

**QUANTIFICAÇÃO DO DANO EM AÇÕES REPARATÓRIAS INDIVIDUAIS POR DANOS  
DECORRENTES DA PRÁTICA DE CARTEL NO BRASIL: INDO ALÉM DO AN  
DEBEATUR**

Henrique Araújo de Carvalho<sup>275</sup>

**RESUMO**

Este estudo se propõe a analisar os aspectos jurídicos que representam entraves à quantificação dos danos em ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes da prática de cartel no Brasil. Sob uma perspectiva comparada, discute-se como o princípio da reparação integral do dano pode representar um entrave à emissão de juízo definitivo nessas ações no Brasil. Sugere-se a criação de critérios jurídicos definidos para contornar os entraves, por meio da importação de soluções utilizadas em outras jurisdições. Com isso, busca-se permitir ao judiciário certa medida de relativização do princípio da reparação integral, que deve adaptar-se à dificuldade intrínseca da quantificação dos danos nessas ações, viabilizando sua propositura aqui no Brasil.

**Palavras-Chave:** Direito da Concorrência. Reparação do Dano. Quantificação. Reparação Integral. Cartel.

**ABSTRACT**

This study proposes to analyze the legal aspects that are seen as obstacles to the quantification of damages in damages actions for cartel infringements in Brazil. As an introduction to the topic, this paper discusses the nature of the damages action and its relation to the principle of full compensation. Under a comparative perspective, this paper discusses how the principle of full compensation represents an obstacle to solving such actions in Brazil. This study suggests the creation of defined legal criteria in order to circumvent this obstacle, by importing solutions used in other jurisdictions. This study seeks to allow the judiciary the power to allow flexibility of the principle of full compensation, which must be adapted to the intrinsic difficulty of quantifying damages in these actions, allowing its viability here in Brazil.

**Keywords:** Competition Law. Damages Recovery. Quantification. Full Compensation. Cartel.

---

<sup>275</sup> Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Advogado.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O recente desenvolvimento do tema no mundo e o problema da quantificação dos danos nas ações de reparação por danos decorrentes da prática de cartel; 3. O pressuposto dano na responsabilidade civil por ato ilícito decorrente de cartel no Brasil; 4. A quantificação dos danos; 4.1. Métodos e técnicas para o cálculo; 4.2. Considerações finais sobre os métodos de cálculos; 5. Os entraves impostos pelo Direito Brasileiro às ARDCs e a escolha dos métodos de quantificação dos danos; 5.1. A quantificação dos danos e o princípio da reparação integral; 5.2. A condução da quantificação dos danos; 6. Conclusão.

## 1. Introdução

A história recente do Direito da Concorrência tem mostrado que a cada vez mais severa repressão a cartéis não é bastante para impedir que empresas façam acordos para fixar preços, reduzir a oferta de seus produtos e dividir mercados. Ao contrário, os cartéis têm cada vez mais se aprimorado e trabalhado em formas de ocultar a prática das autoridades da concorrência.<sup>276</sup> É por acreditar que as ações de reparação de danos decorrentes de cartel (ou ARDCs) têm papel agregador à persecução e combate a cartéis<sup>277</sup> que organizações internacionais e autoridades de defesa da concorrência do mundo inteiro têm, cada vez mais, promovido meios para incentivar sua propositura. Afinal, idealisticamente, a responsabilidade civil concorrencial também deve fazer parte dos cálculos de custo-benefício de praticar, ou não, o cartel.<sup>278</sup> Essa, aliada ao fato de que a ação de reparação por danos decorrentes de cartel é uma das únicas formas de os prejudicados por condutas anticompetitivas terem ressarcidos os danos sofridos, é a principal razão pela qual pode ser observado um real empenho em formular políticas para promover a propositura de ações privadas em várias jurisdições, inclusive no Brasil.

Entretanto, apesar do também crescente reconhecimento interno da importância da ARDC, o sistema brasileiro conta com um baixo número dessas ações, decorrente de particularidades que elevam o custo e o risco de ajuizar ações indenizatórias neste ramo do direito.

---

<sup>276</sup> WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7. ed. Oxford: The Oxford University Press, 2012. p. 513-517.

<sup>277</sup> Ao longo dos últimos anos, por exemplo, a Comissão Europeia reconheceu o papel das ARDCs na dissuasão da prática e tem atuado ativamente para promover ARDCs nos estados membros, com a publicação de vários textos e estudos de iniciativa institucional. Vide < [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/overview\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/overview_en.html)>.

<sup>278</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira. *Revista de Defesa da Concorrência*, n. 2, nov. 2013. p. 1

Muito além de problemas estruturais do direito brasileiro, essas particularidades são, na verdade, razões ligadas à natureza própria das demandas privadas por danos decorrentes de cartéis. Dentre esses, a complexidade econômica da matéria, o desejo de preservar as relações comerciais pelas vítimas de cartéis, a dificuldade probatória em decorrência da natureza secreta de cartéis, e o objeto principal deste trabalho, a dificuldade de quantificar individualmente os danos.<sup>279</sup> A quantificação dos danos tem sido, comprovadamente, um dos principais entraves à propositura de ARDCs em todas as jurisdições, vez que conta com severas limitações, não sendo possível alcançar mais que uma grosseira aproximação da realidade.<sup>280</sup>

Especificamente no Brasil, em razão do tratamento dado pelo direito ao princípio da reparação integral do direito brasileiro, a quantificação dos danos em ARDCs pode se tornar uma tarefa mais trabalhosa ainda, já que a estimativa dos danos está limitada à exata medida do dano, de modo que a quantificação não poderia comportar incertezas.<sup>281</sup> O prejuízo causado está diretamente relacionado ao valor da indenização, de forma que a função da ARDC no Brasil é unicamente reparar o dano sofrido pela vítima de cartel na exata medida em que ocorreu. Por isso, acredita-se que o princípio da reparação integral no direito brasileiro possa vir a se tornar um fator limitante em ARDCs, caso não sejam discutidas formas de contornar a questão.

Nada obstante, nem o judiciário,<sup>282</sup> nem a doutrina e nem o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), têm enfrentado diretamente essa questão. Até o momento, as iniciativas do CADE, por meio de propostas que estabelecem critérios específicos ao acesso de documentos sigilosos pelas vítimas de cartel, têm demonstrado maior preocupação em proteger a persecução pública de cartéis do que especificamente em promover a propositura de ações civis privadas.<sup>283</sup> Não se deixa de reconhecer que tais iniciativas possam vir a facilitar o acesso a provas pelas vítimas de cartéis. Contudo, tais iniciativas podem se tornar inócuas quando, em

---

<sup>279</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov. 2013. pp. 11-31

<sup>280</sup> HOVENKAMP, Herbert. Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United States, 2011. p. 6.

<sup>281</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12a ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 175

<sup>282</sup> Em estudo realizado em 2011, Livia Cristina Lavandeira de Carvalho (2015) demonstrou que os juízes, em ações de reparação de danos por prática de cartéis, não demonstraram maiores preocupações com a quantificação dos danos. De fato, a autora concluiu que, algumas vezes, os próprios juízes se encarregaram de simplesmente arbitrar o quantum a título de danos materiais. Essas conclusões, entretanto, foram quase que totalmente baseadas em ARDCs coletivas, o que não reflete a realidade das ARDCs individuais. Daniel Costa Caselta (2016) notou que, ainda que os juízes estejam se utilizando de critérios definidos para quantificar os danos nessas ações, esses métodos não são detalhados nos autos dos processos.

<sup>283</sup> A Consulta Pública nº 05/2016 buscou promover o acesso aos documentos oriundos de acordos de leniência, Termo de Compromisso de Cessação e de ações judiciais de busca e apreensão. Entende-se que as inovações propostas pelo CADE na Consulta Pública nº 05/2016 tiveram maior intenção de defender seus programas de leniência e de termo de compromisso de cessação, que propriamente de incentivar ações privadas por danos decorrentes de cartel.

uma etapa processual posterior dessas ações reparatórias, sobrevier a dificuldade de quantificar os danos sofridos pelas vítimas.

## **2. O recente desenvolvimento do tema no mundo e o problema da quantificação dos danos nas ações de reparação por danos decorrentes da prática de cartel**

Ana Paula Martinez e Mariana Tavares de Araújo (2016) em artigo denominado *Private Damages in Brazil: Early Beginnings, Big Stumbling Blocks*, tratam do recente progresso do Direito Brasileiro em relação à propositura de ARDCs no Brasil nos últimos seis anos. As autoras notam que, muito embora esse ramo do direito tenha crescido no Brasil nesse período, ainda há muitas barreiras a serem ultrapassadas.<sup>284</sup> De acordo com as autoras, embora tenha havido expressivo crescimento no número de ARDCs propostas no Brasil recentemente, relacionado principalmente a uma nova preocupação das autoridades de defesa da concorrência em incentivar a propositura de ARDCs e ao aumento das condenações por práticas anticoncorrenciais pelo CADE, esse crescimento ainda não foi capaz de acompanhar a elevação das condenações pela autoridade concorrencial brasileira, ou mesmo o número de ARDCs observado em outras jurisdições.<sup>285</sup> Sabendo que essas ações têm papel fundamental na dissuasão ótima<sup>286</sup> da prática de cartel, é necessário abordar todas as barreiras encontradas no Brasil.

Sabe-se que existe uma preocupação do CADE em incentivar a propositura de ARDCs, demonstrada, por exemplo, por debates institucionais sobre o tema, tentativas de incentivo por meio de decisões do Tribunal Administrativo do CADE<sup>287</sup> e pela recente Consulta Pública nº 05/2016 trazida pela autoridade com o intuito de promover essas ações. No entanto, a preocupação em incentivar a propositura de ARDCs não parece ter alcançado a questão da quantificação dos danos sofridos pelas vítimas de cartel, que é tratada como um dos principais entraves à propositura de ARDCs em outras jurisdições.

---

<sup>284</sup> MARTINEZ, Ana Paula; ARAÚJO, Mariana Tavares de. *Private Damages in Brazil: Early Beginnings, Big Stumbling Blocks*. jan. 2010. p. 2 - 3

<sup>285</sup> Para referência, PORTO, Giovana Vieira. As ações ajuizadas com pedido de indenização por dano de cartel: uma análise empírica do estado da arte no Brasil. *Revista do IBRAC*.

<sup>286</sup> De maneira simples, a dissuasão ótima baseia-se na ideia de que a coibição da conduta depende de o membro do cartel ter uma expectativa de ganho menor que a possibilidade de perda decorrente da punição.

<sup>287</sup> Em 2010, o Tribunal do CADE determinou o envio de cópia da decisão do Tribunal a consumidores potencialmente lesados pelo cartel dos gases industriais, para que aqueles pudessem ajuizar ações reparatórias contra os membros do cartel.

A quantificação dos prejuízos individuais causados por cartéis é um exercício impreciso e de extrema dificuldade, envolvendo complexas questões econômicas e jurídicas, e encontrando barreiras em sistemas jurídicos como, por exemplo, o da União Europeia.<sup>288</sup> Isso se deve, principalmente, ao fato de que essas ações enfrentam a questão da plena reparação de danos (*right to full compensation*), que “não deverá conduzir a reparação excessiva, por meio de indenizações punitivas, múltiplas ou outras”.<sup>289</sup>

De forma semelhante, no direito brasileiro a responsabilidade civil nasce com o ato ilícito causador de um dano e tem a finalidade de reparar aquilo que foi lesado, ou seja, retornar a atual situação da pessoa lesada ao *status quo ante*, quando ainda não havia ocorrido o fato danoso. Há uma necessidade fundamental em se reestabelecer a ordem, baseada em uma medida de justiça. Aqui, impera o princípio da reparação integral, ou seja, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Este princípio está explícito no artigo 944, caput, do Código Civil, ao dispor que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Pode-se afirmar, portanto, que a principal característica da responsabilidade civil é “chegar à mais completa reparação dos danos sofridos pela vítima”. Em menção ao Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Cavalieri Filho (2016) discorre:

Como bem observa o Ministro Sanseverino, a doutrina fornece elementos que permitem identificar três funções para o princípio da reparação integral: “A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitária), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora)”.

Observa-se que não se leva em conta quaisquer outros critérios, que não a extensão do dano sofrido, para aferição do valor indenizatório. O prejuízo causado está diretamente relacionado ao valor da indenização, de forma que o objetivo da ARDC no Brasil é unicamente reparar o dano sofrido pela vítima de cartel na exata medida em que ocorreu. É por isso que não há que se falar em *objetivo, papel* ou *função* dissuasória da condenação do judiciário em ARDCs. Inclusive, nesse contexto, as funções dissuasória e reparatória da condenação em

---

<sup>288</sup> UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.o e 102.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. 13 jun., 2013. p. 1-3

<sup>289</sup> UNIÃO EUROPEIA. DIRETIVA 2014/104/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DE>.

ARDCs podem ser interpretadas como incompatíveis entre si. É necessário fazer diferenciação entre a *função* da indenização em ARDCs e seu *efeito* dissuasório a condutas de cartel. Tanto no Brasil como em outras jurisdições, as ARDCs têm sido objeto de incentivo por parte das autoridades antitruste, principalmente pelo fato de estas autoridades reconhecerem, nessas ações, um importante efeito dissuasório da prática.

A dissuasão, dessa forma, é um *objetivo do incentivo* às ARDCs em seu contexto de *advocacy* no Direito da Concorrência, mas não um *objetivo* da própria ação reparatória. Como explicado, a jurisdição está destinada à imposição da vontade do direito ao caso concreto e não há previsão legal que sustente a existência de um papel dissuasório das ARDCs. Assumir que existe esse papel dissuasório seria assumir que os cálculos dos danos em ARDCs devem se pautar pela tentativa de tornar a prática de cartel uma prática não lucrativa, através da imposição de custos maiores que o benefício obtido em se praticar a conduta, o que é papel atribuído somente ao CADE.

É por ser o sistema legal brasileiro de responsabilidade civil similar ao europeu que vislumbra-se que o Brasil também encontre ou venha a encontrar problemas para a determinação dos danos individuais sofridos pelas vítimas de cartel. Como explicado, ARDCs ainda são incipientes no Brasil e não se dispõe de dados suficientes para saber como o problema é abordado aqui<sup>290</sup>. Mesmo diante dessa limitação, o presente estudo se presta a analisar os desafios que envolvem a quantificação do dano nas ARDCs no Direito brasileiro e propor soluções para esses desafios.

### **3. O pressuposto dano na responsabilidade civil por ato ilícito decorrente de cartel no Brasil<sup>291</sup>**

Para Sérgio Cavalieri Filho (2015), “o dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar”, já que não se pode “falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano”. O dano é o pressuposto que liga a responsabilidade civil a sua função primordial de reparação.

---

<sup>290</sup> CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel. São Paulo: Singular, 2016. p. 144

<sup>291</sup> O presente capítulo não pretende esgotar o assunto dos pressupostos da responsabilidade civil por ato ilícito decorrente de cartel no Brasil, mas apenas servir de introdução à discussão sobre a quantificação dos danos. Para maior referência, CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel. São Paulo: Singular, 2016.

Tércio Sampaio Ferraz (2013) entende que o dano material no caso de cartel é caracterizado quando se coloca a empresa vítima em situação concorrencial falseada, em que ela “passa a traçar sua conduta competitiva como se o produto que adquire (ou, dependendo do caso, o serviço que lhe é prestado) e de que faz uso tivesse seu preço concorrencialmente estabelecido”.<sup>292</sup> O dano pode ser material (patrimonial) ou moral (extrapatrimonial), a depender da qualidade do bem jurídico violado pela ato ilícito. Quando a violação a um bem jurídico efetivamente causar uma diminuição patrimonial na vítima, estar-se-á diante de um dano material. Quando, por outro lado, o dano violar um direito da personalidade, estar-se-á diante de um dano moral, também passível de reparação pecuniária.

O dano material pode ser subdividido em danos emergentes ou lucros cessantes. Ambos estão previstos no artigo 402 do Código Civil, segundo o qual “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 lucrar”. A primeira parte do artigo 402 refere-se ao dano emergente, aquilo que a vítima “efetivamente perdeu”. O dano emergente importa num dano que “resulta em efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito”. Em tese, o desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima, quando comparada sua situação antes e depois do ato ilícito, representa o valor integral do dano. Quanto aos lucros cessantes, estão previstos na expressão “o que razoavelmente deixou de lucrar”, e importam na causa indireta ou mediata do ato ilícito, ou seja, tratam-se de efeitos futuros de um fato ocorrido. Basicamente, é tudo aquilo que um indivíduo deixa de auferir em razão da conduta ilícita. Nas palavras de Cavaliere Filho (2015), o lucro cessante consiste na “perda do ganho esperável na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima”.<sup>293</sup>

Quanto ao dano moral, em seu sentido amplo, trata-se da violação de algum direito ou atributo da personalidade, abrangendo “todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não esteja arranhada”. Portanto, qualquer ofensa a um direito da personalidade configura o dano moral. As pessoas jurídicas também são titulares de direitos da personalidade, “ajustáveis às suas características particulares, tais como o bom nome, a imagem, a reputação, o sigilo de correspondência etc.”. De fato, a lesão à “honra subjetiva, que se caracteriza pela dignidade, decoro e autoestima, é exclusiva do ser humano, mas a [lesão à] honra objetiva, refletida na reputação, no bom nome

---

<sup>292</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov. 2013. p. 24

<sup>293</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 104-105

e na imagem perante a sociedade, é comum à pessoa natural e à jurídica”. Inclusive, esse entendimento foi consolidado na Súmula n. 227/STJ, segundo a qual “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.<sup>294</sup>

Por fim, cumpre ressaltar os dois campos de apreciação do dano em ações reparatórias, o dano-evento, “encarado como elemento constitutivo orgânico” da responsabilidade e o dano-prejuízo, “visto sob o aspecto funcional de uma reparação do prejuízo”. Enquanto o dano-evento está ligado ao fato lesivo – e, portanto, ao *an debeatur* – o dano-prejuízo está ligado às consequências do dano – ao *quantum debeatur*. Quando encarado como um elemento constitutivo orgânico da responsabilidade, procura-se, em um momento processual anterior, tomar conhecimento da existência do dano, através da constatação de um evento lesivo. Quando observado sob o aspecto funcional de uma reparação do prejuízo, procura-se, em um momento processual posterior, “fixar concretamente o montante dos elementos apurados naquela primeira fase”.<sup>295</sup>

Portanto, durante o processo de conhecimento, procura-se demonstrar a possibilidade de redução patrimonial, ou existência de dano extrapatrimonial, decorrente do acordo entre concorrentes. Trata-se de um exercício lógico de probabilidade, que depende de um menor rigor de provas. De forma diferente, a liquidação dos danos ocorre em fase posterior do processo, com a utilização de modelos e técnicas econômicas, matemáticas e jurídicas, com a finalidade de atingir o *quantum* indenizatório que permita a plena reparação da vítima. Trata-se, de um exercício matemático exato, portanto, que requer um maior rigor de demonstração dos prejuízos, conforme descrito abaixo.

#### **4. A quantificação dos danos**

O cartel<sup>296</sup> justifica-se pela redução da concorrência, o que resulta em maiores lucros aos seus membros. Por outro lado, essa redução da concorrência traduz-se em prejuízos a outros membros da cadeia produtiva e de distribuição e à sociedade de forma geral. Pode-se distinguir dois principais efeitos do aumento de preço ou da redução da oferta em um mercado cartelizado:

---

<sup>294</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 119-139

<sup>295</sup> Ibid. p. 175

<sup>296</sup> O presente estudo irá tratar apenas de cartel de vendedores, cartel em que se aplica preços combinados ao mercado à jusante. Em princípio, todos os prejuízos aqui considerados para cartel de vendedores também se aplicam, em um cartel de compradores, aos elos à montante na cadeia, cuja redução patrimonial dos fornecedores se dá em razão de estes venderem seus produtos por um valor menor do que aquele a que se venderia em um mercado competitivo (diferença chamada de subpreço). Cumpre notar que em um cartel de compradores também é comum que exista, além do subpreço suportados pelos elos à montante, efeitos suportados pelos elos à jusante.

a) efeito inicial de impacto na demanda, causado pela exclusão de potenciais compradores diretos e/ou consumidores finais do mercado; e b) a redução, mediata ou imediata, do patrimônio de compradores diretos e/ou consumidores finais, em razão da prática de preços superiores aos que seriam pagos em um mercado competitivo – essa diferença que é chamada de sobrepreço.<sup>297</sup>

O impacto do cartel na demanda, que é um resultado da diminuição do volume comercializado no mercado cartelizado é também chamada de perda decorrente de peso-morto, ou *deadweight loss*. Esse efeito está ligado a um prejuízo indireto absorvido pela sociedade e que afeta vários agentes do mercado, como fornecedores, potenciais compradores e consumidores e, inclusive, agentes de outros mercados. Por exemplo, fornecedores podem sofrer com o efeito reflexo do aumento de preços, que causa a redução da demanda dos produtos e, conseqüentemente, da redução dos insumos desses produtos. Potenciais compradores e potenciais consumidores podem sofrer prejuízos quando o preço é elevado para além do nível que estes estão dispostos a pagar, fazendo com que esses agentes simplesmente deixem de comprar/consumir o produto ou o substituam por outro mais barato. Agentes de outros mercados também podem sofrer com o desequilíbrio da demanda causado por um mercado cartelizado.

No caso do prejuízo individualmente causado diretamente aos agentes do mercado, esse decorre do aumento de preço acima do nível competitivo. O sobrepreço é suportado por uma série de agentes do mercado, como os compradores diretos, compradores indiretos e consumidores.<sup>298</sup> Compradores diretos, compradores indiretos e consumidores sofrem, em tese, do mesmo efeito decorrente do aumento de preços do mercado cartelizado, a redução direta do patrimônio, ou da diminuição dos lucros, desses compradores.

Dessa forma, a estimação dos danos causados a essas empresas ou indivíduos depende, em geral, de dois fatores: a) de quanto os membros do cartel conseguem repassar de aumento de preço aos seus consumidores; e b) de quanto eles deixam de vender ao fazerem isso,<sup>299</sup> conforme será melhor descrito adiante.

---

<sup>297</sup> UNIÃO EUROPEIA. Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2009. p. 13

<sup>298</sup> UNIÃO EUROPEIA. Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2009. p. 26

<sup>299</sup> REZENDE, Gustavo Madi; KLEBER, Solange; MADI, Maria Fernanda Caporale. Métodos de mensuração das indenizações de ações privadas em casos de cartel. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 20, p. 399 – 413, jul. – dez. 2011.

#### 4.1. Métodos e técnicas para o cálculo <sup>300</sup>

Em geral, as técnicas para o cálculo do sobrepreço resumem-se à análise da diferença entre o preço praticado no mercado factual (no mercado em que foi comprovada a existência de cartel) e o preço praticado no mercado contrafactual (o preço praticado no mesmo mercado, na hipótese de haver competição plena). A expectativa é de que a diferença entre essas posições indique, ao fim, a medida da alteração provocada no patrimônio da vítima. As metodologias utilizadas para o cálculo podem ser divididas em: a) métodos comparativos; b) métodos de simulação; ou c) métodos baseados nos custos e no desempenho financeiro.

Os métodos comparativos baseiam-se num confronto entre a situação do mercado factual e uma situação de mercado contrafactual. Os métodos comparativos podem ser subdivididos em: a) comparação ao longo do tempo; b) comparação com um diferente, mas similar, mercado geográfico; c) comparação com um diferente, mas similar, mercado de produto; e d) comparação ao longo tempo em mercados diferentes, mas similares, em área geográfica e produto.

Quando se dispõe de informações para conhecer o período de duração da conduta, pode-se fazer uma comparação da situação do mercado durante o período do cartel e a situação do mercado anterior e/ou posterior ao cartel. O nome desse método é comparação ao longo do tempo. Com base em evidências da duração do cartel, cujos encontros e acordos podem ter ocorrido ao longo de um período de tempo, compara-se o preço, lucro, oferta de produtos, entre outras variáveis, ao longo do cartel e essas mesmas variáveis antes da ocorrência do cartel – que era operado um preço supostamente competitivo. Essa comparação demanda um vasto conhecimento sobre as condições aplicáveis ao mercado analisado e de informações sobre as variáveis aplicadas em cada momento no mercado. Caso não seja possível conhecer o período da conduta, quando se tem informações a respeito de outros mercados competitivos, suficientemente similares ao mercado relevante em que ocorreu a conduta – do ponto de vista geográfico ou do produto –, pode-se fazer uma comparação com a forma como os preços do mercado deveriam estar se portando. Em geral, para a utilização desses métodos, aplicam-se os mesmos princípios da comparação do mercado ao longo do tempo, adaptando-se, logicamente, o exame das variáveis.

---

<sup>300</sup> A explicação dos métodos deste capítulo baseia-se na publicação da UNIÃO EUROPEIA, Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2009.

Apesar de os métodos comparativos serem os mais confiáveis, eles esbarram em problemas que podem inviabilizar a estimação do dano sofrido pela vítima de cartel. Em primeiro lugar, pode ocorrer que as diferenças entre os preços comparados ao longo do tempo ou em mercados diferentes não decorram somente do cartel, mas de outras variáveis, como a oscilação de preços dos insumos e dos custos envolvidos na produção e fornecimento do produto no mercado cartelizado, dentre outras. É necessário avaliar se os mercados contrafactuais estão sujeitos às mesmas condições que o mercado factual, ou se não foram alterados pelo mercado factual. Em segundo lugar, haja vista que algumas infrações iniciam ou cessam gradualmente, existe a possibilidade de que o cartel tenha estendido seus efeitos por mais tempo do que o período de duração da conduta ou mesmo que não tenha tido efeitos durante todo o período de duração da conduta. Nada obstante os problemas acima descritos, os métodos podem ser ajustados de acordo com as informações disponíveis. Em verdade, todo método de quantificação de danos pode, e deve, ser ajustado às especificidades do caso.

Ainda, para uma análise mais completa, todos esses métodos comparativos podem ser combinados, o que é chamado de método *difference in differences* – ou *diff-in-diff*. De um ponto de vista prático, a combinação de todos os métodos é mais difícil de se alcançar, em razão da grande quantidade de informação demandada.

Métodos de simulação dos mercados baseados em modelos econômicos são outros tipos de métodos que podem ser utilizados alternativamente aos métodos de comparação. Esses métodos se utilizam de uma comparação do mercado factual com mercados contrafactuais hipotéticos, cujos efeitos são conhecidos pela teoria econômica. Por meio de uma simulação, pode-se estimar como o mercado factual teria se comportado caso não houvesse o cartel. Como evidente, esses métodos dependem muito mais de presunções que os métodos comparativos, o que cria maior incerteza nos cálculos.

Outros métodos que podem ser utilizados são os métodos baseados nos custos e no desempenho financeiro. Esses são métodos ainda mais incertos, em que se utilizam presunções de lucros “razoáveis” em um mercado hipoteticamente competitivo ou a performance financeira dos membros do cartel para se chegar a um sobrepreço no mercado factual. Da mesma forma que nos métodos de simulação, os métodos baseados nos custos e no desempenho financeiro dependem muito mais de presunções que os métodos comparativos, o que cria maior incerteza nos cálculos.

Por fim, merece nota o fato de que, ainda que seja quantificável o sobrepreço do cartel, é difícil avaliar, pontualmente, o dano sofrido por cada vendedor, comprador ou consumidor na

cadeia de produção e distribuição. É provável que, diante de um aumento de custos resultante de um cartel, o distribuidor repasse aos elos subsequentes da cadeia a elevação de preços com a intenção de manter seus lucros, pelo menos a um certo nível. Essa é considerada uma questão particularmente complexa na quantificação de danos.

Muito embora o repasse não altere o cálculo do sobrepreço, ele exerce papel importante na quantificação dos danos das vítimas de cartel, o que requer, além da adaptação dos métodos e técnicas acima descritos, maior quantidade de dados para que seja possível chegar a um valor aproximado da indenização.

#### 4.2. Considerações finais sobre os métodos de cálculos

Como pode ser observado, a quantificação dos danos decorrentes de cartel envolve a comparação da situação atual da vítima e a situação da vítima caso não tivesse havido cartel e, quando se está diante de diversas variáveis determinantes para a quantificação do dano, a quantificação exata do dano sofrido pelas vítimas dos cartéis encontra problemas dificilmente contornáveis e, às vezes, apenas estimações aproximadas se fazem possíveis, como reconhecido em comunicação da Comissão Europeia (2013) endereçada aos Estados Membros.<sup>301</sup>

Isso ocorre porque é impossível recriar, com exatidão, um cenário de um mercado competitivo. Assim, seria impossível calcular precisamente o sobrepreço do cartel e/ou os danos causados pelo cartel. Todos esses métodos resultam apenas em uma estimativa do sobrepreço e dos danos eventualmente causados pelo cartel, não sendo possível atestar, com total certeza o montante dos danos sofridos pelas vítimas de cartel. Apesar de alguns métodos serem mais precisos, não há um método ou técnica que seja melhor para todos os casos, devendo-se analisar qual o melhor para cada situação concreta. Cada método e técnica têm suas vantagens e desvantagens, e devem ser aplicados a depender da quantidade de informação disponível ou da necessidade de que seja criado um mercado hipotético baseado na teoria econômica.<sup>302</sup> Isso

---

<sup>301</sup> Para a quantificação desses danos, é necessário comparar a situação real da parte lesada com aquela em que estaria na ausência da infração. Trata-se de algo que não pode ser observado na realidade; é impossível determinar com exatidão como teriam evoluído as condições de mercado e as interações entre os participantes no mercado na ausência da infração. Apenas é possível uma estimativa do cenário que poderia ter existido na ausência da infração. A quantificação dos danos nos processos de concorrência, pela sua própria natureza, tem sido sempre caracterizada por limites consideráveis em relação ao grau de certeza e de exatidão que podem ser esperados. Por vezes, apenas são possíveis estimativas aproximadas. UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.o e 102.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia 13 jun., 2013. p. 2

<sup>302</sup> UNIÃO EUROPEIA. Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2009. p. 39

porque, como mencionado acima, esses métodos e técnicas dependem da quantidade de informação disponível e das condições do mercado analisado.

A utilização de alguns métodos pretensamente mais exatos em detrimento de outros considerados menos exatos dependerá de uma análise detida de dados e informações, o que nem sempre estará à disposição da análise. Isso faz com que “o grau de dificuldade, o tempo necessário e os custos inerentes à aplicação destes métodos e técnicas podem divergir”<sup>303</sup>. Ou seja, cada um desses terá suas particularidades, fraquezas e benefícios.<sup>304</sup>

A incerteza dos métodos e técnicas deve ser entendida pelo juiz como algo intrínseco à quantificação dos danos em ARDCs, de forma que diversos métodos devem ser testados e combinados, até que se obtenha um nível mínimo de certeza admissível, a ser avaliado caso a caso. Deve-se ter em mente que a estimativa do dano leva a uma reparação apenas estimada, o que é incompatível com o papel da responsabilidade civil conforme entendido atualmente. É necessário discorrer sobre a medida em que o cálculo do sobrepreço deve ser considerado para o cálculo da reparação potencialmente devida.

## **5. Os entraves impostos pelo Direito brasileiro às ARDCs e a escolha dos métodos de quantificação dos danos**

### **5.1. A quantificação dos danos e o princípio da reparação integral**

Como visto, a quantificação dos danos decorrentes de cartel é matéria intrincada, de forma que as cortes brasileiras devem se deparar, em algum momento, com a necessidade de estabelecer regras definidas para enfrentar a incerteza da quantificação dos danos em ARDCs. Não se trata de normas que definem categoricamente qual o método ou técnica mais correta para ser utilizada de forma indistinta em todos os casos, mas regras procedimentais, que definem a forma como deve se dar o caminho para a escolha do método correto. Isso porque não há um método que seja mais correto para todos os casos.

O exame econômico dos sejam os métodos e técnicas apropriados a cada caso concreto deveria ser debatido entre as partes, sujeitado a um exame das variáveis disponíveis e sempre

---

<sup>303</sup> COMISSÃO EUROPEIA. QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS NAS AÇÕES DE INDEMNIZAÇÃO COM BASE NAS INFRAÇÕES AOS ARTIGOS 101.º E 102.º DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA, 2013. P. 11

<sup>304</sup> UNIÃO EUROPEIA. Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union. p. 10 - 14

encarado como um debate sobre o custo de oportunidade entre precisão e praticabilidade.<sup>305</sup> O exame jurídico, por outro lado, é previamente definido. Cabe ao judiciário definir o rigor dos métodos a serem aceitos, estabelecer até que ponto o método deve ser aceito pelo juiz e como devem ser contornados os problemas que podem tornar a quantificação dos danos impraticável. É por isso que a legislação e os tribunais precisam ser transparentes quanto ao objetivo da avaliação econômica e quanto aos critérios legais em que se apoia essa análise. As cortes têm a escolha de se pautar pelos critérios legais admitidos em direito para essas definições ou adaptar o Direito à realidade desse ramo, de forma a definir como os danos devem ser propriamente quantificados.

No Brasil vigora o princípio da reparação integral e, principalmente em decorrência desse princípio, não se admite a priori que o *quantum* a ser estimado em ARDCs seja baseado em estimativas.

O princípio da reparação integral se divide em três funções principais: função compensatória, função indenitária e função concretizadora. Segundo a função compensatória, a indenização deve ser suficiente para reparar o dano em toda sua extensão, “ainda que de forma aproximativa, nos casos em que a exata restituição do status quo não seja viável”. A função indenitária limita o princípio da reparação integral, implicando a “não aceitação das novas funções traçadas por parte da doutrina e da jurisprudência para a responsabilidade civil: a punição e a educação do ofensor, com vistas a dissuadir a repetição dos atos lesantes”. A função concretizadora complementa as duas funções anteriores, impondo “ao julgador obrigação de auferir caso a caso a extensão do dano”.<sup>306</sup>

Nota-se, portanto, um conflito entre o princípio da reparação integral e a quantificação dos danos em ARDCs, visto que é bastante possível que não se possa, segundo os métodos e técnicas acessíveis às partes e ao julgador, quantificar os danos com um mínimo de certeza confiável, a ponto de considerar o quantum indenizatório resultante desses métodos e técnicas como medida “ainda que aproximada” do dano sofrido pela vítima de cartel.

Também, a regra é que não se presume o dano sofrido, que o dano deve ser minimamente quantificável para que seja reparável. A jurisprudência formou-se no sentido de desacolher pretensão indenizatória diante da impossibilidade de liquidação de sentença devido à necessidade “de manter a indenização discutida em um campo de certeza”. No julgamento do

---

<sup>305</sup> FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrik. Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements: Insights from German Cartel Cases. in ESMT No. 10-001, 2010.

<sup>306</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 29.

Recurso Especial n. 1.280.949-SP,<sup>307</sup> de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade de estabelecimento do *non liquet*, previsto por norma do Código de Processo Civil de 1939,<sup>308</sup> em casos em que não seja possível quantificar, com mínima certeza, os danos sofridos pela vítima. Nessa hipótese, seria extinta a liquidação sem resolução de mérito e resguardada a possibilidade de “eventual repetição do procedimento, no futuro, caso se torn[e] possível apresentar a prova necessária para a condenação”. Concluiu a 3ª Turma, que

“se não é possível avaliar qual o montante total do dano causado, a única solução possível é a de se proceder a liquidação até o limite em que é possível aferir o valor devido em um grau aceitável de certeza. O valor remanescente, contudo, se não pode ser apurado com base nesse critério, não deve ser indenizado”.

Muito embora os métodos e técnicas aplicáveis à quantificação de danos em ARDCs não possam ser considerados formas arbitrárias de se chegar ao quantum indenizatório, deve-se lembrar que esses métodos e técnicas se baseiam em presunções e fórmulas inexatas, ainda que resultantes de cálculos matemáticos coordenados. Assumindo, portanto, que as vítimas de cartel têm direito a uma justa reparação, estaríamos diante de um impasse entre o direito à justa reparação e o princípio da reparação integral. Tomando por máxima que o direito brasileiro não admite uma possível compensação maior que os danos eventualmente suportados, devemos analisar em que medida é possível uma compensação dos danos, de forma que às vítimas de cartel ainda seja possível algum grau de reparação dos prejuízos sofridos.

## 5.2. A relativização do princípio

---

<sup>307</sup> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. PROVA DE PARTE DO DANO. IMPOSSIBILIDADE SEM CULPA DAS PARTES. LIQUIDAÇÃO IGUAL A ZERO.

Não é possível ao juízo promover a liquidação da sentença valendo-se, de maneira arbitrária, de meras estimativas, na hipótese em que a sentença fixa a obrigatoriedade de indenização do dano, mas as partes sem culpa estão impossibilitadas de demonstrar a sua extensão. Assim, por falta de previsão expressa do atual CPC, deve-se, por analogia, aplicar a norma do art. 915 do CPC/1939, extinguindo-se a liquidação sem resolução de mérito quanto ao dano cuja extensão não foi comprovada, facultando-se à parte interessada o reinício dessa fase processual, caso reúna, no futuro, as provas cuja inexistência se constatou. A norma do art. 915 do CPC/1939 preconiza que, se as provas não oferecerem elementos suficientes para que o juiz determine o valor da condenação, o liquidante será condenado nas custas, procedendo-se à nova liquidação. Ademais, o CPC/1973 não autoriza, fora das hipóteses do art. 475-B, §§ 1º e 2º, a utilização de presunções para estabelecer o montante da indenização devida. Portanto, não sendo possível apurar, na liquidação, o montante devido pela parte da condenação, sem culpa das partes, extingue-se o processo sem resolução do mérito, facultando-se à parte reiniciar a liquidação no futuro, caso reúna, com novos elementos, provas suficientes para revestir de certeza seu direito à reparação. REsp 1.280.949-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 25/9/2012.

<sup>308</sup> Art. 915. Se as provas não oferecerem elementos suficientes para que o juiz determine o valor da condenação, o liquidante será condenado nas custas, procedendo-se a nova liquidação.

Com os fins de viabilizar a quantificação dos danos em ARDCs, deve-se entender que a estimação não precisa ser a medida exata da compensação do dano, mas pode ser a mínima parte quantificável com um nível mínimo de certeza admissível como valor a ser reparado. Deve-se notar que a mínima parte quantificável com um nível mínimo de certeza admissível não é um exercício de arbitrariedade pelo juiz, mas uma decisão condicionada a discussões sobre métodos para a quantificação dos danos envolvidos em cada caso e sobre o rigor dos métodos a serem aceitos. Para que a quantificação dos danos não se torne um exercício infinito de discussões que levem à impraticabilidade da ARDC, entende-se que o judiciário brasileiro deve estabelecer critérios para quantificar as ações, permitindo-se, por meio desses critérios, relativizar o princípio da reparação integral. Não aceitar que a reparação integral possa se basear em teorias econômicas pode simplesmente inviabilizar a reparação de danos decorrentes de cartel.

O sistema legal europeu, por exemplo, assume que “a reparação integral nos termos da presente diretiva não pode conduzir à reparação excessiva, por meio de indenizações punitivas, múltiplas ou de outro tipo”, mesmo que seja garantido que quaisquer pessoas “que sofram danos causados por infrações ao direito da concorrência possam pedir e obter a reparação integral desses danos”, em consonância com o princípio da reparação integral.<sup>309</sup> No entanto, mesmo diante desse sistema, a União Europeia buscou contornar as dificuldades impostas pela legislação e as dificuldades naturais da quantificação.

No Artigo 17 da Diretiva 2014/104/EU sobre ações privadas antitruste, artigo referente à quantificação de danos, a União Europeia determina que os estados-membros devem assegurar que “nem o ónus da prova nem o grau de convicção do julgador exigidos para a quantificação dos danos tornem o exercício do direito à indemnização praticamente impossível ou excessivamente difícil”. A lei exige, portanto, que as cortes adaptem o rigor de exigência dos métodos e da obtenção de dados, de maneira a viabilizar as ARDCs na Europa.

Portanto, embora os métodos devam buscar alcançar o máximo de precisão possível, em respeito ao princípio da reparação integral, o Direito brasileiro deve adaptar-se à realidade das ARDCs, havendo necessidade em encontrar fórmulas definidas para resolver os problemas quando estes forem enfrentados nos tribunais. Como observado por Daniel Costa Caselta

---

<sup>309</sup> UNIÃO EUROPEIA. DIRETIVA 2014/104/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DE>.

(2016), “em outras áreas do direito brasileiro também se admite o cálculo de valores com base em estimativas pautadas por um critério de razoabilidade”.<sup>310</sup> Embora esses casos não tratem especificamente de responsabilidade civil e, por isso, não enfrentam a necessidade da reparação integral, entende-se que a experiência dessas áreas pode ser trazidas para o âmbito das ARDCs.

Não se pode, contudo, interpretar o que está sendo dito aqui como uma defesa ao poder discricionário dos juízes e à utilização de critérios arbitrários ou baseados em pouca cientificidade. Ao contrário, defende-se o estabelecimento de regras claras e definidas para encontrar soluções para a “armadilha” do princípio da reparação integral em ARDCs. Não se defende, por exemplo, a utilização indiscriminada de critérios fixos de sobrepreço com base em estimativas de valores médios para o sobrepreço. Nenhum dos estudos que sugerem valores médios para o sobrepreço a um consenso para um valor razoável de sobrepreço que se aplique a todos os cartéis.<sup>311</sup> Aplicar esse método implicaria necessariamente em uma injustiça para uma das partes da ARDC e se utilizar-se desses estudos não passaria de uma arbitrariedade.

No mesmo sentido, o Artigo 17 Diretiva 2014/104/EU, referente à quantificação de danos, da União Europeia determina que a legislação dos estados membros deve assentar, de forma expressa, até quando e como as cortes nacionais devem estar autorizadas a usar estimativas, definir o rigor de aceitação dos métodos e técnicas ou se utilizar de medidas equitativas para viabilizar a reparação.

Por fim, admitindo-se que o judiciário brasileiro estivesse disposto a relativizar o princípio da reparação integral, o foco das discussões passa à condução da quantificação dos danos, ou seja, ao debate entre partes, peritos e julgador sobre que modelos, técnicas e informações deve-se utilizar durante a liquidação dos danos.

### 5.3. A condução da quantificação dos danos

Para atingir um maior nível de eficiência na quantificação dos danos, recomenda-se a aplicação do *three step procedure*, procedimento de quantificação observado na ARDC do cartel de cimentos da Alemanha, conforme detalhado por Hans W. Friederiszick e Lars-Hendrik Röller (2010). De acordo com esse procedimento deve-se observar, nesta ordem: a) a decisão sobre qual método deve ser utilizado; b) a decisão sobre a forma de aplicação de cada método

---

<sup>310</sup> CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel. São Paulo: Singular, 2016. p. 154

<sup>311</sup> SANTOS, Flávia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 22

ao caso concreto, com a seleção de informações que devem ser utilizadas; e c) ao fim, decisão sobre a necessidade de aplicação de remédios, frente às possíveis incertezas apontadas por peritos. Assim, antes de se enveredar pela aplicação empírica dos métodos de quantificação, é essencial traçar diretrizes para a fase de quantificação dos danos, de forma a dirimir a incerteza que pode surgir da aplicação de vários métodos e técnicas diferentes. O *three step procedure* busca estar alinhado com uma forma de debate eficiente para a quantificação dos danos em ARDCs.

Primeiramente, caberia às partes analisarem o tipo de provas que têm a seu favor e argumentar qual deveria ser o método utilizado. É essencial que as partes examinem, primeiramente, se têm as provas necessárias para aplicar o método sugerido, ou os meios de prova necessários para se obter tais provas. As partes devem priorizar os métodos mais precisos e justificar sua não opção pelo método mais exato, se for o caso.

Defende-se que a quantificação dos danos não deve ser um exercício com alto rigor de provas. Além disso, a definição do método e técnica a serem utilizados deve ser feita previamente, de forma a não estender indefinidamente o debate acerca da questão. Como explicado, alguns métodos são preferíveis a outros, mas a decisão deve ser avaliada à luz do caso concreto, a depender das provas e informações disponíveis no caso.

Ressalta-se que o juiz deve ter conhecimento do tema, dos métodos e fórmulas que podem ser utilizadas em cada caso e das variáveis que envolvem o cálculo do sobrepreço, além de ser capaz, acima de tudo, de confirmar a correta utilização dos métodos.

Em seguida, na aplicação dos métodos escolhidos, o escopo da discussão sobre a quantificação alarga-se para além da discussão sobre os aspectos positivos e negativos da utilização de um método, passando a abranger a qualidade das informações que serão utilizadas para substanciar o método. Aqui, pode haver discussões sobre a qualidade das informações e dados utilizados para substanciar os métodos. É possível que haja questionamentos sobre a forma de apuração dos dados e informações que serão utilizados para substanciar a quantificação. Posteriormente, deve-se notar se há convergência ou divergência entre os resultados obtidos a partir de cada método.

Caso os valores encontrados para o sobrepreço indiquem uma convergência, ou seja, apontem para um resultado comum aproximado, isso indica que os métodos aplicados, assim como os dados e informações utilizados, são confiáveis. Nesse caso, deve-se decidir por um valor único de sobrepreço, que pode resultar do método considerado, no caso concreto, mais confiável. Do contrário, se os métodos divergirem completamente, é aceitável a eliminação de

métodos que causem a divergência, desde que essa eliminação seja justificada. Caso todos os métodos sejam destoantes, é possível admitir o método teoricamente mais preciso ou o método mais benéfico à parte condenada, a depender da justificativa para a escolha.

Em terceiro lugar, deve-se identificar se o método utilizado atende a um nível mínimo de certeza admissível, quantificando-se essa inexatidão. O procedimento discutido pretende servir de guia às cortes nacionais, com a finalidade de possibilitar uma melhor abordagem dos debates que envolvem a obtenção do melhor método. Ainda assim, deve-se discutir a possibilidade de esse caminho tornar-se custoso demais quando comparado ao valor da causa, ou mesmo de esse caminho não levar a uma conclusão sobre o dano a ser indenizado. Nesse caso, entende-se que deve ser discutida a aplicação de remédios aos métodos. Assim como nos estados membros da União Europeia, as cortes brasileiras devem estar autorizadas e preparadas para determinar a quantidade de danos a serem concedidos, incluindo uso de presunções e estimativas.

Por exemplo, em decisão final no cartel de cimentos na Alemanha, a corte aplicou um desconto de 25% aos danos encontrados em razão de quaisquer incertezas que envolvessem a estimação dos danos. Hans W. Friederiszick e Lars-Hendrik Röller (2010) entendem que isso pode ser um instrumento poderoso para balancear o custo de oportunidade entre praticabilidade e precisão, mas que deve ser aplicado de forma criteriosa, de forma a evitar que a estimação dos danos não se torne supérflua.<sup>312</sup> Outra possibilidade a ser considerada é, caso não seja possível uma estimação empírica precisa com os dados disponíveis, o valor de sobrepreço ser imposto a um valor baixo.<sup>313</sup>

## **6. Conclusão**

O presente estudo explorou o que considera ser uma das mais controvertidas etapas das ações reparatórias individuais por danos decorrentes de cartel (ARDCs), a quantificação dos danos. Principalmente, o estudo identifica no princípio da reparação integral o maior entrave à quantificação dos danos decorrentes de cartel. Conclui-se que as características do princípio da reparação integral do dano, aliadas às incertezas que envolvem os métodos conhecidos de quantificar danos decorrentes de cartel, dificultam a solução de ARDCs e podem ser

---

<sup>312</sup> FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrik. Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements: Insights from German Cartel Cases. in ESMT No. 10-001, 2010.

<sup>313</sup> Ibid. p. 17

interpretadas como entraves também à propositura dessas ações, decorrente de um incremento nos custos.

Em ARDCs, a tentativa de quantificar os danos encontra entraves na busca da reparação integral, porquanto não há meios para que seja alcançada a exata medida dos danos causados por cartéis a serem reparados no âmbito dessas ações, devido a incertezas presentes nos métodos de cálculo. É impossível saber com absoluta certeza a posição que a vítima de um cartel ocuparia em uma situação em que não tivesse havido o cartel. Essa hipótese depende de uma variedade de fatores que não podem ser estimados com facilidade. Além disso, conclui-se que não é possível encontrar um único método para que se chegue a um valor exato dos danos sofridos pelas vítimas, mas apenas de estimações que dependem de presunções e aproximações.

Entretanto, para que a quantificação dos danos não se torne um exercício infinito de discussões que levem à impraticabilidade da ARDC, é essencial traçar diretrizes bem definidas para a quantificação, permitindo ao judiciário relativizar a aplicação do princípio da plena reparação de forma a viabilizar as ARDCs.

Sugere-se a aplicação de um *three step procedure*, que deve observar o desenho do método, aplicação e checagem de robustez, frente às possíveis incertezas de cada método. Conclui-se, por fim, que o principal entrave identificado à quantificação dos danos pode ser solucionado por artifícios jurídicos.

## Referências

CALIXTO, Salomão Filho. **Direito Concorrencial – *As condutas***. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira de. Responsabilidade Civil Concorrencial: Elementos de Responsabilização Civil e Análise Crítica dos Problemas Enfrentados pelos Tribunais Brasileiros. Ideias em competição – 5 anos do Prêmio IBRAC-TIM 2010-2014. / São Paulo: IBRAC/TIM/Editora Singular, 2015. pp. 185 – 202.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES (CEPS); ERASMUS UNIVERSITY ROTTERDAM (EUR); LUISS GUIDO CARLI (LUISS). Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Report for the European Commission. Roma, Bruxelas, Roterdã, 2007. 671p.

COMISSÃO EUROPÉIA. Commission of the European Communities. Green Paper: Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, 19 dez. 2005.

COMISSÃO EUROPÉIA. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union.

COMISSÃO EUROPÉIA. Commission of the European Communities. White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules, 2 abr. 2008.

COMISSÃO EUROPÉIA. Practical Guide: Quantifying Harm in Actions for Damages Based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Commission Staff Working Document. Estrasburgo, 11 jun. 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov. 2013.

FRANCISCO, André Marques. Responsabilidade civil por infração da ordem econômica. 2014. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrik. Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements: Insights from German Cartel Cases. in ESMT No. 10-001, 2010.

HOVENKAMP, Herbert. Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United States, 2011. Disponível em SSRN: <[https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID1758751\\_code23858.pdf?abstractid=1758751&mirid=1](https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1758751_code23858.pdf?abstractid=1758751&mirid=1)> Acesso em 20 jan. 2011.

MAGGI, Bruno Oliveira. O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil. Tese (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MARTINEZ, Ana Paula; ARAÚJO, Mariana Tavares de. Private Damages in Brazil: Early Beginnings, Big Stumbling Blocks. jan. 2010. Disponível em: <[http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20160201161034\\_1309160-1.pdf](http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20160201161034_1309160-1.pdf)> Acesso em: 20 jan. 2017.

PORTO, Giovana Vieira (no prelo). As ações ajuizadas com pedido de indenização por dano de cartel: uma análise empírica do estado da arte no Brasil. Revista do IBRAC.

REZENDE, Gustavo Madi; KLEBER, Solange; MADI, Maria Fernanda Caporale. Métodos de mensuração das indenizações de ações privadas em casos de cartel. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 20, p. 399 – 413, jul. – dez. 2011.

SANTOS, Flávia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.o e 102.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. 13 jun., 2013.

UNIÃO EUROPEIA. DIRETIVA 2014/104/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32014L0104>> Acesso em 20 jan. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Dano moral de pessoa jurídica e sua prova. In: Anuário de Produção Intelectual. Curitiba: Arruda Alvim Wambier, 2008.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 7. ed. Oxford: The Oxford University Press, 2012.