

Vol. 5

Nº 1

2017 - Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

Aplicação Privada da Lei Antitruste no Brasil

Marcus de Freitas Gouvêa²³⁴

RESUMO

Embora a lei brasileira preveja expressamente a ação privada de cessação de ilícitos concorrenciais e de indenização por danos decorrentes destas condutas (aplicação privada do direito antitruste), sua utilização é bastante restrita no país. Várias são as causas que podem ser apontadas para o baixo número das ações particulares com fundamento na lei da concorrência no Brasil e entre elas parece-nos estar a carência de uma construção teórica que compatibilize o direito processual de ação com o fato concorrencial. Este artigo pretende, após discorrer sobre os sistemas de aplicação do direito antitruste no Brasil, apresentar os requisitos gerais e os requisitos especiais tanto da ação de cessação de conduta como da ação indenizatória concorrenciais, aqueles encontrados no direito processual e no direito civil e estes no direito da concorrência, no sentido de contribuir para a construção do arcabouço teórico da aplicação privada do direito antitruste.

Palavras chave: Aplicação. Privada. Direito Antitruste. Requisitos. Gerais. Especiais.

ABSTRACT

Although Brazilian law explicitly provides the possibility of private enforcement of antitrust law, its use is very limited in the country. There are several causes that can be pointed to the low number of private actions. Among them is the lack of a theoretical construction that reconciles the procedural law of actions with the antitrust law. This article aims, after discoursing on the antitrust law enforcement systems in Brazil, to present the general and the special requirements of the private deterrent and compensatory actions, those found in procedural and civil laws and these in competition law, to contribute to the construction of the theoretical framework of private enforcement of antitrust law.

Keywords. Private. Enforcement. Antitrust law. General and special requirements.

Classificação JEL: K21 – Antitrust Law.

²³⁴ Procurador da Fazenda Nacional; Pós graduado em Controle Externo pela PUC-Minas. Mestre em Direito pela UFMG.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Sistemas de aplicação do direito antitruste; 3. Normas gerais de aplicação privada do direito antitruste: relações com o direito civil, o direito penal e o direito administrativo; 4. Requisitos específicos de aplicação privada do direito antitruste: as infrações; 5. Conclusões; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A Lei 12.529/2011 inaugurou um novo momento da defesa da concorrência no Brasil. Reformulou a configuração do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, exigiu a submissão prévia de atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, melhorou a estrutura de pessoal da autarquia, reduziu a esfera penal dos ilícitos anticoncorrenciais, hoje limitadas à conduta de cartel.

Não é preciso muito esforço para perceber que as modificações foram efetivas. Nos últimos quatro anos, a mídia noticia as ações do CADE com frequência nunca antes vista e a autarquia avança em áreas inéditas no direito brasileiro, como a regulamentação do processo de consulta e a publicação do guia para análise de consumação prévia de atos de concentração (*gun jumping*) e o guia para programas de *compliance* da concorrência.

Pouco se avançou, contudo, neste mesmo período na aplicação privada, também chamado *enforcement*²³⁵ privado, da lei antitruste.

É certo que a aplicação privada da lei não depende de alterações legislativas. O art. 47, da 12.529/2011, nos mesmos termos do art. 29, da Lei 8.884/1994, permite a aplicação da lei, individual ou coletivamente, por concorrentes, distribuidores, varejistas e consumidores.

²³⁵ Devido as origens e a influência do direito antitruste norte americano, costuma-se utilizar a palavra do inglês, *enforcement*, em referência a aplicação coercitiva do direito. Segundo o dicionário on-line **Merriam-Webster**, *enforcement* significa: *to make (a law, rule, etc.) active or effective: to make sure that people do what is required by (a law, rule, etc.); to carry out effectively <enforce laws>*. Disponível em: <http://www.merriam-webster.com/dictionary/enforcement>. Acesso em 21/12/2015. Neste texto, utilizaremos como sinônimos as expressões *enforcement* e aplicação, no sentido de aplicação coercitiva do direito.

Este meio de combate a ilícitos antitruste, bastante significativo principalmente nos Estados Unidos, é pouco utilizado na Europa²³⁶ e menos ainda no Brasil^{237 238}.

A nosso ver, o *enforcement* privado do direito antitruste no país tende a se desenvolver, na esteira do aumento visibilidade do combate aos ilícitos concorrenciais, tanto no âmbito penal quanto administrativo. A publicidade das condenações conscientiza o concorrente do dano que sofreu e, condenado o infrator, é mais fácil, sob o ponto de vista probatório, a persecução privada da reparação.

Contudo, o Brasil carece, ainda, de uma estruturação jurídica da teoria da reparação privada do dano concorrencial (e da cessação de condutas), que permita o enquadramento da ação privada a institutos tradicionais do direito brasileiro, principalmente quando se trata de reparação autônoma, teoria com a qual este texto pretende contribuir.

Isso não significa que a aplicação privada do direito antitruste dependa apenas de uma construção teórica, isenta de obstáculos e limitações.

A própria eficácia da medida, com vistas na proteção do interesse difuso da concorrência é controvertida.

Parte dos autores, especialmente os norte-americanos, advoga a complementaridade das instâncias, cada uma com suas vantagens e desvantagens²³⁹, sua maior ou menor propensão de impedir infrações²⁴⁰, embora abordem também medidas de

²³⁶ SEGAL, Ilya R. WHINSTON, Michael D.. Public vs. private enforcement of antitrust law: a survey. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 335*, December 15, 2006, p. 1. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=952067>. Acesso em 27/12/2015.

²³⁷ OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee on Co-operation and Enforcement. Working Party No. 3. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Brazil. 15 June 2015, p. 2. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En). Acesso em 02/08/2016.

²³⁸ Neste trabalho, pretendemos contribuir apenas a teoria relativa às ações privadas de cessação de conduta e de reparação de dano, decorrentes de violação ao direito da concorrência em senso restrito (Lei 8.137/1990 e Lei 12.529/2011). Por esta razão, entendemos haver um baixo número de ações sobre o tema no Brasil. Se considerássemos o direito que se relaciona com a concorrência de forma mais ampliada, para atingir a proteção específica do consumidor (Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/1990), a concorrência desleal (art. 2º e 195, da Lei 9.279/1995 e art. 1.147, do CCB), os direitos de propriedade industrial (Lei 9.279/1995), certamente encontraríamos muitas ações indenizatórias movidas por associações e por particulares (ver: MAGALHAES, Carlos Francisco de, DIAS, Gabriel Nogueira, DEL DEBBIO, Cristiano Rodrigo. Chapter 5 Brazil. PP 51-63, p. 51-52 In: GOTTS, Ilene Knable. *The Private Competition Enforcement Review*. London: Law Business Research Ltd, 2013). Contudo, embora estes temas sejam profundamente conexos, não são objeto deste estudo, pois já há uma tradição de litigância no Brasil, com mais de 100 anos de história (STF, Pleno, AC 2.183, Min. Oliveira Ribeiro, Julgamento em 12/8/1914, sobre concorrência desleal), não se fazendo necessário “construir” uma teoria de reparação do dano nestas searas.

²³⁹ SEGAL, Ilya R. WHINSTON, Michael D.. Op. Cit.

²⁴⁰ MAKATSCH, Tilman. The relationship between public and private antitrust enforcement – Germany. *OECD*. May, 2015. Disponível em:

aperfeiçoamento e limitações do *enforcement* privado²⁴¹. Há, também, quem defenda a superioridade da aplicação pública em relação a aplicação privada, de modo que esta última não deveria sequer ser estimulada^{242, 243}.

Há, também, dificuldades na aplicação privada do direito da concorrência, típicas deste ramo específico do direito, como a regra da razão, que afasta a ilicitude de condutas, a possibilidade de ocorrência de prejuízos em razão de condutas lícitas e a dificuldade de identificar tanto o dano quanto o titular do direito de reparação em condutas que lesam diretamente a concorrência e apenas indiretamente o concorrente ou o consumidor.

Neste texto vamos tratar dos sistemas de aplicação do direito antitruste, das normas gerais de aplicação privada do direito antitruste e relações com o direito civil, o direito penal e o direito administrativo e dos requisitos específicos de aplicação privada do direito antitruste, decorrentes dos tipos de infrações, sempre com enfoque no direito brasileiro²⁴⁴, sem a pretensão de comparar os sistemas, seja quanto aos objetivos que movem o Estado e o particular, seja quanto à eficácia ou ao custo das iniciativas²⁴⁵.

2. Sistemas de aplicação do direito antitruste

<http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3%282015%2916&doclanguage=en>. Acesso em 27/12/2015.

²⁴¹ CRANE, Daniel A. Optimizing Private Antitrust Enforcement. *University of Michigan Public Law Working Paper Nº 164*, September 17, 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1474956>. Acesso em 29/12/2015.

²⁴² WILS, P. J. Wouter. Should private antitrust enforcement be encourage in Europe? *World Competition Law and Economics Review*, Vol. 26, Issue 3, September 2003, PP. 473-488. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1540006>. Acesso em 27/12/2015.

²⁴³ Em vários destes estudos, procura-se avaliar a efetividade do *enforcement* privado em relação com o *enforcement* público, penal ou administrativo, da lei antitruste, com vistas à proteção do valor abstrato da concorrência, não se valorizando a dogmática da aplicação privada, senão acidentalmente, a relação entre a conduta anticoncorrencial e o dano ao agente econômico, empresa ou consumidor. Ademais, as críticas ao sistema privado de aplicação da lei antitruste não podem afastar o direito das partes prejudicadas, quando presentes os elementos de reparação de dano e cessação da conduta do direito comum: o ilícito (no caso concorrencial), o dano efetivo (na indenização) ou potencial (na cessação de conduta) e o nexa causal. Em outros termos, mesmo que a aplicação privada fosse menos eficaz que a aplicação pública na defesa da concorrência, aquela não pode ser afastada, pois somente ela defende os interesses individuais dos lesionados.

²⁴⁴ Experiências estrangeiras, notadamente a dos Estados Unidos, onde surgiu o direito antitruste e onde o *enforcement* privado é utilizado a mais tempo e com maior intensidade, podem contribuir significativamente para a aplicação privada do direito antitruste no Brasil, fundamentalmente em seus primeiros passos. Não se pode, contudo, aplicar o direito estrangeiro de forma determinística que simplesmente reproduza sua forma, seu procedimento, suas limitações e seus resultados, sem levar em consideração as particularidades fáticas e normativas da experiência brasileira.

²⁴⁵ Análise que, a nosso ver, depende menos de especulações teóricas e mais de dados empíricos, precários no Brasil, diante da pequena experiência na aplicação privada do direito antitruste. Sobre necessidade de dados empíricos para comparação, ver: LANDE, Robert H. DAVIS, Joshua P.. Benefits from private antitrust enforcement: an analysis of forty cases. *University of San Francisco Law Research*, Vol 42, 2008. PP. 979-918. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1090661>. Acesso em 29/12/2015.

O direito antitruste comporta três sistemas de aplicação, o penal, o administrativo e o privado.

O *sistema de aplicação penal* é baseado no Código de Processo Penal, na parte geral do Código Penal e no art. 4º, da Lei 8.137/1990, com redação dada pela Lei 12.529/2011, que dispõe:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

A persecução penal é pública, cabendo ao Ministério Público a investigação e a denúncia dos crimes desta natureza, hoje limitados às práticas de cartel.

O *sistema de aplicação administrativo* do direito antitruste compete ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SAE/MF e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, este composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a que cabe o julgamento das infrações e atos de concentração, pela sua Superintendência-Geral, com papel notadamente investigativo e pelo Departamento de Estudos Econômicos.

O sistema administrativo de combate a ilícitos concorrenciais é mais amplo que o sistema penal. Constituem infrações administrativas quaisquer condutas anticompetitivas, nos termos do art. 36, da Lei 12.529/2011 (Lei Antitruste). Leia-se:

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.

Entre estes atos, estão incluídas condutas individuais e concertadas, horizontais e verticais, tentadas e consumadas, de monopólio e cartel, práticas predatórias, venda casada, recusa de contratar, exclusividade, fixação de preço de revenda, discriminação e diferenciação de preços, entre outras.

O SBDC aprecia, também, atos de concentração de empresas, que podem estar relacionadas com as condutas ilícitas ou surtir os mesmos efeitos.

O parágrafo único do art. 1º, da Lei 12.529/2011 dispõe que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos” por aquela lei.

A norma não trata, pois, ao menos diretamente, de interesses individuais, mas de direitos coletivos, cujo titular não pode ser especificado.

Entretanto, é notório que a lei da concorrência prevê infrações capazes de lesionar direitos de concorrentes, fornecedores, distribuidores e varejistas.

A própria lei da concorrência, em seu art. 47, prevê que os prejudicados por atos que constituam infração da ordem econômica, podem ingressar em juízo para fazer cessar a prática ou para obter indenização por danos, de maneira autônoma, vale dizer, não é necessário a condenação prévia do infrator pelo CADE. Leia-se:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da 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.

Neste contexto, surge o terceiro sistema de aplicação do direito antitruste, o *sistema privado*.

Este sistema pode se subdividido em dois subsistemas, o *coletivo* e o *individual* e visar dois objetivos, a cessação da conduta e a reparação pelo dano.

Pelo *sistema coletivo*, nos termos do art. 82, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), expressamente mencionado pelo art. 47, da Lei Antitruste, o Ministério Público, os entes federados e as associações que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos concorrenciais e consumeristas, podem propor ação civil pública, nos termos da Lei 7.347/1985, postulando a cessação da conduta e a reparação do dano, desde que presentes seus requisitos, notadamente a violação de direitos individuais homogêneos ou difusos²⁴⁶.

²⁴⁶ A inclusão do Ministério Público, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios entre os legitimados para propor ação civil pública permite, com objeto exclusivo de cessação de condutas anticoncorrenciais, torna o mecanismo, a nosso ver, parte do sistema administrativo de aplicação da lei da concorrência, por não incluir a defesa do interesse privado de reparação do dano. De igual forma, eventual ação civil pública intentada por associação que vise somente a cessação de conduta, com vistas a assegurar direito difuso, sem que haja direitos individuais homogêneos, vale dizer, um conjunto de lesões similares a direitos individuais, haverá iniciativa privada de aplicação pública do direito da concorrência.

No sistema *individual*, é a própria pessoa lesada que busca a cessação da conduta e a reparação do dano. Este o objeto de nossos estudos.

Pode-se dizer que o *enforcement* privado individual do direito antitruste é autônomo e possui requisitos próprios²⁴⁷. Porém, não se trata de um sistema totalmente isolado.

Ao contrário, há relações entre as instâncias, bem como vinculação entre a aplicação privada do direito da concorrência e as obrigações de fazer e não fazer (cessação da conduta) e a obrigação de indenizar (reparação do dano), embora o sistema privado apresente requisitos específicos próprios, que passaremos a analisar.

3. Normas gerais de aplicação privada do direito antitruste: relações com o direito civil, o direito penal e o direito administrativo

O art. 47, da Lei 12.529/2011 prevê, em favor dos prejudicados por práticas anticoncorrenciais, o direito de ação para cessar a infração e obter recebimento de indenização por perdas e danos.

Enquadramento na lei civil

A lei concorrencial, porém, não disciplina estas pretensões, que se regem pelas leis gerais das obrigações, o Código Civil Brasileiro – CCB e o Código de Processo Civil – CPC.

Não seria mesmo necessário que a Lei da Concorrência mencionasse a aplicação do direito privado como disciplina regulamentar da pretensão particular concorrencial²⁴⁸, pois tanto a obrigação de fazer e não fazer (cessação da conduta) e a reparação do dano, estão devidamente estruturadas no direito brasileiro.

A cessação da conduta enquadra-se como obrigação de fazer ou de não fazer, dependendo do meio utilizado pela prática infracional, enquadrando-se nos art. 247 a 251, do CCB e art. 461 e 632 a 645, do CPC (art. 516, parágrafo único e art. 536 e seg, do Novo CPC, Lei 13.105/2015).

²⁴⁷ *OECD*. Ob. Cit., p. 2.

²⁴⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. *RCD*. Vol. 1. nº 3, novembro de 2013,. PP. 11-31, p. 21. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/75>. Acesso em 29/12/2015.

A indenização por perdas e danos em decorrência de ilícito antitruste, a seu turno, enquadra-se nas normas relativas à indenização²⁴⁹²⁵⁰, previstas nos art. 944 e seg, do CCB e em artigos esparsos da legislação processual.

Não há ação concorrencial privada que não seja uma obrigação de fazer, de não fazer ou de indenizar, regidas pelo direito privado.

Neste sentido, encontram-se reguladas pelo ordenamento jurídico comum, aplicáveis à aplicação privada do direito antitruste, os requisitos para as ações, a mensuração do dano e o ônus da prova (embora estes temas encontrem particularidades em razão do tipo de ilícito), a autonomia e a relação da pretensão cível e as esferas penal e administrativa.

Requisitos gerais

Os requisitos gerais para o *enforcement* privado, como de regra, são a prática de ato ilícito, o dano e o nexo causal²⁵¹.

Embora estes elementos sejam típicos da ação de indenização, também se apresentam na pretensão de cessação de conduta. Apenas a avaliação do dano apresenta distinções. Para a ação de indenização, o dano deve ser real e concreto, para a ação de cessação de conduta, o dano pode ser potencial e esperado.

Há que se ressaltar que as ações privadas podem pretender cessação da conduta e indenização por dano, apenas a cessação da conduta, quando esta pode gerar prejuízos potenciais que ainda não se tenham concretizados, ou somente a indenização, na hipótese de conduta que já se tenha cessado, mas tenha resultado em prejuízos aos particulares.

O ato ilícito é condição indispensável de qualquer sistema de aplicação do direito antitruste e o dano e o nexo causal são condições de legitimidade, pois a parte que não sofreu prejuízo em decorrência do ilícito concorrencial não faz jus à indenização nem tem interesse na cessação da conduta. De fato, ausentes estes elementos, não há que se falar

²⁴⁹ SANTOS, Marcelo Rivera dos. A ação privada de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial: do termo inicial da prescrição. *RCD*. Vol. 3. nº 1, Maio 2015, p. 137. PP. 133-160. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/147/96>. Acesso em 29/12/2015.

²⁵⁰ A exemplo do que ocorre em outros países, como a França, em que as ações privadas do direito da concorrência também podem ter fundamento nas regras sobre indenização cível. LENOIR, Noëlle, PLANKENSTEINER, Marco, TRUFFIER, Mélanie. France: Private Antitrust Litigation. *The European Antitrust Review 2016*. Global Competition Review, 2016, PP. 137-143, p. 137. Disponível em: <http://globalcompetitionreview.com/reviews/72/sections/248/chapters/2919/france-private-antitrust-litigation/>. Acesso em 03/08/2016.

²⁵¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Op. Cit. p. 19.

em sistema privado de aplicação do direito antitruste, que depende do prejuízo do particular. Nos ilícitos meramente tentados, por exemplo, vigoram somente os sistemas públicos.

O ilícito de que cuidamos deve ser concorrencial. Deve constituir violação ao art. 36, da Lei 12.529/2011. Ocorre que o ilícito antitruste pode apresentar semelhanças com outros ilícitos. São exemplos: a prática predatória (ilícito concorrencial) e a concorrência desleal (ilícito empresarial); a venda casada da Lei Antitruste e a venda casada do Código de Defesa do Consumidor, a utilização de meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros (ilícito concorrencial) e a manipulação do mercado de capitais (art. 27-C, da Lei 6.385/1976); e a destruição e inutilização de matérias-primas, produtos e equipamentos de produção ou distribuição (ilícito concorrencial) e o crime de dano, do Código Penal.

Um mesmo fato pode constituir infração para um e outro corpo de normas. Entretanto, se não se fizerem presentes os requisitos do ilícito concorrencial, notadamente o poder de mercado e o efeito anticompetitivo da conduta, entendemos que a ação cível não deverá seguir as regras do direito antitruste, mas aquelas próprias de cada ramo do direito que regula as infrações relacionadas com as violações concorrenciais.

Assim, se a conduta apresentar todos os elementos de duas previsões legais, será possível a propositura de uma ação privada baseada no direito antitruste bem como de uma ação com fundamento no direito do outro ramo do direito, seja empresarial, consumerista ou penal, ambas tendo como causa de pedir o mesmo fato. Pode-se vislumbrar a utilização do expediente da prova emprestada nos processos e, se as partes forem as mesmas, pode-se cogitar também de conexão (art. 55, do CPC) ou continência (art. 56, do CPC) entre as ações, aplicando-se no mesmo processo os fundamentos do direito antitruste e do outro ramo do direito cuja norma foi violada.

Presentes os requisitos de uma única infração, obviamente a ação proposta seguirá as regras materiais de um único ramo do direito.

Mensuração do dano

A mensuração da indenização pode ser mais complexa nas ações concorrenciais privadas, em relação a outras modalidades de dano. Os defensores do *enforcement* privado ancilar do *enforcement* público falam em montante indenizatório capaz de

desestimular a prática da conduta²⁵². O direito norte americano prevê o a indenização pelo triplo do dano, o que reduz o incentivo à violação da lei antitruste, mas também permite o uso estratégico da legislação²⁵³ de que decorre o insucesso de muitas ações privadas.

Os danos podem incluir “elevação de custo, perda de parcela do mercado, receita de vendas assim como perda de oportunidades”²⁵⁴ e outros prejuízos sofridos.

À míngua de regra específica, seja para multiplicar o valor da indenização em relação ao dano, seja para vincular o *enforcement* privado aos objetivos do *enforcement* público, entendemos que a indenização a agentes econômicos lesionados por prática anticoncorrencial deve seguir a regra do direito privado, vale dizer, a indenização no valor do dano, com eventuais danos morais.

Por certo, a mensuração do dano é bastante problemática no direito antitruste, que tem levado tribunais estrangeiros a utilizar diversos peritos, para melhor apurar os valores das indenizações²⁵⁵.

Entre as dificuldades enfrentadas na apuração do dano, a duração da prática ilícita, especialmente a data de seu início, a elevação de preços causada efetivamente pelo ilícito, isolada de outros fatores, os limites da restrição fontes de insumos e a canais de distribuição, bem como o valor destes insumos, e a possibilidade de que o agente tenha repassado os prejuízos a consumidores ou a terceiros²⁵⁶.

Ônus da prova

Mesmo raciocínio pode ser aplicado ao ônus da prova. Não havendo norma que preveja a inversão do ônus probatório, como ocorre, por exemplo, no direito do consumidor, deve prevalecer a regra geral.

Necessário reconhecer, contudo, que a inversão do ônus da prova é matéria que merece discussão²⁵⁷, especialmente se a conduta anticoncorrencial também se caracterizar como ilícito consumerista.

²⁵² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Op. Cit., p. 24 e seg.

²⁵³ McAFEE, R. Preston, MIALON, Hugo M., MIALON, Sue H. Private v. Public Antitrust Enforcement: a strategic analysis. *Emory Law and Economics Research Paper N° 05-20*, 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=775245>. Acesso em 29/12/2015.

²⁵⁴ LENOIR, Noëlle. Ob. Cit., p. 139.

²⁵⁵ Idem. p. 139-140.

²⁵⁶ CLARKE, Mark, BURROWS, Euan. Chapter 2 European Private Enforcement: the defendant's perspective. PP 14-28, p. 21-22 In: GOTTS, Ilene Knable. *The Private Competition Enforcement Review*. London: Law Business Research Ltd, 2013.

²⁵⁷ CARVALHO, Vinícius Marques de et al. *Defesa da concorrência: estudos e votos*. São Paulo: Singular, 2015, p. 62.

²⁵⁸ LENOIR, Noëlle. Ob. Cit., p. 140.

Também não nos parece cabível qualquer tipo de presunção, seja para quantificar o dano, seja para identificar o responsável e o nexo causal entre o dano e sua conduta²⁵⁹. Parece-nos razoável, contudo, a aceitação de provas indiretas, como a comparação entre a situação econômica do mercado e do prejudicado antes, durante e depois da prática da conduta²⁶⁰.

A prova do montante do dano, assim como dos demais requisitos da indenização no direito antitruste é facilitada se se utilizam provas de processo penal ou administrativo sobre a infração²⁶¹.

Não raro, porém, estas provas são sigilosas, pois procuram preservar o segredo comercial das empresas²⁶². Este fato cria desafios novos para a aplicação privada do direito antitruste no Brasil, especialmente quanto a incerteza quanto a posição que será adotada pelo Judiciário quanto a utilização de provas de processos administrativos do CADE e de processos penais, diante do dilema que pode surgir entre o interesse da parte lesada na instrução de seu processo e o interesse do infrator, em proteger seus segredos comerciais.

Autonomia

Estas questões que agora abordamos e também outras que trataremos a seguir, nos levam a discutir a autonomia e as relações da aplicação privada do direito antitruste e sua relação com as esferas penal e administrativa.

Também nos termos do art. 47, da Lei 12.529/2011, as pretensões privadas decorrentes de práticas anticoncorrenciais são autônomas, pois não dependem do inquérito ou processo administrativo no âmbito do SBDC.

A aplicação privada também é independente do processo criminal, a teor dos art. 935, do CCB e art. 63 a 67, do Código de Processo Penal – CPP.

Correlações e dever de indenizar

Estas normas, porém, bem como o art. 91, do Código Penal – CP, disciplinam certa correlação entre a obrigação cível e os crimes, inclusive contra a ordem econômica, notadamente no âmbito da reparação do dano.

²⁵⁹ Em sentido contrário: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Op. Cit., p. 26.

²⁶⁰ Sobre a utilização no *enforcement* privado da prova do processo penal e administrativo, trataremos adiante.

²⁶¹ LENOIR, Noëlle, Ob. Cit., p. 138.

²⁶² Idem. p. 138-139.

Dispõe o Código Penal, em seu art. 91, I, que a condenação criminal torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, fenômeno que não ocorre com a condenação administrativa.

É de se reconhecer que a norma tem aplicação restrita, pois o direito brasileiro não criminaliza todos os possíveis ilícitos administrativos, tendo em vista a Lei 12.529/2011 alterou a redação do art. 4º, da Lei 8.137/1990, de modo que as figuras penas dos incisos I e II, passaram a exigir o acordo entre empresas como elemento do crime, não mais vigendo condutas unilaterais, como a prática de preço predatório e de preços abusivos.

Ademais, não há no Brasil responsabilidade penal da empresa (salvo nos crimes ambientais, conforme art. 225, § 3º, da CF/88). Dessa forma, a condenação penal somente torna certo o dever de indenizar por pessoas físicas.

Por outro lado, a condenação penal não é requisito da indenização. O dever de reparar pode ser constituído na ação cível, mesmo que não haja ação penal, e pode alcançar tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas envolvidas no ilícito.

No que concerne à parte lesada pelo crime concorrencial, há também uma peculiaridade.

A norma penal refere-se à vítima do crime, em geral uma pessoa especificamente identificada, titular do direito violado. Nos crimes contra o patrimônio, por exemplo, o condenado tem o dever de indenizar o proprietário e nas lesões corporais, o lesionado.

O titular do direito antitruste, porém, é a coletividade, não havendo uma vítima a priori, mostrando-se necessário a identificação das pessoas prejudicadas. Embora seja possível defender que a condenação criminal torna certo o dever de indenizar, pode-se, pelo menos, questionar se este dever faz coisa julgada em favor dos particulares, que não são parte e não necessariamente são determinados no processo penal.

Correlações e prova do ilícito

De outro turno, a absolvição penal com reconhecimento categórico de inexistência material do fato impede a propositura da ação privada (art. 66, do CPP), mesmo que o autor (a empresa supostamente prejudicada) não tenha participado da ação penal.

Nos demais casos, a sentença absolutória, o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação, a decisão que julgar extinta a punibilidade e a sentença que decidir que o fato imputado não constitui crime (art. 66 e 67, do CPP), não impedem a ação privada para cessar a prática anticoncorrencial ou obter a reparação por dano.

O art. 935, do CCB, reforça autonomia da esfera cível face a penal, pois impede ao réu discutir na ação cível a materialidade e autoria do fato, quando decididas no juízo criminal. Leia-se:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Materialidade e autoria apurados no processo administrativo, contudo, não fazem coisa julgada no processo civil. O processo administrativo pode ser utilizado na instrução probatória da demanda privada, mas não vincula o juiz do caso.

Com vistas a zelar pela uniformidade nas decisões civis e administrativas, a lei determina que “o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir” nos processos que envolvam a lei da concorrência, “na qualidade de assistente” (art. 118, da Lei 12.529/2011).

Não há, porém, garantia de uniformidade nas decisões, inclusive pelo pequeno número de casos, que leva a pouca familiaridade dos juízes brasileiros com o direito antitruste, fato percebido pela OCDE²⁶³.

Correlações e prescrição

O art. 206, § 3º, V, do CCB determina a prescrição da reparação por dano em 3 anos.

Este tema também suscita discussões, face a autonomia da aplicação privada do direito antitruste e suas relações com as esferas penal e administrativa.

No direito brasileiro, esta questão também comporta dois regimes bastante marcados, o da dependência face a esfera penal e a independência face a esfera administrativa.

De acordo com o art. 200, do CCB, “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”. No mesmo sentido, o art. 63, do CPP autoriza a execução no juízo cível da reparação pelo dano decorrente do crime, a partir do trânsito em julgado da sentença penal.

²⁶³ Also, on the side of the judiciary itself, the prolonged time that appeals can take within the Brazilian judiciary and judges' lack of familiarity with antitrust strongly contribute to discourage actions for damages. OECD. Ob Cit., p. 3.

Dessa forma, para os crimes de cartel, não corre prescrição da aplicação cível enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória ou absolutória.

Se a ação penal não chegar a ser proposta, não haverá sentença a partir da qual se conta o prazo da prescrição cível, de modo que este prazo deve começar a correr após o prazo da prescrição para a propositura da ação penal (12 anos, nos termos do art. 109, III, do CP). Neste caso, contudo, caberá à parte provar a prática do crime diante do juízo cível, sob pena de prescrição do direito.

Não há, contudo, disposição similar que suspenda a prescrição cível em decorrência de processo administrativo.

Neste caso, a prescrição começa a contar a partir do conhecimento do dano e de sua autoria, ou da violação do direito, na esteira da jurisprudência do STJ²⁶⁴, fundamento utilizado por Marcelo Rivera dos Santos para defender que o prazo deve ser contado a partir da ciência do ilícito, o que se torna inequívoco com a publicação da decisão condenatória do CADE²⁶⁵.

A nosso ver, a data da publicação da decisão condenatória do CADE *não pode* ser considerada marco inicial da prescrição para todos os casos. É possível a aplicação privada do direito antitruste independente da existência de processo administrativo e o tema de conhecimento da infração é matéria de fato. Neste sentido, a publicação da decisão do CADE poder gerar a presunção de conhecimento do ilícito, não sendo legítimo alegar o conhecimento da infração em data posterior. Por outro lado, nada impede que o infrator prove que o prejudicado tomou conhecimento do ilícito e do dano em momento anterior.

Pode surgir daí uma contradição, pois o prazo prescricional contra o particular, de 3 anos, é menor que o prazo para a administração, de 5 anos, como prevê o art. 46, da Lei 12.529/2011, embora o SBDC seja estruturado para reprimir os ilícitos antitrustes e o agente privado não.

Parece-nos recomendável, assim, alteração legislativa, que pode ser levada a efeito no próprio art. 47, da Lei 12.529/2011, para definir a contagem do prazo prescricional da ação cível diante de infrações administrativas de forma similar ao que ocorre com as infrações penais, vale dizer, 3 anos após a decisão do CADE²⁶⁶.

²⁶⁴ SANTOS, Marcelo Rivera dos. Op. Cit., p. 146.

²⁶⁵ Idem. p. 147.

²⁶⁶ Na França, por exemplo, recente alteração legislativa determinou a suspensão do prazo prescricional das ações cíveis, em decorrência da abertura de processos perante autoridades antitrustes. LENOIR, Noëlle, p. 140. Da mesma forma, o § 33 (5) da Lei contra Restrições da Concorrência alemã Gesetz gegen

Correlações e cessação de conduta

Estas correlações relativas a prova do ilícito e a prescrição do dever de indenizar não se aplicam às ações de cessação de conduta. De fato, a apuração criminal ou administrativa leva naturalmente à cessação da conduta ilícita, de modo que não resta interesse do particular para a ação particular com o mesmo objeto.

Conclusões parciais

Em síntese, a aplicação privada do direito antitruste enquadra-se na regulamentação comum, que rege as relações particulares decorrentes de ilícito. Os elementos da ação privada são o ilícito, o dano (na indenização) e a possibilidade de dano (na cessação de conduta) e o nexo causal.

O sistema privado é relativamente independente dos sistemas penal e administrativo, havendo correlações mais fortes do *enforcement* privado com o *enforcement* público, quando o fato constitui crime, vale dizer, quando se trata de cartel.

4. Requisitos específicos de aplicação privada do direito antitruste: as infrações

As ações concorrenciais privadas também apresentam suas peculiaridades, decorrentes da natureza do ilícito, como ocorre em qualquer área do direito. As pretensões de reparação por dano criminal possuem características próprias, que variam inclusive em razão do crime cometido. De igual forma, há elementos próprios nas obrigações de fazer, não fazer e indenizar, no direito civil, no direito administrativo, no direito trabalhista etc.

Este fenômeno não é essencialmente distinto do direito da concorrência.

Estas peculiaridades devem ser investigadas nos tipos de ilícitos anticoncorrenciais, mas de acordo com os pressupostos de aplicação privada do direito, vale dizer, ilícito, nexo causal e dano.

O ilícito anticoncorrencial

Não há um critério único e inequívoco para se identificar as violações da concorrência. Esta pode ser infringida por condutas a princípio legítimas e por vezes

Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), que expressamente determina a suspensão do prazo prescricional das ações cíveis de reparação de dano pela abertura de processo perante as autoridades antitruste alemã e européia.

opostas, como o aumento de preços ou a redução de preços, a negativa de contratar, o estabelecimento de preço uniforme de venda ou de compra e determinado produto, serviço ou insumo.

A própria concorrência, como valor e como direito (para a economia e para a ciência jurídica) é difícil de ser definida, principalmente se considerarmos que não há um ilícito “natural” de seu oposto, a ausência de competição, o monopólio.

Em geral, a concorrência é representada pela curva de oferta e demanda em um mercado competitivo de um produto ou serviço, em que há muitos ofertantes, muitos compradores e onde o preço e a quantidade produzida não podem ser influenciados por qualquer dos agentes. É o que se chama de concorrência perfeita.

Ocorre que este mercado plenamente competitivo é um ideal, que não existe na realidade. Encontra-se, na realidade, exemplos de concorrências monopolísticas, de oligopólios e de monopólios. Ademais, estes tipos são modelos, formas pelas quais a economia classifica os mercados, a partir de suas características gerais e de seus elementos, que por sua vez são flexíveis e mutáveis.

Constituem violação da concorrência, em termos bastante abstratos, os desvios artificiais em um determinado mercado, que o afasta do modelo ideal da concorrência perfeita.

Para a ciência jurídica, a concorrência é um direito difuso, que pertence ao conjunto da coletividade e que não pode ser dividido. É, ainda, um princípio, que, aliado à livre iniciativa, configura a visão estatal acerca de como deve ser o funcionamento do mercado.

Por ser um princípio, a concorrência não elege um modelo econômico nem determina com exatidão as condutas dos agentes econômicos.

Se a concorrência é, assim, uma noção vaga e imprecisa, como pode ser violada? E mais, se violada, como pode gerar direitos subjetivos, a justificar a aplicação privada, baseada em direitos individuais, do direito que a protege?

Toda a imprecisão do termo, contudo, desaparece diante do funcionamento factual do mercado da aplicação da norma que regula a concorrência. Na prática, a concorrência é determinada pelo conjunto de atos dos agentes econômicos livres, no sentido de produzir e vender bens e serviços com o objetivo de lucro. Quando surge no mercado agentes com poder econômico, que se utilizam deste poder para retirar a liberdade e a possibilidade de competição de outros, surge também, em termos concretos, a violação da concorrência.

O poder econômico pode ser adquirido individualmente, pela maior eficiência do agente econômico (e nisso não há ilegalidade), ou coletivamente, por acordos frequentemente ilícitos, entre concorrentes (acordo horizontal ou cartel) ou entre empresas que desempenham funções distintas no mercado, como produção, distribuição, venda a varejo (acordos verticais). O abuso do poder econômico, este sempre ilícito, também pode ser praticado individual ou conjuntamente.

Tais condutas abusivas são aquelas que, com relação a seus efeitos concretos ou potenciais: retiram do mercado agentes econômicos; dificultam a entrada de novos agentes econômicos no mercado; definem preço de venda superior ao que seria praticado em condições normais de mercado ou reduzem a quantidade a níveis inferiores à demandada pela sociedade, com prejuízo para o consumidor final; condicionam a venda de um produto a aquisição de outro; discriminam preços em proveito da necessidade do adquirente do produto ou serviço etc.

Estas condutas, portanto, são realizadas com certa frequência em detrimento de concorrentes, fornecedores, distribuidores, varejistas e consumidores identificados ou identificáveis, fazendo surgir, assim, a possibilidade de danos individuais e o direito subjetivo (por exemplo, do consumidor que pagou o preço mais elevado, do concorrente alijado do mercado, do fornecedor impedido de atuar em determinada localidade, do distribuidor impedido de adquirir produtos de uma empresa ou um grupo de empresas, do varejista que perdeu o contrato por fixar os preços abaixo do exigido pelo fornecedor) de reaver o que perdera.

Embora o teor do *caput* do art. 36, da Lei 12. 529/2011 seja um tanto vago, como é, em tese, o conceito de concorrência, as condutas previstas no parágrafo terceiro são bastante determinados, e podem configurar ilícitos concorrenciais passíveis de causar lesão a particulares.

A própria lei afirma que as práticas elencadas no § 3º, do art. 36, da Lei Antitruste não são exaustivas, caracterizando infração à ordem econômica outras possíveis condutas, que preencham os requisitos do *caput*. Não obstante, as condutas ali especificamente previstas constituem infração e apresentam a concretude necessária para a violação de direitos individuais e, portanto, a fundamentarem pretensões particulares de aplicação do direito antitruste.

O ilícito e a regra da razão

Na apuração do ilícito também é necessário levar em conta as infrações per se e aquelas regidas pela regra da razão.

Os chamados ilícitos per se, como os cartéis de preço, configuram-se pela simples realização da conduta, independente do poder de mercado dos agentes, da comprovação de acordo ou dos efeitos da conduta.

Outros ilícitos, porém, são regidos pela regra da razão, segundo a qual determinada conduta se se mostrar razoável.

A origem da regra da razão é bastante antiga, e remonta a precedentes britânicos do século XVIII, relativos a dissídios comerciais, no âmbito da *common law*²⁶⁷, fora aplicada nos Estados Unidos mesmo antes do *Sherman Act*, por influência do juiz William Howard Taft, que defendia a legitimidade de restrições ancilares (que não constituíssem o objeto principal do acordo) e razoáveis do comércio²⁶⁸.

Em termos mais concretos, em ilícitos como venda casada, divisão territorial, cláusula de localização, manutenção do preço de revenda e outros, somente serão ilícitos se seus efeitos forem desarrazoados, é dizer, apresentem mais efeitos anticompetitivos que efeitos pró-competitivos, como redução de preço, melhoria da qualidade do produto etc.

As condutas comerciais, contudo, não são somente anticompetitivas ou pró-competitivas. Podem surtir ambos os efeitos. Dessa forma, em certos casos, exige-se que a conduta apresente efeitos anticompetitivos líquidos para serem consideradas ilícitas. Em outros termos, se seus efeitos pró-competitivos superarem seus efeitos anticompetitivos, não serão ilícitas, mesmo que delas decorram perdas econômicas para terceiros.

Nos ilícitos per se, não se apuram efeitos competitivos líquidos. A conduta é presumidamente danosa à concorrência e, portanto, ilegal, independente de seus efeitos concretos.

No caso dos ilícitos regidos pela regra da razão, cabe ao interessado provar também os efeitos anticompetitivos líquidos da conduta, pois, nestes o resultado é da essência do ilícito.

O dano

²⁶⁷ GELLHORN, Ernest, KOVACIC, William E., CALKINS, Stephen. *Antitrust law and economics*. St. Paul, MN: Thompson West, 2004, p. 4-7.

²⁶⁸ *Idem.*, p.9.

O *enforcement* privado da lei antitruste não demanda, contudo, apenas a infração concorrencial. É necessário que dela decorra, e somente dela, decorra prejuízo a terceiro. Necessário, pois, que o ilícito cause (nexo causal) o prejuízo (o dano).

O dano aos indivíduos não é uniforme nas mais variadas condutas anticompetitivas. A conduta que viola a Lei da Concorrência pode, inclusive, não causar qualquer prejuízo aos demais agentes econômicos.

Podemos imaginar, por exemplo, a figura de tentativa de monopólio, mediante prática de preços predatórios. É possível que o agente possua poder de mercado, pratique a conduta predatória por tempo razoável, e que a conduta leve a um surto de consumo adicional, talvez promovido pela publicidade da empresa, mas que não retire parcela de mercado dos concorrentes e que por razões alheias à vontade do agente a conduta cesse antes de atingir o objetivo pretendido (por exemplo, por meio da atuação do CADE).

Para o sistema administrativo de defesa da concorrência, há ilícito, pois a infração não exige a consumação do resultado. Na espécie, o interesse público visa a manutenção de concorrência no futuro, que restaria reduzida caso a tentativa de monopólio se mostrasse exitosa.

De outro lado, não há prejuízo aos consumidores, que adquiriram os produtos a preços mais baixos. Houve, ao contrário, ganho para estes. De forma similar, os concorrentes também não experimentaram prejuízos, pois não perderam parcela de mercado. Não há, assim, qualquer prejuízo a ser recuperado, nem hipótese de aplicação privada do direito antitruste.

Em outra linha de raciocínio, a conduta pode gerar prejuízos a determinados grupos de agentes econômicos, não a outros.

Na prática de cartel em que as empresas de certo mercado se unem, para elevar seus preços, há prejuízo inequívoco para os consumidores, mas somente haverá prejuízos para competidores, se eventual empresa do mercado demonstrar que sofrera boicote pelo cartel ou que fora impedida de entrar no mercado. É possível, contudo, que a prática de preços elevados do cartel eleve as vendas de eventual empresa que não pactua com o ilícito e estimule a entrada de novos concorrentes no mercado. Ademais, o cartel pode ter seus objetivos frustrados e não causar prejuízos a concorrentes (fornecedores, distribuidores e varejistas) se, por exemplo, não for eficazmente conjugado com práticas exclusivas.

Num último, de muitos possíveis exemplos, é clara a discrepância de danos na obtenção ilícita de exclusividade de patentes. A empresa que deixou de obter a patente

sofre evidentes prejuízos, embora sua quantificação seja difícil. Por não adquirir o direito de exploração, não pode auferir os possíveis lucros daí decorrentes, todos eles direcionados ao agente que adquiriu a exclusividade por meios indevidos. Os consumidores, porém, somente sofrerão prejuízos se a empresa patenteada reduzir a quantidade ofertada ou praticar preços excessivos. Se esta oferecer a quantidade de produtos demandada pelo mercado e praticar preços “concorrenciais” não haverá dano a ser compensado pelo *enforcement* privado da lei antitruste.

Não há, assim, uma uniformidade de dano decorrente de ilícitos concorrenciais em todas as condutas, a ser mensurados ou simplesmente arbitrados pelo juiz.

De outro turno, como observamos linhas acima, os ilícitos antitruste se assemelham a outros ilícitos regidos pelo direito empresarial, pelo direito do consumidor, pelo direito do sistema financeiro e pelo direito penal comum. Caso a conduta causadora do dano não seja praticada com abuso do poder econômico, pode haver persecução privada de reparação de dano, mas com fundamento em outras normas jurídicas, não da lei da concorrência.

Nexo causal

Por fim, em linhas de princípio, não há diferença entre o nexo causal nos ilícitos de que cuidamos e o dano sofrido, em relação a qualquer outro ramo do direito.

Cabe ao interessado provar que o dano decorreu do ilícito anticoncorrencial.

Há uma peculiaridade, contudo. O nexo causal entre a conduta e o dano deve levar em conta todos os efeitos da conduta no mercado.

Como observamos, certos ilícitos antitruste são regidos pela regra da razão, significando que a conduta somente será ilegal, com vistas no direito difuso da concorrência, se seus efeitos anticompetitivos superarem seus efeitos pró-competitivos.

Se a conduta apresentar efeitos pró e anti competitivos, ela irá prejudicar certos agentes econômicos (concorrentes ou distribuidores, por exemplo), atingidos pelos efeitos anticompetitivos e beneficiar outros agentes (especialmente os consumidores).

Haverá, assim, prejuízo ao concorrente, causado pela conduta. Mas este prejuízo for superado pelo benefício proporcionados aos consumidores pela mesma conduta, não haverá ilícito e o interessado não poderá invocar nexo causal entre a conduta e seus efeitos negativos, para aplicar a legislação antitruste.

Neste caso, considera-se que o prejuízo decorreu de atitude normal do mercado, não havendo que se falar em indenização por ato ilícito.

Condutas

A título exemplificativo, podemos complementar o texto com a análise de algumas condutas específicas em tese e as medidas de *enforcement* privado que podem ensejar, sem pretensão de esgotar a matéria.

A mais típica das condutas é a prática de *cartel*. “As avenças entre empresas concorrentes (que atuam, pois, no mesmo mercado relevante geográfico e material) e que visam a neutralizar a concorrência existente entre elas são denominados cartéis”²⁶⁹. A prática é ilícita *per se*, independente de seus efeitos líquidos.

Por meio deste acordo, as empresas concorrentes decidem reduzir a quantidade produzida e elevar os preços de seus produtos. Neste caso, o consumidor é sempre lesado, podendo individual ou coletivamente, por si ou por entidade representativa, buscar a cessação da conduta e a reparação do dano, bastando a prova da conduta e sua ilicitude (*per se*) e a quantificação do dano.

A empresa distribuidora ou varejista também que adquire produtos de membros do cartel também pode ser legitimada, tanto pela redução da quantidade que pode adquirir, se prejudicar seus negócios, quanto pelo preço mais alto pago pelo produto. Quanto ao preço, é claro, distribuidor e varejista terão direito à indenização por dano se arcarem com o aumento do custo do produto, se não o repassaram a terceiro, especialmente o consumidor final.

O eventual dissidente do cartel, em regra, não sofre prejuízos, pois tende a vender mais em virtude do preço mais baixo face o praticado pelo cartel ou suprir a demanda aberta pela redução da produção do cartel. Não obstante, pode sofrer prejuízos se a prática do cartel for cumulada com outras condutas, tais quais a recusa de contratar.

Em outro exemplo, o cartel pode dividir o mercado em termos geográficos, entre as empresas participantes do acordo, de modo a reduzir custos logísticos, fazendo com que as de fora do cartel fiquem em desvantagem em termos de custos em todas as áreas. Os agentes não cartelizados podem obter a reparação, desde que provem a conduta ilícita e o dano sofrido.

A *recusa de contratar*, atividade em princípio lícita, pode apresentar diversas facetas de ilegalidade, se pretender excluir concorrentes ou reduzir a concorrência, autorizando a aplicação privada do direito antitruste. Nos termos do art. 36, § 3º, inciso

²⁶⁹ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 338.

XI é ilícito “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais”. Por sua vez, o art. 36, § 3º, inciso V, prevê a ilicitude da conduta de “impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição”, conhecida na literatura como *essential facility doctrine*.

A empresa ou o cartel, em função de seu poder de mercado (individual ou coletivo), pode se negar a contratar com o concorrente, seja para atingir o monopólio, seja para punir o dissidente do conluio. A negativa pode constituir na limitação da rede de distribuição, de revenda e de fornecimento do concorrente, causando-lhe prejuízos passíveis de recuperação pelo *enforcement* privado.

Há diversas hipóteses de recusa de contratar que afetam a concorrência, algumas legítimas outras ilegítimas.

No *enforcement* privado da lei antitruste baseada nesta conduta, deve o interessado provar a ilicitude e eventualmente os efeitos econômicos líquidos da conduta. Combinada com o cartel, esta prova (dos efeitos negativos líquidos) é dispensável. Se a negativa de contratar for praticada por agente sem poder de mercado ou por não concorrentes ou, ainda, tiver como finalidade combater *free rider*, os efeitos anticoncorrenciais líquidos da conduta também devem ser provados.

A *venda casada*, que recebe tratamento expresse no inciso XVIII, do art. 36, § 3º, da Lei 12.529/2011, é ilícito em que há uma mercadoria que o comprador deseja adquirir (produto vinculante), mas a venda é condicionada à aquisição de um segundo produto (produto vinculado).

Hovenkamp leciona que os requisitos para a conduta são a existência de dois produtos, poder econômico suficiente e volume substancial de comércio. Menciona, também, que outros elementos são considerados, como o efeito anticompetitivo da medida e a coerção²⁷⁰.

Embora os motivos e a eficácia econômica da medida sejam controversas²⁷¹, o prejuízo para a vítima é evidente. Obrigado a adquirir o produto que não consegue revender ou perdendo margem de lucro pela aquisição do produto indesejado, o dano está caracterizado. Caberá ao interessado provar, contudo, a conduta e sua ilicitude, bem como os efeitos anticoncorrenciais líquidos da medida.

Para o consumidor final, a prática é regida pelo art. 39, I, da Lei 8.078/1990.

²⁷⁰ HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. Saint Paul, MN: Thomson West, 2005, p. 185-6.

²⁷¹ *Idem*, p. 191-2.

Outra conduta que afeta a concorrência é a *manutenção de preço de revenda*, prevista no inciso IX, § 3º, do art. 36, da Lei 12.529/2011.

Manutenção do preço de revenda (*resale price maintenance - RPM*) “é o controle do fornecedor acerca do preço pelo qual a mercadoria é revendida pelo distribuidor ou varejista. Alguns acordos são muito mais explícitos que outros. Num extremo, o acordo pode envolver um contrato escrito incluindo cláusula pela qual o negociante, parte do contrato, deve revender a mercadoria do fornecedor a um preço especificado. No outro extremo, o acordo pode envolver coerções sutis impostas pelo fornecedor aos distribuidores ou varejistas”²⁷².

O ilícito de manutenção de preço de revenda *se caracteriza* pela definição do preço abaixo do qual o distribuidor ou varejista não pode vender o produto, por meio de divulgação de tabela de preços obrigatórios, vedação de desconto, fórmulas de apuração do preço etc e *se aperfeiçoa* com a negativa de contratar com a empresa que não obedece às regras de preço estipuladas.

Na conduta, o consumidor pode sofrer prejuízo se dela resultar prática de preços acima mercado e o distribuidor ou varejista pela negativa de contratar, por não obedecer a regra de preço.

Outra prática que enseja intenso *enforcement* privado nos Estados Unidos é conhecida como discriminação de preço, regido pelo *Robinson Patman Act*. Mais precisamente, a prática, denominada diferenciação de preço,

Segundo Hovenkamp, são duas as linhas de violação na diferença de preços: o preço predatório e o tratamento igualitário de concorrentes²⁷³.

Na linha do preço predatório, a norma procura impedir que o monopolista em uma região abuse desta posição com o intuito de praticar preços baixos em outras regiões onde não é monopolista.

A especificidade da conduta em relação às práticas predatórias em geral está na utilização do lucro obtido em uma área para suportar os preços mais baixos em outra localidade.

Na segunda linha de violação, o fornecedor vende a mesma mercadoria a dois distribuidores ou varejistas concorrentes a preços diferentes, de modo que um se coloque em posição mais favorável que o outro no mercado.

²⁷² Idem, p. 215.

²⁷³ Idem, p. 311-2.

Basta para caracterizar a infração a prática de preços diferentes para dois ou mais concorrentes. Para afastar a infração, o acusado pode justificar a diferença de preços em função de custos ou provar que a venda a valores mais baixos visou “bater” o preço da concorrência.

A conduta, prevista no inciso X, § 3º, do art. 36, da Lei 12.529/2001, pode gerar prejuízos a consumidores e especialmente a pequenos concorrentes. Na aplicação privada da lei, cabe ao interessado provar a conduta ilícita e o dano sofrido, bem como a existência de prejuízos líquidos para a concorrência (regra da razão).

5. Conclusões

Neste artigo não procuramos analisar a eficácia do *enforcement* privado da lei da antitruste, com vistas à proteção do direito difuso da concorrência, mas apresentar elementos técnicos que devem estar presentes na aplicação desta lei pelo particular lesado.

Cuidamos, assim, dos sistemas público, penal e privado de aplicação do direito antitruste, das normas gerais de aplicação privada do direito antitruste e dos requisitos específicos de aplicação privada deste direito.

A aplicação privada do direito antitruste no Brasil não se diferencia, em essência, da ação de reparação de dano e das obrigações de fazer e não fazer, regidas pelo direito comum.

O sistema privado do direito da concorrência é autônomo em relação às demais instâncias, autonomia que se relativiza principalmente na hipótese de crime contra a ordem econômica, vale dizer, no caso de prática de cartéis.

Dessa forma, tanto a ação de indenização, para reparar o dano causado pela conduta anticoncorrencial, quanto a ação de cessação da conduta, apresentam os elementos básicos das ações privadas em geral: o ilícito, o dano (efetivo, nas ações indenizatórias, ou potencial, nas ações de cessação de conduta) e o nexo causal.

Há, por certo, particularidades no *enforcement* privado da lei antitruste, o que ocorre na aplicação de qualquer norma específica que discipline ilícitos particulares.

Estas particularidades geram dificuldades, limitam as partes legitimadas à aplicação da lei e, em certos casos, impedem qualquer pretensão privada pela prática de ilícitos concorrenciais.

Contudo, também indicam os caminhos que o particular lesado deve seguir, para cessar condutas anticoncorrenciais ou para obter indenização pelo dano por elas causados,

tanto para a realização da justiça no plano individual, quanto para contribuir na defesa do direito difuso da concorrência.

6. Referências Bibliográficas

CARVALHO, Vinícius Marques de et al. *Defesa da concorrência: estudos e votos*. São Paulo: Singular, 2015.

CLARKE, Mark, BURROWS, Euan. Chapter 2 European Private Enforcement: the defendant's perspective. PP 14-28, p. 21-22 In: GOTTS, Ilene Knable. *The Private Competition Enforcement Review*. London: Law Business Research Ltd, 2013.

CRANE, Daniel A. Optimizing Private Antitrust Enforcement. *University of Michigan Public Law Working Paper N° 164*, September 17, 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1474956>. Acesso em 29/12/2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. *RCD*. Vol. 1. no 3, novembro de 2013,. PP. 11-31. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/75>. Acesso em 29/12/2015.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GELLHORN, Ernest, KOVACIC, William E., CALKINS, Stephen. *Antitrust law and economics*. St. Paul, MN: Thomson West, 2004.

HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. Saint Paul, MN: Thomson West, 2005

LANDE, Robert H. DAVIS, Joshua P.. Benefits from private antitrust enforcement: an analysis of forty cases. *University of San Francisco Law Research*, Vol 42, 2008. PP. 979-918. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1090661>. Acesso em 29/12/2015.

LENOIR, Noëlle, PLANKENSTEINER, Marco, TRUFFIER, Mélanie. France: Private Antitrust Litigation. *The European Antitrust Review 2016*. Global Competition Review, 2016, PP. 137-143. Disponível em: <http://globalcompetitionreview.com/reviews/72/sections/248/chapters/2919/france-private-antitrust-litigation/>. Acesso em 03/08/2016.

McAFEE, R. Preston, MIALON, Hugo M., MIALON, Sue H. Private v. Public Antitrust Enforcement: a strategic analysis. *Emory Law and Economics Research Paper N°*. 05-20, 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=775245>. Acesso em 29/12/2015.

MAGALHAES, Carlos Francisco de, DIAS, Gabriel Nogueira, DEL DEBBIO, Cristiano Rodrigo. Chapter 5 Brazil. PP 51-63 In: GOTTS, Ilene Knable. *The Private Competition Enforcement Review*. London: Law Business Research Ltd, 2013.

MAKATSCH, Tilman. The relationship between public and private antitrust enforcement – Germany. *OECD*. May, 2015. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3%282015%2916&doclanguage=en>. Acesso em 27/12/2015.

OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee on Cooperation and Enforcement. Working Party No. 3. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Brazil. 15 June 2015, p. 3. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En). Acesso em 02/08/2016.

SANTOS, Marcelo Rivera dos. A ação privada de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial: do termo inicial da prescrição. *RCD*. Vol. 3. no 1, Maio 2015,. PP. 133-160. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/147/96>. Acesso em 29/12/2015.

SEGAL, Ilya R. WHINSTON, Michael D.. Public vs. private enforcement of antitrust law: a survey. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper N^o. 335*, December 15, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=952067>. Acesso em 27/12/2015.

WILS, P. J. Wouter. Should private antitrust enforcement be encourage in Europe? *World Competition Law and Economics Review*, Vol. 26, Issue 3, September 2003, PP. 473-488. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1540006>. Acesso em 27/12/2015.