

Vol. 6

Nº 1

2018- Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

O combate aos cartéis por meio da responsabilização civil e o desafio da quantificação dos danos

Thales de Melo e Lemos⁶⁸

Resumo: Este estudo analisa a quantificação dos danos causados por cartéis, etapa necessária para a reparação civil dos prejuízos sofridos, mas que representa uma relevante barreira para os interessados. Inicialmente, se apresenta um panorama atual do combate aos cartéis no Brasil e a importância da responsabilidade civil como medida dissuasória. Na sequência, se busca demonstrar quais são os principais danos causados por este tipo de infração contra a ordem econômica. Por fim, são analisados os principais métodos de quantificação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, bem como a questão do repasse de sobrepreços à cadeia produtiva. Verifica-se a importância de serem utilizados métodos confiáveis, embasados e previsíveis, de forma a aumentar os índices de sucesso deste tipo de demanda. Para concluir, são apresentadas possíveis contribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE visando ao fortalecimento deste instituto.

Palavras chaves: Responsabilidade Civil; Reparação Civil; Concorrência; Cartel; danos patrimoniais; danos morais; quantificação de danos; Pass-on defense; CADE.

Abstract: This study analyzes the quantification of damages caused by cartels, a necessary step for the private reparation of damages, but which represents a relevant barrier to claimants. Initially, the study presents a current panorama of the fight against cartels in Brazil and the importance of private damage claims as a deterrent measure. After, it aims to investigate the main damages caused by this illegal conduct. Finally, the study analyzes methods for quantifying material and moral damages, as well as the pass-on of overcharges to the production chain. The study verifies that it is important to use trustworthy, reasonable and predictable methods in order to raise the chances of success of those demands. To conclude, the study presents possible contributions of the Administrative Counsel for Economic Defense – CADE aiming at strengthening this institute.

Keywords: Civil liability; Private antitrust damages; Damage claims; Competition; Cartel; material damages; moral damages; quantification of damages; Pass-on defense; CADE.

⁶⁸ Graduado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB e advogado na área de Direito Concorrencial do Cescon, Barriou, Flesch & Barreto Advogados. Participou de curso de extensão em Direito da Concorrência ofertado pela UnB em 2014. Participou de intercâmbio acadêmico na Universidade do Porto, Portugal, em 2016. Membro da Comissão de Defesa da Concorrência da OAB/DF e do IBRAC.

INTRODUÇÃO

A defesa da concorrência no Brasil evoluiu vertiginosamente nas últimas duas décadas. Desde a edição da Lei nº 8.884/1994, cresceu e se consolidou a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que passou a interferir ativamente nas fusões e aquisições realizadas no Brasil, bem como na repressão às condutas anticoncorrenciais, dentre as quais o principal exemplo é o cartel. Um marco desta evolução foi a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, que reformulou todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, garantindo maior celeridade na análise das operações econômicas e permitindo o foco no chamado “controle de condutas”, aquele que visa a coibir as infrações contra a ordem econômica.

Seguindo esta evolução, a reparação civil dos danos causados por cartéis é tema que gera muito interesse para a sociedade e para as autoridades que têm como objetivo a defesa da concorrência. Por meio deste instituto, os particulares afetados pelo cartel, assim como entidades legitimadas para a defesa coletiva, buscam a condenação dos infratores também no âmbito privado. Desta forma, soma-se à persecução pública mais uma forma de dissuasão: o chamado “*private enforcement*”.

No entanto, a reparação civil concorrencial ainda é considerada incipiente no Brasil, estando sujeita a diversos obstáculos legais e processuais, dentre os quais podem ser citados o exíguo prazo prescricional, a dificuldade de obtenção de provas e a ausência de incentivos para a propositura de ações desta natureza.⁶⁹

Tendo isto em mente, o presente estudo analisa uma das principais barreiras enfrentadas pelos interessados neste tipo de demanda: a correta identificação e a quantificação dos danos sofridos.

No Brasil, a quantificação dos danos causados por cartéis é tema que se insere na demanda desde o início, considerando algumas disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil, que são destacadas adiante. Por este motivo, o autor deste tipo de demanda deve ser capaz de, pelo menos, identificar corretamente seus prejuízos, apontando sua origem.

Em relação à etapa de quantificação, doutrina e estudos econômicos apontam variados métodos que podem ser utilizados para tanto. Cabe às partes e aos julgadores analisar as particularidades de cada caso – como o tipo de conduta e os mercados afetados – e as informações disponíveis, visando a obter resultados confiáveis e que atinjam os necessários

⁶⁹ GABAN, Molan Eduardo. **Direito antitruste / Eduardo Molan Gaban, Juliana Oliveira Domingues**. 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 282.

parâmetros legais. Conceitos peculiares devem ser considerados nesta tarefa, tais como o repasse de sobrepreços na cadeia produtiva (conhecido como “*pass-on effect*”) e os lucros cessantes.

A escolha por lidar com este aspecto específico da responsabilização civil está também ligada à possibilidade de que o CADE, como autoridade experiente e que busca uma posição de liderança e inovação no cenário antitruste mundial, contribua com a consolidação do instituto da reparação civil por meio da atuação em diversas frentes. Sendo assim, também é feita uma referência, ao final do trabalho, às possíveis contribuições do CADE.

Antes de iniciar, vale também destacar que a teoria da responsabilidade civil como um todo se encontra em amplo processo de transformação, podendo-se mencionar o afastamento da ideia de culpa, a ampliação dos danos indenizáveis, o debate sobre o papel punitivo da indenização, dentre outros. O professor Louis Josserand, ainda em 1941, já destacava: “*a responsabilidade não se realiza só mais frequentemente que outrora, mas também se realiza de outros modos; apresenta-se com múltiplas faces, desconhecidas da sociedade romana, desconhecidas mesmo – algumas dentre elas, pelo menos – de nossos avós*”.⁷⁰

Assim, a responsabilização civil por cartel se apresenta como tema interessante, peculiar e atual, sendo que não se busca aqui apresentar respostas prontas, mas sim incentivar as discussões e contribuir para a evolução do instituto.

I. PANORAMA DO COMBATE AOS CARTÉIS NO BRASIL

Cartéis são acordos entre concorrentes, sejam eles tácitos ou explícitos, para fixar preços, restringir ou controlar a oferta, dividir mercados e clientes e fraudar licitações. A intenção dos membros do conluio, em regra, é elevar suas margens de lucros para patamares semelhantes aos que obteriam em um cenário de monopólio. Em consequência, geram significativos prejuízos aos consumidores e à sociedade, tornando produtos e serviços mais caros ou escassos, diminuindo a inovação e retirando as empresas mais eficientes do mercado.⁷¹

Algumas características estruturais de mercado facilitam a formação de cartel, ao conferirem maior estabilidade ao acordo. Podem ser citados, por exemplo, a elevada concentração, a existência de barreiras à entrada, a homogeneidade de produtos e a simetria

⁷⁰ JOSSERAND, Louis. **Evolução da Responsabilidade Civil**. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1941.

⁷¹ Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Combate a cartéis e programa de leniência**. 3ª ed., 2009.

de custos entre concorrentes.⁷²

Descrever o atual cenário do combate aos cartéis no Brasil é necessário para contextualizar o avanço das ações de reparação civil por danos concorrenciais.

Desde 2003, o Brasil estabelece o combate a esta conduta como uma prioridade,⁷³ foco que não é injustificado. Como reconhecido pelo CADE, o cartel é considerado a mais grave lesão à concorrência.⁷⁴ De fato, em 2002, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE estimou que os cartéis geram um aumento de 10 a 20% em relação aos preços em um mercado competitivo, causando danos anuais na casa dos milhões.⁷⁵

Na esfera administrativa, a Lei nº 12.529/2011, conhecida como “Lei de Defesa da Concorrência”, prevê para os infratores multas e também penalidades não-pecuniárias, tais como a proibição de contratar com a administração pública, a publicação da decisão condenatória em jornal, a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, a proibição de exercer o comércio em nome próprio e até mesmo a cisão de sociedade.⁷⁶

A Lei de Defesa da Concorrência teve um papel importante no aumento da repressão administrativa aos cartéis.⁷⁷ Dados do CADE indicam um aumento relevante no número de julgamentos e de condenações de condutas anticompetitivas nos últimos anos. A título de comparação, enquanto em 2010, 2011 e 2012 foram julgados 48 processos administrativos, com apenas 7 condenações, de 2013 a 2017 houve 181 julgamentos, com 118 condenações – portanto, um crescimento percentual no número de condenações de 14,58% para 65,19%.⁷⁸ Desde o ano 2000, o CADE já aplicou multas que totalizaram mais de R\$ 7,3 bilhões, mas cerca de 60% deste valor (R\$ 4,3 bilhões) diz respeito a multas aplicadas após a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011.⁷⁹

⁷² CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 30-34.

⁷³ Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Combate a cartéis na revenda de combustíveis**. 1ª ed., 2009.

⁷⁴ A jurisprudência do CADE é uníssona neste sentido. Como exemplo, voto do Conselheiro Alessandro Octaviani no Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, proferido em 23/01/2014.

⁷⁵ OECD. **Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws**. 2002.

⁷⁶ Artigos 37 e 38 da Lei nº 12.529/2011.

⁷⁷ O novo diploma foi responsável por diminuir a sobrecarga que o Tribunal do CADE enfrentava com a análise de Atos de Concentração simples, permitindo maior enfoque no julgamento de Processos Administrativos.

⁷⁸ Conforme dados do CADE, disponibilizados no **Balanco de 2016** e no **Balanco de 2017**. Disponíveis em <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes>

⁷⁹ DONAS, Frederico. NETO, Lauro Celidonio. MACHADO, Michelle. **Cinco anos de persecução de cartéis sob a nova Lei de Defesa da Concorrência: como mudanças na regulação concorrencial balancearam a matriz de decisões a favor de soluções cooperativas**. Em: 5 anos da Lei de Defesa da Concorrência: Gênese,

A prática de cartel também é considerada crime pela Lei nº 8.137/1990, que prevê penas de dois a cinco anos de reclusão e multa para o indivíduo que participar no acordo. A Lei nº 8.666/1993, por sua vez, prevê pena de detenção, de dois a quatro anos, e multa, aos que frustrarem ou fraudarem, mediante ajuste, o caráter competitivo de licitações.

Na esfera criminal também se verificaram avanços significativos nos últimos anos, principalmente em decorrência da atuação mais efetiva do Ministério Público e da Polícia Federal, que criaram unidades especializadas e celebraram acordos de cooperação com o CADE.⁸⁰ Em decorrência disso, também cresceu o número de ações penais desta natureza.⁸¹

Contudo, como se percebe, as ações administrativas e penais não têm o condão de ressarcir os particulares pelos danos sofridos com o cartel, por exemplo, devido à aquisição de produtos com sobrepreço ou mediante piores condições de pagamento.

Neste sentido, o CADE, conforme já ressaltou muitas vezes em seus julgamentos, não tem interesse nas lides de repercussão meramente privada, uma vez que as condutas por ele analisadas devem ter tido impactos na sociedade e afetado direitos coletivos.⁸² A doutrina também reforça que o objeto principal de proteção das normas de direito da concorrência é a própria concorrência, e não os concorrentes.⁸³ Tanto é assim, que o CADE, em sua atuação repressiva, leva em consideração os efeitos potenciais no mercado e, usualmente, não se preocupa de forma demasiada com a mensuração e quantificação dos danos causados.

A reparação aos prejudicados também não ocorre na seara criminal, onde se pode punir apenas as pessoas físicas envolvidas. Fica claro, portanto, que a busca por compensação deve ser endereçada diretamente, por meio de ações privadas, sejam elas capitaneadas por particulares ou por entidades legitimadas para defesa coletiva.

Importante mencionar que, no Brasil, as vítimas têm o direito de ir ao judiciário

Jurisprudência e Desafios para o Futuro. Coordenação: Eduardo Caminati Anders, Guilherme Favaro Corvo Ribas, Mariana Villela, Pedro Paulo Salles Cristofaro, Vicente Bagnoli. IBRAC, 2017.

⁸⁰ MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares. **Anti-cartel Enforcement in Brazil: Status Quo & Trends**. Em: *Overview of competition Law in Brazil*. São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015. p. 266.

⁸¹ CASELTA, *Op. Cit.* p. 19.

⁸² Conforme Ofício nº 1037/2017/CADE: “*percebe-se que os fatos trazidos ao conhecimento deste CADE estão relacionados a relações privadas entre partes, o que significa que, embora as ações praticadas pelo CONTER e CRTRs possam ter impactado sobre a atividade econômica das empresas associadas à representante e, possivelmente, a saúde financeira de tais empresas, tal fato não constitui, per se, uma infração da ordem econômica, visto não ter o poder de causar impacto concorrencial no mercado*” (Procedimento Preparatório nº 08700.001196/2017-21). Também neste sentido: Procedimento Preparatório nº 08700.009152/2015-87; Processo Administrativo nº 08000.025401/1995-18; Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17.

⁸³ “*O direito concorrencial, em sua concepção institucional, não impõe um resultado, ou efeito econômico, mas garante que o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma legal e que a concorrência efetivamente exista, não sendo substituída por relações de poder, típicas dos mercados livres [...]. A garantia de efetiva concorrência (e não de mercado) é, portanto, o valor central do direito concorrencial*”. SALOMÃO, Calixto. **Direito Concorrencial – As Conduas**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 48-49.

mesmo se o CADE decidir que uma violação não ocorreu, uma vez que não estão sujeitas ao seu julgamento e os juízes podem ter outra visão em relação à conduta.⁸⁴ Apesar disso, deve ser reconhecido que a decisão do CADE terá peso considerável, sendo a autoridade mais especializada no país para julgar infrações contra a ordem econômica.⁸⁵ De fato, conforme cresce a experiência do Conselho, há uma tendência cada vez maior de confirmação das suas decisões na justiça.⁸⁶

I.1. A responsabilização civil pela prática de cartel

A Constituição Federal do Brasil estabelece, em seu artigo 5º, XXXV, a garantia fundamental de que qualquer lesão ou ameaça a direito poderá ser levada ao judiciário. Já o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 realiza a ligação entre a responsabilidade civil e princípios próprios do Direito da Concorrência,⁸⁷ ao estabelecer que os prejudicados por infrações contra a ordem econômica poderão ingressar em juízo para obter tanto a cessação das práticas anticoncorrenciais quanto o ressarcimento por perdas e danos, independentemente de inquérito ou processo administrativo no CADE.

Não obstante, na ausência de maiores previsões na legislação antitruste, é necessário valer-se do Código Civil brasileiro, que estabelece os fundamentos da responsabilidade civil, incluindo requisitos para sua configuração, prazos prescricionais e bases da indenização.

Dito isso, e em regra, a responsabilidade civil no Brasil decorre de quatro fatores: (i) cometimento de ato ilícito; (ii) existência de culpa ou dolo; (iii) dano causado a outrem; e (iv) nexos causal entre o ato ilícito e o dano, conforme os artigos 186 e 927 do Código Civil.⁸⁸ Apesar de existirem questões peculiares ligadas a todos estes requisitos, no que se refere à reparação civil por cartel, este trabalho discute especificamente apenas o dano.

Em relação à legitimidade para propositura de ações, o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 estabelece que poderão figurar no polo ativo tanto os prejudicados pela conduta

⁸⁴ Esta interpretação decorre do próprio texto da Constituição Federal, quando determina que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).

⁸⁵ MAGALHÃES, Carlos Francisco de; DIAS, Gabriel Nogueira; DEL DEBBIO, Cristiano Rodrigo; NEGRÃO, Francisco Nicolás. **Private Antitrust Damages**. Em: *Overview of Competition Law in Brazil* / São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015, capítulo XVI, p. 397.

⁸⁶ Dados do CADE indicam uma média de êxito da autarquia no judiciário de 70%. Em 2016 foram propostas 143 ações contra o CADE. (CADE. **Balanco de 2016**. *Op. cit.*).

⁸⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira**. RDC, Vol. 1, nº 2, novembro 2013, pp. 11-31.

⁸⁸ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

quanto as entidades legitimadas no artigo 82 do Código do Consumidor,⁸⁹ ou seja: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, entidades e órgãos da Administração Pública especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos dos consumidores, bem como associações legalmente constituídas há mais de um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa do consumidor.

Cabe ressaltar que a Lei de Defesa da Concorrência não faz distinção entre os prejudicados diretamente e os prejudicados indiretamente pelo cartel. Desta forma, entendem-se como legitimados tanto os primeiros a adquirirem os produtos ou serviços com preços artificialmente elevados, quanto os consumidores do restante da cadeia que tenham comprovadamente absorvido o sobrepreço.⁹⁰ Como se demonstrará adiante, isto tem impactos relevantes na quantificação dos danos.

No polo passivo da ação devem constar aqueles que estão obrigados a reparar. Neste sentido, Bruno Maggi defende que todos os membros do cartel devem ser considerados solidários pelo pagamento da indenização, sem prejuízo de posterior ação de regresso, o que decorreria da própria natureza do cartel,⁹¹ como infração coletiva.

De fato, o artigo 942 do Código Civil determina que “*se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação*”. E mais: existe jurisprudência no sentido de que há coparticipação quando “*as condutas de duas ou mais pessoas concorrem efetivamente para o evento, gerando responsabilidade solidária. Cada um dos coagentes que concorre adequadamente para o evento é considerado pessoalmente causador do dano e obrigado a indenizar*”.⁹²

Para fins de comparação, tanto a legislação norte-americana⁹³ quanto a Diretiva da União Europeia para tratar da reparação de danos causados por infrações concorrenciais⁹⁴ preveem responsabilidade solidária para os participantes do cartel. A hipótese de ter que pagar a integralidade dos danos é, inclusive, considerada um forte fator dissuasório, que tende a motivar a busca por acordos.⁹⁵

⁸⁹ Lei nº 8.078/1990.

⁹⁰ GIANNINNI, Adriana Franco, ...et al. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Coordenadores: Eduardo Caminati Anders, Vicente Bagnoli, Leopoldo Pagotto. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 189.

⁹¹ MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil**. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2010. p. 186.

⁹² (RF 378/314) em NEGRÃO, Theotonio [et al]. **Código Civil e Legislação em Vigor**. 2016.

⁹³ OECD. **Relationship between public and private antitrust enforcement – United States**. DAF/COMP/WPR3/WD. 2015.

⁹⁴ Artigo 11 da Diretiva 2014/104/UE.

⁹⁵ Nos Estados Unidos, a maioria das ações de reparação civil concorrenciais são resolvidas por meio de acordos, o que ocorreu inclusive em grandes casos de cartel envolvendo os mercados de vitaminas, transporte aéreo de

É muito importante, no entanto, que a decisão busque individualizar corretamente os danos causados por cada integrante do cartel, de modo a não sobrepunir ou subpunir alguns dos *players* de um determinado mercado, e de forma a permitir as ações de regresso por parte dos demais infratores. Sendo assim, não basta a mera requisição de condenação solidária sem a correta identificação da origem dos danos sofridos e sua quantificação.

1.2. A importância da responsabilidade civil como medida dissuasória

A responsabilidade civil tem duas funções principais: a primeira delas é a de ressarcir os prejudicados pelos danos sofridos; a segunda é a de prevenir o cometimento de novos ilícitos da mesma natureza, ao criar um risco para os infratores de terem que pagar indenização.

Neste sentido, é amplamente reconhecido o potencial das ações de reparação civil por danos causados por cartéis para reforçar a legislação de defesa da concorrência, conforme se percebe no Relatório da OCDE acerca do tema.⁹⁶ Em outras palavras, aqueles que resolvem participar de um cartel passam a temer não apenas multas impostas pelo CADE, e a possibilidade de prisão para as pessoas físicas envolvidas, como também eventual decisão judicial que os condene a ressarcir o dano causado, potencialmente retirando qualquer expectativa de garantir lucro obtido ilicitamente.

No entanto, e apesar de sua importância, verifica-se que as ações de reparação de danos concorrenciais ainda são subutilizadas no Brasil, sendo que pouquíssimos cartéis condenados pelo CADE enfrentaram este tipo de ação até o momento, conforme estudo realizado pelo IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional.⁹⁷

cargas, compressores, mangueiras marítimas e chips de memória. Neste sentido, ver: GABBAY, Daniela Monteiro. PASTORE, Ricardo Ferreira. **Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 43, 2014. p. 11.

⁹⁶ “Throughout the four roundtables, it was widely acknowledged that private antitrust enforcement can be an important complement to public enforcement that can improve the effectiveness of a competition regime. Participants pointed out that private enforcement could strengthen deterrence and compliance, for example by increasing the likelihood that anticompetitive conduct will be detected and will not be profitable. Private enforcement also can contribute to the development of better competition culture and greater awareness of competition laws. In addition, by ensuring that victims of anti-competitive conduct receive compensation, private enforcement can connect competition laws with consumers, a goal which has become a priority for many competition authorities. (OECD (2011), “**Private remedies**”, OECD Journal: Competition Law and Policy, Vol. 11/2. <http://dx.doi.org/10.1787/clp-11-5kg9qgf34z5l>).

⁹⁷ Neste sentido, ver: PEIXOTO, Bruno Lanna. SILVA, Ludmilla Martins. **Alterações legislativas necessárias e o futuro das ações reparatórias por danos concorrenciais no Brasil**. Em: A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrenciais / Bruno de Luca

Cabe destacar que se um cartel é condenado apenas com as multas aplicadas pelo CADE, esta punição tende a não cumprir integralmente com as suas funções preventiva e retributiva, quais sejam: diminuir a reiteração das infrações e garantir que a multa será maior que o lucro obtido. Dentre os motivos para tanto, está o fato de que o cálculo da vantagem auferida é extremamente complicado,⁹⁸ sendo difícil ou até mesmo impossível garantir que o infrator não será capaz de reter parte do seu lucro obtido ilegalmente.⁹⁹

Neste sentido, Daniel Caselta aponta que a responsabilidade civil reforça os mecanismos de prevenção de cartéis pelas seguintes razões: (i) as demandas aumentam a probabilidade de detecção de cartéis, ao incentivarem as denúncias e os ingressos em juízo por parte dos próprios prejudicados; (ii) as demandas podem contribuir com a obtenção de provas e elaboração de estudos econômicos utilizáveis pelas autoridades, o que, em última instância, reduz o dispêndio de recursos pelas últimas e permite aumentar o número de investigações de cartéis e outras práticas anticompetitivas; e (iii) as demandas aumentam as sanções, que se somam às administrativas e criminais.¹⁰⁰ De modo geral, aumenta-se a probabilidade de detecção e se reduz a expectativa de que o lucro supere as penalidades.

Alguns autores também defendem que, sob a perspectiva da dissuasão, se as multas e indenizações somarem apenas um valor igual aos danos causados, as empresas continuariam tendo incentivos para cometer as infrações. Neste sentido, seria necessário aplicar indenizações punitivas ou múltiplas.¹⁰¹ No Brasil, a matéria é controversa e é alvo de resistência por parte da doutrina.¹⁰² Isto se deve, principalmente, ao fato de a responsabilidade

Drago, Bruno Lanna Peixoto (coord.). São Paulo: Singular, 2018.

⁹⁸ Em que pese a tentativa de alguns Conselheiros de calcular o sobrepreço e estimar a vantagem auferida, prevalece na jurisprudência do CADE o entendimento de que não existem dados ou recursos suficientes para tanto. Como referência, destaca-se o voto-vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos no Requerimento nº 08700.005258/2016-92 (julgado em 19/04/2017): “*é importante lembrar também que os modelos para o cálculo de vantagem auferida apresentam desafios prementes, entre os quais a definição de dados e de premissas e as inferências dos resultados. Nem os próprios defensores desse paradigma concordam em estatuir qual seria um modelo ideal aplicável, tampouco em critérios firmes para se estabelecer um contrafactual inquestionável*”. E, ainda: “*Outro ponto que merece destaque é a corriqueira ausência de análise qualitativa dos dados e dos resultados das estimações engessadas pela vantagem auferida, já que um bom conhecimento do setor é relevante para a estruturação de uma estimativa crível, rastreável, repetível e juridicamente segura. A dissuasão desejada deve levar em conta a perspectiva de multa, a aplicação da multa em tempo razoável, as peculiaridades de cada mercado e a probabilidade de detecção e condenação pela autoridade investigadora*”.

⁹⁹ MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil**. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2010. p. 11.

¹⁰⁰ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 73.

¹⁰¹ LANDE, Robert H. **Multiple enforcers and multiple remedies: Why antitrust damage levels should be raised**. 16 Loy. Consumer L. Rev. 329, 2004.

¹⁰² Neste sentido, Daniel Caselta defende que o ordenamento brasileiro não permite a aplicação de um fator multiplicador da indenização por danos materiais como medida de desestímulo, uma vez que o Código Civil brasileiro prevê que a indenização se mede pela extensão do dano (CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 160). Por sua vez, Carlos

civil ter sido considerada, por muitos anos, como voltada somente à reparação do dano e, portanto, focada apenas na figura da vítima. No entanto, verifica-se atualmente uma tendência de aplicação da doutrina dos “*punitive damages*” como forma de garantir que a responsabilização civil possa gerar também a retribuição - como punição, levando em conta a gravidade da conduta do ofensor, e a dissuasão - evitando que o infrator lucre com a conduta ilícita.¹⁰³ A indenização punitiva é discutida em tópico próprio neste estudo.

É importante ressaltar também que, no Brasil, e conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a condenação do cartel nas esferas civil, criminal e administrativa não configura o chamado “*bis in idem*”, uma vez que estas são independentes, buscam diferentes objetivos e protegem diferentes bens jurídicos.¹⁰⁴

Um importante motivo para este trabalho ter se debruçado sobre a função dissuasória da reparação civil é que esta função deve ser levada em conta em diversos momentos, por exemplo: quando se discute o valor indenizatório e o compartilhamento de documentos pelas autoridades da concorrência com os autores das demandas e com o judiciário. Defende-se, aqui, que o reconhecimento do potencial das ações de reparação civil concorrenciais para fortalecer o combate aos cartéis, no Brasil, pode levar a um incremento na cooperação entre as diversas esferas, à elaboração de novas leis aptas a estimular a responsabilização civil e ao proferimento de decisões realmente efetivas.

II. OS DANOS CAUSADOS POR CARTÉIS

Enquanto na esfera administrativa e penal basta a potencialidade de ocorrência de efeitos negativos à concorrência para ensejar uma condenação,¹⁰⁵ é requisito legal expresso da

Roberto Gonçalves aponta que a indenização, aplicada desta forma, se assemelharia a uma sanção penal, de forma que deveria estar prevista em lei, e também que este tipo de indenização poderia resultar no enriquecimento ilícito do indenizado (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 372-374).

¹⁰³ “*Nos domínios da responsabilidade civil já se enxerga, com nitidez, o que pode vir a ser considerado como uma mudança de paradigma, representada pela ideia de que, em certos casos, principalmente naqueles em que é atingido algum direito da personalidade, a indenização deve desempenhar um papel mais amplo do que o até então concebido pela doutrina tradicional*”. ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Disponível no Banco do Conhecimento do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Acesso em 04/05/2017.

¹⁰⁴ “*Inexiste violação ao princípio do ne bis in idem, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, in casu, perante a SDE - Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, para investigação e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes*” (STJ - REsp: 677585 RS 2004/0126889-8, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/12/2005, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.02.2006 p. 679)

¹⁰⁵ “*Já se viu que o art. 36 da Lei nº 12.529/2011 dispensa a produção concreta de efeitos anticoncorrenciais para a configuração da infração à ordem econômica, contentando-se com a mera potencialidade lesiva da conduta. A previsão decorre da dificuldade de comprovar os efeitos produzidos sobre o mercado e de se*

responsabilização civil que se comprove a ocorrência de dano. Este deve ser verificado objetivamente e não pode haver dúvida sobre a sua existência, ainda que esta exista quanto à sua quantificação.¹⁰⁶

No Brasil, os interessados em demandas de reparação de danos causados por cartéis enfrentam obstáculos legais relacionados à correta identificação dos prejuízos desde a propositura da ação, uma vez que o Código de Processo Civil veda a formulação de pedido incerto ou indeterminado¹⁰⁷ e que a responsabilidade civil depende da ocorrência de dano.¹⁰⁸ Desta forma, ainda que se admita que o cálculo dos danos possa ocorrer durante a instrução processual, ou mesmo em fase de liquidação da sentença, os autores devem, ao menos, ter conseguido identificar, delimitar e até mesmo explicar como, quando e por que motivo sofreram os alegados danos causados pelo cartel.

Tendo em isto em mente, os próximos tópicos visam a contribuir com a identificação dos danos usualmente causados por cartéis.

II.1. A extensão dos danos

A imagem abaixo busca exemplificar parte dos danos causados por cartéis:¹⁰⁹

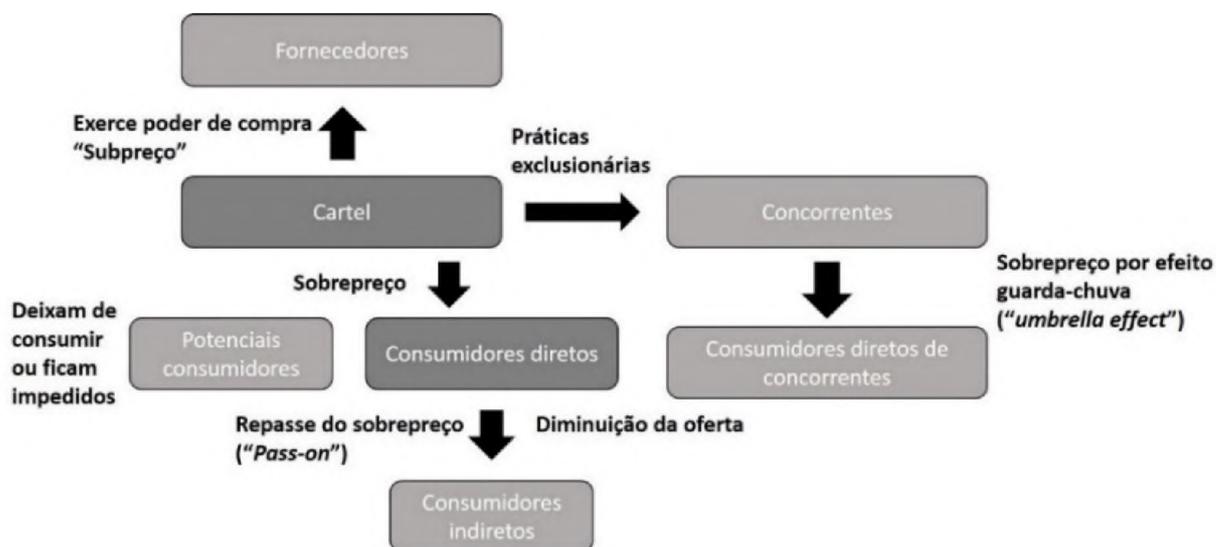
estabelecer o nexo causal entre as práticas investigadas e os resultados produzidos [...]. A inexigibilidade da prova de efeitos concretos obviamente não dispensa a autoridade concorrencial do ônus de fundamentar, de forma adequada e razoável, a potencialidade lesiva da conduta". FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. Saraiva, 2013. p. 273-275.

¹⁰⁶ MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil**. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2010. p. 126.

¹⁰⁷ Artigos 322 e 324 do Código de Processo Civil de 2015.

¹⁰⁸ Artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002.

¹⁰⁹ A imagem é uma versão traduzida e adaptada da elaborada por FRIEDERISZICK, Hans W. e RÖLLER, Lars-Hendrik, em **Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: insights from German cartel cases**. *Journal of Competition, Law & Economics*, 6 (3), 595-618, 2010.



Como se percebe, um cartel tem efeitos em ampla parcela da sociedade, e não somente sobre seus consumidores diretos. São prejudicados também: (i) seus fornecedores, que sofrem frente ao poder de compra do grupo ilegal; (ii) concorrentes diretos, que são alvo de práticas exclusionárias; (iii) consumidores indiretos, que acabam absorvendo o aumento de preços; (iv) potenciais consumidores, que deixam de adquirir o produto devido ao preço artificialmente inflado ou devido à ausência de oferta; dentre outros.¹¹⁰ Apesar de o sobrepreço ser constantemente lembrado, a maior parte do dano causado pelo cartel não diz respeito aos consumidores diretos, ainda que muitas vezes estes sejam os mais interessados na reparação.¹¹¹

Antes de mais nada, é importante reconhecer que a noção de dano como meramente uma diminuição patrimonial tem dado lugar a uma concepção mais ampla, especialmente com a valorização dos danos morais e o reconhecimento de que alguns prejuízos não podem ser medidos pela comparação entre o patrimônio anterior e o posterior ao dano.¹¹² Assim, passa a existir a concepção de dano ligada à lesão a um bem ou interesse tutelado pelo ordenamento, incluindo-se nesta esteira tanto os danos patrimoniais como os morais, que inclusive são cumuláveis, conforme súmula do Superior Tribunal de Justiça.¹¹³

De toda forma, o maior número de ações de reparação concorrenciais diz respeito aos

¹¹⁰ FRIEDERISZICK, Hans W. e RÖLLER, Lars-Hendrik. *Op cit.* p. 602-604.

¹¹¹ CRANE, Daniel A. **Optimizing private antitrust enforcement.** Vanderbilt Law Review, Vol. 63:3:675, 2010.

¹¹² CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel.** São Paulo: Singular, 2016. p. 138.

¹¹³ Súmula 37 do STJ.

danos patrimoniais, uma vez que o sobrepreço é a forma mais evidente de dano.¹¹⁴ Estes danos, no entanto, não incluem somente os danos emergentes, mas também os lucros cessantes.¹¹⁵

Neste sentido, um concorrente vítima de conduta exclusionária pode ter suas vendas reduzidas;¹¹⁶ um produtor, frente à escassez de insumo, pode ter que reduzir sua produção. Os lucros cessantes não podem ser subestimados. Conforme aponta Fábio Ulhôa: “*não se pode ignorar o custo de oportunidade, quer dizer, o potencial de geração de riquezas representado pelos bens dele suprimidos pelo evento danoso*”.¹¹⁷

Já os danos morais são usualmente definidos na jurisprudência brasileira pelo aspecto subjetivo – como dor, humilhação, angústia.¹¹⁸ Seu cabimento passou a ser admitido sem reservas no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988 e não somente em relação a direitos de personalidade, mas em qualquer situação de prejuízo.¹¹⁹

Realizando uma ligação com a escassez de oferta que pode ser gerada por um cartel, pode haver dano moral quando um consumidor é compelido a deixar de consumir um produto, ou substituí-lo por um de qualidade inferior, em razão do aumento ilícito de preços.¹²⁰

Analisemos, por exemplo, cartéis que afetaram a saúde pública, como os que envolveram serviços de hemoderivados e de próteses e órteses. Como reconhecido pelo CADE, estes casos possuem maior gravidade: o primeiro por ter aumentado o custo de produção e reduzido a oferta de medicamentos para hemofílicos,¹²¹ e o segundo porque poderia ter privado milhares de segurados de obterem acesso ao Programa de Reabilitação Profissional.¹²²

Sendo assim, a prática de cartel deve ser considerada em toda a sua extensão, já que

¹¹⁴ CRANE, Daniel A. *Op. cit.* 680.

¹¹⁵ EUROPEAN COMMISSION. **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**. Strasbourg, 2013.

¹¹⁶ CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: A Busca pela Efetiva Reparação de Danos**. Rio de Janeiro, 2011. p. 14.

¹¹⁷ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações; responsabilidade civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 817.

¹¹⁸ CASELTA, Daniel Costa. *Op. cit.* p. 164.

¹¹⁹ COELHO, Fábio Ulhôa. *Op. Cit.* p. 828-829.

¹²⁰ CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. *Op. cit.* p. 14.

¹²¹ PA nº 08012.003321/2004-71, julgado pelo CADE em 13/04/2016. De acordo com o Voto-Relator: “*A conduta dos Representados de angariar preços mais altos em licitações promovidas pelo MS afetou diretamente a vida de hemofílicos de todo o país, aumentando o custo total da produção e resultando em uma oferta menor de remédios para a população. Portanto, reputo a conduta em análise como extremamente grave*”.

¹²² PA nº 08012.008507/2004-16, julgado pelo CADE em 10/12/2014. Conforme análise do Departamento de Estudos Econômicos do CADE, caso as empresas cartelistas não tivessem sido desclassificadas nas licitações promovidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, o custo adicional teria privado que aproximadamente 13 mil segurados tivessem acesso ao programa de Reabilitação Profissional.

afeta não apenas interesses econômicos e patrimoniais, mas também o bem-estar geral da coletividade. A jurisprudência já reconheceu serem devidos danos morais coletivos pela prática de cartel, “*diante da gravidade e da repercussão da lesão na sociedade*”.¹²³

Dito isso, a maior parte da doutrina tem enfatizado a função de “compensação” dos danos morais, para minorar os efeitos do dano sofrido.¹²⁴ Alguns autores, no entanto, defendem o “duplo caráter” da reparação deste tipo de dano, sendo esta ao mesmo tempo compensatória para a vítima e dissuasória para o ofensor.¹²⁵

II.2. Punição que supera os danos: a hipótese de indenização punitiva

Não se deve confundir a indenização por danos morais com a indenização punitiva, que supera o prejuízo da vítima.¹²⁶ Nos Estados Unidos, por exemplo, a vítima tem direito a receber três vezes os danos que sofreu devido à existência de um cartel¹²⁷ e a Suprema Corte norte-americana já destacou que este instituto é importante para encorajar as ações privadas e complementar os recursos do Department of Justice.¹²⁸ Na União Europeia, por outro lado, a Diretiva sobre reparação de danos concorrenciais veda as indenizações punitivas ou múltiplas.¹²⁹

Alguns autores defendem a importância de indenizações múltiplas, em determinados casos, para reduzir os incentivos à formação de cartéis. Robert Lande, por exemplo, defende sua existência uma vez que nem todas as infrações são detectadas e provadas, além de que os cartéis afetam o bem-estar social muito além do sobrepreço e ainda geram “efeitos guarda-chuva”, ao influenciarem o aumento dos preços mesmo por empresas não participantes do

¹²³ TJDF. Acórdão 953468, de 8 de junho de 2016. Apelação Cível n. 20130111418800APC.

¹²⁴ CASELTA, Daniel Costa. *Op. cit.* p. 164-168.

¹²⁵ “*Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, com fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem*”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 368).

¹²⁶ Para Fábio Ulhôa Coelho, é um desvirtuamento do instituto do dano moral estabelecer indenizações que não digam respeito unicamente à compensação da dor experimentada. (COELHO, Fábio Ulhôa. *Op. cit.* p. 862-864).

¹²⁷ 15 U.S. Code § 15 - Suits by persons injured.

¹²⁸ “*Congress created the treble damages remedy of § 4 precisely for the purpose of encouraging private challenges to antitrust violations. These private suits provide a significant supplement to the limited resources available to the Department of Justice for enforcing the antitrust laws and deterring violations*”. *Reiter v. Sonotone Corp.* 442 U.S. 330 (1979).

¹²⁹ “*Full compensation shall place a person who has suffered harm in the position in which that person would have been had the infringement of competition law not been committed. It shall therefore cover the right to compensation for actual loss and for loss of profit, plus the payment of interest. Full compensation under this Directive shall not lead to overcompensation, whether by means of punitive, multiple or other types of damages*”. THE EUROPEAN PARLIAMENT. **Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions**. Versão original em inglês disponível em <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#link1>>. Acesso em 30/04/2018.

conluio.¹³⁰

Carlos Roberto Gonçalves defende que, no Brasil, a indenização punitiva deve ser prevista em lei, já que se assemelha a uma sanção penal. Além disso, o valor deveria reverter ao Estado, de forma a não resultar em enriquecimento ilícito do indenizado.¹³¹ Em visão oposta, Fábio Ulhôa Coelho entende que a sanção civil não se sujeita ao princípio da legalidade, sendo possível desde que a infração tenha sido especialmente reprovável.¹³²

Lembrando que nem todos os cartéis são detectados e punidos no Brasil, até mesmo por limites orçamentários que permeiam a atuação do CADE, os autores Bruno Lanna Peixoto e Ludmilla Martins da Silva defendem que a criação de um fator multiplicador, a ser aplicado sobre os danos advindos de um cartel, pode potencializar os benefícios das Ações de Reparação de Danos Concorrenciais, ampliando sua atratividade e, em última análise, gerar externalidades positivas para toda a coletividade, especialmente no que se refere ao efeito dissuasório.¹³³

Este trabalho, de forma conservadora, se alinha à doutrina que entende que seriam necessárias modificações legais para permitir a indenização punitiva nas ações de reparação por cartéis.¹³⁴ Nesta direção, destaca-se a existência do Projeto de Lei do Senado nº 283/2016 que, entre outros aspectos, estabelece que cartelistas condenados deverão restituir os prejuízos em dobro – exceto os signatários de Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação com o CADE, e desde que apresentem documentos que permitam estimar o dano decorrente da infração.¹³⁵ Tais previsões são vantajosas no sentido de que podem aumentar a atratividade das ações de reparação civil, incentivar a busca por acordos com o CADE e ainda facilitar a quantificação dos danos, já que as próprias empresas participantes do cartel irão fornecer dados para tanto. É evidente que, para que tais dispositivos funcionem, será essencial a articulação junto ao CADE.

¹³⁰ LANDE, Robert H. **Multiple enforcers and multiple remedies: Why antitrust damage levels should be raised**. 16 Loy. Consumer L. Rev. 329, 2004.

¹³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves**. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 372-374.

¹³² COELHO, Fábio Ulhôa. *Op cit.* p. 864-868.

¹³³ PEIXOTO, Bruno Lanna. SILVA, Ludmilla Martins. **Alterações legislativas necessárias e o futuro das ações reparatórias por danos concorrenciais no Brasil**. Em: A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial / Bruno de Luca Drago, Bruno Lanna Peixoto (coord.). São Paulo: Singular, 2018.

¹³⁴ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 162.

¹³⁵ Uma possível crítica é a de que nem sempre a estimativa é possível. Sendo assim, se o CADE não se manifestar sobre a suficiência da documentação para quantificar os danos, o signatário poderá acabar sujeito à indenização múltipla ou será desmotivado a procurar acordos. GRINBERG, Mauro. **Mais e maiores punições para cartéis: polêmico projeto. Comentários sobre os artigos do PLS nº 283/2016**. Disponível em <<https://iota.info/artigos/mais-e-maiores-punicoes-para-carteis-polemico-projeto-05082016>>.

III. A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS POR CARTÉIS

A dificuldade da quantificação de danos reside em demonstrar como o mercado teria se comportado na ausência do acordo entre os concorrentes – portanto, em definir uma situação contrafactual para servir de comparação,¹³⁶ sem que com isso se imponha uma barreira significativa, ou até mesmo intransponível, em termos de tempo e esforços, para a utilização da persecução privada.¹³⁷ A aplicação de um ou de outro método, por sua vez, depende da disponibilidade de informações e do nível de precisão almejado.¹³⁸

Considerando as significativas dificuldades enfrentadas durante esta etapa, a Diretiva implementada na União Europeia para tratar da reparação por danos concorrenciais estabelece que os Estados-Membros deverão assegurar que a quantificação não torne a propositura de ações praticamente impossível. Neste sentido, os tribunais nacionais poderão estimar os danos e a autoridade de defesa da concorrência poderá ser chamada a prestar assistência.¹³⁹

No Brasil também há iniciativas visando a facilitar o procedimento. Neste sentido, a Superintendência-Geral do CADE apresentou proposta regulamentar para que os votos dos Conselheiros passem a incluir, sempre que possível e razoável, informações relativas ao período de duração da conduta, aos consumidores potencialmente atingidos e à estimativa dos danos. Esta proposta será melhor discutida em momento oportuno deste trabalho.

III.1. Quantificação dos danos patrimoniais

Diversas são as propostas apresentadas para o cálculo do dano patrimonial causado por cartéis. Apesar de todas as variáveis econômicas envolvidas não serem objeto do presente estudo, pretende-se aqui discutir a aplicação destas teorias, bem como suas vantagens e desvantagens.

Em estudo para a Comissão Europeia, consultores externos classificaram os métodos de quantificação de danos emergentes em três grandes grupos, baseados em comparação,

¹³⁶ CASELTA, Daniel Costa. *Op. cit.* p. 148.

¹³⁷ FRIEDERISZICK, Hans W. e RÖLLER, Lars-Hendrik. **Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: insights from German cartel cases.** *Journal of Competition, Law & Economics*, 6 (3), 595-618, 2010.

¹³⁸ DOOSE, Anna Maria. **Methods for calculating cartel damages: A survey.** *Ilmenau Economics Discussion Papers*, No. 83. 2013.

¹³⁹ THE EUROPEAN PARLIAMENT. **Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions.** Versão original em inglês disponível em < <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#link1>>. Acesso em 28/05/2017.

desempenho financeiro e estruturas de mercado,¹⁴⁰ que serão analisados adiante.

A maior vantagem de utilizar métodos comparativos está no fato de que são analisados dados reais dos mercados afetados ou comparados.¹⁴¹ Dentro deste grupo destacam-se três abordagens: (i) “*before and after*”; (ii) “*yardstick*”; e (iii) “*difference-in-differences*”.¹⁴²

A primeira, como o nome indica, consiste em comparar os preços cobrados antes ou depois do cartel com aqueles praticados durante a sua ocorrência. Pressupõe-se que outras variáveis se mantiveram similares, sendo a supressão da competição o principal fator de aumento nos preços. Utilizando-se desta técnica, é possível estimar um sobrepreço médio para o período de duração de cartel. Depois, bastaria apenas multiplicar o sobrepreço pelas aquisições de um determinado consumidor, para assim estimar seu prejuízo particular.¹⁴³

Deve-se levar em conta que a duração da conduta interfere diretamente nos dados que deverão ser utilizados e que nem sempre é fácil precisar as datas de início e fim de um cartel. Além disso, quando se trata de um acordo muito duradouro, pode ser fantasioso supor que os preços praticados antes de seu início deveriam ter sido mantidos, desconsiderando uma série de fatores que podem ter modificado as condições de demanda e oferta, por exemplo. Por sua vez, os preços praticados após o encerramento do cartel podem permanecer artificialmente elevados durante algum tempo ou até caírem drasticamente, já que as empresas poderão decidir competir agressivamente até que o mercado finalmente se estabilize, em um cenário de ausência de infração concorrencial.¹⁴⁴

A segunda abordagem, de “*yardstick*” ou “*padrão*”, implica a utilização de um ou mais mercados não afetados como parâmetro para comparar com o mercado que foi alvo do cartel. Por exemplo, analisa-se o comportamento dos preços, de um mesmo produto ou serviço, em regiões geográficas distintas. Para que o cálculo se aproxime da realidade, é essencial que existam similaridades nas características dos produtos, nos níveis de oferta e demanda, nos custos envolvidos, dentre outros fatores.¹⁴⁵

Por fim, a terceira abordagem comparativa reúne conceitos das outras duas,

¹⁴⁰ OXERA et al. **Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts**. Study prepared for the European Commission. December 2009. Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2010.

¹⁴¹ EUROPEAN COMMISSION. **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**. Strasbourg, 2013. p. 16.

¹⁴² LAITENBERGER, Ulrich; SMUDA, Florian. **Estimating consumer damages in cartel cases**. Journal of Competition, Law&Economics, 11(4), 955-973, 2015. p. 963.

¹⁴³ Ibid. p. 964.

¹⁴⁴ EUROPEAN COMMISSION. **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**. Strasbourg, 2013. p. 17-18.

¹⁴⁵ LAITENBERGER, Ulrich; SMUDA, Florian. *Op. cit.* p. 964.

contrapondo os preços praticados no mercado afetado e os preços praticados em mercados parâmetro, antes, durante e depois do cartel – e daí o nome de “diferenças nas diferenças”¹⁴⁶. Este método busca eliminar outras variáveis que possam ter afetado a formação dos preços. Portanto, é um dos métodos mais precisos, mas também um dos que mais demanda informações.¹⁴⁷ Explicando-se matematicamente:

$B - A$ = diferença de preços antes e durante o cartel.

$X - Y$ = diferença de preços no mercado parâmetro, no mesmo período.

$(B - A) - (X - Y)$ = diferença nas diferenças = **verdadeiro impacto do cartel**.

Já as estimativas baseadas em análises financeiras, por sua vez, utilizam diferentes empresas e indústrias como substrato comparativo, tratando especialmente de taxas de retorno e custos de produção. Buscam indicar, por exemplo, qual seria o preço base de um produto na ausência de cartel. A deterioração do desempenho financeiro das demandantes, por sua vez, pode ser apresentada como indicativo da infração. Apesar disso, também há problemas práticos para utilização deste método, como a dificuldade de excluir fatores externos para o aumento dos preços.¹⁴⁸

Finalmente, abordagens baseadas em estruturas de mercado utilizam teorias sobre organização industrial e modelos econômicos para analisar estruturas reconhecidas, como monopólios, oligopólios e competição perfeita, de forma a estimar ou simular os preços e volumes que seriam esperados na ausência de cartel. Esta abordagem, predominantemente teórica, pode ser calibrada com dados do mercado – tais como volumes de produção e demanda, para um resultado mais empírico.¹⁴⁹

A quantificação dos lucros cessantes, por sua vez, se beneficia das mesmas abordagens utilizadas para o cálculo dos danos emergentes.¹⁵⁰ No entanto, a intenção é diferente, pois visa a construir um cenário contrafactual que envolva as variáveis de preço, oferta, demanda e *market share* dos concorrentes ou clientes afetados, caso não tivesse existido o acordo

¹⁴⁶ Ibid. p. 965.

¹⁴⁷ FRIEDERISZICK, Hans W. e RÖLLER, Lars-Hendrik. **Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: insights from German cartel cases**. Journal of Competition, Law & Economics, 6 (3), 595-618, 2010. p. 610.

¹⁴⁸ OXERA et al. **Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts**. Study prepared for the European Commission. December 2009. Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2010.

¹⁴⁹ OXERA, *Op. cit.*

¹⁵⁰ EUROPEAN COMMISSION. **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**. Strasbourg, 2013. p. 52.

anticompetitivo. Assim, almeja-se obter os lucros que seriam esperados, devendo estes ser comparados com os lucros efetivamente obtidos.¹⁵¹

Como se percebe, a quantificação dos danos pode se favorecer do uso de diferentes métodos em conjunto, quando isto for possível. No entanto, também se percebe que todos os métodos estão sujeitos a algum tipo de restrição, sejam referentes às informações disponíveis ou à sua capacidade para atingir os necessários parâmetros legais. De fato, a quantificação dos danos causados por cartéis muitas vezes depende da adoção de premissas, estimativas e aproximações,¹⁵² que se não forem bem compreendidas podem resultar em insegurança jurídica e na falta de efetividade das ações de reparação.

Tendo isto em vista, Friederiszick e Röller defendem que o procedimento adotado pelo pela *Higher Regional Court* da Alemanha quando julgou o cartel do cimento, em 2009, é o mais adequado para atingir padrões de legalidade. Este procedimento consiste em três etapas: desenho, aplicação e testes de robustez. A intenção de se criar um procedimento para escolha e validação do método é garantir que o “*trade-off*” entre precisão e praticidade seja bem compreendido e transparente para todas as partes envolvidas.¹⁵³

Na primeira fase ocorre a proposta de métodos empíricos para a estimação dos danos. Esta escolha deve tomar em conta peculiaridades de cada caso. Por exemplo, no mencionado julgamento do cartel do cimento, o método *yardstick* foi descartado devido à ausência de mercados para comparação, uma vez que países próximos também haviam sido afetados e a maioria dos outros países da Europa estava exposta a importações, com preços inferiores. No momento do desenho, outros fatores devem ser discutidos e determinados, como o marco temporal para coleta de dados.

A segunda fase consiste na aplicação efetiva do método escolhido, e esta somente começa após uma profunda discussão sobre os padrões que serão utilizados.

Finalmente, na terceira fase, são aplicados testes de robustez. Nestes testes, as partes, economistas e advogados discutem os resultados, apresentem questões, e eventualmente são realizados ajustes na abordagem e nos valores obtidos. Ainda assim, no referido julgamento feito pela *Higher Court* alemã, foi aplicado um desconto de 25% sobre o valor estimado para responder pela margem de erro.¹⁵⁴ Em outras palavras, as cortes devem ser sensíveis à

¹⁵¹ RUBINFELD, Daniel L. **Research Handbook on the Economics of Antitrust Law**. 2009.

¹⁵² EUROPEAN COMMISSION. *Op. cit.* p. 11.

¹⁵³ FRIEDERISZICK, Hans W. e RÖLLER, Lars-Hendrik. **Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: insights from German cartel cases**. *Journal of Competition, Law & Economics*, 6 (3), 595-618, 2010.

¹⁵⁴ *Ibid.* p. 607.

necessidade de aceitar estimativas, ainda que para isso tenham que conceder descontos em benefício dos réus.

III.2. A utilização da “*Pass-on Defense*”

Consumidores diretos tendem a repassar o sobrepreço gerado por um cartel aos seus próprios clientes, o que é conhecido como “*passing-on effect*”.¹⁵⁵ Sendo assim, em algumas jurisdições, os acusados podem se utilizar da chamada “*pass-on defense*” para alegar que os autores da ação não absorveram a totalidade do dano causado pelo cartel e, desta forma, não fazem jus à indenização pretendida.

A *pass-on defense* não é aceita nos Estados Unidos. Isto se deve, em grande medida, ao fato de a legitimidade para buscar reparação se limitar aos diretamente envolvidos na relação jurídica com o infrator.¹⁵⁶ No entanto, existe uma forte tendência de permitir que consumidores indiretos também busquem reparação dos danos,¹⁵⁷ de forma que a questão da *pass-on defense* deverá ser rediscutida nos EUA.¹⁵⁸

Já na União Europeia, a *pass-on defense* é legalmente admitida, de acordo com a Diretiva sobre as ações de reparação de danos concorrenciais. No entanto, caberá ao réu demandado demonstrar que o repasse do sobrepreço efetivamente ocorreu. Quanto aos consumidores indiretos, é deles o ônus da prova de terem sido lesados, demonstrando que houve uma infração concorrencial, que seu fornecedor teve custos adicionais por este motivo e que adquiriram bens afetados.¹⁵⁹

¹⁵⁵ EUROPEAN COMMISSION. **Study on the Passing-On of Overcharges**. Final Report. European Union, 2016.

¹⁵⁶ Este entendimento, conhecido como “*Illinois Brick Doctrine*”, deriva de decisão da U.S. Supreme Court em 1977 (Illinois Brick Co. v. Illinois). (GABAN, Molan Eduardo. **Direito antitruste / Eduardo Molan Gaban, Juliana Oliveira Domingues** – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 280).

¹⁵⁷ Ao menos 29 Estados norte-americanos já aprovaram leis divergentes que permitem aos compradores indiretos buscarem reparação ou, alternativamente, permitem ao *Attorney General* buscar a reparação em benefício dos consumidores. MCCARTHY, Eric; MALTAS, Allyson; BAY, Matteo; RUIZ-CALZADO, Javier. **Litigation culture versus enforcement culture. A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases**. The Antitrust Review of the Americas 2007, Global Competition Review.

¹⁵⁸ BELLIA, Marco. “**Passing on**” **Defense in Antitrust Litigation: Preliminary Notes for a General Analysis**. 2015. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2226759>>.

¹⁵⁹ Neste sentido, cabe transcrever trecho da Diretiva: “*Harm in the form of actual loss can result from the price difference between what was actually paid and what would otherwise have been paid in the absence of the infringement. When an injured party has reduced its actual loss by passing it on, entirely or in part, to its own purchasers, the loss which has been passed on no longer constitutes harm for which the party that passed it on needs to be compensated. It is therefore in principle appropriate to allow an infringer to invoke the passing-on of actual loss as a defence against a claim for damages. It is appropriate to provide that the infringer, in so far as it invokes the passing-on defence, must prove the existence and extent of pass-on of the overcharge. This burden of proof should not affect the possibility for the infringer to use evidence other than that in its possession, such as evidence already acquired in the proceedings or evidence held by other parties or third parties*”. THE EUROPEAN PARLIAMENT. **Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions**. Versão original em

No Brasil, tendo em vista a limitação da extensão da indenização ao dano efetivamente causado, e sendo vedado o enriquecimento sem causa, Daniel Caselta defende que a *pass-on defense* deve ser aceita.¹⁶⁰ Neste mesmo sentido, Pedro Vicentini aponta que o objetivo da utilização da *pass-on defense* é tornar a vítima do ilícito antitruste *indene*, ou seja, somente retornar ao status anterior, em que não ela não sofreu perdas, sob pena de enriquecimento sem causa.¹⁶¹

Além disso, não seria plausível que o condenado tivesse que reparar integralmente consumidores diretos e indiretos, devendo, pelo contrário, repará-los na medida do dano efetivamente sofrido. Sendo assim, a hipótese da *pass-on defense* deve ser levada em conta pelos interessados neste tipo de ação quando buscarem identificar e quantificar seus danos, já que a demonstração de que absorveram o prejuízo é fundamental para justificar a ação.

A quantificação do *pass-on*, por sua vez, pode ser feita de duas maneiras. A primeira delas consiste na comparação direta entre as margens de lucro e os preços cobrados pelas empresas afetadas e não afetadas pelo cartel. Conforme estudo realizado pela Comissão Europeia, a redução nas margens de lucro de uma empresa que consumiu produtos afetados pela infração, *ceterus paribus*, indicaria que tal empresa absorveu ao menos parte do sobrepreço. O estudo ressalta, no entanto, que a validade deste método dependerá de uma análise apropriada dos registros financeiros da empresa.¹⁶²

A segunda abordagem demanda uma análise da chamada “taxa de repasse”. Referida taxa varia de acordo com características estruturais do mercado, como o número de concorrentes, e de acordo com outros fatores, tais como a elasticidade da demanda e o tempo de duração da infração.¹⁶³ Em um raciocínio simplificado, o consumidor direto dos produtos afetados pelo cartel terá mais condições de repassar a integralidade do sobrepreço quando existirem poucos ou nenhum competidor que não tenha sido afetado pela mesma infração – já que todos tenderão a elevar seus preços. Além disso, o repasse poderá ser maior quando os

inglês disponível em < <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#link1>>. Acesso em 27/04/2018.

¹⁶⁰ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 158.

¹⁶¹ VICENTINI, Pedro C. E. **Dano antitruste aos compradores diretos e indiretos: breves considerações sobre o *pass-on effect* nos regimes norte-americano, europeu e brasileiro**. Em: Em: A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial / Bruno de Luca Drago, Bruno Lanna Peixoto (coord.). São Paulo: Singular, 2018.

¹⁶² EUROPEAN COMMISSION. **Study on the Passing-On of Overcharges**. Final Report. European Union, 2016. p. 190-191.

¹⁶³ EUROPEAN COMMISSION. **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**. Strasbourg, 2013. p. 49-50.

clientes do consumidor direto não forem muito sensíveis às variações de preço.

Cabe ressaltar, todavia, que esta segunda abordagem pode ser mais complexa do que a análise comparativa, já que exige uma cautelosa e complexa análise das características do mercado.¹⁶⁴

Em suma, um consumidor, seja ele direto ou indireto, deve decompor os danos que pretende recuperar em sobrepreço gerado pelo cartel, menos o efeito do repasse e mais os lucros cessantes, consistentes na diminuição de vendas ou participação de mercado perdida. Este último fator é constantemente negligenciado, mas é especialmente relevante no caso de alguns dos cartelistas serem verticalmente integrados e não repassarem o sobrepreço às empresas de seu próprio grupo. Na prática, a *pass-on defense* não pode ser aceita sem esta ressalva, sob pena de não garantir a indenização realmente devida.¹⁶⁵

III.3. Quantificação dos danos extrapatrimoniais

Conforme já ressaltado, existe uma parcela dos danos causados pelos cartéis que não é quantificada pelo sobrepreço. Neste sentido, o cartel aumenta a escassez de produtos, prejudicando o bem-estar dos consumidores e da sociedade como um todo, sem criar benefícios em troca, como incrementos de qualidade ou inovação.¹⁶⁶

No Brasil, a forma mais comum de buscar a reparação por danos não patrimoniais causados por cartéis é através das ações de indenização por danos morais coletivos¹⁶⁷, sendo estas levadas adiante principalmente pelo Ministério Público.

No entanto, quantificar o dano moral é outro tema de extrema complexidade, ante à falta de critérios uniformes e definidos para a sua estimação. De fato, foram analisados diversos estudos econômicos e em pouquíssimos deles houve preocupação com a quantificação dos danos morais. Além disso, a jurisprudência analisada não demonstra padrões seguidos pelos julgadores. Em um dos casos, foi considerado o percentual de 20% sobre o lucro líquido das empresas no ano em que formaram o cartel. Neste caso, houve debate entre os desembargadores onde se percebe: (i) a preocupação com o princípio da razoabilidade; (ii) a utilização, como referência, do art. 37 da Lei nº 12.529/2011; e (iii) a imposição de um teto de R\$ 250.000,00 para cada empresa, de forma a “não inviabilizar a

¹⁶⁴ Ibid. p. 50.

¹⁶⁵ VERBOVEN, Frank; VANDIKZ, Theon. **Cartel damages claims and the passing-on defense**. The Journal of Industrial Economics 0022-1821, Volume LVII, 2009.

¹⁶⁶ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. Saraiva, 2013. p. 440.

¹⁶⁷ CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: A Busca pela Efetiva Reparação de Danos**. Rio de Janeiro, 2011. p. 35.

atividade econômica”.¹⁶⁸

Carlos Roberto Gonçalves aponta que existiam recomendações para o arbitramento dos danos morais na revogada Lei de Imprensa¹⁶⁹ que continuam a ser aplicadas na generalidade dos casos. Assim, devem ser levadas em conta a intensidade do sofrimento; a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa; o grau de culpa e a situação econômica do ofensor; bem como as circunstâncias que envolveram os fatos. Não é raro que os juízes se utilizem de peritos para o arbitramento da indenização,¹⁷⁰ o que pode ser especialmente necessário em casos que exigem complexas análises econômicas, como é o caso dos cartéis.

De forma geral, a liquidação por arbitramento – conforme os artigos 946 do Código Civil e 509 do Código de Processo Civil, parece ser essencial para o cálculo dos danos morais causados por este tipo de conduta. No entanto, a ausência de parâmetros que se constata nas decisões do Poder Judiciário brasileiro impede que as indenizações se aproximem do valor real dos danos causados à sociedade e prejudica a aplicação da correta reparação civil.¹⁷¹

III.4. Possíveis contribuições do CADE

A Superintendência-Geral do CADE - SG, em nota técnica específica, apresentou três propostas regulamentares e duas propostas legislativas tanto para endereçar o posicionamento institucional da autarquia frente à questão da harmonização do Programa de Leniência e de Cessação com as Ações de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDC), quanto para facilitar a utilização das últimas.¹⁷² Algumas destas propostas estão diretamente ligadas à quantificação dos danos causados por cartéis, como se demonstra adiante.

A primeira proposta regulamentar é a de que o CADE seja informado sobre qualquer ARDC, de forma que a sua Procuradoria especializada possa requerer a suspensão da ação até que se conclua o julgamento do Processo Administrativo. A intenção é que, após a conclusão do caso pela autoridade da concorrência, a parte interessada na reparação civil possa ter acesso aos documentos e informações necessários para subsidiar sua pretensão.

¹⁶⁸ TJDF. Acórdão 953468, de 8 de junho de 2016. Apelação Cível n. 20130111418800APC.

¹⁶⁹ Lei nº 5.250/2007, julgada incompatível com a Constituição Federal de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal em 30/04/2009.

¹⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 371.

¹⁷¹ CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros.** Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional | vol. 21/2012 | p. 331-344, 2012.

¹⁷² SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE. **Nota Técnica nº 24/2016 no Processo nº 08700.00788/2016-00. Articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas: estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de Acordos de Leniência e de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) no Brasil.** 2016.

É importante ressaltar que o acesso a este tipo de documento é essencial para a quantificação dos danos sofridos e para a própria comprovação do cartel no judiciário. No entanto, o CADE se preocupa também com a harmonização entre o instituto da responsabilização civil e demais mecanismos de Defesa da Concorrência, como é o caso dos Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação. Sendo assim, a sugestão da Superintendência é razoável, uma vez que haveria maior transparência na condução dada pelo CADE em relação aos documentos obtidos neste tipo de acordo, sem prejudicar indefinidamente os interessados na reparação.

A segunda proposta é a de que o voto do Conselheiro-Relator e demais votos-vogais incluam, sempre que possível e razoável, seção específica sumarizando informações relativas ao período de duração da conduta, os consumidores potencialmente atingidos e a estimativa dos danos causados.

Apesar da controvérsia que paira sobre a estimativa dos danos, propostas normativas como a apontada estão em sintonia com a tendência de aprofundamento nos cálculos dos danos causados por cartéis nas decisões do CADE, seja para fins de dosimetria da multa (o que não tem prevalecido no Tribunal) ou justamente para fins de eventual demanda de reparação civil. Conforme defendido pelo Conselheiro Paulo Burnier em Processo Administrativo que investigava formação de cartel no mercado de revenda de combustíveis, a *expertise* que o CADE desenvolveu pode iluminar a agenda de reparação de danos no Poder Judiciário.¹⁷³

Ainda neste sentido, pode-se fazer referência ao Projeto de Lei do Senado nº 283/2016, que busca alterar o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 para estabelecer que cartelistas deverão ressarcir em dobro os prejuízos causados, exceto os que tiverem assinado Acordo de Leniência ou TCC com o CADE, e desde que apresentem à autoridade de defesa da concorrência documentos que permitam estimar o dano decorrente da infração. Ou seja, após a necessária articulação, o CADE deterá excelentes condições para identificar prejudicados e calcular os danos sofridos por estes, podendo contribuir, na sequência, com as ações de reparação.

Apesar de esta previsão endereçar um ponto muito importante, também é verdade que nem sempre a estimação dos danos é possível.¹⁷⁴ Sendo assim, o referido PLS acaba por criar

¹⁷³ Voto-vista vencedor no Processo Administrativo nº 08700.002821/2014-09, julgado em 07/06/2017.

¹⁷⁴ De toda forma, já existem outros projetos de lei, como o PL 7238/2017 que visam a instituir o cálculo da vantagem auferida como uma obrigatoriedade na fase de dosimetria das multas a serem impostas pelo CADE às empresas condenadas. Conforme justificção do referido projeto, a intenção, além da dissuasão, é também facilitar a reparação privada: “Assim, se um grande consumidor de um produto, tiver uma estimativa do

um novo requisito para a celebração dos acordos com o CADE, já que se a autoridade não se manifestar sobre este elemento no momento da assinatura, ou seja, sobre a suficiência da documentação para estimar os danos, o signatário poderá acabar sujeito à indenização múltipla, conforme prevê mencionado projeto, ou se sentirá desmotivado a procurar o acordo.¹⁷⁵

Retornando às propostas da SG, a última sugestão regulamentar seria a de redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa para os participantes que comprovarem o ressarcimento extrajudicial ou judicial em ações de reparação civil. Desta forma, cria-se um incentivo adicional para a resolução consensual da disputa, o que poderia ajudar a superar uma barreira tão difícil como a quantificação dos danos. De fato, a solução consensual permitiria ao lesado obter uma reparação mais rápida e fácil, enquanto também seria positiva para o demandado por evitar sua exposição negativa na mídia, garantir maior segurança quanto aos valores a serem pagos e ainda preservar a relação entre as empresas.¹⁷⁶

Em relação às propostas legislativas, a Superintendência-Geral do CADE defende que seja limitada a extensão da responsabilidade civil do signatário do Acordo de Leniência, de forma que este não seja solidariamente responsável e não esteja sujeito a indenizações múltiplas.

Quanto ao prazo prescricional para ajuizamento das ARDC, a Superintendência-Geral sugere a elaboração de lei para estabelecer que esta somente começa a correr a partir da ciência inequívoca da vítima, o que se dará após a publicação, no Diário Oficial da União, da decisão final administrativa ou penal. Ainda sobre o tema, o órgão do CADE sugere que a instauração de procedimento investigativo pela Superintendência-Geral passe a ser considerado um fator de interrupção do prazo prescricional para as ações de reparação civil. Por fim, a SG defende que o juiz cível possa suspender o curso da ação, com fundamento no artigo 313, V, do Código de Processo Civil¹⁷⁷, até a decisão final do Tribunal do CADE, e que

sobrepreço em um caso de cartel, por exemplo, já calculado pelo CADE ele terá uma base razoável para calcular danos a serem ressarcidos. Isto aumenta a penalidade esperada e, portanto, contribui para o efeito dissuasório. [...] A análise do CADE já constitui uma excelente base para os agentes lesados recuperarem pelo menos parte de seus prejuízos”.

¹⁷⁵ GRINBERG, Mauro. **Mais e maiores punições para carteis: polêmico projeto. Comentários sobre os artigos do PLS nº 283/2016.** Disponível em < <https://jota.info/artigos/mais-e-maiores-punicoes-para-carteis-polemico-projeto-05082016>>.

¹⁷⁶ GABBAY, Daniela Monteiro. PASTORE, Ricardo Ferreira. **Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos.** Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 43, 2014. p. 21.

¹⁷⁷ “Art. 313. *Suspende-se o processo: [...].*

V - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

o juiz possa considerar a decisão condenatória do Conselho como título executivo extrajudicial, ou seja, prova *prima facie* da existência da conduta e do dano, facilitando as ações do tipo “*follow-on*”.

As propostas legislativas da Superintendência-Geral são muito oportunas e abrangem tanto a proteção ao Programa de Leniência quanto algumas das principais barreiras enfrentadas pelos proponentes de ações de reparação dos danos causados por cartéis.

Especificamente em relação à quantificação dos danos, as propostas contribuem tanto diretamente com os interessados, ao prever a elaboração de estimativas pelo próprio CADE, quanto indiretamente, ao visarem diminuir o peso da prescrição e do ônus da prova sobre os prejudicados. Portanto, são contribuições de inegável valor e que deverão ser consideradas pelo Legislativo.

Para além das sugestões já elaboradas pela Superintendência-Geral, sugere-se, neste trabalho, que o CADE elabore, na esteira do que já fez a Comissão Europeia, um estudo claro, porém completo e detalhado, sobre os danos causados por cartéis, a dificuldade da sua comprovação e as principais metodologias de cálculo utilizadas mundialmente. Espera-se, com isso, que as autoridades judiciais tenham mais sensibilidade neste tipo de demanda, e que as orientações incentivem e facilitem a propositura de mais ações desta natureza, já que, além dos benefícios para o indenizado, o combate aos cartéis gera efeitos positivos para toda a coletividade.

CONCLUSÃO

Como se demonstrou ao longo do estudo, os cartéis geram relevantes prejuízos aos consumidores, à sociedade e à economia como um todo, sendo amplamente considerados como a mais grave forma de lesão à ordem econômica. Sendo assim, os particulares afetados por esta conduta, bem como entidades legitimadas para a defesa coletiva, podem buscar a reparação civil pelos prejuízos sofridos.

Além do ressarcimento aos prejudicados, a responsabilidade civil tem importante função de dissuasão. Neste sentido, a reparação privada é reconhecida como forma de reforço à legislação de defesa da concorrência porque, dentre outros motivos, aumenta a probabilidade de detecção de cartéis, incentiva as denúncias, contribui com a obtenção de provas e elaboração de estudos econômicos, aumenta as sanções e acaba por contribuir na

b) *tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo*”.

repressão das infrações contra a ordem econômica.

Em que pese sua importância, percebe-se que a utilização deste tipo de demanda no Brasil ainda é incipiente. Uma das dificuldades mais significativas enfrentadas pelos interessados é a correta identificação e cálculo dos danos. Por exemplo, no Brasil, os autores devem ter em conta as exigências legais quanto à determinação do pedido, ainda que esta seja uma tarefa árdua neste tipo de ação.

Dito isso, buscou-se no presente trabalho apresentar as metodologias mais reconhecidas e utilizadas mundialmente para a quantificação dos danos causados por cartéis.

Quanto aos danos patrimoniais, as abordagens aqui analisadas foram classificadas em comparativas, financeiras ou estruturais. Cada uma destas abordagens possui vantagens e desvantagens, como o nível de informações demandadas, a complexidade de aplicação, a necessidade de utilizar premissas teóricas e a dificuldade de excluir interferências nos preços.¹⁷⁸ Sendo assim, partes e julgadores devem considerar as particularidades de cada caso antes de escolherem determinado método.

O arbitramento dos danos morais coletivos causados por cartéis pode ser ainda mais difícil, pela própria natureza da conduta e pelo grande número de consumidores afetados. Na verdade, verifica-se que os tribunais brasileiros ainda não formalizaram uma posição previsível quanto a este aspecto. Espera-se que o aumento no número de ações desta natureza escancare a necessidade de reparação efetiva para os prejudicados moralmente por cartéis.

Dito isso, para aumentar os índices de sucesso deste tipo de demanda, é importante que as partes apresentem estudos econômicos convincentes e suficientemente embasados em provas. Neste sentido, uma interessante sugestão apontada no trabalho foi a de dividir a quantificação dos danos em três etapas: desenho do melhor método, considerando particularidades do caso, aplicação e, por fim, utilização de testes de robustez. Com isto, a análise econômica empregada fica mais próxima de atingir os necessários padrões legais e formar o convencimento dos julgadores.

Para encerrar, realizou-se uma breve análise das possíveis contribuições do CADE para a quantificação dos danos, que se materializam, principalmente, na Nota Técnica nº 24/2016 da Superintendência-Geral, e incluem, dentre outros pontos, a regulamentação do acesso às provas produzidas em Processos Administrativos do CADE e a elaboração de estimativas dos danos causados pelos cartéis nos votos dos Conselheiros do Tribunal.

¹⁷⁸ EUROPEAN COMMISSION. **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**. Strasbourg, 2013. p. 11.

Ainda há muito a ser feito antes que a Responsabilização Civil por Cartel se torne uma realidade no Brasil. Apesar das dificuldades que insistem em se apresentar, não se pode abrir mão de um mecanismo com tamanho potencial para diminuir a ocorrência desta grave infração contra a ordem econômica, que prejudica a sociedade como um todo, freia o desenvolvimento, a inovação e termina por consolidar a desigualdade e a pobreza.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Disponível no Banco do Conhecimento do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Acesso em 04/05/2017.

BELLIA, Marco. **“Passing on” Defense in Antitrust Litigation: Preliminary Notes for a General Analysis**. 2015. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2226759>>.

CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: A Busca pela Efetiva Reparação de Danos**. Rio de Janeiro, 2011.

_____. **Responsabilidade Civil Concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros**. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional | vol. 21/2012 | p. 331-344, 2012.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel**. São Paulo: Singular, 2016.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações; responsabilidade civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRANE, Daniel A. **Optimizing private antitrust enforcement**. Vanderbilt Law Review, Vol. 63:3:675, 2010.

DOOSE, Anna Maria. **Methods for calculating cartel damages: A survey**. Ilmenau Economics Discussion Papers, No. 83. 2013.

DONAS, Frederico. NETO, Lauro Celidonio. MACHADO, Michelle. **Cinco anos de perseguição de cartéis sob a nova Lei de Defesa da Concorrência: como mudanças na regulação concorrencial balancearam a matriz de decisões a favor de soluções cooperativas**. Em: 5 anos da Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro. Coordenação: Eduardo Caminati Anders, Guilherme Favaro Corvo Ribas, Mariana Villela, Pedro Paulo Salles Cristofaro, Vicente Bagnoli. IBRAC, 2017.

EUROPEAN COMMISSION. **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**. Strasbourg, 2013.

_____. **Study on the Passing-On of Overcharges**. Final Report. European Union, 2016.

EUROPEAN PARLIAMENT. **Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions**, assinada em 26 de novembro de 2014. Disponível em <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#link1>>

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira**. RDC, Vol. 1, nº 2, novembro de 2013.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. Saraiva, 2017.

FRIEDERISZICK, Hans W. e RÖLLER, Lars-Hendrik. **Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: insights from German cartel cases**. Journal of Competition, Law & Economics, 6 (3), 595-618, 2010.

GABAN, Molan Eduardo. **Direito antitruste / Eduardo Molan Gaban, Juliana Oliveira Domingues**. 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GABBAY, Daniela Monteiro. PASTORE, Ricardo Ferreira. **Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 43, 2014.

GIANNINNI, Adriana Franco, ...et al. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Coordenadores: Eduardo Caminati Anders, Vicente Bagnoli, Leopoldo Pagotto. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 189.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves**. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINBERG, Mauro. **Mais e maiores punições para cartéis: polêmico projeto. Comentários sobre os artigos do PLS nº 283/2016**. Disponível em <<https://jota.info/artigos/mais-e-maiores-punicoes-para-carteis-polemico-projeto-05082016>>.

JOSSERAND, Louis. **Evolução da Responsabilidade Civil**. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1941.

LAITENBERGER, Ulrich; SMUDA, Florian. **Estimating consumer damages in cartel cases**. Journal of Competition, Law&Economics, 11(4), 955-973, 2015.

LANDE, Robert H. **Multiple enforcers and multiple remedies: Why antitrust damage levels should be raised**. 16 Loy. Consumer L. Rev. 329, 2004.

MAGALHÃES, Carlos Francisco; DIAS, Gabriel Nogueira; DEL DEBBIO, Cristiano Rodrigo; NEGRÃO, Francisco Nicolás. **Private antitrust damages**. Em *Overview of Competition Law in Brazil* / São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil**. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2010.

MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. **Anti-Cartel Enforcement in Brazil: Status Quo & Trends**. Em: *Overview of competition law in Brazil*. São Paulo: IBRAC - Editora Singular, 2015.

MCCARTHY, Eric; MALTAS, Allyson; BAY, Matteo; RUIZ-CALZADO, Javier. **Litigation culture versus enforcement culture. A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases**. The Antitrust Review of the Americas 2007, Global Competition Review.

NEGRÃO, Theotonio [et al]. **Código Civil e Legislação em Vigor**. 2016.

OECD. **Private remedies**. Em: OECD Journal: Competition Law and Policy, Vol. 11/2. 2011. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1787/clp-11-5kg9qgf34z51>>

_____. **Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws**. 2002.

OXERA et al. **Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts**. Study prepared for the European Commission. December 2009. Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2010.

PEIXOTO, Bruno Lanna. SILVA, Ludmilla Martins. **Alterações legislativas necessárias e o futuro das ações reparatorias por danos concorrenciais no Brasil**. Em: A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrential / Bruno de Luca Drago, Bruno Lanna Peixoto (coord.). São Paulo: Singular, 2018.

RUBINFELD, Daniel L. **Research Handbook on the Economics of Antitrust Law**. 2009.

SALOMÃO, Calixto. **Direito Concorrencial – As Condutas**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO (SDE). **Combate a cartéis na revenda de combustíveis**. 1ª ed., 2009.

_____. **Combate a cartéis e programa de leniência**. 3ª ed., 2009.

SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE. **Nota Técnica nº 24/2016 no Processo nº 08700.00788/2016-00. Articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas: estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de Acordos de Leniência e de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) no Brasil**. 2016.

VERBOVEN, Frank; VANDIKZ, Theon. **Cartel damages claims and the passing-on defense**. The Journal of Industrial Economics 0022-1821, Volume LVII, 2009.

VICENTINI, Pedro C. E. **Dano antitruste aos compradores diretos e indiretos: breves considerações sobre o pass-on effect nos regimes norte-americano, europeu e brasileiro**. Em: Em: A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrential / Bruno de Luca Drago, Bruno Lanna Peixoto (coord.). São Paulo: Singular, 2018.