônus de provar que sua conduta decorreu de erro escusável.

A despeito dos relevantes argumentos apresentados por cada autor acima citado, considera-se mais adequada a solução apresentada por Livia Gândara (2011b, p. 16), segundo a qual a responsabilidade civil concorrencial poderá ser objetiva ou subjetiva, a depender das vítimas. Nas demandas em que os consumidores figuram no polo passivo, a responsabilidade será objetiva, tendo em vista a aplicação do microssistema jurídico do CDC. Quando as vítimas forem fornecedores ou concorrentes lesados, a responsabilidade será subjetiva, com a possibilidade de se inverter o ônus da prova, em razão da culpa presumida dos infratores.

5 TUTELA COLETIVA DOS CONSUMIDORES

5.1 Tutela coletiva e a efetiva reparação dos consumidores

Conforme já foi discutido no primeiro capítulo, a doutrina aponta, entre os diversos fatores que dificultam a efetiva reparação das vítimas de práticas anticoncorrenciais, as dificuldades em comprovar o ato ilícito, a complexidade das análises factuais e econômicas e os elevados custos das ações, sobretudo, na hipótese de sucumbência dos autores.

Diante dos riscos e custos inerentes a essas demandas, os consumidores que sofreram danos relativamente baixos se sentem dissuadidos a intentar ações individuais, o que, por um lado, restringe o direito fundamental de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CRFB), e, por outro, estimula a perpetuação de práticas anticompetitivas.

Nesse sentido, Paulo Carneiro Freitas (2013, p. 78) destaca que, embora os danos individuais tenham pouca expressão econômica, se considerados globalmente, os prejuízos gerados pelas infrações à ordem econômica somam quantias milionárias, tendo grande impacto sobre a economia e sobre o bem-estar social. Assim, a tutela dos consumidores atingidos por ilícitos concorrenciais depende do aperfeiçoamento de mecanismos coletivos de reparação, conforme bem observou a Comissão Europeia, no Livro Branco (2008):

No que diz respeito **aos mecanismos coletivos de reparação**, a Comissão considera que existe uma clara necessidade de criar mecanismos que permitam a agregação dos pedidos individuais de indenização das vítimas de infrações no domínio antitruste. **Os consumidores individuais, e também as pequenas empresas, em especial os que sofreram esporadicamente danos cujo valor é relativamente baixo, inibem-se frequentemente de intentar uma ação individual por danos devidos aos custos, aos atrasos, às incertezas, aos riscos e ao peso administrativo que esta implica.** (UNIÃO EUROPEIA, 2008, p. 4, grifo nosso).

No Brasil, desde a promulgação da Lei 7.347/1985, que regula a ação civil pública, o nosso ordenamento jurídico inaugurou uma nova fase, marcada pela criação de mecanismos voltados à tutela de direitos coletivos e difusos. Essa lei teve dispositivos, posteriormente, alterados pelo Código de Defesa do Consumidor, que também regulamentou as ações coletivas, nos artigos 91 a 100, prevendo, de forma inovadora, a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Destaque-se que, por força do art. 115 da Lei 12.529/2011, os dois diplomas legais citados são aplicáveis a todos os processos administrativos e judiciais que envolvam matéria antitruste.

De acordo com Fredie Didier e Hermes Zanetti (2012, p. 35), o processo coletivo, no Brasil, tem motivações sociológicas e jurídicas, relacionadas aos princípios da economia processual e do acesso à justiça. Para os autores, entre as inúmeras vantagens decorrentes da

tutela coletiva, destacam-se a redução dos custos materiais e econômicos do processo, a uniformização dos julgados e a prestação jurisdicional mais célere e efetiva.

No que diz respeito especificamente à responsabilidade civil concorrencial, os mecanismos de tutela coletiva evitam, por um lado, que diversas ações individuais sejam ajuizadas desordenadamente contra o mesmo agente econômico, garantindo a celeridade e a uniformidade das decisões judiciais.

Por outro lado, as ações coletivas permitem superar os problemas relativos aos elevados custos que demandas dessa natureza impõem aos seus autores. Com efeito, ao contrário do que ocorre nos processos individuais, o art. 87 do Código de Defesa do Consumidor prevê que, em caso de sucumbência dos autores de ações coletivas, não haverá condenação em custas processuais e em honorários profissionais, salvo comprovada a má-fé do litigante.

Para a defesa dos direitos coletivos de consumidores lesados por infrações à ordem econômica, aplica-se o rol de co-legitimados do art. 82 do CDC, entre os quais estão o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública direta e indireta, especificamente destinados à proteção dos consumidores; as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, que incluam, entre as suas finalidades institucionais, a defesa de questões consumeristas.

Segundo Bruno Miragem (2012, p. 543), trata-se de uma hipótese de legitimação concorrente disjuntiva, uma vez que todos os entes arrolados no dispositivo citado podem agir de forma autônoma, independentemente da anuência dos demais co-legitimados. Ademais, os titulares dos direitos individuais homogêneos preservam seu direito de ajuizar demandas individuais, que não obstadas são pela propositura de ação coletiva.

Os direitos subjetivos tutelados pelo processo coletivo foram divididos em três categorias, às quais o legislador estabeleceu regras próprias quanto ao destino das indenizações e aos efeitos da coisa julgada. À luz do art. 81 do CDC, os interesses ou direitos passíveis de tutela pela via coletiva diferenciam-se em difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

De acordo com a definição legal do art. 81, parágrafo único, I, CDC, os interesses ou direitos difusos são transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas, ligadas por uma mesma situação de fato, inexistindo um vínculo comum de natureza jurídica. Nesse sentido, Hugo Mazzilli (2008, p. 51) destaca que os direitos difusos são “feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas”.

No caso da responsabilidade civil concorrencial, os interesses difusos decorrem dos prejuízos não-individualizáveis que atingem um número indeterminado de consumidores reais e potenciais, ligados entre si por uma mesma situação fática, qual seja, a infração à ordem econômica. Nessa categoria, são tutelados pela via coletiva danos, como a restrição do desenvolvimento natural do mercado; o desincentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico; a diminuição das opções disponíveis no mercado de consumo; a perda de bem-estar social, etc.

Nas ações coletivas para defesa dos direitos ou interesses difusos, a sentença faz coisa julgada *erga omnes*, uma vez que atinge direitos titularizados por um número indeterminado de pessoas, ressaltando-se a hipótese de o pedido ser julgado improcedente por insuficiência de provas. Nesse caso, qualquer co-legitimado poderá ajuizar nova ação, com o mesmo fundamento, desde que amparado em novas provas.

Os interesses ou direitos coletivos *stricto sensu*, por sua vez, são definidos pelo art. 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor como os “transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria, classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Assim, numa acepção mais restrita, os interesses coletivos podem ser entendidos como aqueles que pertencem a um número determinado de pessoas que integram um grupo, categoria ou classe, unidas por uma relação jurídica base, às quais deve ser dada uma solução uniforme e indivisível.

À luz do exposto, é possível concluir que a indivisibilidade é um traço comum entre os interesses difusos e coletivos, diferenciando-os dos direitos individuais homogêneos. Assim, apenas essas duas categorias de direitos são metaindividuais, uma vez que somente neles o objeto é indivisível, conforme preleciona Hugo Mazzilli:

Tanto os interesses difusos como os coletivos são indivisíveis, mas se distinguem não só pela origem da lesão como também pela abrangência do grupo. Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica. **Por sua vez, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos têm também um ponto de contato: ambos reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis;** contudo, distinguem-se quanto à divisibilidade do interesse: só os interesses individuais homogêneos são divisíveis, supondo uma origem comum. (MAZZILLI, 2008, p. 56, grifo nosso).

Segundo Fredie Didier e Hermes Zanetti (2012, p. 378), a sentença que versa sobre direitos coletivos em sentido estrito fará coisa julgada *ultra partes*, vinculando todo o grupo, a classe ou a categoria a que se refere a ação. Essa hipótese é aplicável, por exemplo, a um grupo de consumidores que celebram a mesma espécie de contrato, na qual o fornecedor

de bens ou serviços, abusando de seu poder econômico, impõe a venda casada, que constitui tanto infração à ordem econômica (art. 36, §3º, inciso XVIII, da Lei 12.529/2011), quanto violação às normas consumeristas (art. 39, I, CDC). Nesse caso, a sentença que declarar o dever de indenizar terá eficácia sobre todo o grupo de contratantes.

Por fim, a terceira espécie de direitos coletivos em sentido amplo é constituída pelos direitos individuais homogêneos, definidos, no art. 81, parágrafo único, III, do CDC, como aqueles que têm origem comum.

De acordo com Hugo Mazzilli (2008, p. 53), trata-se, na realidade, de direitos ou interesses individuais, de natureza divisível, pertencentes a número determinado ou determinável de pessoas, ligadas entre si por um vínculo que decorre da mesma situação de fato ou de direito. Para fins de responsabilidade civil concorrencial, a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos é fundamental, por exemplo, para a reparação dos danos decorrentes do sobrepreço pago pelos consumidores, em virtude da elevação artificial dos preços.

Ajuizada a ação coletiva para a defesa dessa espécie de direitos, a sentença de procedência terá um conteúdo genérico, restringindo-se a fixar a responsabilidade do réu pelos danos em questão (art. 95, CDC). Na liquidação e execução da sentença, que pode ser promovida tanto pelos legitimados para a tutela coletiva, quanto pelos titulares dos direitos individuais, será apurado o *quantum* dos prejuízos individualmente sofridos.

De acordo com Fredie Didier e Hermes Zanetti (2012, p. 382), os direitos individuais homogêneos geram uma coisa julgada *in utilibus*. Assim se, por um lado, a sentença de procedência tem efeitos *erga omnes*, para beneficiar todas as vítimas ou seus sucessores, por outro, a sentença de improcedência conserva a possibilidade dos titulares de ajuizarem ações individuais, para discutir os mesmos fatos.

Destaque-se que, segundo o art. 104 da Lei 8.078/1990, os efeitos de eventual sentença de procedência só beneficiarão os titulares de direitos individuais homogêneos que tiverem ajuizado ações individuais, antes da ação coletiva, caso estes requeiram a suspensão das suas respectivas demandas, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência nos autos, da propositura da ação coletiva.

5.2 A atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

O art. 118 da Lei 12.529/2011 prevê a possibilidade de atuação do Cade nas ações de indenização por danos decorrentes de infrações à ordem econômica, nos seguintes termos:

“nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade poderá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

Ademais, Roberto Pfeiffer (2010b, p. 256) aponta que a autarquia poderá intervir nesses processos, com fundamento no art. 5º, parágrafo único, Lei 9.469/1997, que prevê: “As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para deslocamento de competência, serão considerados partes”.

Com base nesses dispositivos, nosso ordenamento jurídico autoriza a participação do CADE, em quaisquer ações judiciais, individuais ou coletivas, que versem sobre questões de direito concorrencial, reguladas pela Lei 12.529/2011. Existem, no entanto, divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à qualidade assumida pelo Cade nessas demandas.

Embora o art. 118 da Lei 12.529/2011 preveja que essa autarquia atua como “assistente”, a maior parte dos doutrinadores defende que essa previsão legal não se refere ao instituto processual da assistência, previsto nos artigos 50 a 55 do Código de Processo Civil. Com base nesses dispositivos, a doutrina processualista costuma diferenciar duas espécies de assistência, a litisconsorcial e a simples.

De acordo com Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart (2010, p. 177), na primeira modalidade, o assistente também é titular do direito material discutido, ingressando, posteriormente, no processo para “assistir” uma das partes. Por outro lado, a assistência simples consiste em uma espécie voluntária de intervenção de terceiro, em que um sujeito que se vê na contingência de ter seus interesses atingidos pela sentença é autorizado a ingressar no feito, para auxiliar um dos litigantes.

A maior dos autores defende que o Cade assume, nas ações judiciais em que atua, o papel de *amicus curiae*, e não de assistente processual, cabendo-lhe assistir o juízo da causa, e não as partes envolvidas. Nesse sentido, Paulo Reis Santos (2013, p. 148-149) preconiza que essa autarquia não tem interesse específico no êxito de nenhuma das partes, o que inviabiliza a sua intervenção na qualidade de assistente, mesmo nas hipóteses em que um dos litigantes pleiteie indenização, com base em decisão administrativa do Cade. Nessas lides, segundo o autor, a instituição tem um interesse geral na tutela da livre-concorrência e na busca pelo bem-estar social, motivo pelo qual não lhe cabe auxiliar na defesa de direitos subjetivos.

Seguindo essa esteira, Cassio Bueno (apud CRAVO, 2010, p. 597) assevera que, nas ações judiciais privadas, o interesse do Cade “transcende a esfera patrimonial e de direitos tangíveis pelos seus titulares (...), passando a ser um interesse público, um interesse institucional”. Com efeito, o autor argumenta que a autarquia não tem nenhum interesse subjetivado ou individualizado nos litígios, cabendo-lhe tão somente assegurar a correta aplicação do direito concorrencial. Desse modo, o seu ingresso não se dá como assistente de nenhuma das partes, mas sim na qualidade de *amicus curiae*.

Diferentemente do que defendem os autores acima citados, para Fredie Didier (2003, p. 160), a qualidade da atuação do Cade dependerá da natureza do litígio. Nas demandas individuais, a autarquia assume o papel de *amicuscuriae*, prestando suporte técnico-jurídico ao órgão julgador. No entanto, nas ações coletivas, destinadas à defesa de interesses transindividuais, o Cade ingressa no feito como assistente processual.

Fredie Didier (2003, p. 158) sustenta seu posicionamento, alegando que, segundo o art. 5º, IV da Lei 7.347/1985, o Cade, como autarquia federal, é co-legitimado para a propositura de ações civis públicas e ações coletivas. Amparada nesse dispositivo legal, a instituição pode ajuizar ações, visando, por exemplo, a defesa dos interesses coletivos ou difusos de consumidores que foram lesados por infrações à ordem econômica. Tendo em vista a legitimidade concorrente da autarquia, o autor conclui que, na tutela de direitos metaindividuais, a intervenção “não será à título de simples *amicus curiae*: sua posição processual se assemelha à de um assistente processual.” (DIDIER, 2003, p. 158).

A despeito do entendimento prevalecente entre processualistas, é possível perceber, na jurisprudência pátria, uma tendência a considerar que, em ações de reparação de danos, o Cade atua como assistente da parte autora, seja ela o Ministério Público ou os próprios particulares prejudicados. À guisa de exemplo, cite-se o Recurso Especial 737.073³⁸, no qual a recorrente, Associação Nacional de Empresas Transportadoras de Veículos (ANTV) alegou a incompetência absoluta da Justiça Federal, para julgar ação civil pública, na qual o Cade intervira como *amicus curiae*.

Ao julgar o caso, o relator do processo, Ministro Luiz Fux, analisou a natureza da intervenção do Cade na demanda, concluindo que, por força da lei, essa autarquia atua como assistente, nas causas em que se discutem questões de Direito de concorrência. Com esse fundamento, a Primeira Turma do STJ julgou que a competência para julgar e processar o feito é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, Constituição Federal.

³⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 737.073/RS. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Julgado em 17 de mai. 2004

Por outro lado, verifica-se que o Cade tem resistido à ideia de intervir, como assistente, em processos judiciais que discutem interesses de particulares, sobretudo, no caso de demandas individuais, quando não há pronunciamento prévio da instituição sobre a matéria.

Além de implicar em desvio da função precípua do Cade, que é a defesa administrativa da concorrência, Roberto Pfeiffer (2010b, p. 258) destaca que a intervenção da autarquia, em casos que ainda não tenham sido apreciados na esfera administrativa, enseja receios quanto ao comprometimento da sua imparcialidade no julgamento das condutas anticoncorrenciais. Nesse sentido, a Procuradoria do Cade se manifestou na Ação Civil Pública 2008-84.00.011318-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal, contra a Cooperativa Anestesiologistas do Rio Grande do Norte (COOPANEST-RN):

Verifica-se que o Cade somente se pronuncia sobre a existência ou não de infração à ordem econômica ao término de todo o processo administrativo de apuração, conduzido pela SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO com observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Desse modo, **enquanto não há um pronunciamento do Plenário do Cade sobre a existência ou não de infração à ordem econômica, não convém a esta autarquia federal intervir, como assistente, em processos que tramitam no Poder Judiciário. Afinal, se o Plenário do Cade ainda não proferiu um acórdão sobre a suposta prática de determinada infração à ordem econômica, eventual intervenção desta autarquia federal na qualidade de assistente implicaria a emissão de um juízo prévio acerca do caso.** (...) (BRASIL, 2008, grifo nosso).

Levando-se, em conta esses dados, Daniela Cravo (2010) defende que os ônus processuais decorrentes da assistência processual consistem um desincentivo para a participação do Cade, na esfera judicial.

Para a autora, após a obrigatória intimação do Cade, nos termos do art. 118 da Lei 12.529/2011, é necessário conferir a essa autarquia a faculdade de atuar como *amicus curiae*, mesmo nas ações coletivas. Conservando a sua imparcialidade, a autarquia se restringirá a auxiliar o magistrado, na aferição de dados econômicos mais complexos, que são imprescindíveis para que se verifique a ocorrência ou não de práticas anticompetitivas.

À luz do exposto, conclui-se que a atuação do Cade como *amicus curiae* é um fator fundamental, para a efetiva reparação de consumidores vítimas de infrações à ordem econômica, tendo em vista a sua vulnerabilidade econômica e jurídica, evidenciada nesse tipo de demanda, que envolve matérias específicas e complexas.

Mesmo nas ações coletivas, em que os consumidores estejam processualmente representados pelo Ministério Público, a participação do Cade revela-se importante, tendo em vista a atuação generalista do órgão ministerial, o que torna necessário o auxílio de um corpo especializado em defesa da concorrência.

Além de possibilitar maiores êxitos aos consumidores demandantes, Paulo Reis Santos (2013, p., 151) destaca que a cooperação técnica do Cade confere maior segurança jurídica aos agentes econômicos, evitando decisões contraditórias, nas esferas administrativa e judicial. Como exemplo da necessidade dessa cooperação, cite-se o caso da Drogaria São Paulo, em Fortaleza.

Em dezembro de 2004, o Ministério Público do Ceará ajuizou a Ação Civil Pública 0697588-16.2000.8.06.0001³⁹, contra a Drogaria São Paulo, acusando-a da prática de preço predatório e de concorrência desleal, uma vez que a requerida comercializava medicamentos com 30 (trinta) a 50% (cinquenta por cento) de desconto.

Com o objetivo de evitar práticas anticompetitivas prejudiciais aos consumidores, o órgão ministerial celebrou um Termo de Ajustamento de Conduta, com o Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Ceará- SINCOFARMA, limitando os descontos fornecidos pelas drogarias cearenses ao patamar de 15% (quinze por cento). O juízo competente julgou a ação civil pública procedente, reconhecendo a prática anticoncorrencial e homologando o termo de ajustamento.

O Ministério Público do Ceará e a Secretaria Executiva do Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (DECON) formalizaram representação junto ao Cade, que instaurou a Averiguação Preliminar 08012.000219/2005-02⁴⁰. Ao término das investigações, o Cade concluiu pela inexistência de infração à ordem econômica, uma vez que a representada atuava em uma parcela insignificante do varejo de medicamentos, não tendo poder de mercado suficiente para eliminar outros competidores.

Em parecer formulado pela Procuradoria do Cade, o procurador Arthur Badin⁴¹ salientou que, além de equivocada, a atuação do Ministério Público foi prejudicial para a livre-concorrência e, sobretudo, para os interesses dos consumidores, uma vez que impôs limites artificiais para os preços praticados entre os concorrentes de medicamentos:

Convém destacar, também, que qualquer medida que tenha por objetivo limitar a prática de descontos deve ser apreciada com muita cautela, a fim de que não prejudique a concorrência no setor, em detrimento do consumidor.

Neste contexto **o tabelamento de descontos estabelecido no Termo de Ajustamento de Conduta, em comento, frustra a liberdade de concorrência, na**

³⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. Ação Civil Pública 0697588-16.2000.8.06.0001. Partes: Ministério Público do Ceará e Drogaria São Paulo. Juiz: Onildo Antonio Pereira da Silva. Ajuizada em: 27 de dez. 2014.

⁴⁰BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar 08012.000219/2005-02. Partes: Ministério Público de Fortaleza, Drogaria São Paulo S/A e Empreendimentos Pague Menos. Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Julgado em: 18 de jul. 2006.

⁴¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Parecer na Averiguação Preliminar 08012.000219/2005-02. Procurador Arthur Badin.

medida em que impede os agentes econômicos de reduzir suas margens de lucro, sem causa justa. Tal medida prejudica principalmente o consumidor, pois retira-lhe a opção de aquisição de um produto mais barato (BRASIL, 2005, p. 8, grifo nosso)

Esse caso ilustra a necessidade de coordenar a atuação do Cade, do Ministério Público e do Poder Judiciário, a fim de evitar decisões contraditórias que, além de gerarem insegurança jurídica, acarretam prejuízos à concorrência e principalmente, aos consumidores. Ademais, o caso demonstra a necessidade de se desenvolver, no Brasil, o que Paulo Reis Santos (2013, p. 82) denomina de “magistratura econômica”, o que significa fomentar uma cultura da concorrência entre os magistrados e os membros do Ministério Público, preparando-os para enfrentar as questões complexas inerentes ao direito antitruste.

5.3 Provas: a imprescindível cooperação entre as esferas civil e administrativa

Um dos grandes desafios para o êxito das ações de reparação dos consumidores vítimas de práticas anticompetitivas relaciona-se às dificuldades de comprovar os elementos necessários à responsabilização civil, como o ato ilícito, o dano e o nexo causal. Com efeito, em pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça (2010, p. 57), constatou-se que a insuficiência de provas é um dos maiores motivos de improcedência das ações coletivas e ações civis públicas, ajuizadas pelo Ministério Público em defesa das vítimas de práticas anticoncorrenciais.

Conforme já explicado, a configuração de um ilícito antitruste requer análises complexas de dados econômicos, como o mercado relevante, o poder de mercado, o *Market share*, a elasticidade da demanda e da oferta, entre outros. No caso específico dos cartéis, por exemplo, a caracterização do ilícito requer a comprovação do conluio entre os participantes, que agem de forma coordenada, para a fixação de preços, fraude em licitações ou divisão de mercado.

A fim de assegurar a efetividade das ações ajuizadas por consumidores, a Secretaria de Desenvolvimento Econômico, através da Consulta Pública n. 17⁴², propôs a alteração da lei de defesa da concorrência vigente à época, a Lei 8.884/94, com a inclusão do art. 28-A. Esse dispositivo previa que as decisões condenatórias proferidas pelo Cade obrigariam as empresas a indenizar as vítimas pelos prejuízos causados, servindo como título executivo em relação aos consumidores prejudicados. Desse modo, as condutas consideradas

⁴² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Consulta Pública n. 17/2011. Minuta de projeto de lei que altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 e a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Apresentada em: 28 de set. 2011.

ilícitas por essa autarquia não precisariam ser discutidas, no âmbito civil, cabendo aos consumidores apenas a execução dos danos sofridos.

Embora o dispositivo legal não tenha sido inserido na Lei 12.529/2011, ainda existem debates quanto ao grau de vinculação do Poder Judiciário às decisões condenatórias proferidas na esfera administrativa. Conforme foi dito no primeiro capítulo, a Comissão Europeia sugeriu, no Livro Branco (2008), que as decisões das autoridades de defesa da concorrência tenham efeito vinculativo para os juízos cíveis, no âmbito da União Europeia.

No Brasil, segundo Heloísa Carpena (2005, p. 163), do ponto de vista formal, as esferas administrativa e judicial são independentes, de modo que, no bojo de uma ação indenizatória, o pronunciamento do Poder Judiciário pode contrariar decisão do Cade sobre a existência de infração à ordem econômica. No entanto, para a autora, dificilmente os atos dessa autarquia serão revisados judicialmente, no bojo de ações de ressarcimento, tendo em vista “a especialidade das provas produzidas em sede administrativa, perante a autoridade antitruste” (CARPENA, 2005, p. 163).

Assim, embora não constituam títulos executivos, as decisões condenatórias do Cade servem como provas da existência do ilícito concorrencial, que dificilmente serão desconsideradas pelos magistrados, cabendo aos consumidores ou aos legitimados processuais do art. 82 do CDC provar apenas os danos e o nexo causal.

Outra controvérsia relativa ao acesso de possíveis demandantes às provas colhidas na esfera administrativa diz respeito aos impactos sobre os programas de leniência celebrados entre os infratores e as autoridades de defesa da concorrência. Esses programas representam uma importante ferramenta de combate a práticas colusivas, sobretudo, cartéis, uma vez que permitem a concessão de imunidade ou a redução de multas impostas a infratores que estejam dispostos a cooperar com as autoridades administrativas, na persecução das práticas anticoncorrenciais.

De acordo com Leonor Cordovil et al (2012, p. 191), a Lei 12.529/2011 trouxe mais incentivos à prática da leniência no Brasil, ao permitir que aquele que esteve à frente do cartel celebre acordos de cooperação com a Superintendência-Geral do Cade, inaugurando a possibilidade de qualquer infrator, sem restrições, participar de programas de leniência.

Entre as vantagens conferidas pela Lei de Defesa da Concorrência aos participantes dos acordos de leniência, estão a possibilidade de extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução das sanções administrativas em 1 (um) a 2/3 (dois terços), a depender da efetiva colaboração prestada e da boa-fé do infrator. Ademais, o art. 87 da Lei 12.529/2011 prevê, na esfera criminal, que o cumprimento do acordo de leniência gera a

extinção da punibilidade dos crimes previstos na Lei 8.137/1990, na Lei 8.666/1993 e no art. 288 do Código Penal.

Conforme destaca Patrícia Pérez Fernández (2013, p. 7-8), o incremento dos programas de leniência tem sido uma tendência em todo o mundo, em razão das vantagens decorrentes dessa política para o combate das práticas colusivas. Com efeito, tendo em vista o caráter secreto desses acordos, os programas de leniência constituem ferramentas essenciais para a comprovação de práticas anticompetitivas, como os cartéis. Entre os benefícios decorrentes da política de leniência, a autora destaca que:

El éxito que supone la política de clemencia como medio de lucha frente a los cárteles ha sido destacado en numerosas ocasiones, **observándose un efecto tanto ex post en la lucha contra los cárteles, de cara a la detección y desestabilización de los acuerdos colusorios, como ex ante, en relación con la prevención de la creación o afianzamiento de futuros cárteles.** En consecuencia, los programas de clemencia mejoran las posibilidades de las autoridades públicas con respecto a la obtención de pruebas relativas a la existencia de acuerdos colusorios, ya que en este caso las pruebas son aportadas por la empresa y los miembros de la misma, quienes son los que tienen toda la información relativa a la conducta ilícita. (PÉREZ FERNÁNDEZ, 2013, p. 8, grifo nosso)⁴³.

Considerando a importância dos programas de leniência, tem-se intensificado, em vários países, o debate sobre os efeitos negativos que o incentivo ao *enforcement* privado pode gerar para essa política. Conforme destaca Paula Forgioni (2010, p 78), apesar dos benefícios concedidos nas esferas administrativa e criminal, os acordos de leniência, no Brasil, não impedem a propositura de ações civis por aqueles que foram prejudicados pelas infrações à ordem econômica.

Desse modo, os infratores podem se sentir desestimulados a cooperar com as autoridades de defesa da concorrência, diante do risco de terem de responder, posteriormente, a numerosas demandas de reparação de danos. Ademais, os agentes econômicos podem ser dissuadidos pelo receio de que documentos auto-incriminatórios, fornecidos no âmbito dos programas de leniência, sejam utilizados como provas emprestadas, em ações de ressarcimento.

Diante dessa aparente colisão entre os interesses públicos das autoridades administrativas e os interesses privados dos demandantes, Patrícia Pérez Fernández (2013, p. 11) aponta a necessidade de criar mecanismos para a cooperação entre a política de leniência

⁴³ Em tradução livre: “O êxito da política de leniência no combate aos cartéis tem sido destacado em inúmeras ocasiões, observando-se tanto um efeito ex post na luta contra os cartéis, com a identificação e desestabilização dos acordos colusivos, como ex ante, com a prevenção da criação e desenvolvimento de cartéis futuros. Consequentemente, os programas de leniência melhoram as possibilidades de as autoridades administrativas obterem provas da existência dos acordos colusivos, uma vez que, nesse caso, as provas são fornecidas pelas empresas e por seus membros, que são os detêm todas as informações relativas à conduta ilícita”.

e as ações de reparação de danos. Para tanto, segundo a autora, duas questões devem ser enfrentadas pelo Poder Público: a) o acesso dos autores às provas colhidas durante os programas de leniência; b) a possibilidade de limitar a responsabilidade civil dos signatários desses acordos.

No que diz respeito à primeira questão, a Comissão Europeia, no Livro Branco (2008, p. 5), propôs que, para garantir a atratividade dos programas de leniência, as autoridades protejam a confidencialidade das declarações prestadas pelas empresas, as quais não poderão ser empregadas como provas, em posteriores ações de ressarcimento.

Nesse sentido, Patrícia Pérez Fernández (2013, p. 14) afirma que, em diversos países europeus, os órgãos jurisdicionais têm negado, sobretudo, o acesso a documentos auto-incriminatórios, para que os infratores não se sintam dissuadidos a apresentar pedidos de leniência. Por outro lado, segundo a autora, os tribunais de alguns Estados-membros apontam para a necessidade de ponderação entre os interesses envolvidos, permitindo que, em hipóteses excepcionais, a confidencialidade seja afastada, quando a negativa de acesso impedir o exercício do direito de ação.

No Brasil, essa questão não se encontra regulada em lei, o que pode gerar insegurança jurídica, principalmente, em razão da inexistência de debate doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. Desse modo, conclui-se que, enquanto não houver uma regulação mais precisa, os tribunais pátrios podem adotar soluções semelhantes àquelas já praticadas na jurisdição europeia.

Assim, em princípio, os nossos órgãos jurisdicionais devem garantir a confidencialidade dos documentos apresentados nos programas de leniência. Excepcionalmente, diante da ponderação de princípios⁴⁴, o acesso a algumas provas poderá ser franqueado, excetuando-se aquelas que sejam auto-incriminatórias. Para tanto, os julgadores devem considerar a distinção dos interesses que estão envolvidos, por exemplo, em demandas propostas por empresas concorrentes ou grandes fornecedores, em relação às ações

⁴⁴ A esse respeito, Robert Alexy (2011), em sua lição clássica, explica que os princípios são mandamentos de otimização, diferenciando-se das regras, que são determinações para as quais se aplica o modelo do tudo-ou-nada. No caso da colisão de princípios, o autor destaca que o intérprete do Direito deve realizar um so pesamento, para verificar, no caso concreto, qual princípio tem maior peso, devendo ser aplicado em detrimento do outro. No caso específico da política de leniência, observa-se uma colisão de princípios. De um lado, há o interesse público e o princípio da livre-concorrência (art. 170, IV, CRFB), cuja aplicação leva à confidencialidade de todas informações colhidas, no âmbito dos acordos de leniência. Do outro lado, têm-se o interesse privado e o direito de ação dos consumidores prejudicados (art. 5º, XXXV, CRFB), os quais recomendam o amplo acesso às provas colhidas nos programas de leniência. Caberá aos órgãos jurisdicionais sopesar esses princípios, nos casos concretos que lhe forem apresentados.

ajuizadas para a defesa dos consumidores, cuja hipossuficiência pode ser reconhecida, nos termos do art. 6º, VIII, CDC.

No que se refere ao segundo aspecto, Bruno Lanna Peixoto (2013, p. 16) assevera que é necessário limitar a responsabilidade civil daqueles que cooperem com as autoridades de defesa da concorrência, para que os programas de leniência sejam atrativos para as empresas infratoras. Entre as soluções propostas pelo autor, está uma alteração legislativa que exclua o signatário do acordo de leniência do alcance da solidariedade passiva⁴⁵.

Outra alteração legislativa proposta por Bruno Lanna Peixoto (2013, p. 16) diz respeito especificamente às ações de ressarcimento ajuizadas em favor de consumidores vítimas de ilícitos anticoncorrenciais, nas quais é aplicável o art. 42, parágrafo único, do CDC, que prevê a restituição em dobro dos valores pagos indevidamente pelos consumidores. Nesse caso, o ressarcimento em dobro não seria aplicável aos beneficiários dos programas de leniência.

⁴⁵ O art. 942 do Código Civil prevê a solidariedade passiva para os ilícitos causados por mais de um autor. No que tange à reparação dos consumidores, o CDC também estipulou, como regra, a solidariedade passiva dos fornecedores de produtos ou serviços pelos danos sofridos pelo consumidor, conforme estabelecem o art. 7º, parágrafo único e o art. 25, parágrafo 2º da lei consumerista.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da responsabilidade civil concorrencial está regulado, no Direito brasileiro, pelo art. 47 da Lei 12.529/2011, que assegurou, aos particulares e aos legitimados processuais para a tutela coletiva, a possibilidade de ajuizarem ações indenizatórias, visando a reparação dos danos causados pelas infrações à ordem econômica. Desse modo, as ações civis ajuizadas com fundamento nesse dispositivo possuem, como finalidade precípua, ressarcir ou compensar os danos materiais e morais decorrentes de práticas anticompetitivas, restabelecendo as vítimas ao *status quo ante*.

Embora a responsabilidade civil concorrencial seja um instrumento à disposição dos particulares, tendo uma função essencialmente reparatória, é inegável que as indenizações por danos antitruste possuem efeitos socialmente benéficos, obrigando os infratores a arcarem com os elevados custos sociais de suas condutas. Em países como os Estados Unidos, onde esse instituto é amplamente aplicado, as ações de reparação de danos constituem um importante mecanismo de combate aos ilícitos concorrenciais, uma vez que a possibilidade de arcar com vultosas indenizações desestimulam a reincidência dos infratores.

A despeito dos benefícios econômicos e sociais oriundos da aplicação privada das leis antitruste, observa-se que, no Brasil, há um predomínio quase absoluto da tutela repressiva e administrativa da livre-concorrência. Assim, dificilmente as vítimas discutem os danos sofridos em razão desses ilícitos, sendo raro que sejam ressarcidas ou, ao menos, compensadas pelas lesões de direitos decorrentes das infrações à ordem econômica.

Embora sejam de difícil identificação e mensuração, os danos causados pelas condutas anticoncorrenciais afetam toda a estrutura de mercado, gerando, em maior ou menor medida, prejuízos para os todos os agentes que compõem a cadeia produtiva: compradores diretos e indiretos dos produtos ou serviços; competidores; fornecedores; distribuidores; consumidores. Em razão da vulnerabilidade desses sujeitos no mercado, o presente trabalho deu destaque à reparação dos consumidores vítimas de infrações à ordem econômica.

Para tanto, discutiu-se de que modo a proteção dos consumidores constitui uma das finalidades perseguidas pelo sistema de defesa da concorrência. Observou-se a existência de correntes teóricas, como a Escola de Chicago, para as quais o direito concorrencial tutela os interesses dos consumidores de forma mediata ou indireta, enquanto que outros autores, como Robert Lande, defendem a unidade entre as defesas da concorrência e do consumidor, uma vez que perseguem os mesmos objetivos sociais.

Apesar das controvérsias, conclui-se que a doutrina e a jurisprudência do próprio Cade reconhecem que, em maior ou menor medida, o bem-estar dos consumidores é um dos objetivos precípuos do Direito antitruste. Assim, tem-se firmado o entendimento, segundo o qual a tutela da concorrência não constitui um fim em si mesmo, mas sim um instrumento para a consecução de objetivos de justiça social, entre os quais se destaca a defesa do consumidor.

Desse modo, embora constituam disciplinas autônomas, com lógica e princípios próprios, a interlocução entre a defesa do consumidor e o direito da concorrência é fundamental, sobretudo, quando esses sujeitos são lesados por práticas anticompetitivas. Portanto, a efetiva reparação dos consumidores prejudicados por essas condutas depende do diálogo entre a abordagem econômica do Direito concorrencial e o micros sistema jurídico do CDC.

A despeito das dificuldades em classificar algumas situações limítrofes, os autores abordam a responsabilidade civil concorrencial como hipótese de responsabilidade extracontratual, ainda que as vítimas sejam consumidores que adquiriram bens ou serviços diretamente do violador da lei antitruste. Assim, para a responsabilização civil desses infratores, fez-se necessária a análise dos quatro elementos que caracterizam o dever de indenizar: o ato ilícito; os danos; o nexo causal; a culpa.

No âmbito da responsabilidade civil concorrencial, o ato ilícito corresponde às infrações à ordem econômica. Para que as condutas descritas no rol exemplificativo do art. 36, §3º da Lei 12.529/2011 configurem ilícitos concorrenciais, é necessário observar três pressupostos: a) a potencialidade de produção de efeitos no mercado, ou seja, são consideradas ilícitas as condutas que produzem ou possam produzir os efeitos descritos no *caput* do art. 36 da lei citada; b) a aplicação da regra de razão, para a qual só há ilicitude nas condutas que restrinjam a concorrência de forma não-razoável; c) o poder de mercado do infrator, já que apenas as empresas com poder econômico são capazes de produzir efeitos lesivos ao mercado.

As infrações à ordem econômica geram danos individuais e coletivos, patrimoniais e morais, para os agentes econômicos, entre os quais estão os destinatários finais dos bens e serviços. Mesmo os comportamentos de exclusão, a exemplo dos preços predatórios, que aparentemente são benéficos aos consumidores, a longo prazo, revelam-se lesivos, uma vez que permitem a um ou alguns poucos competidores dominar o mercado, impondo condições monopolistas aos demais agentes.

Entre os principais danos suportados pelos consumidores vítimas dos ilícitos concorrenciais, destacam-se: o sobrepreço (elevação artificial dos preços de bens e serviços); as restrições ao direito básico de escolha (eliminação ou redução das opções disponíveis no mercado); o peso morto (quando consumidores potenciais deixam de adquirir determinado bem, em razão do aumento do preço, sendo obrigados a substituí-los por uma segunda opção menos eficiente); diminuição da qualidade de bens e serviços, desincentivo à inovação tecnológica, etc.

No que tange aonexo causal, as teorias da causalidade necessária e da causalidade adequada apresentaram soluções mais satisfatórias, para os fins da responsabilidade civil concorrencial, uma vez que restringem as hipóteses de imputação de danos, evitando que os agentes econômicos sejam responsabilizados por todos os efeitos colaterais que os ilícitos concorrenciais produzem, nos diversos níveis da cadeia produtiva.

Uma das controvérsias relativas a esse elemento da responsabilização civil diz respeito à repercussão dos custos adicionais, quando as condutas anticompetitivas ocorrem no início da cadeia produtiva. Nessa hipótese, o produtor que adquire insumo com sobrepreço (adquirente direto), pode optar por absorver o aumento do preço ou por repercutir os custos adicionais, repassando-os total ou parcialmente para os consumidores (adquirentes indiretos).

Apesar das dificuldades para identificar os danos suportados por cada membro da cadeia produtiva, a nossa ordem jurídica é incompatível com a solução adotada pela jurisprudência norte-americana, segundo a qual apenas os adquirentes diretos têm legitimidade para ajuizar ações indenizatórias, mesmo que repassem os custos adicionais para os consumidores.

Com base no direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e no princípio da vedação ao enriquecimento ilícito (art. 884, Código Civil), conclui-se que o direito de ação deve ser assegurado a todos os consumidores, mesmo que não mantenham um vínculo contratual com as empresas demandadas. Ao longo da instrução processual, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, as partes terão a oportunidade de discutir e demonstrar a repercussão dos custos adicionais, através de perícias e análises econômicas, cabendo ao magistrado inverter o ônus da prova, sempre que presentes as condições do art. 6º, VIII do CDC.

No que se refere ao elemento subjetivo, doutrinadores e órgãos jurisdicionais de diversos países controvertem bastante quanto à necessidade de se apurar a culpa dos violadores das normas antitruste, para responsabilizá-los civilmente pelos danos causados. À luz do nosso ordenamento jurídico, considera-se que a solução mais adequada é aquela

segundo a qual a responsabilidade civil concorrencial poderá ser objetiva ou subjetiva, a depender das vítimas.

Nas demandas em que os consumidores figuram no polo passivo, a responsabilidade será objetiva, tendo em vista a aplicação do micros sistema jurídico do CDC. No entanto, quando as vítimas forem fornecedores ou concorrentes lesados, a responsabilidade será subjetiva, com a possibilidade de se presumir a culpa dos infratores, diante das circunstâncias do caso concreto, invertendo-se o ônus probatório em favor do demandante.

Além do estudo dos institutos de direito material, é fundamental o aprimoramento de mecanismos processuais capazes de garantir a efetiva reparação dos consumidores vítimas de práticas anticompetitivas.

Nesse sentido, a tutela coletiva constitui um instrumento essencial, na defesa da coletividade de consumidores que, em razão dos custos e dificuldades inerentes a essas demandas, se sentem dissuadidos a buscarem individualmente o ressarcimento pelos prejuízos decorrentes dos ilícitos antitruste. Com efeito, as ações coletivas evitam não só os riscos e os custos decorrentes de eventual insucesso do litígio, como também conferem maior uniformidade e segurança jurídica à atividade jurisdicional, evitando que casos similares tenham soluções diversas.

Ademais, considerando que a aplicação privada das leis antitruste depende de análises factuais e econômicas de grande complexidade, é necessário garantir a participação do Cade, sobretudo, nos processos coletivos que envolvem matéria concorrencial. Nesse sentido, a despeito da literalidade do art. 118 da Lei 12.529/2011, a maior parte dos processualistas brasileiros entendem que essa autarquia deve intervir, na esfera judicial, como *amicus curiae*, conferindo suporte técnico-jurídico ao juízo da causa.

Com efeito, essa solução doutrinária apresenta-se mais atrativa para o Cade, que, com frequência, tem resistido à ideia de intervir como assistente processual, sobretudo, em ações individuais cuja matéria ainda não tenha sido apreciada, na esfera administrativa. Assim, os órgãos jurisdicionais devem facultar o ingresso dessa instituição como *amicus curiae*, nas ações indenizatórias por danos antitruste, o que, de um lado, evita o risco de comprometimento da imparcialidade do Cade no exercício de suas funções administrativas, e, por outro, confere mais uniformidade e precisão às decisões judiciais.

Por fim, constatou-se que uma das maiores causas de insucesso das ações civis para reparação dos danos causados por infrações à ordem econômica é a dificuldade de comprovar a ocorrência desse ilícito. Tal problema poderá ser, em parte, solucionado, através

de mecanismo de cooperação entre as esferas cível e administrativa, permitindo-se aos demandantes o acesso às provas colhidas pelo Cade, em processos de controle de condutas.

A esse respeito, uma das controvérsias diz respeito aos possíveis impactos do compartilhamento de provas para os programas de leniência. Tendo em vista que a questão não foi regulada em lei, cabe aos órgãos jurisdicionais brasileiros ponderar, no caso concreto, entre os interesses privados dos demandantes e os interesses públicos da administração.

Em regra, recomenda-se a confidencialidade das provas fornecidas pelos signatários desses acordos, para que a política de leniência se mantenha atrativa. No entanto, em hipóteses excepcionais, o magistrado poderá garantir o acesso dos demandantes a essas informações, desde que não sejam auto-incriminatórias e que se revelem imprescindíveis ao exercício do direito de ação.

À luz do exposto, é possível concluir que, apesar da relevância que o tema adquiriu no cenário internacional, no Brasil, o debate sobre a responsabilidade civil concorrencial ainda é escasso, o que, em parte, explica a ausência de uma política de reparação das vítimas de infrações à ordem econômica. Tendo em vistas a complexidade inerente à matéria, faz-se necessária a edição de um marco normativo, que regule as questões materiais e processuais relativas à responsabilidade civil concorrencial.

No entanto, esse instrumento normativo só terá efetividade, se, à exemplo do que vem ocorrendo na União Europeia, resultar de estudos, debates e consultas públicas, que envolvam todos os setores da sociedade. Antes de tudo, é necessário empreender um esforço institucional, no sentido de criar, em nosso país, uma cultura da concorrência, preparando entidades, como o Poder Judiciário e o Ministério Público, para atuarem de forma coordenada e cooperada com o sistema de defesa da concorrência.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BOYER, Marcel; KOTCHONI, Rachidi. **The econometrics of cartel overcharges**. Centre universitaire de recherche en analyse des organisations. Montréal, 2011. Série Scientifique.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor**: à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

BRASIL. Código Civil: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10. jan. 2002.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei 8.078, 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12. set. 1990.

BRASIL. Código de Processo Civil: Lei 5.869, 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17. jan. 1973.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Consulta Pública n. 17/2011. Minuta de projeto de lei que altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 e a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Apresentada em: 28. set. 2011. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 30 de out. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Consulta Pública n. 38/1999. Consulente: Pensamento Nacional das Bases Empresariais. Relator: Conselheiro Marcelo Calliari, Julgado em 22 de mar. 2000. <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 13. nov. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08012.0007454/00-49. Cargill Agrícola S/A e a Fertiliza- Companhia Nacional de Fertilizantes. Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Julgamento em 26. nov. 2003. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 10. nov. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar 08012.000219/2005-02. Partes: Ministério Público de Fortaleza, Drogeria São Paulo S/A e Empreendimentos Pague Menos. Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Julgado em: 18 de jul. 2006. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 30. out. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Balanço 2013. Relatório. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Balan%C3%A7o%202013%20.pdf>>, Acesso em: 15. jul. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Parecer na Averiguação Preliminar 08012.000219/2005-02. Procurador: Arthur Badin. Apresentado em 22. Dez. 2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 30. out. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10. Partes: Primo Schincariol Ind. Cervejas e Refrigerantes e Companhia de Bebidas das Américas. Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Julgado em 22 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 20. out. 2014.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 47. O art. 945 do novo Código Civil, que não encontra correspondente no Código Civil de 1916, não exclui a aplicação da teoria da causalidade adequada. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 18 de nov. 2014.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de out.1988.

BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 de nov. 2011.

BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 de jul. 1985.

BRASIL. Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 de dez. de 1990.

BRASIL. Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de jun. 1994.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Crime de cartel e a reparação de danos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro, 2012. n. 47, Série Pensando o Direito

BRASIL. Portaria Interministerial MJ/MF nº 994 de 30 de maio de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 de mai. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.181.643/RS, Relator: Ministro Herman Benjamin, Julgado em 11 de mar. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 05 de out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1034302/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 27 de abr. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 05 de out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2004/0126889-8. Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado em 13 de fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 30 de out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 541.867-BA. Relator originário: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator para acórdão: Ministro Barros Monteiro, Julgado em: 10 de nov. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 10 de out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 737.073/RS. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Julgado em 17 de mai. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 30 de nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 839923/MG, Relator: Ministro Raul Araújo, Julgado em: 15 de fev.2012. . Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 15 de out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.358.231/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 28 de mai. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 10 de out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0037.htm>. Acesso em 12. nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. Ação Civil Pública 0697588-16.2000.8.06.0001. Partes: Ministério Público do Ceará e Drogaria São Paulo. Juiz: Onildo Antonio Pereira da Silva. Ajuizada em: 27 de dez. 2014. Disponível em <<http://esaj.tjce.jus.br/>>. Acesso em 30 de nov. 2014.

BUCHAIN, Luiz Carlos. **O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial**. São Paulo: Editora Nova Prova, 2006.

CAIXETA, Deborah Baptista. **Novas diretrizes da política antitruste brasileira: o consumidor e a atuação do Ministério Público na defesa de seus interesses**. Revista de Defesa da Concorrência, número 1, maio/2013, p. 71-104.

CARPENA, Heloísa. **O consumidor no Direito de Concorrência**. 1. ed. São Paulo; Editora Renovar, 2005.

CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. **Responsabilidade civil concorrencial: introdução ao Direito concorrencial privado**. 1. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

COMISSÃO DE MODERNIZAÇÃO CONCORRENCIAL DOS ESTADOS UNIDOS. **Report and Recommendations**. Disponível em: <http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/introduction.pdf>. Acesso em 13. nov. 2014.

CONNOR, John. The impacto of internacional cartels. In: FOER, Albert; CUNEO, Jonathan. **The internacional handbook on private enforcement of competition law**. Massachusetts: Edward Elgar, 2010, p. 15-17.

CORDOVIL, Leonor et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CRAVO, Daniela Copetti. A natureza da intervenção judicial do Cade. In: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (org.). **V Prêmio da SEAE 2010: Concurso de Monografias sobre os Temas: Defesa da Concorrência e Regulação Econômica**. Brasília: Edições Valentim, Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2011, p. 571-618.

CRAVO, Daniela Copetti. **Concorrência e consumidor: a dúplice capitulação da venda casada**. 2013. 173 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2013.

DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal n. 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal n. 6.385/1976). **Revista de Processo**. São Paulo, n. 115, p. 151-163, 2003.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil, volume 4: processo coletivo**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

FERNANDES, Pedro Rosa. **Enforcement da concorrência: enforcement privado na União Europeia**. 2012. 45 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10320/1/tese%20-%20Final.pdf>>, Acesso em: 15. set. 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, número 2, novembro/2013, p. 11-31.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Paulo Felipe Carneiro de. **Tutela coletiva da responsabilidade civil por infrações à ordem econômica**. 2013. 88 f. Dissertação (mestrado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2013.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GABAN, Eduardo Molan; SANTOS, Bruno Drogetti Magalhães. **Reparação de danos no Direito Antitruste Brasileiro**. 2011. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mobile/mig_materia.aspx?cod=140915>. Acesso em 12. 11. 2014.

GÂNDARA, Livia. Aplicação das diretrizes do Livro Branco sobre responsabilidade civil no Direito da concorrência brasileiro. **Revista do Programa de Direito da União Europeia**, número 1. Rio de Janeiro: Editora FGV Direito Rio, 2011, p. 64- 78.

GÂNDARA, Livia. **Responsabilidade civil concorrencial: a busca pela efetiva reparação de danos**. 2011. 66 p. Trabalho de conclusão de curso (graduação em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito FGV Rio, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10470/Livia%20Cristina%20L.%20G.%20de%20Carvalho.pdf?sequence=1>>, Acesso em: 15. jun. 2014.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. rev., atual. e ampl.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. rev. e atual.

IZUKAWA, Laura Belmonte. **Abuso de posição dominante: análise de estratégias anticompetitivas e atuação dos órgãos de defesa da concorrência no Brasil**. 2012. 44 p. - Trabalho de conclusão de curso. Universidade Estadual de Campinas. 2012.

JUNQUEIRA, Antonio Azevedo. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

LANDE, Robert. AVERIT, Neil. Consumer choice: the practical reason for both antitrust and consumer protection law. **Loyola Consumer Law Review**, v. 10, n. 1, 1998, p. 44-62.

LANDE, Robert. Benefícios potenciales de la aplicación privada del derecho de la competencia. In: SAN PEDRO, Luis Antonio Velasco et al. **La aplicación privada del Derecho de la competencia**. 1. ed. Espanha: Lex Nova, 2011. p. 61-78.

LANDE, Robert. Consumer choice as the ultimate goal of antitrust. **University of Pittsburg Law Review**, v. 61, Spring, 2001, p. 503-524.

LOPES, Joaquim Reinaldo Lima. Direito da Concorrência e Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, Revista dos Tribunais, v. 34, 2000, p. 79-87.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. São Paulo, 220 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de processo de conhecimento**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. O âmbito de aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MATION, Gisela Ferreira. **As ações civis para cessação e reparação de danos causados por condutas anticorrecionais no Brasil**. III Premio Secretaria de Acompanhamento Econômico. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em:
<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.seae.fazenda.gov.br%2Fconheca_seae%2Fpremio-seae%2Fiiipremioseae%2Festudantes%2Fmonografia.pdf&ei=7C93UIO3Ko749gT_5ICwBg&usg=AFQjCNF-_k5lw6XjJfzxZgZ2tROuxrFUUnw&sig2=ag4Qqk6DEliHUF_FqPB0ZQ>. Acesso em: 04. mai. 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2008. ampl. e atual.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. rev., atual. e ampl.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, volume 1. 7. ed. São Paulo: Editora da Revista dos Tribunais, 2013. rev. atual. e ampl.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.
Glossary of industrial organisation economics and competition law. Disponível em:
 <<http://www.oecd.org>>, Acesso em 15. out. 2014.

OXERA et al. **Quantifying antitrust damages: towards non bidding guidance for courts**, dez./2009. Disponível em:
 <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf>, Acesso em: 20. set. 2014.

PEIXOTO, Bruno Lanna. O Judiciário e a reparação de danos envolvendo infrações concorrenciais. In: Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, 19, Foz do Iguaçu/Paraná, 2013. **Anais**. Foz do Iguaçu: Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, 2013, p. 14-31.

PÉREZ FERNÁNDEZ, Patricia. **La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitruste**. 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10230/20354>> Acesso em: 18. nov. 2014.

PFEIFFER, Roberto Augusto de Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. 2010. 330 p. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2010.

PFEIFFER, Roberto Augusto de Castellanos. Proteção do consumidor e defesa da concorrência: um paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 76, 2010, p. 131-150.

ROQUE, Marcella Ali Tarif. A nova lei do CADE e a ação de indenização civil contida no seu artigo 47. **Publicações da Escola da Advocacia Geral da União: a Nova Lei do CADE**, ano IV, n. 19, jul/2012. Brasília: EAGU, 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros: 2007. rev. e ampl.

SAN PEDRO, Luiz Antonio Velasco; SUAREZ, Carmen Herreo. La passing-on defence: um falso dilema? In: SAN PEDRO, Luis Antonio Velasco et al. **La aplicación privada del Derecho de la competencia**. 1. ed. Espanha: Lex Nova, 2011. p. 593-604.

SANTOS, Paulo Márcio Reis. **Direito Econômico Processual: uma abordagem pela análise econômica do direito**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2013.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. Ministério da Justiça. **Combate a cartéis em licitações**. Brasília, 2008. Publicação oficial.

SIMON, Herbert A. Organizaciones y Mercados. **Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 2, 1991, p. 25-44. Disponível: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/simon-organizaciones_y_mercados.htm>. Acesso em 21 de nov. 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, volume 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Livro Branco das ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitruste**. 2008. Disponível em: <<http://europa.eu>>. Acesso em 10 de jul. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Livro Verde das ações de indenização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitruste**. 2005. Disponível em: <<http://europa.eu>>. Acesso em 10 de jul. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva do Parlamento Europeu. **Resumo de Avaliação de Impacto das ações de indemnização por violação das regras da União Europeia no domínio antitruste**. 2013. Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/summary_impact_assessment_pt.pdf>. Acesso em: 13 de set. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. **Glossário da União Europeia**. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/index_pt.htm>. Acesso em: 26 de out. 2014.