



**PUC-SP**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

Everton Claro Magalhães

**APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO  
ANTITRUSTE**

**SÃO PAULO**

**2024**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

**Everton Claro Magalhães**

**APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO  
ANTITRUSTE**

Trabalho acadêmico apresentado à Faculdade de Direito da PUC-SP como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professora Orientadora: Dra. Claudia Haidamus Perri

**SÃO PAULO  
2024**

Banca Examinadora:

---

Prof. Dra. Claudia Haidamus Perri  
(Orientadora)  
Faculdade de Direito – PUC/SP

Este trabalho é o produto final de um projeto de vida que emerge de uma inquietude, de uma vontade de sair de uma zona de conforto e abraçar o novo com a expectativa de mudar e se reinventar. Dedico esse trabalho ao dono absoluto de todas essas vontades e anseios.

## RESUMO

MAGALHAES, Everton Claro. **Aplicação dos princípios de responsabilidade civil no direito antitruste.**

O presente trabalho tem como objetivo relacionar a aplicação da responsabilidade civil no campo do direito antitruste frente aos ilícitos mercadológicos para a busca da reparação civil dos danos provocados, bem como explorar os desafios atuais para a aplicação dos princípios da responsabilidade civil na esfera antitruste e propôr viáveis aprimoramentos à luz dos preceitos do direito cívil e regulação especial do CADE acerca do tema aqui proposto.

**Palavras-Chave:** responsabilidade civil. antitruste. direito concorrencial. Lei nº 12.529/2011. CADE

## ABSTRACT

MAGALHAES, Everton Claro. **Application of civil liability principles in antitrust law**

The present work aims to relate the application of civil liability in the field of antitrust law in relation to market illicit acts in order to seek civil reparation for the damages caused, as well as explore the current challenges for the application of the principles of civil liability in the antitrust sphere and propose viable improvements in light of the precepts of civil law and CADE's special regulation on the topic proposed herein.

**Keywords:** civil liability. antitrust. competition law. Law 12.529/2011. CADE

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	8
<b>1. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA</b>	10
1.1. Histórico	10
1.2. Conceito e ideais da livre concorrência	12
1.3. Direito Antitruste	13
1.4. Restrições à defesa da concorrência	15
<b>2. RESPONSABILIDADE CIVIL</b>	18
2.1. Ato ilícito	19
2.2. Dano	20
2.3. Nexo de Causalidade	22
2.4. Culpa	22
<b>3 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURIDICAS E LEI ANTITRUSTE</b>	24
<b>3.1. O papel institucional do CADE</b>	24
<b>4 DESAFIOS E APRIMORAMENTOS PARA RESPONSABILIDADE CIVIL ANTITRUSTE</b>	30
<b>4.1. Desafios</b>	30
4.1.1. Cultura concorrencial	31
4.1.2. Dano sofrido	31
4.1.3. Prescrição	32
<b>4.2. Aprimoramentos</b>	33
4.2.1. Análise e julgamento do CADE	33
4.2.2. Aprimoramento da produção de prova	35
4.2.3. Mensuração dos danos	36
4.2.4. Viabilização de acesso à justiça	39
<b>CONCLUSÃO</b>	41
<b>REFERÊNCIAS</b>	44

## INTRODUÇÃO

A competição sem restrições é um fundamento básico da organização econômica do Brasil e deve ser protegida de acordo com a legislação vigente (atualmente Lei nº 12.529/2011 – “Lei Antitruste”), conforme estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (“Constituição”), com o objetivo de coibir a exploração do poder econômico que busca dominar os mercados, eliminar a concorrência e aumentar os lucros de forma arbitrária.

Atualmente, os principais fundamentos para garantir a livre concorrência são: (a) esfera administrativa, representada pelo dedicado trabalho do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”); (b) esfera judicial cível, por meio de medidas indenizatórias na esfera judicial ou arbitral; (c) esfera judicial penal, com a imposição de penalidades nos casos de práticas anticoncorrenciais.

Esses três instrumentos, distintos em termos de procedimentos e desfechos, constituem a base essencial para promover a competição no mercado brasileiro. A proteção da competição é garantida pela Constituição e por leis específicas, porém, percebe-se uma grande complexidade na observância das normas que sustentam a aplicação das leis antitruste no âmbito do Direito Civil.

É comum que as determinações do CADE sejam alvo de contestações por parte dos infratores nos tribunais e que não haja uma prática difundida na sociedade de ressarcimento dos prejuízos causados pelas práticas anticoncorrenciais à sociedade.

O sistema institucional vigente não garante a proteção da concorrência como um valor jurídico, uma vez que a competição, ao ser preservada, estimula o crescimento de um mercado como um todo, proporcionando oportunidades a todos os que buscam alcançar o sucesso nos negócios.

Ao buscar a intervenção do Poder Judiciário para contestar uma decisão do CADE, o agente econômico que cometeu uma infração busca diminuir o impacto das penalidades da decisão administrativa, aproveitando-se da lentidão do processo judicial para evitar que a sociedade tome conhecimento das condutas ilegais. Em vez de esperar anos por uma decisão do CADE ou apenas aceitar as sanções



aplicadas pela autarquia, as partes lesadas podem recorrer diretamente ao judiciário buscando medidas reparatórias devido à concorrência desleal, conforme previsto na Lei Antitruste. Se essa prática se tornar comum, o direito antitruste se tornará mais conhecido e passará a ser uma preocupação maior para os agentes econômicos.

Este trabalho é estruturado em cinco partes, após esta introdução inicial, o primeiro capítulo visa apresentar de maneira sucinta a evolução histórica e organização institucional responsável pela defesa da concorrência no país, os principais aspectos legais da Lei Antitruste e o conceito de conduta anticompetitiva, fundamental para a análise posterior da responsabilidade civil na área.

O segundo capítulo busca analisar a responsabilidade civil sob um enfoque objetivo, considerando os elementos objetivos da responsabilidade civil no sistema jurídico (culpa, dano e nexos causal) comparando-os com os elementos e conceitos de direito antitruste.

O capítulo seguinte se propõe a examinar a responsabilidade civil sob uma perspectiva subjetiva (autor e vítima da conduta anticompetitiva), incluindo a discussão sobre a definição de grupo econômico e formas de reduzir a limitação de responsabilidade das pessoas jurídicas (como sociedades limitadas ou anônimas).

Por fim, o último capítulo aborda os desafios atuais para a efetivação da responsabilidade civil antitruste, com sugestões de aprimoramento dos mecanismos legais para aumentar a responsabilização no âmbito cível.

O presente trabalho busca analisar o papel da responsabilidade civil frente à inexorável prática concorrencial à luz dos princípios de responsabilidade antitruste valendo-se do método científico dedutivo e pesquisa bibliográfico-documental.

# 1 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

## 1.1. Histórico

Durante o século XIX, ocorre, de fato, o nascimento da economia de livre mercado, conhecida como capitalismo liberal, um sistema no qual a liberdade total das ações dos agentes e a interação entre oferta e demanda buscariam a máxima eficiência econômica e o progresso social.

Apesar de ser inegável que, durante o auge do liberalismo, houve um novo padrão de aumento na oferta de produtos e serviços, ao longo dos tempos, percebe-se que a economia de mercado, por si só, não era capaz de impulsionar o progresso econômico e a distribuição eficaz desse novo modelo econômico adotado.

As falhas do mercado, relacionadas à sua inaptidão para se regular sozinho, levaram à necessidade de uma nova atuação do Estado, que retorna ao campo econômico e social com o objetivo de evitar ações prejudiciais do ponto de vista comercial. Dessa forma, surge a intervenção estatal na economia, como forma de proteger e manter os meios de produção das riquezas nacionais, promovendo equilíbrio no ambiente socioeconômico.

O campo do direito da concorrência (também conhecido como direito antitruste) é considerado relativamente novo no Brasil. Embora a doutrina tenha abordado a regulação da concorrência em períodos antigos da História, como na Antiguidade Grega e Romana, foi somente com o surgimento do Sherman Act em 1890 nos Estados Unidos, complementado pelo *Clayton Act* de 1914, que o moderno antitruste foi realmente estabelecido.

Essas leis permitiram a definição de práticas potencialmente prejudiciais à competitividade e a análise de fusões e aquisições sob a ótica da concorrência, servindo como um marco para a disseminação do direito da concorrência ao redor do mundo.

No Brasil, a evolução do direito antitruste foi complicada. Pode-se dizer que somente a partir da promulgação da Lei nº 8.884/1994 é que a proteção da concorrência começou a ser eficaz.

Apesar de alguns indícios de regulação da concorrência na década de 1930, e de algumas medidas como o Decreto-Lei nº 7.666/1945 e a Lei nº 4.137/1962, que criou o CADE, não é possível abordar de forma consistente o direito antitruste antes da Lei nº 8.884/1994.

Com a reestruturação do Estado, incluindo o processo de privatização e o surgimento de agências reguladoras, a defesa da concorrência passou a ser uma forma de intervenção estatal.

A política de defesa da concorrência ganhou mais força a partir a aprovação da Lei nº 8.884/1994, que ocorreu em meio a várias mudanças na economia brasileira seguindo um viés neoliberal e medidas para estabilizar a moeda (Plano Real).

Durante o período em que essa lei esteve em vigor, o CADE ganhou reconhecimento, independência institucional e mais poder político. Além disso, foi nesse momento que o CADE consolidou sua metodologia para analisar fusões e começou a combater cartéis e outras práticas anticoncorrenciais.

Após a consolidação efetiva do direito antitruste no Brasil, o legislador decidiu modificar a legislação para atender aos padrões internacionais mais elevados. Assim, desde 29 de maio de 2012, passou a vigorar no Brasil a Lei Antitruste. Atualmente, é possível afirmar que a proteção legal da concorrência é um princípio constitucional econômico da livre concorrência.

De acordo com o art. 170, IV, da Constituição, a livre concorrência é listada como um dos nove princípios da ordem econômica, devendo ser respeitada por todos. O art. 173, § 4º da Constituição estabelece a existência da Lei Antitruste, ao determinar que “a legislação irá combater o abuso do poder econômico que busca dominar os mercados, eliminar a concorrência e aumentar os lucros de forma arbitrária”.

A proteção da concorrência, respaldada pela Constituição, é de responsabilidade das autoridades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC): o CADE e a SEAE. Enquanto a SEAE se dedica à promoção da concorrência no governo e na sociedade, atividade chamada de advocacia da concorrência, o CADE é responsável por prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica como um órgão antitruste nacional. A política de defesa da concorrência conta com duas abordagens principais: a preventiva e a repressiva.

A autoridade concorrencial busca manter níveis adequados de competição no mercado e preservar o princípio da livre iniciativa, visando o bem-estar. A atuação repressiva refere-se à investigação e punição de práticas anticompetitivas por agentes com poder de mercado.

Já a atuação preventiva foca no controle das estruturas de mercado, analisando atos de concentração que possam gerar efeitos adversos na concorrência. Esta dissertação abordará apenas a atuação repressiva, por ter ligação direta com os ilícitos concorrenciais que causam danos passíveis de reparação civil.

Recentemente, observa-se relevantes momentos que se destacaram no Brasil em relação à luta contra práticas anticompetitivas. No ano de 2000, foram introduzidos no sistema jurídico o acordo de colaboração e busca e apreensão para questões de concorrência, permitindo que a Secretaria de Direito Econômico (SDE) pudesse negociar acordos de colaboração com infratores delatores e também requerer ao Poder Judiciário, por intermédio da Advocacia-Geral da União, a busca e apreensão de documentos considerados relevantes para investigações antitruste.

Em 2003, foi firmado o primeiro acordo de colaboração no Brasil, que levou à condenação dos demais membros de cartéis pelo CADE, em 2007, e à primeira busca e apreensão solicitada pela SDE, que resultou na condenação dos participantes do cartel de britas pelo CADE em 2005. Em 2009, foi instituído o Dia Nacional de Combate a Cartéis, celebrado anualmente em 08 de outubro, com o intuito de promover a cultura da concorrência, e a partir de 2012, com a entrada em vigor da Lei Antitruste, observou-se uma maior rapidez na condução dos processos administrativos e uma maior atenção dos Conselheiros na análise de condutas anticompetitivas.

## **1.2. Conceito e ideais da livre concorrência**

A teoria econômica liberal evoluiu com base no princípio central da liberdade de empreendimento, assumindo o mercado como um espaço de entrada aberta para agentes econômicos em condições iguais. Sob essa premissa de concorrência

perfeita, as atividades realizadas por um grande número de concorrentes, agindo sem restrições no mercado de um determinado produto, resultariam na justa determinação dos preços pela interação espontânea e mútua entre oferta e demanda.

Surge então o surgimento do fenômeno da centralização de empresas, intensificado pelas demandas por investimentos substanciais decorrentes do rápido processo de industrialização da segunda metade do século XIX, que resultaria na concentração de poder e controle de diversos setores da economia. Isso confere ao conglomerado econômico uma maior autoridade em relação aos outros participantes do mercado, possibilitando-lhes impor aos consumidores preços acima da concorrência por seus produtos e, conseqüentemente, aumentar os lucros ao reduzir a produção.

Constata-se, portanto, que a liberdade de concorrência, que é um dos grandes pilares da economia de mercado, haveria de ser implementada, uma vez que o mercado se mostrara inapto para, isoladamente, corrigir a falha concernente à concentração, cabendo ao Estado redirecionar a atividade econômica para assegurar a liberdade de competição entre os agentes econômicos e garantir que os recursos da sociedade fossem alocados eficientemente. (FORGIONI, PAULA, 2012, p. 39)

### **1.3. Direito Antitruste**

O passado continua a nos mostrar que a proteção da concorrência foi formalmente estabelecida nos Estados Unidos, através da criação do *Sherman Act* em 1890. Ainda que cause estranheza, foi nos Estados Unidos, país tradicionalmente conhecido como a terra de oportunidades e pleno emprego, que surgiram as primeiras intervenções na economia, resultando em uma realidade socioeconômica que motivou o surgimento do movimento antitruste.

A base da economia nos Estados Unidos é composta pela abundância de recursos naturais variados e pela forte presença da livre empresa e concorrência. Esses fatores resultaram em oportunidades de mercado lucrativas, ao mesmo tempo em que criaram um grande fosso social marcado por desigualdades e injustiças.

As circunstâncias singulares presentes nos Estados Unidos foram responsáveis por torná-lo a principal potência econômica global. No entanto, essas condições também propiciaram o surgimento de práticas comerciais agressivas e

antiéticas que poderiam prejudicar não somente os concorrentes menores, mas também abalar as bases do sistema capitalista em si. Diante desse contexto, houve a necessidade de estabelecer regras para a liberdade econômica a fim de coibir os excessos no mercado e combater a formação de monopólios que prejudicavam os consumidores. No território brasileiro, a implementação do sistema antitruste sempre foi um desafio complexo. Pode-se dizer que a proteção da concorrência só se tornou efetiva a partir da promulgação da Lei nº 8.884/1994.

A Lei Antitruste tem como objetivo principal combater condutas anticoncorrenciais, como cartéis e abuso de posição dominante, visando garantir um ambiente de mercado mais justo e competitivo para consumidores e empresas. É um instrumento essencial para a promoção da livre concorrência e para evitar práticas que possam prejudicar a economia como um todo. Além disso, a legislação antitruste prevê mecanismos de fiscalização e penalidades para aqueles que desrespeitarem as normas estabelecidas, contribuindo para a manutenção de um ambiente econômico saudável e equilibrado.

Segundo o art. 173, § 4º da Constituição acerca da Lei Antitruste:

“a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A legislação antitruste classificou o ato mais prejudicial de concorrência desleal, o cartel, como crime, com pena de prisão de dois a cinco anos e multa. Portanto, as condutas antiéticas ligadas à prática coordenada (incluindo cartel em processos de licitação) expõem os responsáveis (tanto indivíduos quanto representantes das empresas) ao processo criminal conduzido pelo Ministério Público no tribunal.

Apesar de ter sido mencionada anteriormente a independência das áreas administrativa, civil e criminal no que diz respeito à análise de condutas anticoncorrenciais, uma eventual condenação criminal por cartel terá impacto na esfera civil, conforme previsto no artigo 935 do Código Civil e no artigo 63 do Decreto-Lei nº 3.689/1941, o Código de Processo Penal (“CPP”). O artigo 64 do CPP confirma a possibilidade de uma ação civil correr simultaneamente à ação criminal,

porém o juiz responsável pelo caso civil pode suspender o processo enquanto aguarda a solução do caso criminal.

Dessa forma, é possível afirmar que a existência do ilícito não poderá ser discutida em esfera cível se a mesma conduta for considerada uma infração penal em sentença condenatória transitada em julgado. Inexiste possibilidade legal para alegação de *bis in idem* em razão da aplicação de diferentes normas jurídicas ao mesmo caso concreto, pois os interesses tutelados são diferentes. (FORGIONI, PAULA, 2012, p. 137)

O STJ também confirmou conhecimento pacificado conforme o exerto:

Não haveria qualquer *bis in idem* entre ações individuais, civis públicas, penais e processos administrativos, porquanto possuidores de escopos distintos e cumuláveis. Eventuais aspectos de coordenação entre demandas oncomitantes seriam dirimidos, p.ex., pela disciplina dos efeitos civis de sentenças penais, quando aplicáveis. (Recurso Especial nº 1.181.643 -RS 2010/0028927-4. STJ, Recurso Especial nº 1.181.643 - RS 2010/0028927-4, Min. Herman Benjamin, julg.01 mar. 2011)

Conforme Roberto Pfeiffer (2004), existem cinco situações em que a esfera cível pode ser acionada para tratar sobre defesa da concorrência: (i) quando o CADE requer auxílio judicial para implementar suas decisões; (ii) no caso de revisão judicial de decisão administrativa solicitada pelo administrado; (iii) quando são propostas ações individuais para proteger o direito individual prejudicado; (iv) na situação de proposta de ação civil pública para proteger a concorrência justa; ou (v) no momento em que é realizada uma ação coletiva para proteger direitos individuais homogêneos devido a prejuízos causados por conduta anticompetitiva.

#### **1.4. Restrições à defesa da concorrência**

A criação de um sistema que possibilitasse a regulação governamental na competição livre não foi completamente direta. A legislação antitruste surgiu a partir das discussões sobre até onde deveria ir a proteção da concorrência. Enquanto alguns pensadores acreditavam que a competição livre se regularia sozinha, outros argumentavam a favor da competição em prol dos interesses públicos. Nas economias de mercado, é reconhecido que a promoção da concorrência não é o único meio de intervenção do Estado na economia.

No esforço de assegurar o funcionamento do mercado em consonância com os objetivos politicamente predefinidos, o empenho de direcionar a atividade produtiva de acordo com a política econômica estatal, culminaria nos valores e princípios jurídicos. Um desses valores é o da eficiência, uma vez que se pode afirmar que expressiva parcela dos sistemas jurídicos atuais acolhem a tese de que não configuram ilicitudes as conquistas de mercado decorrentes de processos regulares, fundados na maior eficiência do agente econômico em relação a seus concorrentes. (PFEIFFER, 2004, p. 15)

Uma outra importante questão, que pode ser interpretada como resultado da eficácia, é a garantia da manutenção dos mercados. O progresso do direito antitruste levou à percepção de que, em certos setores conhecidos como monopólios naturais, a concorrência se torna impraticável. Essa impossibilidade pode surgir de elementos físicos como a presença de matérias-primas únicas ou exclusivas ou, ainda, a presença de uma tecnologia exclusiva protegida por patente ou por segredo de produção. Pode, também, decorrer de características econômicas específicas inerentes àquele setor específico da indústria que tornam a competição autodestrutiva, como a gigante brasileira Petrobrás, por exemplo.

Dessa forma, é possível inferir que a atuação do governo é muitas vezes essencial não só para impedir práticas concorrenciais prejudiciais, mas também para normatizar o setor e prevenir ações predatórias que levem à ruína dos concorrentes naquela indústria. Nos casos de monopólios naturais, a intervenção do governo pode ocorrer por meio de regulação direta do Estado, que inclui o controle das tarifas, ou pela restrição da entrada no mercado, por meio de um processo de licitação competitivo para determinar quais empresas podem oferecer os melhores serviços a preços competitivos.

Segundo Sergio Varela Bruna (2001), o principal propósito da política de competição é garantir uma distribuição eficaz dos recursos econômicos, o que pode ser alcançado através do adequado funcionamento do mercado. Contudo, em certos segmentos, certas características econômicas específicas requerem intervenções regulatórias que restrinjam ou supervisionem a atuação das empresas no mercado, visto que, sem tais intervenções, poderia ocorrer um desequilíbrio comercial sistêmico.



[...] uma ordenação, determinada por imperativos de funcionamento ineficiente do mercado, em sentido lato, emitida por um organismo específico relativamente a um setor particular de forma a condicionar a liberdade de decisão e organização econômica num determinado sentido. Num sistema desta ordem, admite-se a iniciativa privada em regime de mercado condicionado, porém, subordina-se o exercício dessa atividade à observância de normas jurídicas destinadas a salvaguardar o interesse geral, sujeitando as empresas à fiscalização de entidades públicas de controle. (BRUNA, 2001, p.104)

## 2. RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao longo do estudo do direito aprendemos que toda decisão humana esbarra no campo da responsabilidade.

Dentro do conceito de responsabilidade Gonçalves contextualiza que:

[...] como aspecto da realidade social, traduz a ideia de restauração de equilíbrio, de reparação de um dano, seja ele moral ou patrimonial, decorrente da violação de normas morais ou jurídicas. Surge como consequência do descumprimento espontâneo de uma obrigação, não havendo, portanto, confusão entre esses dois conceitos. (GONÇALVES, 2012, p. 21)

De acordo com as lições de Gonçalves, é possível conceituar a responsabilidade civil como a obrigação resultante da quebra de um dever inicial, que consiste em reparar os danos causados, atuando como meio de produzir efeitos legais com o intuito de restabelecer a igualdade prejudicada no momento da transgressão, devolvendo a vítima à sua situação anterior.

A responsabilidade civil é uma consequência legal que surge quando um dever prévio é violado, e se apresenta como uma forma de punição civil, mas também com o propósito de compensar e reparar o prejuízo causado. Além disso, ela desempenha um papel importante ao garantir a segurança da vítima e ao responsabilizar o infrator, como forma de desencorajar a repetição de futuros atos ilícitos.

No âmbito das diferentes formas de categorização da responsabilidade civil, é relevante mencionar, para os propósitos deste estudo, a classificação de acordo com seu fundamento, a qual se divide em subjetiva e objetiva. A responsabilidade civil subjetiva (ou responsabilidade civil *stricto sensu*) é marcada pela presença de seus elementos fundamentais: (i) ação ilícita (infringimento); (ii) prejuízo; (iii) nexo de causalidade; e (iv) culpa.

No contexto do direito antitruste, é relevante mencionar que não se faz necessário comprovar culpa, uma vez que a responsabilidade civil resultante da violação estabelecida na legislação antitruste é objetiva (responsabilidade civil de forma ampla).

## 2.1. Ato ilícito

De acordo com Gonçalves (2012), o ato ilícito é um ato previsto em lei como uma conduta reprovável que resulta em uma sanção. O Código Civil trata sobre o ato ilícito em seu artigo 927, combinado com o artigo 186.

Ainda na lição de Carlos Roberto Gonçalves, ato ilícito é o praticado com infração ao dever legal de não violar direito e não lesar a outrem. Tal dever é imposto a todos à luz do art. 186 do Código Civil.

Ato ilícito é, portanto, fonte de obrigação: a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado (CC, art. 927). É praticado com infração a um dever de conduta, por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, das quais resulta dano para outrem. (GONÇALVES, 2012, p. 33)

Dentre os ilícitos concorrenciais existentes, o mais relevante para as autoridades e para os doutrinadores é o cartel. Considerando o objetivo desse estudo, o cartel será utilizado como exemplo de infração, permitindo a simplificação da análise com o intuito de abordar a responsabilidade civil concorrencial. Portanto, a forma adotada por membros de um cartel para estruturar o acordo ilícito é irrelevante para a caracterização da infração. Desse modo, tanto cartéis formalizados explicitamente, por meio de acordos escritos, ou tacitamente, sem a existência de um acordo propriamente dito, podem ser penalizados pelo direito concorrencial se obtidas provas suficientes para provar sua existência.

A instabilidade do cartel, causada pelo incentivo de seus participantes oportunisticamente burlarem o acordo, faz com que o arranjo horizontal tácito seja mais difícil de ocorrer. Consequentemente, a teoria econômica indica que a forma tácita somente poderá ocorrer em mercados que apresentem fatores estruturais que confirmam maior estabilidade ao acordo (v.g., homogeneidade do produto, presença de poucos concorrentes, baixa taxa de inovação, existência de barreiras ao mercado, transparência de preços).(SALOMÃO FILHO, 2013, p. 570)

Desse modo, o conluio é entendido como a ação pela qual concorrentes firmam acordos, de maneira implícita ou explícita, com o intuito principal de regular as condições de competição, visando maximizar seus lucros, sem qualquer benefício para os consumidores.

O conluio é considerado um dos comportamentos mais prejudiciais ao mercado. Além de impactar o bem-estar social e transferir renda dos consumidores para os integrantes do conluio, os acordos entre concorrentes também acarretam um custo social devido à utilização ineficiente de recursos e meios de produção.

As substituições inadequadas impostas aos consumidores devido à escassez artificial gerada pelo conluio resultam em uma perda global para a economia, afetando de forma significativa a sociedade. Além disso, estudos mostram que os ganhos obtidos dos consumidores pelos membros do conluio frequentemente são utilizados para manter o monopólio estabelecido.

Nesse sentido, os mecanismos de supervisão, monitoramento e fiscalização do acordo, assim como todas as cautelas adotadas pelos seus membros para manter o conluio em confidencialidade representam custos substanciais, consumindo recursos que poderiam ser utilizados em outras atividades, como em investimentos em pesquisa e desenvolvimento, ampliação de unidades de produção e melhoria de distribuição dos produtos. (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 573)

É primordial salientar que a distinção da responsabilidade com relação à sua origem se divide em contratual e extracontratual. A responsabilidade contratual está associada à violação de cláusulas contratuais, enquanto a extracontratual decorre de uma transgressão legal, não prevista no contrato. Ao analisar essa distinção doutrinária, tendo como exemplo o cartel como uma infração anticompetitiva, é correto classificar a responsabilidade civil como extracontratual, uma vez que o prejuízo causado aos consumidores não decorre da quebra do contrato de compra e venda feito com o fornecedor. O dano é resultado exclusivo da conspiração entre os membros do cartel.

## **2.2. Dano**

Na esfera do direito concorrencial, a questão da responsabilidade civil frequentemente envolve a questão do prejuízo. Embora seja viável identificar de forma geral a ação que gerou o dano, o verdadeiro desafio está em avaliar a magnitude do prejuízo e determinar a devida compensação a ser paga pelo infrator.

De acordo com Maria Helena Diniz:

o dano pode ser definido como a lesão sofrida em decorrência do ato ilícito causado por outrem. É essencial, porém, que haja prova real e concreta do dano, seja ele material ou moral, sem a qual não é possível imputar responsabilidade civil ao agente. (DINIZ, 2015, p. 134)

Na esfera do direito concorrencial, a questão da responsabilidade civil frequentemente envolve a questão do prejuízo. Embora seja viável identificar de forma geral a ação que gerou o dano, o verdadeiro desafio está em avaliar a magnitude do prejuízo e determinar a devida compensação a ser paga pelo infrator.

O cartel é frequentemente apontado como uma prática altamente prejudicial no mercado devido aos prejuízos consideráveis que acarreta. Em um ambiente de competição perfeita, os indivíduos não têm a capacidade de definir o valor de seus produtos, podendo apenas decidir a quantidade a ser produzida. Assim, eles aumentam a oferta até que o custo de produção de uma unidade extra (custo marginal) se iguale ao preço estabelecido pelo mercado, com o objetivo de maximizar seus lucros.

À medida que a competição diminui e as condições de mercado se afastam do modelo de concorrência perfeita, a produção do agente econômico é reduzida, resultando em um aumento nos preços.

No entanto, na presença de concorrência, nenhum dos agentes econômicos no mercado pode unilateralmente reduzir a quantidade ofertada, pois correrá o risco de ver a demanda suprida por seu concorrente. Assim, é evidente que a concorrência desempenha um papel crucial na manutenção de preços justos e na promoção de incentivos para inovação e melhoria de produtos e serviços, uma vez que qualquer escassez artificial criada por um concorrente pode ser facilmente resolvida pelo rival, mantendo assim uma constante pressão competitiva sobre os agentes econômicos.

Quanto maior for a diferença entre o preço e o custo marginal em determinado mercado, maior será o retorno financeiro de seus agentes econômicos e menor será o bem-estar do consumidor, que pagará um valor maior do que o necessário e justo pelos produtos ou serviços. O cartel elimina a concorrência, criando uma situação de monopólio. (STIGLITZ, 2003, p. 224)

Segundo Nunes, “se fixa as quantidades que quer vender, é o mercado que lhe diz o preço por que as compra; se fixa o preço a que deseja transacionar, é o mercado que lhe diz as quantidades que absorve” (NUNES, 2007, p. 375)

### 2.3. Nexo de Causalidade

Segundo Cavaliere, “a relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 49)

De acordo com Maria Helena Diniz (2015) tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa”.

No caso das condutas anticompetitivas, somente é possível configurar o elemento essencial nexos quando há uma clara conexão entre o ato realizado pelo infrator e a lesão.

Ao analisar o nexos causal aplicável aos casos de cartel, Bruno Maggi elucidou:

[...] assim, a determinação do nexos causal por meio da causalidade adequada volta a ser a opção mais equilibrada e satisfatória. Essa solução permite a indenização de prejuízos efetivamente sofridos em decorrência do ato lesivo, mas sobre os quais impossível comprovar que inexistiram outras circunstâncias que interferiram na produção do dano. (MAGGI, 2010, p.108)

### 2.4. Culpa

O artigo 186 do Código Civil fala em “ação ou omissão voluntária”, para, em seguida, tratar da culpa, caracterizada, nos termos da lei, por “negligência ou imprudência.

O dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico. Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. (GONÇALVES, 2012, p. 51-52)

Conforme destacado, o elemento culpa como elemento formador da responsabilidade civil voltou a ser questionado “apenas no século XIX, e no século X a legislação de muitos países passou a reconhecer hipóteses de configuração da responsabilidade objetiva.

Vale lembrar que a Lei Antitruste adota a responsabilidade objetiva, não sendo necessária a análise de culpabilidade do infrator para sua punição. Nos ensinamentos de Alvino Lima, a teoria objetiva fixou as bases na nova concepção da responsabilidade civil, com a transmissão da responsabilidade extracontratual no risco da doutrina para a legislação.

Segundo Alvino Lima:

[...] partindo da necessidade da segurança da vítima, que sofreu o dano, sem para ele concorrer, os seus defensores sustentam que *les faiseurs d'actes*, nas suas múltiplas atividades, são os criadores dos riscos, na busca de proveitos individuais. Se destas atividades colhem os seus autores todos os proventos, ou pelo menos agem para consegui-los, é justo e racional que suportem os encargos, que carreguem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados - *Ubi emolumentum, ibi onus*. (LIMA, 1998, p. 119)

### **3 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURIDICAS E LEI ANTITRUSTE**

#### **3.1. O papel institucional do CADE**

O CADE tem desempenhado o papel de promover a concorrência no Brasil nos últimos vinte anos. No entanto, há uma necessidade institucional mais ampla prevista na legislação que ainda precisa ser considerada, a fim de equilibrar a situação e promover a cultura da concorrência e a eficácia do direito antitruste.

O CADE é uma autarquia federal composta por três órgãos: (i) Superintendência-Geral; (ii) Departamento de Estudos Econômicos (“DEE”); e (iii) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (“Tribunal”).

A Superintendência-Geral é responsável pela investigação e condução dos processos administrativos para aplicar sanções por violações à ordem econômica. O Superintendente-Geral tem um mandato de dois anos, podendo ser reconduzido uma vez. Com a exigência de ter mais de trinta anos, ter conhecimento jurídico ou econômico e possuir boa reputação, ele é nomeado pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado Federal.

Os dois Superintendentes-Adjuntos são indicados pelo Superintendente-Geral e ocupam cargos de dedicação exclusiva. Após o parecer da Superintendência-Geral sobre os processos administrativos, a decisão é submetida ao Tribunal, composto por seis Conselheiros e um Presidente.

Os mandatos têm duração de quatro anos, não são simultâneos e não permitem recondução. Os candidatos a Presidente e Conselheiros devem atender às mesmas exigências mencionadas acima para assumir tais cargos, que também são de dedicação exclusiva. Para garantir a independência dos membros, eles não podem ser demitidos sem justa causa, como os Ministros de Estado ou outros servidores públicos em cargos de confiança.

Para assegurar a independência dos Conselheiros e evitar interferências políticas, eles só perderão seus mandatos se houver decisão do Senado Federal, por solicitação do Presidente da República, ou em caso de condenação criminal definitiva por crime intencional, ou por processo disciplinar resultante de desrespeito às competências e restrições para o exercício das funções estabelecidas na Lei Antitruste.



O DEE, por sua vez, é encarregado de elaborar pareceres técnicos a pedido da Superintendência-Geral ou do Tribunal, fornecendo dados e análises econômicas relacionadas ao caso, agentes econômicos envolvidos ou mercado em questão.

A análise judicial das decisões administrativas é uma das responsabilidades importantes do Poder Judiciário, porém o CADE enfrenta desafios em garantir a efetividade de suas decisões punitivas devido aos recursos judiciais interpostos pelos condenados.

Segundo uma pesquisa solicitada pela CNJ e divulgada em 2014, o Judiciário apresenta os seguintes problemas em relação à revisão das decisões das agências reguladoras e do CADE: (i) demora excessiva na tomada de uma decisão final; (ii) concessão de liminares com efeitos suspensivos das decisões administrativas e do processo em andamento; (iii) mudança frequente de entendimentos nas liminares, com revogações sucessivas e novas concessões de medidas liminares; (iv) falta de preparo institucional, com ausência de conhecimento em políticas públicas e técnica adequada, evidenciada pela demora e pelo teor das decisões; e (v) tendência de confirmação das decisões administrativas pelos tribunais superiores.

Vale ressaltar que a condenação administrativa tem caráter punitivo e não reparatório. Todos os valores pagos pelos infratores em decorrência de uma decisão do CADE (ou de um acordo firmado com a autoridade) são destinados ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, não sendo revertidos para a autoridade ou para as possíveis vítimas da conduta anticompetitiva.

A Lei Antitruste estabeleceu que o cartel, como a forma mais grave de infração concorrencial, é considerado crime, com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa. Dessa forma, os envolvidos em práticas cartelizadas (incluindo cartéis em licitações) estão sujeitos à responsabilização criminal pelo Ministério Público. Apesar da separação das esferas administrativa, cível e criminal na análise de infrações concorrenciais, uma condenação criminal por cartel pode ter repercussões na esfera cível, conforme previsto no Código Civil e no Código de Processo Penal.

O Código de Processo Penal confirma a possibilidade de uma ação civil correr paralelamente à ação criminal, porém o juiz do processo cível pode suspender a ação enquanto aguarda a decisão da esfera criminal. Portanto, a existência de uma infração não pode ser questionada na esfera cível se a mesma conduta for considerada crime em uma sentença criminal definitiva.

Após a identificação dos transgressores e punição pelo Poder Judiciário por meio de sentença condenatória por infração antitruste, caberá ao demandante executar a sentença. No entanto, existem cenários em que o infrator não tem recursos para cumprir a condenação ou integra uma estrutura societária projetada para separar atividades e responsabilidades em diferentes empresas.

Com o objetivo de eliminar possíveis barreiras para a reparação dos danos causados por condutas anticompetitivas, o legislador definiu a norma do artigo 33 da Lei Antitruste, estabelecendo a solidariedade entre os integrantes do grupo econômico do infrator. Essa solidariedade não admite privilégios de pagamento e é estabelecida por lei, evitando assim argumentos formais para a não quitação das penalidades decorrentes do ato ilegal.

Art. 33 da Lei Antitruste: Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.

É importante destacar que a Lei Antitruste alcança todos os integrantes do grupo econômico do transgressor, o que representa uma mudança em relação à Lei nº 8.884/1994. Esta lei previa a solidariedade apenas entre os participantes do grupo econômico envolvidos na prática anticompetitiva, sem obrigar todos os membros do grupo econômico.

É fato que a cooperação não se limita apenas aos integrantes da mesma empresa do transgressor, como determinado na legislação antitruste, mas também existirá cooperação entre os coautores das práticas anticoncorrenciais, de acordo com o artigo 942 do Código Civil.

Maria Helena Diniz destaca a opção da vítima por buscar reparação do dano sofrido acionando todos os infratores simultaneamente.

Os bens do responsável pelo ato ilícito ficarão sujeitos à reparação do dano causado, e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação, mediante seus bens, de tal maneira que ao titular da ação de indenização caberá opção entre acionar apenas um ou todos ao mesmo tempo. (DINIZ, 2015, p. 57)

A ideia de grupo econômico no campo do direito concorrencial é de extrema relevância, uma vez que a premissa é que os atores econômicos devem ser avaliados com base em suas ações, e não em sua estrutura.

Assim, no contexto do direito antitruste, as análises geralmente consideram o grupo econômico como um todo, sem fazer distinções com base na forma societária ou na presença de múltiplas pessoas jurídicas (ou outras organizações, como fundos de investimento), a fim de identificar possíveis práticas anticoncorrenciais originadas por esse conjunto decisório denominado grupo econômico.

A Lei Antitruste menciona várias vezes o termo grupo com o intuito de ressaltar essa abordagem. Um exemplo disso é o art. 36 da mesma lei que trata da presunção de posição dominante caso uma empresa ou um grupo de empresas detenha pelo menos 20% (vinte por cento) de participação em um mercado relevante.

Na área do direito empresarial, o conceito de conglomerado também não possui regulamentação legal adequada. A Lei nº 6.404/1976 aborda conglomerado de empresas em seus artigos 265 a 277, porém essa instituição possui normas específicas e raramente aplicadas.

Além deste conceito legal de grupo, também existe a definição doutrinária de grupo de fato. Conforme ensinamento de Nelson Eizirik, “ grupo de fato é aquele integrado por sociedades relacionadas tão somente por meio de participação acionária, sem que haja entre elas uma organização formal ou obrigacional”. (EIZIRIK, 2011, p. 515)

Apesar de ser importante, o conceito de grupo econômico não é claramente estabelecido pela Lei Antitruste. Para preencher essa lacuna legal, o CADE publicou a Resolução nº 2/2012, que define como grupo econômico, no parágrafo 1º do artigo 4º, (i) as empresas que estão submetidas a um controle comum, interno ou externo, e (ii) as empresas em que qualquer uma das empresas mencionadas no item (i) detenha, direta ou indiretamente, pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

É importante destacar que a definição de grupo econômico conforme estabelecido pelo CADE é aplicável exclusivamente para a avaliação do faturamento do grupo a fim de submeter atos de concentração à análise da autoridade concorrencial, sem obrigação de seguir essa diretriz nas decisões relacionadas a práticas anticompetitivas.

Em outras palavras, essa definição serve como um parâmetro para o mercado, mas o CADE reserva-se o direito de, em uma situação específica, considerar que a regra não se aplica adequadamente à estrutura de determinado grupo econômico, interpretando o conceito de grupo econômico de forma distinta.

Uma alternativa para responsabilizar outras pessoas além daquelas diretamente envolvidas em práticas anticoncorrenciais é através da desconsideração da personalidade jurídica. Conforme a legislação de defesa da concorrência, a desconsideração da personalidade jurídica é cabível nos casos em que houver abuso de direito, excesso de poder, violação da lei, conduta ilícita ou descumprimento do estatuto ou contrato social, bem como em situações de falência, insolvência, encerramento ou inatividade da empresa devido a má gestão.

Segundo Alexandre Ferreira de Assumpção Alves:

[...] Assim, é possível identificar alinhamento entre os diplomas. O mesmo ocorre para os casos falimentares, em que o enquadramento da conduta da pessoa jurídica no conceito esposado pelo Código Civil permite o deferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, também em linha com a hipótese constante na Lei Antitruste. (ALVES, 2003, p. 122)

Para usufruir da desconsideração da personalidade jurídica do responsável pela infração, visando até mesmo atingir gestores de empresas, o autor da ação de reparação de danos deve solicitá-la perante o tribunal. O recente Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015, em fase de *vacatio legis* – “Novo CPC”) atribui maior importância a esse instituto, se comparado ao Código de Processo Civil em vigor (Lei nº 5.869/1973 – “CPC”).

Nos artigos 133 a 137, o Novo Código de Processo Civil enfatiza a importância dos princípios constitucionais do contraditório, devido processo legal e ampla defesa, tratando da possibilidade de uma das partes ou o Ministério Público (quando aplicável) solicitarem ao juiz a abertura de um incidente de

desconsideração da personalidade jurídica, incluindo a desconsideração inversa. Esse incidente poderá ocorrer em todas as fases do processo de conhecimento, na fase de cumprimento de sentença e na execução baseada em título executivo extrajudicial, normalmente interrompendo o processo até que haja uma resolução por meio de uma decisão interlocutória.

## **4 DESAFIOS E APRIMORAMENTOS PARA RESPONSABILIDADE CIVIL ANTITRUSTE**

### **4.1. Desafios**

Verifica-se que responsabilidade civil é baseada na presença dos fatores: (i) comportamento indevido; (ii) prejuízo; e (iii) relação de causa e efeito. No contexto do direito da concorrência, é viável perceber a chance de compensação por danos concorrenciais, uma vez que os elementos mencionados acima possam ser identificados.

A legislação de concorrência estabelece os comportamentos proibidos no campo da concorrência. No entanto, a redação que fala sobre a punição do ato, mesmo na ausência de prejuízo, não é aplicável para a compensação de danos na esfera civil, mas apenas no âmbito administrativo. A relação de causa e efeito será avaliada no exame do caso específico, quando será estabelecida uma ligação entre a conduta do infrator e o dano efetivamente causado.

A mesma norma legal determina a responsabilidade objetiva como princípio para a investigação de condutas ilegais em assuntos de concorrência, incluindo a responsabilidade civil no direito concorrenciais conforme descrito na parte inicial do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

Assim, ao se debruçar na análise de Anders, temos:

[...] o legislador reforçou a diferença entre a sanção administrativa de natureza pública e a reparação demandada via responsabilidade civil de natureza privada, esclarecendo que os processos administrativo e judicial são independentes, não sendo necessário a conclusão do primeiro para a iniciação do segundo, nem sendo suspenso o primeiro em conta do segundo. (ANDERS, 2012, p. 189)

Apesar da transparência das normas relacionadas à responsabilidade civil antitruste no Brasil, a efetividade desse instituto é amplamente questionada quando analisada empiricamente. Estudos recentes têm mostrado provas que apoiam a percepção dos especialistas de que a reparação civil não é devidamente aplicada no país em casos de concorrência.

Diante do aumento constante de processos de compensação no Brasil,

impulsionados pelas campanhas de acesso à justiça realizadas no país nos últimos dez anos e pela disseminação dos Juizados Especiais Cíveis, não parece correto atribuir a baixa quantidade de processos de compensação em questões concorrenciais à falta de interesse da população. Na realidade, existem grandes desafios para garantir a reparação civil efetiva dos danos causados por violações concorrenciais no Brasil.

#### **4.1.1. Cultura concorrencial**

O primeiro desafio é inserir uma cultura de competitividade na população do Brasil, da mesma maneira que foi feito com sucesso em relação à defesa dos direitos dos consumidores.

O CDC possui recursos claros e acessíveis para proteger os clientes, enquanto a Lei Antitruste se dedica a promover a concorrência, com enfoque em normas administrativas relacionadas ao CADE, sua estrutura e funcionamento, havendo também aspectos de responsabilidade civil e criminal.

Se a busca por reparação civil se intensificar, é possível que a concorrência seja mais controlada, uma vez que indivíduos que cogitam burlar as normas agirão com mais cautela, diante do risco concreto de terem que indenizar financeiramente os prejuízos provocados às vítimas. Da mesma forma, a ampliação do uso desse mecanismo pelos cidadãos tende a promover um ciclo virtuoso, com a reparação dos danos ocasionados e desestimulando novas práticas ilegais semelhantes por parte das empresas.

#### **4.1.2. Dano sofrido**

O encargo de comprovação em um processo judicial comum deve obedecer ao estabelecido no art. 333 do CPC, que atribui ao autor de uma ação de compensação o dever de demonstrar em juízo o prejuízo alegado especificando a extensão do dano causado pelo ato ilegal, a fim de possibilitar a adequada defesa do réu e a análise do pedido pelo juiz.

A obtenção de provas pela parte prejudicada por um ato de concorrência desleal, sem a intervenção de autoridade pública com poder de polícia, é

praticamente impossível. A ação de compensação por concorrência desleal não conta com uma regra específica que permita a mudança do encargo da prova.

A mudança do encargo da prova é eficaz na proteção do consumidor, conforme previsto no art. 6, VIII, do CDC. Apesar de possíveis abusos desse direito na prática atual, a mudança do encargo da prova possibilita restaurar um equilíbrio anteriormente inexistente devido à disparidade de informações entre as partes.

No entanto, mesmo após a resolução da disputa sobre a prova de práticas antitruste, existe também uma grande dificuldade em determinar o prejuízo sofrido pela parte prejudicada, uma vez que as informações de mercado e custos de produção são controladas pelo infrator, gerando uma clara assimetria informacional em relação à parte prejudicada (como consumidor individual, empresa contratante).

#### **4.1.3. Prescrição**

Conforme já discutido, a Lei Antitruste apresenta uma forte inclinação administrativa, limitando a possibilidade de recorrer à justiça para buscar indenização por danos resultantes de práticas anticompetitivas apenas ao artigo 47.

Logo, além da ausência de normas processuais relacionadas à coleta de provas e ao cálculo de prejuízos, também não existe uma definição clara sobre o limite temporal para ações privadas no contexto do direito da concorrência. Portanto, as ações de indenização devem observar o limite de 3 (três) anos determinado no artigo 206, parágrafo 3º, inciso V, do Código Civil.

É questionável saber quando se inicia o prazo: (i) a partir do momento em que o dano alegado ocorre; (ii) quando a vítima toma conhecimento do dano; (iii) com a abertura do procedimento administrativo pelo CADE; (iv) com a decisão final do CADE; ou (v) com a decisão final sem possibilidade de recurso (administrativo ou após análise judicial).

A ausência de normas que interrompam o período de prescrição para processos de compensação (como os ligados ao começo ou fim da apuração administrativa) também pode complicar a procura por indenização por aqueles afetados por condutas anticompetitivas. Se houver incertezas ou equívocos na



contagem do prazo prescricional, a pessoa afetada pode ter seu direito de reparação prejudicado por questões procedimentais.

## **4.2. Aprimoramentos**

No cenário atual do Brasil, é possível observar um avanço no reconhecimento da relevância da competição no país, destacando-se principalmente nos campos do direito e da economia, sob a influência positiva das ações eficazes do CADE.

Apesar dos progressos recentes, é crucial encontrar um ponto de equilíbrio entre a aplicação pública (especialmente pelo CADE) e a aplicação privada da Lei Antitruste (que deve ser conduzida pelos consumidores).

Com o objetivo de melhorar a eficácia da implementação das normas antitruste no Brasil e garantir a reparação dos prejuízos resultantes de condutas prejudiciais à concorrência, será necessário sugerir alterações considerando as dificuldades encontradas e as experiências estrangeiras que possam ser relevantes.

### **4.2.1. Análise e julgamento do CADE**

Considerando a relevância da atuação do CADE na organização institucional do país, propõe-se que aprimorar a eficácia da legislação antitruste no ambiente empresarial seja fundamentado na experiência e nas análises de casos administrativos realizados pelo órgão.

Como já foi dito anteriormente, as esferas administrativa, cível e criminal exercem suas atividades de maneira autônoma e a habilidade da parte lesada em iniciar uma ação não pode ser suspensa devido a um processo administrativo já em curso no CADE, mesmo que esteja ligado à mesma conduta.

Assim, o CADE costuma revisar seus casos focando apenas nos critérios para decisão administrativa de uma conduta anticoncorrencial específica, sem explorar detalhadamente a pesquisa requerida em diferentes ramos do direito, sobretudo no ramo do direito civil.

A despeito de a legislação antitruste prever a penalidade para práticas anticoncorrenciais sem considerar os prejuízos causados, ela estabelece que a penalidade aplicada pelo CADE às organizações que transgridem a lei deve ser

sempre igual ou maior do que o lucro obtido com a conduta ilegal, desde que seja viável calcular este montante.

Uma alternativa para aprimorar o funcionamento do CADE consistiria em adotar os métodos consensuais já empregados pelo órgão em suas ações punitivas, como o acordo de leniência e o termo de compromisso de cessação (TCC), como alternativas mais eficazes para as vítimas buscarem indenização por meio do sistema judiciário na situação legal vigente.

Em contextos de cartel, o acordo de leniência e o termo de compromisso de cessação (TCC) exigem a confissão de participação na conduta investigada, que implica em admitir o papel do infrator na violação, funcionando como prova para processos civis movidos pela parte prejudicada na corte.

O acordo de colaboração assegura benefícios de natureza administrativa e penal ao indivíduo que participa em atividades anticompetitivas e fornece informações inovadoras e detalhadas sobre um acordo ilegal. Essa medida está prevista nos artigos 86 e 87 da Lei Antitruste e regulamentada nos artigos 197 a 210 do Regulamento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Somente o primeiro participante envolvido em práticas anticompetitivas é apto a receber os benefícios estipulados por este acordo, após negociações confidenciais com a Superintendência Geral do CADE, com prazo máximo de seis meses.

Na hipótese de recusa da proposta de acordo ou desistência, fica proibida a utilização dos dados disponibilizados à autoridade de concorrência em qualquer circunstância. As benefícios oferecidos ao informante incluem: (i) a suspensão da ação punitiva do Estado ou a diminuição de 1/3 a 2/3 da sanção aplicável em processos administrativos; e (ii) a extinção da responsabilidade penal pelos crimes relacionados a cartel após o cumprimento integral do acordo de leniência.

A fim de evitar a punição em termos administrativos, é imprescindível que o acordo de leniência seja validado integralmente, desde que a autoridade não tenha tido ciência prévia das práticas anticompetitivas.

Porém, caso a Superintendência Geral do CADE estivesse ciente do ocorrido, porém não possuísse provas o bastante para a condenação, o acordo de leniência poderia ser parcialmente aceito, resultando em uma diminuição da multa imposta pelo Tribunal.

Para que o pacto tenha êxito, é imprescindível que a pessoa se comprometa a participar de maneira ativa da apuração, não se restringindo a apenas fornecer informações confidenciais durante as conversas, mas também se disponibilizando para auxiliar o CADE em todas as etapas do procedimento investigativo e judicial, destacando a importância da confidencialidade.

#### **4.2.2. Aprimoramento da produção de prova**

A criação de provas é reconhecida como um dos maiores obstáculos para a eficaz compensação dos prejuízos sofridos pelas vítimas de comportamentos anticompetitivos. Isso se deve à dificuldade das práticas anticompetitivas e à ausência de dados imparciais entre os infratores e os consumidores sobre os aspectos econômicos em questão, tornando complicada a busca por reparação.

Diante da diferença existente entre vendedores e compradores, o legislador, em 1990, optou por incluir a alteração na distribuição do ônus da prova como um recurso jurídico para proteger os direitos essenciais dos consumidores, como a plena reparação pelos prejuízos resultantes de negociações comerciais.

A alteração na distribuição do ônus da prova possibilita que o cliente apresente evidências convincentes, que são aceitas como verídicas pelo magistrado, passíveis de refutação pelo acusado. Ao seguir uma abordagem abrangente do ordenamento jurídico, é necessário atribuir a condição de consumidor às vítimas de condutas anticoncorrenciais que se encaixem na abordagem ampliada da teoria finalista.

Com fundamento nesse princípio, é igualmente plausível levar em conta que a ação de indenização por danos concorrenciais decorrentes de uma violação da Lei Antitruste, ajuizada por um consumidor, pode ter a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, de acordo com o mesmo raciocínio do CDC, mediante requerimento do autor e deferimento do magistrado.

Uma alternativa mais benéfica para as vítimas, incluindo não consumidores, é a descentralização da responsabilidade pela prova como estabelecido no Novo CPC. De acordo com o art. 373 desse código, o juiz tem a possibilidade de modificar a tradicional atribuição da prova, conforme descrito no parágrafo inicial do art. 373, em situações de impedimento ou grande dificuldade por parte do autor em cumprir

com seu dever (em processos de indenização).

Dessa forma, com a entrada em vigor da nova legislação processual, é viável a adaptação da responsabilidade pela prova de forma a auxiliar a vítima de danos anticoncorrenciais, sem a obrigatoriedade de demonstrar os prejuízos sofridos, possibilitando que as partes apresentem de modo dinâmico ao juiz os elementos probatórios indispensáveis para a situação em questão.

Em relação à responsabilidade da comprovação, no caso do autor ser prejudicado diretamente pelo réu, a norma estabelece que o réu precisa fornecer provas para se justificar em relação às despesas extras decorrentes da conduta anticoncorrencial.

Dito de forma diferente, é responsabilidade do autor iniciar o processo e requerer compensação por eventuais danos, ao passo que a pessoa que infringiu a lei deve se justificar apresentando evidências que mostrem a inexistência de prejuízo. No entanto, no caso do autor indireto, é necessário provar que o réu provocou danos na linha de produção, impactando de forma negativa o autor.

#### **4.2.3. Mensuração dos danos**

A determinação dos danos em processos no âmbito do direito da concorrência pode ser um desafio significativo, o que torna difícil encontrar uma solução eficaz para a reparação. Nesse sentido, é possível começar esta análise considerando que identificar o prejuízo e conseqüentemente calcular a compensação devida é uma atividade complicada, desestimulando a utilização dos recursos de reparação de danos provenientes de infrações concorrenciais.

No que diz respeito à avaliação dos danos, a Diretriz estabelece que é presumido que as quebras de cartel resultem em perdas. Para calcular o montante a ser compensado, a União Europeia, por exemplo, determina que o autor deve apresentar seu pedido de reparação, sendo responsabilidade dos tribunais locais analisar o pedido e assegurar o direito a uma compensação justa.

Adicionalmente, a entidade reguladora nacional de competição tem a possibilidade de ajudar os requerentes a calcular os prejuízos, caso seja solicitado pelo tribunal nacional e a seu próprio critério.

Curiosamente, já nos EUA, por exemplo, litígios civis são analisados por um júri popular, ou seja, pessoas comuns tomam decisões sobre os danos

compensatórios em situações de infração do direito da concorrência dos EUA.

Portanto, a evidência concreta do prejuízo para quantificação é menos importante neste contexto legal, priorizando-se a interpretação dos jurados e sua certeza com base nas alegações apresentadas.

Na União Europeia, como ilustração, no decurso da discussão acerca de como potencializar a efetividade do direito da competição em litígios privados, a Comissão Europeia apresentou, em 16 de outubro de 2013, um Manual Prático para mensuração dos prejuízos em demandas de compensação baseadas em transgressões ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

O Manual traz maneiras simplificadas de calcular os danos causados às vítimas em situações de concorrência desleal. Sem exigir ação das autoridades judiciais locais, a finalidade principal é proporcionar ferramentas que possam ser utilizadas de forma genérica tanto pelas partes lesadas quanto pelos juízes em casos específicos.

Fornecer um guia similar ao Brasil e divulgar as orientações contidas nele com as partes interessadas, os advogados e os juízes, seria uma grande ação importante para aprimorar a aplicação eficaz da legislação de concorrência no país.

No entanto, é possível encontrar amparo na legislação vigente do Brasil para que o magistrado determine como sanção ao transgressor o ressarcimento à vítima em montante superior ao devido com fundamento no princípio da reparação integral, presente tanto no Brasil quanto na União Europeia.

Conforme o artigo 944 do Código Civil, a compensação precisa ser calculada levando em consideração o dano sofrido pela pessoa prejudicada, evidenciando a importância da reparação total, sem margem para o uso de outras estratégias para aumentar a compensação estipulada pelo juiz. Por outro lado, o entendimento aprovado na VI Jornada de Direito Civil e presente no Enunciado 379 do Conselho da Justiça Federal sugere a possibilidade de identificar a finalidade punitiva ou educativa da responsabilidade civil ao determinar uma compensação maior, visando desestimular condutas transgressoras.

Roberto Pfeiffer defende que a introdução do sistema de indenizações múltiplas no âmbito do direito concorrencial do Brasil pode ser vantajosa, possibilitando inclusive a análise de sua eficácia na realidade nacional e sua extensão para outras circunstâncias. Esse mecanismo pode resultar em dois efeitos

significativos para fortalecer a proteção da concorrência no país: (i) dissuadir a prática de comportamentos anticompetitivos devido à possibilidade de penalidades substanciais, além das punições do direito administrativo; e (ii) ressaltar as vantagens advindas da eficaz defesa da concorrência, como a compensação das vítimas dos prejuízos causados pelos comportamentos anticompetitivos.

Conforme Roberto Pfeiffer:

a prática de utilizar um valor dobrado para penalizar aqueles que cobram quantias indevidas dos consumidores não é algo novo no cenário jurídico brasileiro (PFEIFFER, 2015, p. 264)

Como forma de exemplificar, o supracitado autor enfatiza o artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, que determina que o fornecedor deve ressarcir em dobro (o montante excedente) se houver uma cobrança indevida. Com base nesse cenário, o pesquisador defende a implantação no Brasil, em um primeiro momento, da penalidade em dobro (ao invés da triplicada, como nos Estados Unidos - denominada treble damages), com o intuito de introduzir gradualmente essa ideia no país.

É evidente que a problemática da mensuração do prejuízo continuaria existindo, entretanto, seria concedida uma ênfase maior à viabilidade de uma vítima solicitar indenização por um ato de concorrência desleal.

Apesar de ter incorporado diversas sugestões relevantes de nações estrangeiras, a Lei Antitruste não apresentou avanços legislativos específicos em relação à adoção do direito antitruste pela iniciativa privada.

Dessa forma, é essencial que a sociedade receba com entusiasmo sugestões de mudanças na legislação que aprimorem os mecanismos da Lei Antitruste, com o objetivo de melhorar o sistema existente.

#### **4.2.4. Viabilização de acesso à justiça**

Hoje em dia, o Brasil é considerado um país com elevado índice de litigância. Com a promoção do direito de acesso à justiça e à ampliação do alcance do Poder Judiciário - por meio de medidas como a introdução do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.099/1995, e a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) - o país tem mais de 106 milhões de casos em andamento, o que equivale a mais de um processo para cada dois cidadãos. Embora pareça que a população esteja altamente envolvida em disputas legais, pesquisas indicam que a maior parte dos casos são iniciados por entidades como o governo, instituições financeiras e empresas de telecomunicações.

Ao examinar a responsabilidade civil antitruste, os obstáculos para sua eficácia e a possibilidade de acesso à justiça no Brasil, percebe-se que os Juizados Especiais Cíveis (JECs) apresentam escassa familiaridade com temas relacionados à concorrência. Sendo assim, seria positivo para a promoção da concorrência que os consumidores pudessem pleitear indenização por prejuízos decorrentes de condutas anticompetitivas nos JECs.

Uma ideia possível seria instituir varas especializadas em assuntos econômicos e concorrenciais, com o objetivo de resolver questões ligadas a atos administrativos e à aplicação privada da legislação antitruste por indivíduos prejudicados por violações concorrenciais. Isso permitiria uma maior qualificação por parte dos juízes e funcionários envolvidos nessas questões.

Um ponto importante a ser considerado é a questão da prescrição. A legislação processual vigente no Brasil não aborda os elementos do direito da concorrência, não contendo qualquer disposição que possibilite à parte prejudicada aguardar a decisão do CADE sobre uma conduta anticompetitiva ocorrida sete anos atrás sem afetar seu direito de buscar uma compensação, que poderia já estar prescrita.

Os limites temporais não devem ser um obstáculo injustificado à abertura de um processo de compensação por danos concorrenciais. Na comunidade Europeia, por exemplo, a Diretiva estipulou um período mínimo de 5 (cinco) anos para situações similares. O momento de início do prazo deve ser contado a partir do fim da violação das leis concorrenciais e da ciência (real ou presumida) do delito.

Uma outra ação relevante para garantir o respeito ao direito de ser indenizado

consiste na interrupção da contagem do tempo de prescrição se a entidade de concorrência adotar alguma providência em relação à violação que está sendo discutida em um processo de compensação financeira. Sugere-se que tal interrupção precisa se estender por pelo menos 1 (um) ano após a determinação final emitida pela entidade de concorrência.

Ao adequar as diretrizes da Diretiva à situação brasileira, é possível cogitar uma alteração na legislação que permita a interrupção da contagem do prazo de prescrição durante a apuração, análise e julgamento de uma conduta anticoncorrencial pelo CADE, garantindo que as partes afetadas tenham seus direitos preservados após a conclusão do processo pela autoridade de defesa da concorrência.



## CONCLUSÃO

A responsabilidade civil no contexto da competição necessita de uma análise particular pelas leis de defesa da concorrência do Brasil, com o objetivo de garantir a sua eficácia. A aplicação das leis antitruste de forma privada pode ser uma maneira eficaz e eficiente de proteger os interesses da sociedade contra práticas ilegais no mercado competitivo.

No cenário nacional, é perceptível uma forte atuação no combate aos delitos contra a competição no contexto empresarial. Contudo, é imprescindível que a defesa da concorrência também se apoie nos princípios que orientam a responsabilidade civil antitruste.

Frente à avaliação dos desafios para a adequada reparação de danos concorrenciais, é essencial levar em conta as opções estabelecidas na lei em vigor e avaliar possíveis mudanças para otimizar o funcionamento das instituições brasileiras em relação à concorrência e aos impactos no mercado.

Um meticuloso planejamento de propostas legislativas é fundamental para evitar mudanças frequentes em um novo conjunto de leis. A recente aprovação da Lei Antitruste foi fruto de uma ampla aplicação da Lei nº 8.884/1994 e de suas diversas atualizações e interpretações legais. Assim, toda alteração na legislação demanda uma análise cuidadosa e discussão sobre maneiras de promover avanços na situação presente, por meio de uma atuação mais eficiente e participativa dos interessados.

Quando se trata de responsabilidade civil antitruste, existem várias oportunidades de melhoria que podem ser implementadas sem a obrigação de modificar a legislação. Além de recorrer a mais decisões do CADE e acordos celebrados com a agência como evidência em ações de compensação, as pessoas prejudicadas podem se beneficiar com as seguintes melhorias:

- (i) Coleta de evidências em processos de compensação levando em conta a disparidade de informações entre os envolvidos e a credibilidade dos argumentos expostos pelo requerente, seguindo os princípios de igualdade e

eficácia mencionados na Diretriz e as regras processuais do atual Código de Processo Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

(ii) Utilização de abordagens diretas e compreensíveis para mensurar o prejuízo e a reparação subsequente por parte de juízes e indivíduos prejudicados, por intermédio de recursos semelhantes ao Guia, com o objetivo de fomentar a implementação privada das leis de concorrência e garantir maior uniformidade nas sentenças relacionadas ao assunto.

(iii) Decisão de processos de compensação por violações antitruste nos Tribunais de Pequenas Causas, possibilitando uma maior facilidade de acesso à Justiça para os consumidores, os quais têm o hábito de buscar a intervenção judicial para garantir os direitos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor.

(iv) A ação proativa do CADE busca promover a aplicação do direito concorrencial pelo setor privado, com a análise de danos em suas decisões condenatórias; a divulgação transparente dos acordos de leniência e TCCs, esclarecendo a conduta em questão e a confissão do signatário sobre a infração anticoncorrencial; e a participação como assistente em processos judiciais movidos por vítimas de práticas anticompetitivas.

Também foram debatidas alterações na legislação com o intuito de: (i) fornecer respaldo jurídico para utilizar decisões e acordos do CADE como evidência; (ii) possibilitar indenizações agravadas - com a aplicação de multiplicadores - com o propósito de ter um efeito educativo e dissuasório sobre os transgressores; e (iii) assegurar o direito à compensação para as vítimas após uma determinação da autoridade antitruste, com a interrupção do prazo prescricional durante o período de investigação, análise e julgamento de uma violação anticoncorrencial pelo CADE.

Durante suas ações punitivas, o CADE utiliza métodos de conciliação, como o acordo de leniência e o termo de compromisso de cessação (TCC), que podem ser opções viáveis para que as vítimas alcancem sucesso através de uma ação privada de reparação de danos no âmbito do direito civil.

De maneira alternativa, o consenso entre as partes poderia ser uma opção viável para atender às necessidades das vítimas e, conseqüentemente, desencorajar a prática e repetição de comportamentos abusivos.

É primordial que se encontre maneiras inovadoras e criativas para que a legislação brasileira possa seguir em constante evolução, especialmente na área do direito concorrencial e o direito civil, garantindo assim, os recursos indispensáveis para reparar danos, em conformidade com os princípios da responsabilidade civil.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil-constitucional: o descompasso entre as disposições do Código de Defesa do Consumidor e a disregard doctrine.** Tese (Dourado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2003.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e sua consequência.** 4. ed. São Paulo: Saraiva.

AMERICAN BAR ASSOCIATION - ABA. **Comentários das Seções de Direito Antitruste e de Direito Internacional, da ABA, ao projeto de lei sobre sanções penais e ações privadas envolvendo cartéis no Brasil, submetido pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça à consulta pública.** 28. dez. 2011. Disponível em: <[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust\\_law/comments\\_aba\\_sal\\_sil\\_12\\_12\\_2011.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments_aba_sal_sil_12_12_2011.authcheckdam.pdf)>. Acesso em: 07 abr. 2024.

ANDERS, Eduardo Carminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência.** São Paulo: Método, 2012.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Balanço do triênio da Lei 12.529/11.** 2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Balan%C3%A7o%203%20anos%20nova%20lei-atualizado.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2024

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 103-104).

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COMISSÃO EUROPEIA. **Guia Prático para quantificação dos danos nas ações de indenização com base nas infrações aos artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.** Bruxelas, 16 out. 2013. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_pt.pdf)>. Acesso em: 07 abr. 2024

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** v. 7, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada,** v. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FORGIONI, Paula A. **Direito concorrencial e restrições verticais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** v.4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

**Lei e Política de Concorrência no Brasil:** uma revisão pelos pares. Paris, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: 29 abril.2024.

- LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- NUNES, A. J. Avelãs. **Economia Política: a produção - mercados e preços**. Coimbra: Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, 2007.
- Nova lei antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: Método, 2012.
- OLIVEIRA, Gesner. **Defesa da concorrência e regulação no setor bancário**. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes et al. (Coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Tutel coletiva da livre concorrência**. Revista de Direito do Consumidor. v. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Introdução à Microeconomia**. Tradução de Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Campus. 2003.