

01

2013 - Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



Novas diretrizes da política antitruste brasileira: o consumidor e a atuação do Ministério Público na defesa de seus interesses

Deborah Batista Caixeta¹

RESUMO

Na concepção de um sistema de indenização de danos à concorrência, busca-se tanto a dissuasão quanto a compensação, como forma de assegurar uma proteção efetiva a todos envolvidos em uma relação econômica, principalmente o polo mais frágil desta, os consumidores. Não obstante, a otimização da política de combate a infrações à ordem econômica passa por um diagnóstico preciso do estágio de desenvolvimento de cada uma dessas duas frentes de atuação. Nessa esteira, o trabalho examina, num primeiro momento, a interface do Direito da Concorrência com outros ramos do Direito para situar o consumidor como objeto de proteção direta e efetiva do Direito Concorrencial. Em seguida, apresenta-se a possibilidade de execução privada da lei antitruste e o perfil das ações de reparação de danos concorrenciais no direito alienígena. Por fim, analisa-se a atuação do Ministério Público na execução da lei antitruste no Brasil, a fim de identificar alguns aspectos que interferem na coordenação entre domínio público e privado na execução da lei.

Palavras-chave: Antitruste – Dano – Responsabilidade civil concorrenciais – Reparação – Interesse público – Ministério Público.

ABSTRACT

A well-designed system for antitrust damages actions seeks as much deterrence as compensation in order to ensure effective protection to all those involved in an economic relationship, especially the weakest side: the consumers. Nevertheless, effective antitrust policy goes through a precise diagnosis of the development stage of its deterrent and compensatory aspects. Therefore, in the light of constitutional principles, the paper presents, first, an interface between competition law and other important areas of law to set the consumer as an object of direct and effective protection by Antitrust Law. Then, it presents the possibility of private enforcement of antitrust law as well as the profile of antitrust damages actions in foreign competition law system. Finally, it analyzes the performance of Brazilian Public Prosecutors in order to identify some aspects that negatively influence the coordination between public and private enforcement of antitrust law in the State.

Keywords: Antitrust – Damage – Civil Liability and Competition – Reparation – Public Interest – Public Prosecutor

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Assistente Técnica do Tribunal Administrativo do CADE. Email: deborah.caixeta@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O consumidor como objeto de proteção do Direito Concorrencial brasileiro: 2.1. A interpretação do Direito Concorrencial conforme os preceitos constitucionais; 2.2. A tutela direta e efetiva do consumidor pelo Direito Concorrencial 3. O domínio privado do Direito Concorrencial: a responsabilidade civil por danos à ordem econômica 4. A execução privada do Direito Concorrencial sob a perspectiva do direito alienígena: 4.1. Estados Unidos; 4.2. União Europeia 5. O Ministério Público e a aplicação privada do Direito Concorrencial na defesa dos interesses dos consumidores em juízo 6. Conclusão 7. Referências Bibliográficas

1. Introdução

O Direito Concorrencial brasileiro revelou-se substancialmente em 1946 quando a Constituição Federal previa expressamente em seu art. 148² que “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

A crescente intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares passou a denotar o domínio das linhas de ordem pública constitucional sobre as relações privadas. Fala-se em publicização do direito privado, em que as relações privadas, antes deixadas ao arbítrio dos particulares, obtêm nova relevância jurídica e conseqüente controle estatal.

Nesta linha, a liberdade de iniciativa e atuação empresarial, inserida em um contexto constitucional, há de ser exercida não somente com vistas ao lucro, mas também como instrumento de realização da justiça social, como forma de assegurar a todos uma existência digna.

É neste contexto que, não obstante as razões econômicas que levaram ao surgimento dos diplomas antitrustes nacionais e internacionais, os discursos da política concorrencial³ assumem contornos e princípios que oscilam conforme o tempo e o interesse público.

²BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em: 24 maio 2012.

³KHEMANI, R. Shyman: “Competition policy” in this context is defined in the broad sense as consisting of two parts – one which is commonly referred to as “antitrust” or “competition Law” and the other, which comprises micro-industrial policies such as tariff and non-tariff policies, foreign direct investment, unnecessary government intervention in the market place and economic regulation designed to prevent anti-competitive business practices by firms. [...] Competition itself can be broadly defined as “the rivalry between sellers for the patronage of buyers both in price and non-price terms”. (OCDE. *The Instruments of Competition Policy and their relevance for economic development*. 1996, p. 15. Disponível em:

Especial enfoque é dado neste trabalho ao consumidor enquanto objeto da lei antitruste no país, que merecem especial proteção, em razão da sua vulnerabilidade em relação à atuação dos agentes econômicos no mercado.

Especificamente em relação ao mercado, a inserção do consumidor num contexto econômico-social globalizado exigiu do legislador e dos juristas medidas de proteção do que se convencionou chamar *sociedade de massa*⁴, “na qual se verifica coexistirem inúmeras relações sociais, econômicas e políticas marcadas pelo desaparecimento da individualidade do ser humano, diante da padronização dos comportamentos e das regras correspondentes”⁵. Neste sentido, há uma especial preocupação em melhor sistematizar e disciplinar os meios processuais para a tutela judicial destes direitos.

O Código de Defesa do Consumidor⁶, por exemplo, proclama, entre outros objetivos, a criação de meios eficientes de repressão de todo abuso praticado no mercado de consumo, bem como a efetiva reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, nos termos do inciso VI, artigo 6º do Código.

Este propósito se torna ainda mais específico com relação à atuação dos agentes econômicos no mercado quando o próprio diploma antitruste brasileiro, Lei nº 12.529/2011⁷, preocupou-se em endereçar melhor a proteção dos interesses dos consumidores, possibilitando não apenas a execução pública das normas de concorrência, mas também a execução civil por meio da reparação dos danos decorrentes das infrações à ordem econômica, seja por meio da ação individual ou da coletiva.

O direito a indenização é uma ferramenta necessária para garantir o efeito útil das regras de concorrência. Hoje, no entanto, há pouca evidência de que os consumidores brasileiros estão exercendo plenamente seu direito à reparação dos danos sofridos por descumprimento dos preceitos concorrenciais. Isso decorre diretamente do fato de que (i) a política concorrencial ainda se encontra arraigada na teoria clássica do Direito Concorrencial,

<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/2697296.pdf>. Acesso em: 17 de maio de 2012).

⁴BENJAMIN, Antônio H; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 432.

⁵LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública – Nova Jurisdição Trabalhista Metaindividual – Legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001.

⁶BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm.. Acesso em: 15 maio 2012.

⁷BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 15 maio 2012.

a qual considera a concorrência em si como objeto único de proteção direta deste ramo do Direito e (ii) a execução privada do Direito Concorrencial exercida pelo Ministério Público na tutela dos direitos coletivos dos consumidores exerce funções próprias do domínio público da norma, o que afasta do objetivo precípua da responsabilidade civil, qual seja, a reparação efetiva do dano.

Ante o caráter interdisciplinar da temática sob análise, o trabalho, buscará averiguar uma melhor aplicação das leis, na sua ordem e na interpretação destas conforme a Constituição. O método do diálogo das fontes esclarece a lógica de tutela e proteção especial do sujeito consumidor, e possibilita uma visão unitária e coerente do Direito Concorrencial, conforme a Constituição, como o propósito de buscar uma mudança institucional do Direito Antitruste para situar o consumidor, e não apenas a concorrência em si, como objeto de proteção efetiva deste ramo do Direito.

Nessa esteira, discorrer-se-á, inicialmente, sobre o marco teórico em que as questões levantadas estão inseridas, procurando estabelecer um elo de conexão entre as diversas fontes de direito abarcadas pela matéria. Assim, apresentar-se-á (i) a interface entre o Direito Econômico e o Direito Concorrencial, princípios e objetivos perseguidos por cada um; e (ii) a interface entre Direito Concorrencial e Direito do Consumidor, políticas de proteção do bem-estar do consumidor. Em seguida, verificar-se-á a possibilidade de execução privada do Direito Concorrencial e a possibilidade de utilizar este Direito para haver a reparação dos danos decorrentes da infração a ordem econômica.

Posteriormente, averiguar-se-á o tratamento dado ao domínio privado do Direito Concorrencial tanto nos Estados Unidos, como na União Europeia, a fim de estabelecer um quadro comparativo sobre a finalidade que as ações de reparação de danos assumem no direito alienígena. Aqui, pretende-se levar à conclusão de que um sistema eficiente de combate às infrações à ordem econômica, desenhado para maximizar o bem-estar social, deve ser alinhado ao ponto em que o domínio público e o domínio privado exercem de forma eficiente as funções que melhor lhes cabem.

Por fim, será feita análise da atuação do Ministério Público e os objetivos até então perseguidos na defesa dos interesses dos consumidores em juízo, com relação a infrações a ordem econômica, a fim de identificar alguns aspectos que interferem na coordenação entre domínio público e privado do Direito Concorrencial brasileiro.

2. O consumidor como objeto de proteção direta e efetiva do direito concorrencial brasileiro

O Direito Concorrencial ou Direito Antitruste (expressão importada do direito concorrencial norte-americano) situa-se na intersecção entre Direito e Economia e contém em sua denominação elementos de ordem pública e privada, o que oferece um desafio doutrinário do ponto de vista de sua destinação.

Originariamente, o Direito Concorrencial foi desenhado, dentre outras, pelas teorias clássicas de Adam Smith e Richard Posner, segundo as quais, sob uma perspectiva econômica, o Direito Concorrencial é um meio de proteger a concorrência em si e fazer com que o mercado trabalhe e alcance eficiência econômica, ou seja, uma melhor alocação dos recursos escassos⁸.

Todavia, a atuação do Estado na busca em contornar as disfuncionalidades do mercado para restabelecer um ambiente de competição entre os agentes econômicos, acaba por resultar na politização do Direito Antitruste, o que confere ao processo concorrencial contornos de ordem constitucional.

Pelos diversos reflexos que a concorrência possui sobre determinado mercado – ora agindo sobre interesses dos consumidores, ora sobre interesses de empresas concorrentes, ora sobre interesse do próprio Estado – o instituto exerce inúmeras funções e persegue inúmeros objetivos.

Dentre a miríade de objetivos máximos que já foram atribuídos às normas de concorrência, Valentine Korah⁹ apontou: (i) promover eficiência econômica; (ii) promover a integração de mercado; (iii) proteger competidores; (iv) proteger pequenas e médias empresas; (v) proteger a liberdade política; (vi) promover uma competição viável; (vii) promover políticas culturais, ambientais e sociais; (viii) atender aos objetivos de leis nacionais; e (ix) resolver conflitos de objetivos.

A articulação desses objetivos em muito se relacionada com os objetivos políticos perseguidos pelo Estado, o que acaba por atribuir um caráter instrumental ao Direito Concorrencial, “uma técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação

⁸Segundo Posner “economic theory provides a solid basis for the belief that monopoly pricing, which results when firms create an artificial scarcity of their product and thereby drive price above its level under competition, is presumptively inefficient in the sense most commonly used by economists in discussing issue of monopoly and competition. Since efficiency is an important social value, this conclusion establishes a prima facie case for having an antitrust policy” (POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Second Edition. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2001, p. 2).

⁹KORAH, Valentine. *An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice*. Seventh Edition. Oxford: Hart Publishing, 2000.

de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência”¹⁰.

Neste sentido assevera Fábio Nusdeo que “a tutela da concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico são objetivos de caráter múltiplo, inseridos no próprio conjunto da política econômica de cada país, com o qual devem guardar necessária coerência. É por esse motivo que se tem observado, ao longo da história econômica dos vários países, posições e atitudes diversas frente aos mesmos. Tal diversidade tem refletido menos diferenças de cunho doutrinário e ideológico e muito mais as preocupações com metas assinadas para a economia de cada país em determinados momentos históricos”¹¹.

A partir desta concepção, pretende-se aqui propor uma mudança institucional, “não por um experimentalismo político vazio de valores e de discussão política, mas, sim, um bem-estruturado e debatido conjunto de valores e regras institucionais”¹², para situar o consumidor, e não apenas a concorrência em si, como objeto de proteção efetiva do direito antitruste brasileiro. Em outros termos, pretende-se demonstrar que a possibilidade de flexibilização na busca de valores democraticamente estabelecidos – respeitando sempre o conteúdo mínimo de garantia de igualdade nas condições de concorrência entre os agentes econômicos – confere ao Direito Concorrencial brasileiro segurança jurídica¹³ e, ao mesmo tempo, a possibilidade de aperfeiçoamento conforme os ditames constitucionais.

2.1. A interpretação do Direito Concorrencial conforme os preceitos constitucionais

A conjuntura política-econômica do século XIX foi caracterizada pelo “*laissez-faire*”, símbolo dos ideais liberais de Adam Smith, segundo o qual a “mão-invisível” do mercado orientava as decisões dos agentes econômicos na economia. A ideia representava um eufemismo para a ausência do Estado no domínio econômico, onde as livres forças do mercado se encarregariam de promover o bem-estar social.

Em razão dessa opção política, os fatos econômicos foram reservados ao domínio do direito privado comum, o que retirou o aspecto jurídico dos problemas relacionados a regulação da ordem econômica.

¹⁰FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 31.

¹¹Fábio Nusdeo, *apud* FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 155.

¹²SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 158.

¹³Entende-se aqui por segurança jurídica o reconhecimento de que o Direito Concorrencial como instituto normativo que pode perseguir diversos fins deve possuir um conteúdo mínimo necessário a ser preservado, não se admitindo a sua eventual desaplicação conforme os sabores conjunturais econômicos e políticos.

O final do século XIX e início do século XX foram marcados pela gradual ruptura do Estado Liberal que se ultimou em 1929 com a quebra da Bolsa de Nova Iorque. Desde o episódio, passou-se a admitir a incapacidade das forças do mercado em prover respostas e soluções coletivas para a crise econômica da época. A partir de então, mostrou-se necessário, portanto, a existência de uma parceria entre Estado e sociedade, entre Estado e mercado.

O Estado passou a intervir na atuação dos agentes econômicos, tradicionalmente caracterizada pelo individualismo e pela competição, para representar os interesses coletivos. Tais interesses não se referem somente às massas e às populações carentes, mas também aos interesses das classes produtivas, uma vez que nenhum agente conseguiria por si resolver a situação de crise, o que tornou necessária a intervenção do Estado no sentido de prover um resultado social mais efetivo.

Neste contexto, as Constituições dos países capitalistas do século XX inauguraram uma projeção ampliada das funções do Estado sobre o domínio econômico para garantia de uma ordem comum.

A expressão ordem remete à ideia de organização orientada para a atividade humana, ação conjugada que visa um fim comum consciente. Segundo a racionalidade weberiana, “a garantia estatal do direito não é imprescindível para nenhum fenômeno econômico fundamental, em se considerando o ‘fato’ do lado puramente conceitual. Mas ordem econômica de estilo moderno não pode ser levada a cabo sem uma ordem jurídica de características muito peculiares, tais como as que praticamente tornam possível a ordem estatal”¹⁴.

Neste sentido, aproximando a definição de ordem jurídica de Clóvis Bevilacqua¹⁵ ao conceito de ordem econômica, tem-se esta como uma regulamentação dos interesses humanos, segundo a ideia predominante no momento; uma sistematização das energias sociais na justa proporção de interesses colidentes.

Como se verá, a ordem econômica protegida constitucionalmente não possui um conceito pré-definido. Trata-se de uma definição construída a partir de uma ideologia constitucional adotada como base da política econômica, ou seja, a “ordem econômica”. Estes conceitos são ditames jurídicos estabelecidos para a *praxis* econômica a ser seguida em obediência a um discurso constitucional mais amplo. Embora não se aplique de forma

¹⁴SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 344.

¹⁵BEVILACQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, p.9-13.

generalizada, as Constituições modernamente elaboradas seguem “a trilha de reunir as normas de ação econômica mais consentâneas com as linhas mestras do regime político adotado”¹⁶.

Analisando a evolução legislativa brasileira, a primeira vez que a liberdade econômica alcançou níveis constitucionais foi na Carta Magna de 1934. Esta liberdade, no entanto, estava intrinsecamente ligada à ideia de que ao Estado é facultado intervir sobre a economia no resguardo de interesses maiores que aqueles dos agentes econômicos individualmente considerados – regulamentação que se fez presente para minimizar os efeitos da grande crise norte-americana de 1929.

Sobre os escopos políticos-sociais da Constituição de 1934, que assumiram dimensão concreta e não apenas abstrata, leciona João Bosco Leopoldino da Fonseca: “os objetivos a serem alcançados – existência digna, padrão de vida, condições de trabalho – são eminentemente concretos. O constituinte parte do pressuposto de que os homens somente serão livres, terão segurança, serão iguais, se, concretamente, tiverem condições de existência digna, um padrão de vida apropriado ao ser humano e condições de trabalho que o respeitem”¹⁷.

A partir da Segunda Guerra Mundial, a Inglaterra consolidou um conjunto de políticas assistencialistas associados aos direitos de cidadania – saúde, educação, moradia, emprego, etc – compreendidas como *Welfare State*. O Estado do Bem-Estar significou resposta à pressão exercida pelas massas urbanas industrializadas no sentido de uma equitativa distribuição de riqueza e dos benefícios gerados pelo progresso econômico.

Politicamente, o período representou o ápice da crise do capitalismo liberal e o intervencionismo estatal reinaugurado pelo Estado do Bem-Estar Social representou um mecanismo macroeconômico de planejamento desenhado de acordo com os ditames da política keynesiana¹⁸: “assegurar a possibilidade de conciliar o processo de acumulação do capitalismo, com uma moderada redistribuição de riqueza, através de benefícios sociais

¹⁶SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 312.

¹⁷João Bosco Leopoldino Fonseca *apud* GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Sergio Antoni Fabris, 2004, p. 51.

¹⁸Keynes, numa tentativa de solucionar o desemprego causado pela Grande Depressão de 1929, desenvolveu uma teoria segundo a qual o Estado deveria coordenar as diretrizes da economia, atuando incisivamente sobre as opções de oferta e demanda do mercado. O economista referia-se a necessidade da existência de um *Estado-providência*, atuando para proporcionar justiça social e equidade social, principalmente como uma forma de alcançar eficácia econômica. Segundo ele, o desemprego, além de socialmente, era, da mesma forma, economicamente indesejável, na medida em que, havendo um desaquecimento do consumo (por falta de condições monetárias), haveria, conseqüentemente, redução da produção (demanda gera oferta), e, por fim, estagnação econômica e social geral. Daí o termo política Keynesiana empregado no sentido de uma atuação estatal que busca conciliar progresso social e eficácia econômica. (NUNES, Antônio José Avelãs. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 585-604).

crescentes, que assegura legitimidade ao sistema democrático e a economia de mercado, ao mesmo tempo em que assegura o processo de acumulação, custeando a reprodução social da classe trabalhadora, e liberando os excedentes salariais desses trabalhadores para o consumo de bens e serviços ofertados pelo mercado”¹⁹.

Observa-se a necessidade de integração entre consumidor/produtor, ambos inseridos numa sociedade produção de massa. Neste contexto, a Constituição de 1946 adotou dentre outros princípios econômicos, o direito à livre concorrência, a defesa do consumidor e a repressão ao abuso de poder econômico.

Em meados de 1970, novas acomodações sucedem-se no sistema econômico com o avanço do capitalismo monopolista e da globalização, que vão desequilibrar a ordem criada anteriormente, sinalizando a falência do Estado de Bem-Estar Social. O Estado intervencionista e provedor direto já não é apto a atender as demandas sociais, o que resultou na ideia de Estado mínimo, mais regulador do que interventor.

A nova ordem econômica subdivide-se em dois estágios²⁰: primeiro, ocorreram privatizações e descentralizações e, posteriormente, a construção de uma capacidade administrativa institucional para gerenciar os diversos setores socioeconômicos. O Estado, embora não se substituísse ao mercado, passava a intervir minimamente nas suas disputas, por meio de normas e/ou institutos que, mesmo assegurando direito à propriedade e à liberdade de empresa como direitos fundamentais econômicos, não permitia abusos no seu exercício.

No tocante à Constituição Econômica de 1988, “estabeleceu regulação, de preferência à regulamentação requerida pelas Cartas anteriores com a retração do de ação do poder econômico público ante o fortalecimento do poder econômico privado”²¹.

Pode-se dizer que o Direito Concorrencial é parte integrante de um sistema constitucional global, mais especificamente do que Washington Peluso Albino de Souza chama de Constituição Econômica, a qual funciona, tal como os direitos fundamentais, “como limite e sentido necessário da liberdade de decisão política e de conformação legislativa, definindo as respectivas fronteiras, que não podem ser ultrapassadas, e determinando o respectivo sentido, que não pode ser invertido ou desviado”²².

¹⁹MAGALHÃES, José Antônio Fernandes de. *Ciência Política*. Brasília: Vestcon, 2005, p. 201.

²⁰SOUZA, Celina. *A nova gestão pública em Gestão Pública: desafios e perspectivas*. In: Fundação Luís Eduardo Magalhães. *A gestão pública: desafios e perspectivas*. Salvador: FLEM, 2001, p. 56.

²¹SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 431.

²²SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 12.

O Direito Concorrencial não constitui, portanto, uma realidade autônoma, o que leva à sua interpretação sempre dentro do contexto da Constituição, pelo fato do seu valor ser essencialmente heurístico e operativo.

O papel que o Direito Concorrencial tem assumido hodiernamente em muito se relaciona com a assunção do papel regulador pelo Estado. Este decide retirar-se da intervenção econômica direta (exercida pela prestação de uma vasta gama de serviços) para organizar as relações sociais e econômicas, não se restringindo a um mero exercício passivo do poder de polícia sobre o mercado²³.

Setores da economia, sejam eles regulados ou não, submetem-se a uma disciplina antitruste incisiva que não se limita a sancionar atos ilícitos, mas passa a impor comportamentos, típico da atividade regulatória buscando implementar os objetivos perseguidos pela política socioeconômica. Fale-se, assim, em liberalismo constitucional, em que a ação do Estado procura garantir as liberdades individuais, mas, ao mesmo tempo, interfere pontualmente para a consecução dos fins estabelecidos constitucionalmente.

O Estado regulador assume posição ativa, por isso se falar em direito concorrencial instrumental na medida em que o instituto procura atuar sobre os comportamentos no mercado com o intuito de alcançar outros objetivos perseguidos pelas políticas econômicas, como se observou da história de aplicação da legislação concorrencial no Brasil. A partir desta postura ativa pode-se considerar o Direito Concorrencial como instrumento de implementação de política públicas econômicas.

As atividades de institucionalização do antitruste, no entanto, não mais correspondem ao antigo interesse de eficiência econômica, mas sim de um consenso sobre interesses políticos envolvidos no controle do ambiente econômico. Por um lado, há um elemento de confiança na proposição de que manter a competição promove substancialmente o uso eficiente de recursos. Por outro lado, a opção por um nível mínimo de competição a ser subscrito por políticas públicas, mesmo apoiadas em substanciais argumentos econômicos, repousa basicamente em julgamentos políticos. Deste modo, conclui John Kenneth Galbraith,

²³Tradicionalmente, a aplicação pura e simples do Direito Antitruste se diferencia da regulação de mercado basicamente pela forma de intervenção. Segundo Calixto Salomão Filho “a atuação do direito antitruste é essencialmente passiva, controlando a formação de estruturas e sancionando condutas. Trata-se do que a doutrina administrativista costuma chamar de atos de controle e fiscalização, através dos quais o Estado não cria a utilidade pública, limitando-se a fiscalizá-la ou controlá-la. Já a regulação não pode se limitar a tal função. É preciso uma intervenção ativa, que não se restringe ao controle, mas à verdadeira criação da utilidade pública através da regulação. A utilidade pública, nos setores reguláveis, consiste exatamente na efetiva criação de um sistema de concorrência” (FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37). Neste sentido, mesmo sendo distinta a operacionalização das duas tutelas, as duas se interrelacionam entre si.

“livre concorrência, assim chamada, há muito é considerada mais um conceito político do que econômico”²⁴.

A disciplina da concorrência se insere, assim, em um contexto de dupla instrumentalidade – por um lado, “organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando a sua disposição normas e instituições e, por outro, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas”²⁵.

Tendo por base este princípio, o artigo prossegue com o objetivo de verificar em que medida o Direito Concorrencial pode ser utilizado como instrumento de implementação de políticas destinadas a proteção direta e efetiva do consumidor, sujeito igualmente protegido pelas normas econômico-constitucionais.

2.2. A tutela direta e efetiva do consumidor pelo Direito Concorrencial

Os direitos relacionados à proteção do consumidor são típicos das sociedades capitalistas industrializadas, onde os riscos do progresso devem ser compensados por uma legislação protetiva.

Não se pode negar que a disposição desses direitos na Constituição Federal de 1988 é fruto do processo de institucionalização do direito social e econômico, sobretudo sob a perspectiva internacional. Conforme identificado por Cláudia Lima Marques, “a ONU (Organização das Nações Unidas), em 1985, estabeleceu diretrizes para esta legislação e consolidou a ideia de que se trata de um direito humano de nova geração (ou dimensão), um direito social e econômico, um direito de igualdade material do mais fraco, do leigo, do cidadão civil nas suas relações privadas frente aos profissionais, os empresários, as empresas, os fornecedores de produtos e serviços, que nesta posição são experts, parceiros considerados “fortes” ou em posição de poder”²⁶.

Nota-se, então, que em 1988, a Constituição Federal do Brasil reconheceu o consumidor como novo sujeito de direitos. Sujeito este que assume um papel social e

²⁴“Free competition, so called, has for long been a political rather than an economic concept” mencionado por Richard Hofstadter, em *What happened to the Antitrust movement* em GOLDSCHMID, Harvey J.; HANDLER, Milton; PITOFKY, Robert and WOOD, Diane P.. *Trade Regulation: cases and materials*. Forth edition. New York: The Foundation Press, Inc., 1997, p. 12.

²⁵GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

²⁶BENJAMIN, Antônio H; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

econômico e possui direitos e interesses legítimos – individuais ou de um grupo identificável ou não. Portanto, faz-se necessário assegurar a sua proteção constitucionalmente, tanto como direito fundamental individual previsto no inciso XXXII, do artigo 5º, quanto como princípio da ordem econômica nacional no artigo 170, inciso V da Constituição de 1988²⁷.

A dupla proteção conferida pela Constituição enseja não somente uma abstenção do Estado quanto aos direitos políticos e às liberdades individuais, mas também uma atuação afirmativa do Estado em favor dos consumidores, como uma consequência da inserção dos direitos econômicos e sociais no rol de direitos fundamentais – direitos de segunda dimensão.

Daí o registro de Eros Roberto Grau de que, “a par de consubstanciar, a defesa do consumidor, um modismo modernizante do capitalismo – a ideologia do consumo contemporizada – afeta todo o exercício de atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo, como se apura na leitura do parágrafo único, II do art. 175. O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste como dos demais princípios de que tenho cogitado, é inquestionável”²⁸.

Sob o aspecto infraconstitucional, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – como instrumento específico de proteção do consumidor, que resguarda, dentre outros, o direito à liberdade de escolha e à prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais ou coletivos.

É correta a posição adotada por Werson Rêgo e Oswaldo Rêgo, com apoio no magistério de Sérgio Cavalieri Filho, que concebe o Código de Proteção e Defesa do Consumidor como uma “estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável em toda e qualquer área do direito onde ocorre uma relação de consumo, justamente em razão da dimensão coletiva que assume, vez que composto por normas de ordem pública e de interesse social”²⁹.

Em que pese o direito concorrencial não abarcar as relações de consumo, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, o bem-estar do consumidor é, de alguma maneira, sempre perseguido pela praxe concorrencial, seja como uma missão, uma política pública, uma possível consequência do processo de concorrência ou mesmo como um objetivo expressamente previsto pela legislação concorrencial³⁰.

²⁷BENJAMIN, Antônio H; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29.

²⁸GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 272-273.

²⁹RÊGO, Werson e RÊGO, Oswaldo. O Código de Defesa do Consumidor e Direito Econômico. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, p. 9. Disponível em: http://www.smithedantas.com.br/texto/cdc_dir_econ.pdf. Acesso em: 12 de junho de 2012.

³⁰Segundo pesquisa elaborada pela Autoridade da Concorrência da Holanda, em muitos países, as leis concorrenciais procuram proteger o processo de livre competição para assegurar a alocação eficiente de recursos

O termo “bem-estar do consumidor” possui usos variados e significados diferentes na vasta literatura jurídica e econômica. Em termos econômicos, o bem-estar do consumidor é definido a partir dos benefícios que podem advir do processo competitivo entre as empresas: redução de preço, melhor qualidade, maior variedade de produtos e serviços e inovações.

Embora não haja uma definição explícita do que venha a ser o “bem-estar do consumidor”, a prática concorrencial brasileira é governada por princípios de ordem constitucional, nos quais a definição está indiretamente incorporada. O bem-estar do consumidor é alcançado quando atendidos os princípios que regem a ordem econômica, como já mencionados, a livre iniciativa, a função social da propriedade, a proteção do consumidor e a restrição ao abuso de poder econômico, tal como disposto no artigo 1º da Lei 12.529/2011³¹.

A despeito de haver proteção expressa do consumidor pela legislação concorrencial brasileira como princípio a ser perseguido, ainda que fosse omissa neste sentido, a força normativa da Constituição vincula os Poderes do Estado e os intérpretes das leis ordinárias como uma espécie de guia de atuação positiva e funcional. Em outras palavras, a Constituição seria a garantia e o limite de um ordenamento jurídico constituído sob seus sistemas de valores, o qual inclui a defesa do consumidor como um princípio geral para os diversos ramos do direito³².

De fato, não há dúvidas de que o bem-estar do consumidor é sempre, em alguma medida, perseguido pela legislação antitruste, seja como um valor constitucional caracterizador da ordem econômica, ou como parâmetro de aferição dos comportamentos prejudiciais a concorrência. Não obstante, o que se pretende averiguar é se o Direito Concorrencial pode ser usado como medida de proteção direta e efetiva do sujeito consumidor.

escassos. Algumas autoridades afirmam que a maximização da eficiência econômica provocará em última instância benefícios aos consumidores, incluindo redução de preços e custos, aprimoramento e inovação em qualidade, variedade e prestação de serviços. Verdade é que na maioria das Autoridades questionadas, o bem-estar do consumidor é considerado como um objetivo subjacente da execução das leis antitrustes em suas jurisdições. (NMA. *Competition Enforcement and Consumer Welfare Setting the Agenda*. 10th ICN Annual Conference. 2011, p. 9-12. Disponível em: <http://www.atp.nl/nma/image.php?id=146&type=pdf>. Acesso em: 07 de março de 2012).

³¹ Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

³² BENJAMIN, Antônio H; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 34.

Algumas jurisdições distinguem “proteção do consumidor” de “bem-estar do consumidor”. A autoridade da concorrência da Coreia³³, por exemplo, afirma que o bem-estar do consumidor é alcançado quando melhores produtos são fornecidos por menores preços por meio do aumento da competição entre os agentes; enquanto a proteção do consumidor busca prevenir danos aos consumidores resultantes de atividades ilícitas das empresas. Em outros termos, a defesa do consumidor pode ser vista como uma atividade normalmente realizada sob o poder de fiscalização do consumidor, enquanto o bem-estar do consumidor é uma medida ou um objetivo a ser alcançado.

Alguns doutrinadores sustentam que no Direito Concorrencial, contrariamente ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, “a tutela do consumidor é apenas mediata, ao passo que a livre iniciativa e a livre concorrência são bens imediatamente tutelados” e que, nas decisões antitrustes, a proteção ao interesse do consumidor, quando existente, é não raro utilizada como mero elemento argumentativo³⁴.

Por outro lado, outros doutrinadores defendem que a origem e os fundamentos do Direito Concorrencial, como analisado no item anterior – inserido no contexto do que se conhece por constituição econômica –, é bastante para se concluir que este ramo do direito infraconstitucional possui, dentre seus escopos, o de tutelar diretamente o consumidor.

Carlos Jacques Vieira Gomes, ao citar Luís Cabral de Moncada, demonstra que a lei de defesa da concorrência pode atuar na defesa imediata do consumidor, na medida em que o dirigismo econômico é, antes que um fator de regulação de mercado, uma forma de se aplicar os princípios fundamentais da sociedade democrática. Nas palavras do citado autor, “não é só por razões econômicas que se defende a concorrência. É também por razões de ordem política, pretendendo-se impedir e combater concentrações excessivas de poder econômico privado ou público, no pressuposto de que o resultado respectivo, ou seja, o dirigismo econômico é susceptível de por em causa a transparência do funcionamento do mercado e o controle pelo público consumidor por ele potenciado do andamento dos preços e quantidades dos bens e serviços, bem como, a autenticidade das necessidades, numa palavra, a soberania do consumidor”³⁵.

A distinção entre proteção do consumidor e bem-estar do consumidor em muito se aproxima da competência atribuída à lei concorrencial, se deve estar restrita à proteção do

³³BENJAMIN, Antônio H; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 32.

³⁴FORGINONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 261.

³⁵GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 209.

processo competitivo entre os agentes, ou se destinada a atuar afirmativamente na defesa dos interesses do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, prevê a participação de diversos órgãos públicos e entidades privadas, bem como o incremento de vários institutos como instrumentos para a realização de políticas destinadas a proteção do consumidor.

O referido Código pretende integrar os esforços dos mais diversos segmentos que têm contribuído para a evolução da defesa do consumidor no Brasil. Assim institui o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC nas diversas unidades da Federação, e estabeleceu que a sociedade civil participará conjuntamente na implementação efetiva dos direitos do consumidor e para o respeito da pessoa humana na relação de consumo.

Quando da edição do CDC, integravam o SNDC a Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, por meio do seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e entidades civis de defesa do consumidor³⁶.

Por oportuno, cabe observar que existia uma sobreposição de competências sobre a Secretaria de Direito Econômico – órgão que, até 2011, com a promulgação da Lei 12.529/2011, integrava o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica – SBDC –, até então responsável tanto pela aplicação das leis concorrenciais como da lei específica de defesa do consumidor.

Desta forma, para além da repressão ao abuso de poder econômico, há um intuito de proteção efetiva do consumidor enquanto sujeito vulnerável nas relações de mercado por parte do SBDC. Essa tutela deve ser direcionada a efetivação de todos os direitos a eles garantidos, dentre eles a reparação individual dos danos sofridos em razão de infrações à ordem econômica.

Tanto é assim que a Lei nº. 12.529/2011 previu expressamente em seu artigo 47 a possibilidade de reparação de danos decorrentes de infrações a ordem econômica³⁷. Entretanto, a despeito de haver previsão legal sobre a possibilidade de obter uma indenização pelos danos sofridos, não existe atualmente, no sistema jurídico brasileiro, uma base processual, doutrinária ou jurisprudencial que possibilite o exercício deste direito.

³⁶Atualmente, conforme o [art. 2º do Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997](#), o sistema é integrado pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e as entidades civis de defesa do consumidor.

³⁷O art. 47 da Lei n. 12.529/2011 assim dispõe: 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.

3. O domínio privado do Direito Concorrencial: a responsabilidade civil por danos à ordem econômica

O Direito Concorrencial é um instrumento estatal de regulação de mercado e, como limitador da atividade dos agentes econômicos, aproxima-se, em diversas situações, dos institutos do direito privado.

Numa visão econômica simplista, o mercado é entendido como o local em que os agentes econômicos (produtores, fornecedores e consumidores) estabelecem as suas relações comerciais. Esse conceito, no entanto, é ampliado quando considerada a influência mútua que direito e economia exercem sobre si.

Neste contexto, o mercado deve ser entendido como um conjunto de normas que conferem organicidade e unicidade a Ordem Econômica. Tal como definido por German Coloma, o mercado, em sua acepção geral, é uma criação jurídica que consiste em uma série de normas que são essencialmente as que definem os direitos de propriedade, direitos e obrigações contratuais, e as normas de responsabilidade civil extracontratual para abarcar relações não contempladas nos contratos³⁸.

Deve-se ter em mente que o substrato do direito privado é composto por dois tipos de normas, que desaguam sobre a disciplina da atuação das empresas: “(i) aquelas originadas dos agentes privados em sua prática e que viabilizam a fluência das relações no mercado e (ii) aquelas nascidas de autoridades exógenas aos empresários que, partindo da lógica empresarial, devem introduzir no jogo jurídico a proteção de interesses que não aqueles dos empresários”³⁹.

Desta forma, sob uma perspectiva de desenvolvimento histórico-constitucional, a disciplina da atividade econômica assume estes dois aspectos: “de um lado, temos as normas esculpidas pelos comerciantes, conforme suas necessidades; de outro, as normas que procuram (sem abortar a lógica do funcionamento do mercado) proteger interesses além daqueles dos mercadores, dos comerciantes, das empresas, subjugando o determinismo econômico”⁴⁰.

Para os fins perseguidos por este artigo, deve-se dar especial atenção a aplicação do instituto da responsabilidade civil ao direito concorrencial.

³⁸Coloma, *apud* SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da Concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 55.

³⁹FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 508-509.

⁴⁰FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 511.

Sabe-se que na ordem jurídica, onde houver um dever de conduta, sua violação acarreta ao infrator a obrigação de responder por sua reparação, ou pelas suas consequências definidas nas diferentes áreas do Direito. Nas palavras de Ana Frazão, trata-se de “um fato social, revelador de que o agente descumpriu um dever jurídico quando poderia ter agido de forma diferente”, ou seja, a partir de um “padrão de conduta socialmente exigível do agente”, é possível aferir o grau de reprovabilidade de sua conduta e, por conseguinte, a sua responsabilidade civil por ter lesionado o patrimônio alheio, em seus aspectos econômicos e morais⁴¹.

Outro relevante aspecto é que a responsabilidade civil surge principalmente a depender dos interesses qualificados que foram violados⁴². Daí a concepção da possibilidade de execução da lei concorrencial no sentido de que, identificado o ato ilícito – e, conseqüentemente, o auto grau de reprovabilidade da sua conduta – e o fato de que a lei se presta a resguardar valores constitucionalmente protegidos, é possível haver a responsabilização dos infratores pelos danos impostos pela sua conduta.

Contudo, o manejo da legislação concorrencial, de ordem pública, na esfera privada ainda encontra certa resistência no meio, onde persiste o entendimento de que leis públicas devem ser administradas exclusivamente por oficiais públicos, particularmente no Brasil, onde o governo parece ser o único ator com recursos e credibilidade necessários para a efetiva aplicação de políticas. Atores privados, em muitos casos, podem não ter o interesse, o recurso e a expertise para fazerem valer as normas públicas⁴³.

Em verdade, o entusiasmo na possibilidade de execução privada das leis públicas diminuiu com o crescimento do senso de que a litigância privada, dentre todas as outras possíveis, se tornou um entrave na atividade de produção. Teme-se que ações privadas descoordenadas para deter comportamentos sociais não desejáveis resultaria em prejuízos para comportamentos sociais benéficos.

Teorias do Estado Liberal contribuíram para uma visão desfavorável sobre a execução privada das normas de direito público. O Estado Natural, anterior ao próprio desenvolvimento do Estado, repousava exclusivamente na execução pelos particulares das normas que regulavam o comportamento social. O Estado assumiu para si o monopólio sobre a execução

⁴¹FRAZÃO, Ana. *Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade* : um exame a partir do direito comparado. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011.

⁴²FRAZÃO, Ana. *Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade* : um exame a partir do direito comparado. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011.

⁴³E aqui, pode-se fazer uma aproximação entre as dificuldades de manejar a responsabilidade civil com relação ao direito concorrencial em razão dos obstáculos que o particular enfrenta quando se deve provar a própria conduta ilícita para obter a reparação do dano sofrido.

das leis como uma forma de induzir as pessoas a direcionar os esforços gastos com autoproteção às atividades mais produtivas – um mecanismo de realocação dos recursos humanos na atividade econômica e não nas atividades próprias de Estado. “A execução pública das leis não era simplesmente mais eficiente, mas também a mais genuína expressão de políticas públicas”⁴⁴.

O Estado Moderno logo criou seus próprios argumentos para a exclusividade na aplicação das leis e isso se explica pela própria racionalidade burocrática weberiana. “Os burocratas, servidores do Estado, sujeitos ao controle do Estado, estariam mais bem preparados para aplicar políticas de execução mais racionais do que os atores privados, os quais, não sujeitos ao controle burocrático, poderiam estar sujeitos a motivos irracionais, como o desejo de vingança”⁴⁵.

A reintrodução da aplicação privada das leis esteve ampara em uma releitura da teoria naturalista do Estado. Doutrinadores, embasados na teoria retributiva, argumentaram que “a execução privada é justificada se os litigantes vindicam direitos naturais preexistentes, mas não é justificada se baseadas em legislação que buscam maximizar o bem-estar geral”⁴⁶. Teorias mais modernas, no entanto, são concernentes com ambos os direitos individuais e o bem-estar social.

Noções mais amplas sobre os direitos dos cidadãos aumentaram a gama de leis sujeitas a execução privada. A aplicação privada pode particularmente ser vista como uma atividade participativa em que os indivíduos e grupos sociais disputam cada vez mais entendimentos pluralísticos sobre o interesse público. Concomitantemente, o crescente sentimento pluralista sobre os fins públicos cria um ceticismo sobre a capacidade de políticas legislativas serem os únicos fóruns de mediação de interesses conflitantes.

A racionalidade na aplicação de leis antitruste para a compensação de danos recebeu tímida dedicação nos debates acadêmicos sobre a execução das leis antitrustes. Algumas teorias contrárias ao uso das ações reparatórias neste campo foram desenvolvidas em razão das dificuldades materiais, e principalmente, processuais que a matéria enfrenta, como a identificação e o cálculo do dano.

Esse argumento, entretanto, parece não sustentar as objeções contra essas ações, porquanto, em muitas ações por danos em decorrência de quebra contratual, a incidência final

⁴⁴ROACH, Kent and TREBILCOCK, Michael J.. *Private enforcement of competition law*. Osgoode hall law journal. 1996. Vol. 34, n. 3, p. 461-508. Disponível em: <http://www.ssrn.com/>. Acesso em: 14 de junho de 2012.

⁴⁵MAGALHÃES, José Antônio Fernandes. *Ciência Política*. Brasília: Vestcon, 2005.

⁴⁶Pichar e Brudner, *apud* ROACH, kent and TREBILCOCK, Michael J.. *Private enforcement of competition law*. Osgoode hall law journal. 1996. Vol. 34, n. 3, p. 461-508. Disponível em: <http://www.ssrn.com/>. Acesso em: 14 de junho de 2012.

de uma perda não compensada é igualmente difícil de ser determinada, e isto não foi considerado uma objeção persuasiva para a adjudicação de indenizações por danos decorrentes deste fato⁴⁷.

Isso significa que a indenização a ser aplicada em outros ramos do direito não deve necessariamente repousar sobre a noção de justiça distributiva, mas pode assumir uma postura de justiça corretiva, segundo a qual, se uma parte viola a autonomia de outra, uma obrigação legal é reconhecida para fazer aquela corrigir as consequências da irregularidade praticada, buscando restaurar a integridade da vítima e arcar com o dano a ela causado⁴⁸.

Nesta linha, e considerando a ampliação do escopo de proteção constitucional aos direitos sociais e difusos, houve transformações significantes no Direito Privado, ensejando a sua socialização e modernização, p. ex., a admissão da responsabilidade objetiva na relação entre grupo e indivíduo para o ressarcimento do dano em razão do risco da atividade para toda a sociedade, como um mecanismo corretivo e não apenas reparatório. O mesmo se aplica ao desenvolvimento de “novas técnicas processuais em virtude da necessidade de atender determinados imperativos sociais ou corrigir certas situações fáticas”⁴⁹, como a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança Coletivo e a Ação Popular.

A reclamação por indenizações, embora seja um instrumento de satisfação pessoal, resulta em efeitos socialmente benéficos, como a dissuasão de novas infrações, ao aumentar a probabilidade de o agente infrator arcar com a responsabilidade e os custos pela violação da lei, efeito este amplamente reconhecido, especialmente, no âmbito antitruste.

Os Estados Unidos, por exemplo, tem reconhecido, desde a promulgação da Lei Clayton, em 1914, que as ações privadas de reparação de danos têm sido uma arma importante na luta contra o comportamento anticoncorrencial. Tribunais norte-americanos há muito tempo reconheceram que a aplicação vigorosa das leis antitruste por meio de ações privadas por danos complementa a execução pública da lei, dissuadindo significativamente os agentes de infringirem as normas antitruste.

O art. 47 da Lei 12.529 de 2011, por sua vez, igualmente pode ser interpretado segundo essa linha corretiva do direito, que, não obstante busque a reparação dos danos

⁴⁷Nesta seara ainda perceptível os esforços de predição futurístico quando do cálculo dos lucros cessantes que, juntamente com os prejuízos, compõem os danos. Mesmo raciocínio se aplica quando do cálculo de indenizações por perda de uma chance.

⁴⁸COOTER, Robert e ULEN, Thomas (trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa). *Direito & Economia*. 5ª Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 381.

⁴⁹MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo e MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 260.

sofridos, pode ser visto como um mecanismo de dissuasão de prática anticompetitivas e, concomitantemente, instrumento para tornar a defesa do consumidor mais efetiva.

Nesta linha, ao contrário do que o senso comum sugere, o domínio da Lei Antitruste não é reservado apenas às autoridades administrativas concorrenciais e ao domínio público em geral, inclusive com técnica de que o Estado lança mão para consecução de políticas públicas. Este ramo do direito consiste, igualmente, de instrumento de manejo na esfera privada, inclusive, por meio de ações civis de reparação de danos⁵⁰.

A racionalidade perseguida pelo domínio privado é variável conforme a cultura concorrencial de um país e pode ser tanto compensatória quanto dissuasória. A compensação consiste em restaurar o *status quo ante* da parte lesada, enquanto o objetivo dissuasório procura “identificar um ponto ótimo de violações que devem ser eliminadas e que impeça lucros indevidos por meio da conduta ilícita, impondo custos a possíveis infratores”⁵¹. O domínio público, por sua vez, é substancialmente sancionador, que visa aplicar multas e, conseqüentemente, dissuadir práticas futuras.

Isso demonstra que ambos os domínios público e privado do direito concorrencial estão intimamente relacionados, principalmente quando buscam desestimular a prática anticompetitiva e impor ao infrator o ônus de arcar com os custos da sua conduta ilícita.

Não obstante, a otimização da política de combate a infrações à ordem econômica passa por um diagnóstico preciso do estágio de desenvolvimento de cada uma dessas duas frentes de atuação. Isso significa que mecanismos de coordenação entre as duas esferas devem ser estabelecidos, de forma a evitar ineficiências do sistema que decorrem de possível sobreposição de funções entre o domínio público e privado do Direito Concorrencial. Em outros termos, ineficiência que podem ser provocadas quando um domínio se furta de suas funções próprias para buscar objetivos que são alcançados no outro de forma mais eficaz.

O artigo, assim prossegue para averiguar qual é o tratamento dado ao domínio privado do direito concorrencial nos Estados Unidos, bem como na União Europeia, a fim de

⁵⁰No presente artigo, adota-se a Teoria das normas de coordenação e subordinação de Yellinek, segundo a qual uma norma é de Domínio Público quando rege relações de sujeitos que estão em plano de desigualdade, ou seja, um manda e o outro obedece. Enquanto o Domínio Privado se extrai das relações horizontais, em que as partes relacionadas possuem equidade de tratamento. Por isso, fala-se em Domínio Privado mesmo quando o Ministério Público, por meio de Ação Civil Pública, requer a reparação de danos morais coletivas na tutela de interesses difusos e coletivos. Neste hipótese, mesmo autanto na defesa de interesses sociais, o Ministério Público assume o papel de parte privada na ação, aplicando-lhe todas a disposições e limitações processuais do Código Civil, principalmente com relação ao ônus da prova do dano.

⁵¹HOVENKAMP, H. . *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*. Third Edition. Iowa: Thomson West, 2005, p. 657.

estabelecer um quadro comparativo sobre a finalidade que as ações de reparação de danos assumem no direito alienígena.

4. A execução privada do direito concorrencial sob a perspectiva do direito alienígena

4.1. Estados Unidos

O Estados Unidos é reconhecido por sua consolidada e tradicional experiência no domínio privado do Direito Concorrencial. Desde a década de 60, as ações privadas representam a principal forma de execução da política concorrencial no país, superando, em números consideráveis, os casos levados a Corte pelo *Federal Trade Commission* e pela *Antitrust Division of the Department of Justice* – autoridades administrativas concorrenciais. Dados de 2004 demonstram que as ações privadas representam aproximadamente 95%⁵² das ações concorrenciais levadas a Suprema Corte.

O país, com relação à função compensatória das ações privadas, adota o sistema do *treble damages* (dano triplo). Trata-se de um mecanismo que possibilita multiplicar por três o valor a ser indenizado às vítimas por suas perdas reais. Contrariamente do que se qualifica como *punitive damages*, danos aplicados como uma forma de sancionar o infrator por violar os preceitos normativos de forma a impedir que a infração se repita⁵³.

Os danos punitivos possuem natureza “quase-penal” e justificam-se para preencher lacunas entre o direito civil e criminal⁵⁴. A racionalidade deste tipo de dano é justamente permitir a sociedade, por meio de ações privadas, a punir condutas ofensivas que muitas vezes são desconsideradas na esfera pública.

⁵²Dados de 2004 disponíveis em estudo realizado pela OCDE em 2007. OECD. *Private Remedies 2007*. DAF/COMP(2006)34. Jan. 2008, p. 260. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/39892177.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2012.

⁵³OECD. *Private Remedies 2007*. DAF/COMP(2006)34. Jan. 2008, p. 231. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/39892177.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2012.

⁵⁴AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Punitive damages and business tort: a practitioner's handbook*. Chicago: ABA Publishing, 1998. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=XsOs7UYwzMcC&pg=PA18&lpg=PA18&dq=treble+damages+v.+punitive+damages+US&source=bl&ots=7Alt7AHT-x&sig=2gz12-6wGg9PKJbq7rNGKgO5dFg&hl=pt-BR&sa=X&ei=K018UKfjD5Lc8wT8t4CwBw&ved=0CHsQ6AEwCO#v=onepage&q=treble%20damages%20v.%20punitive%20damages%20US&f=false>. Acesso em: 04 de agosto de 2012.

Os danos punitivos geralmente são aplicados a situações em que não é possível alcançar os requisitos para a reparação civil, seja porque é difícil estabelecer o nexo de causalidade ou porque muitas vezes o dano é oculto. Aplicam-se ainda a situações em que os danos causados são, em sua maioria, intangíveis, como dor, sofrimento ou ofensa a dignidade humana, ou seja, injúrias não compensáveis.

A natureza dos *treble damages* ainda é muito discutida na doutrina e jurisprudência norte-americana. Por um lado, é considerado um mecanismo para se alcançar a compensação total do dano concorrencial, uma vez que fornece uma aproximação ao dano realmente causado pela infração anticompetitiva – aqui consideradas todas as dificuldade em acessar e quantificar o exato dano sofrido. Por outro lado, ele assume caráter punitivo. Como explica Hovenkamp, a princípio, a racionalidade do sistema era a punição do infrator. Com o tempo, este argumento moral cedeu espaço ao argumento geral sobre a função dissuasória de que, como nem todas as infrações concorrenciais podem ser detectadas, uma regra que conceda apenas danos simples tornaria as violações concorrenciais rentáveis⁵⁵.

Não obstante a controvérsia sobre a questão, nota-se que nos Estados Unidos não é possível a condenação a título de *punitive damages* por violações ao Direito Concorrencial, admitida somente a condenação em *treble damages*.⁵⁶ Neste termos, o parágrafo 4 do Clayton Act, diploma que compõe a legislação antitruste norte-americana, dispõe: “qualquer pessoa que seja prejudicada em seus negócios ou em sua propriedade por razões quaisquer que sejam proibidas pelas leis antitrustes devem processar para haver a recuperação do dano por ele sofrido multiplicado por três (...)”⁵⁷.

Isso significa que, em se tratando de violação antitruste, a condenação na esfera privada será sempre amparada na comprovação de um dano real e efetivo, ainda que ele seja de difícil mensuração. Em outros termos, não é possível a indenização por danos intangíveis, visto que, nos termos do enunciado do parágrafo 4 do Clayton Act, são recuperáveis apenas os

⁵⁵HOVENKAMP, H. . *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*. Third Edition. Iowa: Thomson West, 2005, p. 666.

⁵⁶ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Spence v. Southeastern Alaska Pilots' Ass'n*, 789 F. Supp. 1014, 1029 (D. Alaska 1992). Disponível em: <http://statecasefiles.justia.com/documents/maine/superior-court/CUMcv-00-203.pdf>. Acesso em: 16 de setembro de 2012.

⁵⁷Clayton Act § 4: any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee. The court may award under this section, pursuant to a motion by such person promptly made, simple interest on actual damages for the period beginning on the date of service of such person's pleading setting forth a claim under the antitrust laws and ending on the date of judgment ... (grifo nosso). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Clayton Antitrust Act** de 15 de outubro de 1914. Reforça o regime das leis antitruste dos Estados Unidos da América procurando prevenir práticas anticompetitivas em sua incipiência. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/15>. Acesso em: 04 de junho de 2012.

danos causados aos negócios e a propriedade do requerente, danos estes, auferíveis materialmente.

Por fim, ainda que se assuma o caráter punitivo dos *treble damages*, ele mostra-se minimamente justificável no cenário concorrencial norte-americano. Como verificado inicialmente, em razão da sua tradição e da magnitude que as ações privadas representam na execução das leis concorrenciais, o domínio privado apresenta-se, hoje, como o mecanismo mais eficiente na execução da política concorrencial do país, legitimando as funções compensatória e punitiva que pode assumir.

4.2. União Europeia

Na União Europeia, assim como no sistema norte-americano, admite-se, concomitantemente, a execução pública e privada das leis concorrenciais. No entanto, contrariamente ao cenário estabelecido nos Estados Unidos, o domínio privado possui tímida expressão na execução da lei antitruste.

Alguns Estados-Membros, como a Itália e Alemanha, perseguem além da mera função compensatória do domínio privado, um objetivo distinto de dissuadir o infrator por meio de danos punitivos (não no sentido dos *punitive damages* norte-americano).

Ocorre que, o elemento punitivo do dano é verificado pela simples compensação dos danos reais sofridos, mas que, por diversas razões, são difíceis de serem exatamente calculados. Ou seja, o mero exercício de estimação e aproximação dos danos, de fato, sofridos pelas vítimas, já se constitui em um mecanismo punitivo da ação privada.

A Alemanha, por exemplo, manifesta contrariamente ao uso de multiplicadores de dano (como o *treble damages* norte-americano), visto que a natureza do dano é inconsistente com a função compensatória e restitutória das ações privadas, considerando-os, inclusive, contrários ao seu odre *public*⁵⁸. Referido país reconhece que a função dos *treble damages* é punir mais do que compensar e julga ser mais adequado que este efeito sancionatório deva ser alcançado através de multas aplicadas pelas autoridades públicas.

⁵⁸OECD. *Private Remedies* 2007. DAF/COMP(2006)34. Jan. 2008, p. 16. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/39892177.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2012.

Assim, verifica-se que o sistema europeu de execução privada da lei concorrencial é essencialmente reparatório⁵⁹ e complementar a execução pública da lei. Isso se explica por três razões⁶⁰ relacionadas aos objetivos perseguidos pela política antitruste:

(i) Com relação à formação de uma cultura concorrencial, no sentido de esclarecer e desenvolver conceitos e proibições concorrenciais, o domínio público geralmente apresenta-se superior ao domínio privado, essencialmente porque dispõe de um corpo técnico especializado, capaz de distinguir com mais precisão circunstâncias em que se pode verificar a conduta ilícita;

(ii) Apesar da prevenção e punição de infrações à ordem econômica, o domínio público, mais uma vez, mostra-se em vantagem. A prevenção, dentre diversos meios, ocorre pela análise da estrutura do mercado, mediante notificação de atos de concentração, o que é de competência das autoridades concorrenciais. A dissuasão da prática, por sua vez, se faz pela imposição de multas sancionatórias quando uma infração é cometida. Neste ponto, as autoridades concorrencias dispõem de expertise para melhor detectar uma conduta ilícita, não aplicando punições desarrazoadas;

(iii) Por fim, a função corretiva da política antitruste pode ser alcançada de duas formas, uma retirando do infrator todos os benefícios obtidos com a conduta ilícita, e outra, por meio da reparação dos danos causados àqueles que inocentemente sofreram com as consequências da infração. A primeira forma resulta automaticamente na aplicação de multa pela autoridade concorrencial, devendo esta exceder aos ganhos esperados com a conduta. Como as multas sancionatórias são destinadas aos cofres públicos, as vítimas não são compensadas pelos danos sofridos. Nesta hipótese, o domínio privado é superior ao domínio público, uma vez que consiste na única forma de reparar as injúrias que de fato foram causadas.

Desta forma, ainda que alguns sistemas legais europeus reconheçam o dano punitivo como uma forma de alcançar objetivos de políticas públicas, como a Inglaterra, por exemplo, a maioria dos membros da União Europeia considera-o inapropriado, na medida em que os objetivos por ele perseguidos já são atendidos por qualquer multa administrativa aplicada pelas autoridades concorrenciais sobre o mesmo fato. Os danos punitivos somados às multas administrativas infringiriam, assim, preceitos fundamentais como o *non bis in idem*.⁶¹ Ou seja, enquanto danos punitivos podem melhor alcançar efeitos dissuasórios, eles levantam diversas

⁵⁹Os únicos países da União Europeia que admitem *punitive damages* são Inglaterra, Irlanda e Chipre. (EUROPEAN COMMISSION. *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*. Brussels, Rome and Rotterdam, dec./2007, p. 145. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf. Acesso em: 27 de junho de 2012).

⁶⁰WILS, Wouter P.J. *The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages*. World Competition, Vol. 32, No. 1, March 2009, p. 5-18. Disponível em: www.ssrn.com. Acesso em: 20 de setembro de 2012.

⁶¹Comentários do *Business and Industry Advisory Committee* em estudo produzido pela OCDE em 2007. (OECD. *Private Remedies 2007*. DAF/COMP(2006)34. Jan. 2008, p. 231. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/39892177.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2012).

questões constitucionais em alguns países europeus, como a Alemanha e a Itália⁶², por exemplo.

Conclui-se que, na concepção europeia, o domínio privado é complementar ao domínio público na execução das leis concorrenciais, devendo atuar precipuamente naquelas áreas em que o domínio público não é competente para agir.

5. O ministério público e a aplicação privada do direito concorrencial na defesa dos interesses dos consumidores em juízo

O Brasil apresenta situação ainda mais crítica do que aquela delineada pelo direito alienígena. Enquanto outros países evoluíram no sentido de ao menos suscitar as questões complexas atinentes à responsabilidade civil concorrencial, no Brasil há poucos trabalhos desenvolvidos sobre a temática.

Em pesquisa elaborada por Gisela Ferreira Mation, verificou-se a existência de 396 decisões, na jurisprudência brasileira, de ações civis propostas com pedido de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais ou de cessação destas condutas⁶³. As decisões referentes a ações que tinham como pedido somente a cessação da conduta somaram 208 (52,23%) e as que pediam somente o ressarcimento somaram 26 (6,57%). Em 14 das decisões analisadas houve pedido de ressarcimento somente por danos morais⁶⁴.

Outro estudo revelou que, até o momento, “nenhuma ação foi julgada procedente no sentido de condenar os agentes a reparar individualmente os danos causados por uma conduta

⁶²EUROPEAN COMMISSION. *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*. Brussels, Rome and Rotterdam, dec./2007, p. 460. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf. Acesso em: 27 de junho de 2012

⁶³A pesquisa apresenta algumas distorções, porque algumas das ações tabuladas não correspondem exatamente a infrações concorrenciais, por exemplo, por tratarem erroneamente de concorrência desleal com referência à Lei 8.884. A pesquisa completa pode ser encontrada em: http://www.google.com.br/url?sa=t&ret=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.seae.fazenda.gov.br%2Fconheca_seae%2Fpremio-seae%2Fiii-premio-seae%2Festudantes%2Fmonografia.pdf&ei=7C93UIO3Ko749gT_5ICwBg&usg=AFQjCNF-k5lw6XjJfzxZgZ2tROuxrFUNw&sig2=ag4Qqk6DEliHUF_FqPB0ZQ.

⁶⁴O estudo revelou ainda que do total das decisões, 100 correspondem ao setor de combustível. Destes, a conduta de cartel é alegada em 40 dos casos e o Ministério Público é quem alega a conduta em 55 das ações e, destas 55, 29 tiveram deferido o pedido cessação de conduta anticoncorrencial.

anticonpetitiva”, havendo, até o momento, “apenas condenações por violação a direitos difusos e coletivos”⁶⁵.

Esse resultado é reflexo direto dos objetivos perseguidos pelas Ações Civis Públicas até então propostas pelo Ministério Público com relação às infrações à ordem econômica⁶⁶.

Nestas ações, os danos morais coletivos assumiram significativa relevância em sede de responsabilidade civil concorrencial, muitas vezes, em detrimento da reparação dos danos pessoalmente arcados pelos consumidores finais.

A imposição de danos morais coletivos assume, nesta linha, a roupagem de sanção jurídica preventiva e repressiva de condutas tendentes a afetar a ordem econômica. Trata-se aqui de um “direito penal pós-moderno cuja função é de evitar o dano a todo custo, mesmo quando inexistente certeza científica sobre sua probabilidade de ocorrência”⁶⁷.

Pode-se ainda dizer, como apontado por Ana Frazão, se tratar de uma tendência em considerar “a responsabilidade civil sob o enfoque do balanceamento de interesses conflitantes, da cessação do ilícito, da proteção dos valores constitucionais e da busca por justiça e equidade”, o que implica, inclusive, na “importância da função punitiva da responsabilidade civil para o fim de que a compensação seja proporcional ao grau de reprovabilidade da conduta” do agente⁶⁸.

A função punitiva da responsabilidade civil encontra, igualmente, amparo na dimensão social assumida em razão dos interesses violados, que podem ultrapassar a esfera individual da vítima. Nesta linha, afirma Ana Frazão que “não há ranço acentuadamente patrimonialista que impeça a responsabilidade civil de cumprir a função de tutelar os mais diversos interesses, inclusive os públicos”⁶⁹.

⁶⁵GÂNDARA, Lívia. *Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros*. Revista do IBRAC. São Paulo, ano 19, vol. 21, p. 331-351, jan.-jun. 2012.

⁶⁶TJMG, ACP 7099345-90.2009.8.13.0024; TJRS, ACP 0020711-03.2003.8.21.0053; TJRS, ACP 0041581-79.2005.8.21.0027; TJRS, ACP 0051731-75.2003.8.21.0032; TJSP, ACP 0000233-25.2011.4.03.6100; TJRS, ACP 0027311-62.2006.8.21.0044; TJSP, ACP 0029912-22.2001.4.03.6100; TRF4, ACP 2008.71.07.001547-0 TRF4, ACP 2001.70.01.008206-8; TRF4, ACP 2002.72.07.000694-3; TRF3, ACP 2002.61.17.000769-6; TRF4, 2003.72.05.006266-5; TJSP, ACP 2011.0000140467; TRF5 - AC 00123337119994058300. Os portais acessados foram: STJ [<http://www.stj.jus.br/SCON/>]; STF [<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>]; Justiça Federal [<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>]; TJSP [<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>]; TJRS [<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>]. Os termos de busca foram: *cartel*; *infração ordem econômica*; *ação civil pública*; *CADE*; *concorrência*; *8.884*; *antitruste*.

⁶⁷BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. Revista de Direito do Consumidor 59. RT, São Paulo, jul-set. 2006, p. 78-108

⁶⁸FRAZÃO, Ana. *Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade : um exame a partir do direito comparado*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011.

⁶⁹FRAZÃO, Ana. *Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade : um exame a partir do direito comparado*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011.

Nesse sentido, defende Leonardo Bessa que “a correta compreensão *dano moral coletivo* não se deve vincular, como já se destacou, a todos elementos e racionalidade próprios da responsabilidade civil nas relações privadas individuais. Na verdade, o objetivo de se prever, ao lado da possibilidade de indenização pelos danos materiais, a condenação *por dano moral coletivo* só encontra justificativa pela relevância social e interesse público inexoravelmente associados à proteção e tutela dos direitos metaindividuais⁷⁰.

Dá se justificar os reiterados pedidos por dano moral coletivo diante da larga e disseminada idéia de que o cartel, a longo prazo, resulta sempre em efeitos líquidos negativos à sociedade, muitos não auferíveis monetariamente, a exemplo, a redução de inovações tecnológicas, restrições da oferta e, conseqüentemente, das opções de escolha do consumidor, eliminação de micro e pequenas empresas do mercado, prejudicando o bem-estar social, aumentando o desconforto ante uma situação estática de mercado e limitando o próprio crescimento socioeconômico do país.

O que se observa, contudo, é que as Ações Civis Públicas até então promovidas pelo Ministério Público, buscam primordialmente indenizações por dano moral coletivo, ao passo que a reparação dos danos individuais homogêneos, quando não mencionada, é posta em caráter secundário na ação.

Embora a função reparatória da responsabilidade civil seja primordial, o perfil das Ações Civis Públicas decorrentes de infração a ordem econômica assumiram caráter eminentemente punitivo, afastando-se de qualquer pretensão reparatória. Ressalta-se, por oportuno, que não se pretende aqui questionar a juridicidade de tal tratamento. Tão pouco se pretende induzir à ideia de que o Ministério Público, enquanto responsável tão somente pela guarda de interesses sociais, deva privilegiar os interesses pessoais dos consumidores.

O que se pretende é ressaltar uma clara sobreposição de funções, entre o domínio público – encabeçado pela autoridade concorrencial – e o domínio privado – personificado no Ministério Público –, na execução da lei concorrencial sob seu aspecto punitivo, enquanto o aspecto de justiça corretiva é desprezado.

O cenário brasileiro parece ser semelhante àquele traçado pela União Europeia, em que a função punitiva deveria ser reservada ao domínio público, principalmente porque ele se apresenta melhor preparado para tanto, em razão de sua expertise e corpo técnico especializado.

⁷⁰BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. Revista de Direito do Consumidor 59. RT, São Paulo, jul-set. 2006, p. 78-108.

Tanto é assim que a maioria dos casos levados ao judiciário corresponde a denúncias de formação de cartel de postos de combustíveis⁷¹ sustentadas no simples fato de que houve um aumento paralelo dos preços entre os agentes de determinado mercado. Neste aspecto, cabe ressaltar, como pacificado na jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que o simples paralelismo de preço não é suficiente para configurar o ilícito concorrencial, necessário, portanto, outros requisitos para tanto, como a prova do conluio entre os agentes.

Outro exemplo é a confusão constante entre práticas concorrenciais lícitas e ilícitas, que implica em falhas na execução da lei antitruste por aqueles que não sejam a autoridade concorrencial competente. A exemplo, cita-se o Termo de Ajustamento de Conduta imposto pelo Ministério Público do Ceará no caso conhecido como “Pague Menos”⁷². Neste caso, o Ministério Público impediu a rede de farmácias Pague Menos de praticar descontos na venda de seus medicamentos – conduta claramente benéfica ao consumidor –, sob o fundamento de que tais descontos seriam preços predatórios com intuito de eliminar as demais farmácias do mercado.

Resta evidente, portanto, a necessidade de aperfeiçoamento do domínio privado do Direito Concorrencial, para então, utilizá-lo como um meio de obter a punição de condutas anticoncorrenciais. Assim, não parece que a canalização de esforços dos domínios público e privado na persecução de um único fim seja a melhor saída para tornar a proteção e persecução dos interesses do consumidor mais eficiente e efetiva.

6. Conclusão

A crescente intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares, a partir da Segunda Grande Guerra, passou a denotar o domínio das linhas de ordem pública constitucional sobre as relações privadas.

⁷¹Vide nota 67.

⁷²BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar. Suposta prática de preços predatórios, conforme previsto nos artigos 20, inciso IV, c/c o artigo 21, inciso XVIII. Mercado relevante de setor varejista, notadamente, farmácias e drogarias atuantes na região metropolitana de Fortaleza-CE ou “Grande Fortaleza”. Falta de dados suficientes para comprovar a conduta ilícita. Voto pela manutenção do arquivamento do processo. AP nº 08012.000219/2005-02. Representante: Ministério Público do Ceará. Representadas: Drogarias São Paulo e Empreendimentos Pague Menos. Conselheiro-Relator: Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Brasília, 16 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000241271894.pdf.

O Direito Concorrencial assume, assim, caráter de verdadeira constituição econômica, corpo de regras mínimas que visam não apenas à garantia de igualdade de condições de concorrência entre os agentes econômicos que atuam em determinado espaço, mas também garantir um equilíbrio no ambiente econômico-social de forma geral, buscando a maximização do bem-estar do consumidor – erigido a *status* constitucional com a Constituição de 1988.

Ocorre que, atualmente, há pouca evidência de que os consumidores brasileiros estão exercendo plenamente seu direito à reparação dos danos sofridos por descumprimento dos preceitos concorrenciais. Isso decorre diretamente do fato de que (i) a política concorrencial ainda se encontra arraigada na teoria clássica do Direito Concorrencial, a qual considera a concorrência em si como objeto único de proteção direta deste ramo do Direito e (ii) a execução privada do Direito Concorrencial exercida pelo Ministério Público na tutela dos direitos coletivos dos consumidores exerce funções próprias do domínio público da norma, o que afasta do objetivo precípua da responsabilidade civil, qual seja, a reparação efetiva do dano.

Quanto ao primeiro ponto, observou-se que, apesar de se tratar de uma norma de caráter público, a execução da Lei Antitruste não se restringe a este domínio. A ampliação do escopo de proteção constitucional aos direitos sociais e difusos impôs transformações significativas ao Direito Privado, ensejando a sua socialização e modernização, principalmente com relação à responsabilidade civil.

Isso demonstra que o domínio público e privado do direito concorrencial estão intimamente relacionados principalmente quando buscam desestimular a prática anticompetitiva e impor ao infrator o ônus de arcar com os custos da sua conduta ilícita.

Disso decorre a possibilidade de execução da lei concorrencial no sentido de que, identificado o ato ilícito por ela proibido – e, conseqüentemente, o auto grau de reprovabilidade da conduta – e o fato de que a lei se presta a resguardar valores constitucionalmente protegidos, é possível haver a responsabilização dos infratores pelos danos por eles causados.

Assim, o domínio da Lei Antitruste não é reservado às autoridades administrativas concorrenciais (domínio público), mas também consistem em instrumento de manejo na esfera privada, inclusive por meio de ações civis de reparação de danos.

Já com relação ao segundo aspecto, verificou-se que a otimização da política antitruste passa por um diagnóstico preciso do estágio de desenvolvimento de cada uma dessas duas frentes de atuação. Portanto, mecanismos de coordenação entre as duas esferas devem ser

estabelecidos, de forma a evitar sobreposição de funções e, conseqüentemente, ineficiências na persecução dos fins almejados em ambas as esferas.

Ao analisar a função que o domínio privado exerce nos Estados Unidos, verificou-se que, em razão de uma tradição e da magnitude que as ações privadas representam na execução das leis concorrenciais, o domínio privado assumiu tanto a função compensatória como também a função punitiva das infrações, e apresenta-se, hoje, como o mecanismo mais eficiente na execução da política concorrencial do país.

Na União Europeia, contrariamente, o domínio privado ainda se mostra em estágio de evolução. Na maioria dos países membros, o domínio privado concorrencial exerce exclusivamente a função compensatória, reservando ao domínio público a prerrogativa de punir e dissuadir as práticas anticoncorrenciais. Esse posicionamento se justifica, inclusive, pela formação constitucional destes países, em que alguns princípios, como o *non bis in idem*, impedem que ambos os domínios atuem de forma sancionadora.

O Brasil, por sua vez, caminha a passos tímidos com relação ao domínio privado do direito concorrencial. Os trabalhos desenvolvidos são escassos e o número de ações privadas no país é insignificante, sendo, em sua maioria, Ações Civis Públicas propostas pelo Ministério Público.

Analisando o perfil destas ações, verificou-se que o instrumento tem sido utilizado pelo Ministério Público simplesmente como uma ferramenta de reparação dos danos morais coletivos, possuindo, assim, caráter substancialmente sancionador, quando esta finalidade também é perseguida pelo domínio público.

Isso leva a convicção de que, enquanto o domínio privado do direito concorrencial se apresenta como melhor complemento para o domínio público de aplicação da norma, ele está, até o momento, totalmente subutilizado, principalmente com relação à reparação dos danos causados por infrações concorrenciais.

Desta forma, em que pesem os pontos de aproximação, os domínios público e privado devem ser tidos, como instrumentos complementares, e não substitutos, para tornar a execução antitruste mais efetiva, principalmente no cenário brasileiro, onde a cultura concorrencial foi melhor – se não, unicamente – desenvolvida no âmbito da autoridade concorrencial.

Por um lado, o domínio público ainda se mostra superior ao privado no estabelecimento de uma cultura concorrencial e na persecução e prevenção de condutas consideradas prejudiciais a ordem econômica. Por outro lado, o domínio privado consiste na única via possível para se alcançar a justa compensação das vítimas que de fato sofreram as

consequências da conduta ilícita. Isso implica que, se ambos os domínios canalizarem seus esforços na persecução de um mesmo fim – sancionar a conduta anticoncorrencial – a função corretiva do Direito Concorrencial, por meio da compensação das vítimas, continuará subdesenvolvida e impraticável no país.

7. Referências Bibliográficas

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e sua consequência*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ANDERSON, Patrick L., BOLEMA, Theodore R. and CECKIL, Ilhan K.. *Damages in antitrust cases*. AEG Working Paper. February, 2007.
- ANTUNES, José A. Engracia. *A Unidade da Tutela Jurídica da Concorrência*. UCP, Porto, 1984.
- AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, text, cases*. 4ª Ed. Boston: Little, Brown and Company, 1988.
- BENJAMIN, Antônio H; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. Revista de Direito do Consumidor 59. RT, São Paulo, jul-set. 2006.
- BEVILACQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.
- BORK, Robert H.. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993.
- CENGIZ, Firat. *Antitrust damages actions: lessons from american indirect purchasers' litigation*. Cambridge Journal. ICLQ vol. 59, p. 39-63, jan. 2010.
- COOTER, Robert e ULEN, Thomas (trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa). *Direito & Economia*. 5ª Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial: as condutas*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FRAZÃO, Ana. *Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011.

GÂNDARA, Lívia. *Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros*. Revista do IBRAC. São Paulo, ano 19, vol. 21, p. 331-351, jan.-jun. 2012.

GICO, Ivo Teixeira. *Cartel . Teoria Unificada da Colusão*. 1ª Ed. São Paulo: Legal e Regulatória, 2007.

GOLDSCHMID, Harvey J.; HANDLER, Milton; PITOFISKY, Robert and WOOD, Diane P.. *Trade Regulation: cases and materials*. Forth edition. New York: The Foundation Press, Inc., 1997.

GOMES , Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Sergio Antoni Fabris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the Law of competition and its practice*. Third edition. Iowa: Thomson West, 2005.

HÜSCHEL RATH, Kai and VEITH, Tobias. *The Impact of Cartelization on Pricing Dynamics: evidence from the German Cement Industry*. Mannheim: ZEW - Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH, 2011. Disponível em: <<http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp11067.pdf>>. Acesso em 13 de ago de 2012.

KORAH, Valentine. *An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice*. Seventh Edition. Oxford: Hart Publishing, 2000.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública – Nova Jurisdição Trabalhista Metaindividual – Legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr , 2001.

MAGALHÃES, José Antônio Fernandes de. *Ciência Política*. Brasília: Vestcon, 2005.

MATION, Gisela Ferreira. *As ações civis para cessação e reparação de danos causados por condutas anticorrecionais no Brasil*. III Premio SEAE. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.seae.fazenda.gov.br%2Fconheca_seae%2Fpremio-seae%2Fiii-premio-seae%2Festudantes%2Fmonografia.pdf&ei=7C93UIO3Ko749gT_5ICwBg&usq=AFQjCNF-k5lw6XjJfzxZgZ2tROuxrFUw&sig2=ag4Qqk6DEliHUF_FqPB0ZQ>. Acesso em: 04 de mai de 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy: theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 2004.

NETO, Xisto Tiago de Medeiros. *Dano moral coletivo*. São Paulo, LTr, 2004.

NUNES, António José Avelãs. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

POLVERINO, Fabio. *A Class Action model for antitrust damages litigation in the European Union*. 2006. Paper. University of Chicago Law School. Chicago, 2006.

POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Second Edition. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2001.

RÊGO, Werson e RÊGO, Oswaldo. O Código de Defesa do Consumidor e Direito Econômico. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico. Disponível em: <http://www.smithefantas.com.br/texto/cdc_dir_econ.pdf>. Acesso em: 12 de jun de 2012.

ROACH, Kent and TREBILCOCK, Michael J.. *Private enforcement of competition law*. Osgoode hall law journal. 1996. Vol. 34, n. 3. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/>>. Acesso em: 14 de jun de 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques (trad. Edson Bini). *O contrato social: princípios do direito político*. São Paulo: Edipro, 2011.

RUA, M. Graças & AGUIAR, Alessandra T.. *A Política Industrial no Brasil 1985-1992: Políticos, Burocratas e Interesses Organizados no Processo de Policy-Making*. In Planejamento e Políticas Públicas, No. 12, jul-dez 1995.

SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da Concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes*. In: POSSAS, Mário L. (Org.) *Ensaio sobre economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

SOUZA, Celina. *A nova gestão pública em Gestão Pública: desafios e perspectivas*. In: Fundação Luís Eduardo Magalhães. *A gestão pública: desafios e perspectivas*. Salvador: FLEM, 2001.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAUFICK, Roberto D. *Nova Lei Antitruste Brasileira: a lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. São Paulo: Editora Forense, 2012.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval. *Economia Micro e Macro*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WILS, Wouter P.J. *The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages*. World Competition, Vol. 32, No. 1, March 2009. Disponível em: <www.ssrn.com/>. Acesso em: 20 de set de 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Legislações, jurisprudência e documentos oficiais consultados

ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION. *Report and Recommendations*. April, 2007, p. 268. Disponível em: <http://www.amc.gov/report_recommendation/toc.htm> . Acesso em 15 de ago de 2012.

AMERICAN BAR ASSOCIATION (Estados Unidos da América). *Comments of the Section of Antitrust Law and the Section of International Law of the American Bar Association in Response to the Request for Public Comment of the Commission of the European Communities On Damage Actions for Breaches of EU Antitrust Rules*. Apresentado em Abril de 2006. Disponível em:

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/aba.pdf>. Acesso em: 06 de abr de 2012.

_____. *Punitive damages and business tort: a practitioner's handbook*. Chicago: ABA Publishing, 1998. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=XsOs7UYwzMcC&pg=PA18&lpg=PA18&dq=treble+damages+v.+punitive+damages+US&source=bl&ots=7Alt7AHT-x&sig=2gz12-6wGg9PKJbq7rNGKgO5dFg&hl=pt-BR&sa=X&ei=K018UKfjD5Lc8wT8t4CwBw&ved=0CHsQ6AEwCQ#v=onepage&q=treble%20damages%20v.%20punitive%20damages%20US&f=false>>. Acesso em: 04 de ago de 2012.

EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE (União Europeia). *Opinion of the European Economic and Social Committee on the Green Paper: damages actions for breach of the EC antitrust rules*. OJ C 324, Bruxelas, p. 1-6. 30 dez. 2006. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:324:0001:0006:EN:PDF>>. Acesso em: 22 de abr de 2012.

EUROPEAN COMMISSION. *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*. Brussels, Rome and Rotterdam, dec./2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf>. Acesso em: 27 de jun de 2012.

NMA. *Competition Enforcement and Consumer Welfare Setting the Agenda*. 10th ICN Annual Conference. 2011. Disponível em: <<http://www.atp.nl/nma/image.php?id=146&type=pdf>>. Acesso em: 07 de mar de 2012.

OECD. *Why is competition important for growth and poverty reduction?* Department for International Development . Global Forum on Investment. Londo, March 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/fr/>>. Acesso em: 17 de ago 2012.

_____. *The Instruments of Competition Policy and their relevance for economic development*. 1996. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/2697296.pdf>>. Acesso em: 17 de mai de 2012.

_____. *Private Remedies 2007*. DAF/COMP(2006)34. Jan. 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/39892177.pdf>>. Acesso em: 20 de abr de 2012.