

A RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL E A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS: ALGUNS APONTAMENTOS INTRODUTÓRIOS

ANTITRUST CIVIL LIABILITY AND DAMAGE QUANTIFICATION: INTRODUCTORY NOTES

Vinícius Uler Lavorato*

RESUMO

O presente trabalho pretende traçar alguns apontamentos iniciais sobre a responsabilidade civil concorrencial e o dever de indenizar decorrente de ilícito antitruste. Para tanto, traçamos, inicialmente, algumas considerações sobre o dano decorrente das externalidades negativas geradas pelo comportamento cartelista enquanto dano-prejuízo, bem como suas implicações jurídicas. Em seguida, abordamos a quantificação dos danos do ponto de vista econômico, adotando, para tanto, os modelos propostos por Hellwig, bem como as considerações de van Dijk e Verboven. Posteriormente, fazemos alguns apontamentos sobre a quantificação de danos realizada pelo judiciário quando do arbitramento de indenizações decorrentes de ilícitos antitruste e, ainda, algumas ideias iniciais sobre uma possível função punitiva dos danos arbitrados, tomando como parâmetro a doutrina norte-americana dos *treble damages* e as previsões legais do microsistema consumerista brasileiro. O estudo traça, pois, referenciais teóricos elementares para posteriores estudos que visem verificar a (não) adequação dos valores arbitrados pelo judiciário em relação aos danos efetivamente causados pelos agentes econômicos cartelizadores.

PALAVRAS-CHAVE

Responsabilidade civil concorrencial. Quantificação de danos. Reparação de danos. Ilícito concorrencial.

SUMÁRIO

1. Danos decorrentes de condutas cartelizadas. 2. O dano como elemento do ilícito anticoncorrencial. 2.1. Danos emergentes. 2.2. Lucros cessantes. 2.3. Prejuízos alocativos: a hipótese do dano moral coletivo. 3. O problema da quantificação dos danos: uma abordagem econômica. 4. A aferição de danos e o cálculo de indenizações no judiciário brasileiro. 4.1. Probabilidade de detecção e persecução privada de um cartel. 5. *Treble damages*: a ideia da dupla função da indenização civil. Conclusão. Referências.

REFERÊNCIA: LAVORATO, Vinícius Uler. A responsabilidade civil concorrencial e a quantificação dos danos: alguns apontamentos introdutórios. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 3, n. 1, Porto Alegre, p. 106-124, mar. 2017.

ABSTRACT

This paper intends to formulate some introductory notes and concepts on antitrust civil liability and the obligation to pay damages caused by violations to competition law. In order to do so, we point out, at first, some considerations about damage due to negative externalities cause by cartel-ist behavior as a type of financial loss, as well as its legal implications. Afterwards, we approach damage quantification from an economic perspective, adopting, in doing so, the models proposed by Hellwig, as well as the considerations made by van Dijk and Verboven. Then, we make some considerations about damage quantification by the judiciary body for the arbitration of damages due to antitrust violations, as well as some initial thoughts on the viability of a punitive factor for these damages, taking, as a parameter, the North-American doctrine of treble damages and the Brazilian consumerist legal provisions. This study aims at indicating, thus, some basic theoretical foundations in order to allow future studies to verify the (non) conformity of damages awarded by the judiciary with the damages actually cause by economic agents colluding in cartel-like behavior.

KEYWORDS

Antitrust civil liability. Damage quantification. Damage awards. Antitrust wrongful acts.

1 DANOS DECORRENTES DE CONDUTAS CARTELIZADAS

As condutas anticompetitivas – em especial as condutas de cartel – têm sido veementemente combatidas no âmbito da justiça brasileira, seja por meio da atuação administrativa do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, seja na atuação dos Ministérios Públicos na persecução criminal de cartéis.

* Graduado em Direito (Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB, 2016). Graduando em Gestão de Políticas Públicas (Universidade de Brasília – UnB).

A discussão tocante à reparação civil decorrente dos danos causados aos indivíduos e à coletividade, por seu turno, é nova para o judiciário pátrio, mas não deixa de representar uma tendência crescente para o direito brasileiro.¹

Deste modo, surge a necessidade de estudar o fenômeno da reparação civil por danos decorrentes de cartéis sob suas diversas problemáticas e consequências para a ordem jurídica nacional.

Este artigo irá, pois, explorar alguns conceitos introdutórios sobre o ilícito concorrencial como dano-evento passível de reparação, bem como sobre a questão da quantificação dos danos e a incidência de um fator multiplicador no *quantum* apurado pelo judiciário, à exemplo dos *treble damages*.

No âmbito do direito comparado, pode-se citar a atuação do judiciário norte-americano como ator fundamental do ponto de vista da vanguarda doutrinária, que não raras vezes serviram de suporte teórico-metodológico para o direito brasileiro, que, comparativamente, ainda é muito incipiente na matéria.

Deste modo, este trabalho dedicar-se-á a traçar alguns apontamentos introdutórios para o estudo das condutas de cartel e dos danos causados aos atores econômicos envolvidos no mercado cartelizado e à coletividade.

É justamente neste sentido que se justifica a relevância deste trabalho monográfico, que pretende investigar as motivações e consequências econômicas das condutas de cartel e, ainda, a resposta que se tem obtido do judiciário no combate de tais condutas.

2 O DANO COMO ELEMENTO JURÍDICO DO ILÍCITO ANTICONCORRENCIAL

Partindo dos apontamentos comumente traçados na esfera da responsabilidade civil, poderíamos dizer que, assim como os danos decorrentes de outros atos ilícitos, os danos decorrentes de ilícitos concorrenciais podem ser divididos, em um primeiro momento, em danos-evento e danos-prejuízo. Sobre esta classificação Flumignan (2008, p. 204) nos esclarece:

Dano-evento, portanto, é a lesão ao direito subjetivo ou ao interesse protegido por uma norma. Já o dano-prejuízo é a consequência dessa lesão. Para a caracterização do fenômeno jurídico do dano, pressuposto da responsabilidade civil, e do dever de ressarcir, ambos precisam estar presentes.

Deste modo, o dano-evento se materializa na conduta lesiva praticada pelo agente econômico enquanto o dano-prejuízo é o prejuízo quantificável causado pelo dano-evento.

¹ Cite-se, como exemplo, as ações ajuizadas por particulares em decorrência da condenação do “Cartel do Aço” pelo CADE: Ação Ordinária 2009.34.00.035755-7, na 13ª Vara Federal do DF; 2009.38.00.015651-4, na 17ª Vara Federal de Belo Horizonte; 9848158-78.2006.8.13.0024, na 22ª Vara Cível de Belo Horizonte. Há, ainda, ações pleiteando reparação metaindividual: Apelação Cível 70018714857, na 3ª Câmara Cível do TJRS, Apelação Cível 994.03.009753-6, na 11ª Câmara de Direito Público do TJSP, dentre outras.

Importante destacar, ainda, a importância conferida à ordem econômica e, em especial, à livre concorrência, no atual ordenamento jurídico, que foi protegido pelo constituinte no inciso IV do artigo 170 da Constituição da República.

Deste modo, todo ato que atente contra a existência de uma ordem econômica saudável e prejudique a livre concorrência será tido como ilícito concorrencial, o que decorre, em especial, da tipificação aberta adotada pelo diploma concorrencial brasileiro, que define o ilícito concorrencial, de modo geral, como aquelas condutas que ocasionem ou possam ocasionar efeitos deletérios ao mercado.

O presente estudo preocupar-se-á com o dano-prejuízo, isto é, o efeito prejudicial ocasionado pelo dano-evento concorrencial (este, sim, a conduta anticoncorrencial propriamente dita)

Nos ensinamentos de Galvani (2014, p. 135-136), a ideia de que os ilícitos concorrenciais causam danos aos consumidores dos bens e serviços ofertados pelos infratores é intuitiva, já que são esses mesmos consumidores que interagem economicamente com os agentes econômicos que abusam de sua posição de mercado. A definição do dano, i. e., a identificação dos elementos que constituem, verdadeiramente, o dano experimentado pelo ilícito civil concorrencial, contudo, exige maiores reflexões.

Ainda nas palavras de Galvani (2014, p. 136), as estratégias adotadas pelas empresas coludentes na dominação do mercado “possuem como consequência comum o aumento do preço dos produtos e serviços ou, pelo menos, a queda de sua qualidade, causando danos aos seus consumidores diretos ou indiretos”.

A definição desse dano, é, portanto, de extrema importância para a esfera do combate privado aos ilícitos antitruste. Isto porque ainda que a comprovação e aferição do dano seja dispensável na análise administrativa do direito antitruste, na seara da responsabilidade civil, exige-se a efetiva verificação do elemento dano. Sobre o assunto, os apontamentos de Pereira (2014, p. 554):

Do conceito [de responsabilidade civil], extraem-se os requisitos essenciais: a) em primeiro lugar, a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário a direito, por comissão ou por omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não o propósito de malfezer; b) em segundo lugar, a existência de um dano, tomada a expressão no sentido de lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial; c) e em terceiro lugar, o estabelecimento de um nexo de causalidade entre um e outro, de forma a precisar-se que o dano decorre da conduta jurídica [...]

É dizer: a mera configuração do ato ilícito concorrencial não gera, automaticamente, um direito à reparação. Para o ordenamento brasileiro, o ilícito concorrencial se define pela mera potencialidade de lesão, enquanto a responsabilidade civil, como vimos acima, exige, para além da ilicitude do ato, um dano efetivamente experimentado, ligado àquele ato por um nexo de causalidade. Isso acontece porque as searas administrativa e civil tutelam objetos jurídicos distintos. Enquanto o Sistema Brasi-

leiro de Defesa da Concorrência protege o ambiente concorrencial sadio, a responsabilidade civil decorrente de ilícito concorrencial se preocupa em tutelar a lesão – seja ela patrimonial ou não – decorrente destes ilícitos concorrenciais (GÂNDARA, 2012, p. 337).

É certo que o diploma concorrencial brasileiro traz, para além da previsão genérica do Código Civil, a garantia de reparação civil das partes prejudicadas por atos anticompetitivos.² Por outro lado, nem a lei civil, nem a lei antitruste se preocuparam em definir o que, exatamente, constitui o prejuízo sofrido pelos prejudicados do ilícito anticompetitivo. Este é, pois, o grande desafio para a prática jurídica nas ações de responsabilidade civil por ilícito concorrencial.

Na esfera dos danos-prejuízos, a doutrina antitruste brasileira costuma classificar os danos aptos a serem reparados pela via da responsabilidade civil entre danos materiais e danos imateriais. Estes seriam representados pelo prejuízo allocativo que é absorvido pelo mercado e, portanto, afeta uma coletividade de indivíduos. É uma espécie de dano moral coletivo. Já aqueles, podem ser mais uma vez subdivididos entre os prejuízos emergentes – isto é, aqueles efetivamente sofridos em função de sobrepreço – e os lucros cessantes.³

Alguns autores, a exemplo de Jasper (2012, p. 4), admitem, ainda, a existência de uma espécie de dano imaterial individual⁴, isto é, um dano moral sofridos pelo próprio consumidor em decorrência do sobrepreço, embora a doutrina nacional não tenha traçado muitos debates sobre esta modalidade de dano decorrente de ilícitos antitruste.

2.1 Danos emergentes

O mais notório prejuízo decorrente dos acordos para fixação de preços é aquele que a doutrina denomina de *dano emergente*. No caso dos carteis, este dano é representado justamente pelo sobrepreço pago pelo produto cartelizado. O *dano emergente* é, pois, para o direito, o que o dano decorrente da ineficiência distributiva é para o modelo econômico de cartel, que será detalhado na próxima seção.

Deste modo, ainda que exista uma dificuldade metodológica na mensuração do preço que seria praticado por um mercado não-cartelista, o dano-prejuízo em si é facilmente identificado como sendo

² Neste sentido, a previsão criada pelo artigo 29 da Lei 8.884/1994, repetido pelo artigo 47 da Lei 12.529/2011, que substituiu aquela, de que “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” (grifo nosso).

³ Sobre os lucros cessantes, ver a sessão 3.2, ao tratar das ineficiências em mercados onde o consumidor do agente cartelista é intermediário.

⁴ Para o autor, este dano moral individual se configuraria por perdas relacionadas à imagem, reputação e valor de mercado do prejudicado.

a diferença aritmética entre este valor contrafactual e o valor efetivamente pago pelo prejudicado (MAGGI, 2010, p. 93).

Acresce-se à dificuldade para estimar o dano emergente ocasionado pelo cartel o fato de que, para tal, só se pode considerar como dano experimentado pela vítima o sobrepreço diretamente decorrente do ilícito antitruste. Ainda que esta constatação possa parecer evidente do ponto de vista da definição do dano, as implicações para a aferição do prejuízo são grandes. É preciso, pois, conseguir separar os incrementos no preço introduzidos artificialmente pelo cartel das variações normais de preço decorrentes das condições de mercado.

2.2 Lucros cessantes

Em sua definição mais clássica, os lucros cessantes são “os valores que deixarão de ser acrescentados aos bens jurídicos da vítima, ou seja, tudo aquilo que ela deixará de ganhar” (MAGGI, 2010, p. 149).

Para o direito antitruste, o lucro cessante pode ser observado, portanto, no prejuízo que tem o agente intermediário⁵ decorrente da redução na quantidade vendida em razão de eventual repasse do sobrepreço cobrado pela firma cartelista no mercado *upstream*.

O aumento nos custos de insumo são, evidentemente, um prejuízo ao agente econômico intermediário, já que passará o consumidor a pagar mais pelos insumos que necessita em sua própria atividade econômica em relação ao valor que pagaria em um mercado competitivo. O prejuízo que advém da redução da quantidade vendida em função de eventual repasse de sobrepreço pode não parecer tão claro em um primeiro momento. Ocorre que, conforme se explicitará na seção seguinte, eventual aumento no preço dos bens do produtor intermediário em função de repasse de sobrepreço ocasionará, necessariamente⁶, uma redução nos seus ganhos, já que o preço estabelecido antes do início da cartelização no mercado fornecedor (*upstream*) já o era em função da maximização do lucro.

Aqui, mais uma vez, a grande controvérsia não se dá no plano da possibilidade jurídica de resarcimento, vez que o entendimento nacional é pacífico no sentido de admitir a indenização por danos decorrentes da cessação de possíveis lucros. O grande desafio do direito antitruste é a quantificação e demonstração desse prejuízo, como será discutido no item 3.2 deste estudo.

⁵ Cumpre, aqui, traçar uma observação terminológica. No presente trabalho monográfico, optamos por utilizar o termo *intermediário* para designar aqueles agentes econômicos que compram insumos de empresas cartelistas para incorporá-los em sua produção própria, sem designar, necessariamente, sua condição de intermediária no sentido habitual do termo para a economia financeira, como é o caso dos bancos.

⁶ Isto é, desde que assumamos que este agente intermediário é um agente econômico racional e maximizador e, ainda, que se encontre na posição de tomador de preços no seu mercado final.

2.3 Prejuízos alocativos: a hipótese do dano moral coletivo

Conforme dito acima, existem alguns autores que cogitam a hipótese de o consumidor direto do bem cartelizado sofrer danos morais, decorrentes de violação à sua imagem, reputação e valor de mercado. O presente tópico, contudo, se debruçará sobre a hipótese de um dano moral coletivo, i. e., um dano causado à coletividade em função do peso-morto gerado no mercado cartelizado. A escolha metodológica se justifica, aqui, em razão de não havermos verificado a existência de demandas onde, efetivamente, se pleiteie o ressarcimento em função de uma violação moral à imagem da vítima do cartel.

Deste modo, para o direito antitruste, o dano moral coletivo será representado pela ineficiência de mercado causado pela cartelização. Isto é, atinge uma coletividade indeterminável de indivíduos através dos danos ocasionados ao mercado. Atenta, pois, contra o direito difuso transindividual a uma ordem econômica pautada pelo postulado constitucional de livre concorrência.

Por mais que o dano moral coletivo seja, em princípio, mais difícil de se identificar, em razão de sua imaterialidade, veremos nas seções seguintes que as poucas ações judiciais que buscam reparação por danos decorrentes de cartel no Brasil são, quase que em sua totalidade, referentes a esta modalidade de dano. Isso pode se explicar, dentre outros fatores, pelo melhor aparelhamento do Estado – a quem compete buscar a reparação por estes danos – para litigar, quando comparado com as capacidades do particular que se vê afetado pelos ilícitos concorrenciais.

No direito brasileiro, a possibilidade jurídica de se perseguir uma reparação decorrente de dano moral coletivo está bem sistematizada. A constituinte de 1988 já demonstrou preocupação com a tutela de bens jurídicos transindividuais. Prova disso são institutos como o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), a defesa de interesses coletivos por sindicatos e associações (art. 8º, III e 5º, XXI, respectivamente), e a referência constitucional expressa à Ação Civil Pública (art. 129, III), destinando-a a “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, dentre outros institutos.

No âmbito infraconstitucional, a Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) foi expressa ao prever a possibilidade de se verificar um dano moral sofrido por infração à ordem econômica ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º, incisos V e IV, respectivamente).

3 O PROBLEMA DA QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS: UMA ABORDAGEM ECONÔMICA

Uma vez demonstrado que a conduta concertada de agentes econômicos para fixar preços ou dividir mercado é socialmente indesejada, e constatando-se que o cartel é estrutura que causa danos

não só ao consumidor do produto cartelizado, mas também ao mercado (van Dijk e Verboven, 2005, p. 3), surge, no direito brasileiro, o dever de indenizar.

No presente capítulo, concentrar-nos-emos na análise dos danos decorrentes das condutas colusivas para fixação de preços. É que, ainda que, do ponto de vista econômico, seja clara a definição dos prejudicados e a quantificação dos danos experimentados, é o ordenamento jurídico que dará os contornos para a indenização, definindo os legitimados e a distribuição do ônus da prova (VAN DIJK; VERBOVEN, 2005, p. 3). E, considerando que as ações de reparação de danos promovidas por particulares tendem a valorizar fortemente a quantificação dos danos⁷ (VAN DIJK; VERBOVEN, 2005, p. 3), justifica-se a escolha metodológica aqui realizada.

Façamos, pois, uma breve digressão sobre as implicações econômicas ocasionadas pelo acordo colusivo de fixação de preços em um mercado onde os consumidores da empresa que participa do acordo anticoncorrencial são os destinatários finais dos bens vendidos em sobrepreço. Hellwig (2006) nos propõe um cenário hipotético exemplificativo (Figura 1).

O autor define, para tanto, um mercado onde todos os prejudicados pelo sobrepreço são consumidores finais. Neste mercado hipotético, os fornecedores vendem seus produtos a um preço de monopólio p^m . Um determinado consumidor compra uma quantidade $d(p^m)$ de um fornecedor participante do acordo colusivo. Nesta hipótese, pode-se avaliar os danos por meio do estabelecimento de um contrafactual.⁸ Adota-se, na elaboração do contrafactual em tela, a hipótese de concorrência perfeita, na qual o preço competitivo p^c é igual ao custo marginal de produção, custo esse idêntico para todos os produtores.

Anote-se que este é um modelo que depende de circunstâncias muito particulares (como a ausência de custos de pesquisa para o consumidor, a diferenciação dos produtos e a ausência de concorrência por motivos outros que não o preço, dentre outros fatores). O modelo é, contudo, geralmente aceito como padrão normativo válido para se utilizar numa análise contrafactual. O gráfico abaixo representa essas circunstâncias.

⁷ Essa “maior valorização” à quantificação do prejuízo se deve à um motivo meramente legal, já que o particular precisa, necessariamente, demonstrar a extensão do dano sofrido, enquanto as autoridades antitruste costumam limitar-se à demonstração da existência de um ilícito concorrencial.

⁸ Embora o estabelecimento de um contrafactual não possa ser realizado a partir da mera análise de preços ao longo do tempo, existem diversas formulações teóricas geralmente aceitas do ponto de vista econômico. Neste sentido, ver Veljanovski (2007, p. 12) e Clark, Hughes e Wirth (2004).

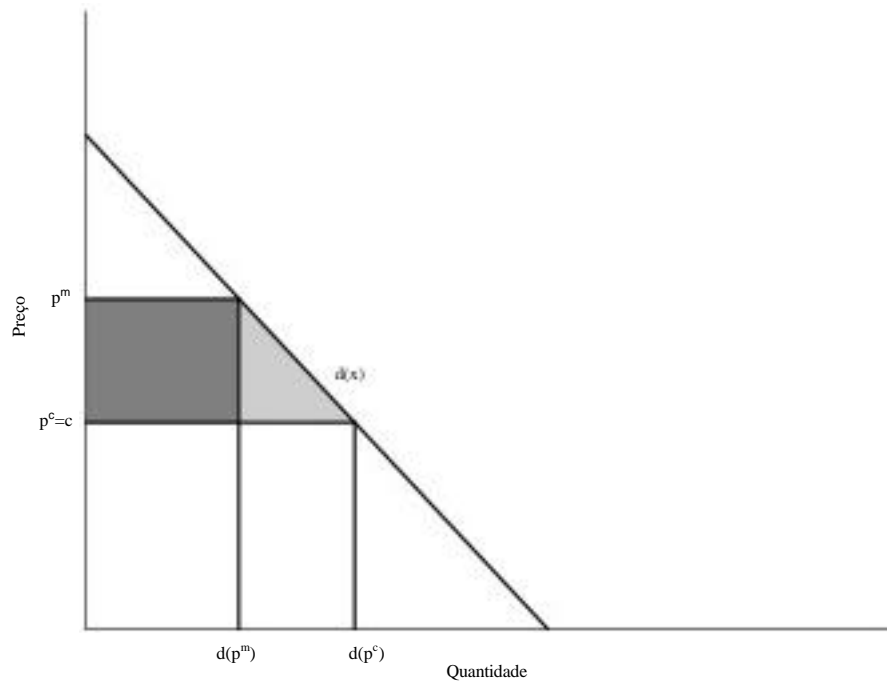


Figura 1: Efeitos da fixação de preço em consumidores diretos e não-competidores.

Fonte: elaboração do autor.

Tem-se, pois, um prejuízo distributivo, representado pelo preço excedente que se paga por uma quantidade $d(x)$. Podemos dizer, portanto, que o prejuízo distributivo reduz o bem-estar econômico do consumidor na mesma medida do lucro excedente percebido pelo cartelista. Esse valor corresponde a área em sombreamento escuro na Figura 1, e pode ser expresso numericamente pela seguinte operação:

$$p^m - p^c * d(p^m)$$

Há, ainda, um prejuízo alocativo. Aqui, há uma redução no bem-estar econômico do mercado⁹, sem que haja um aumento correspondente no bem-estar econômico do cartelista, i. e., há um peso-morto gerado pela cartelização. Esse prejuízo alocativo representa, pois, as eficiências perdidas em função dos consumidores que deixaram de comprar o produto porque seu benefício marginal é menor do que o preço de monopólio. Esse dano pode ser calculado como sendo a multiplicação da quantidade de produtos não vendidos em razão do sobrepreço, representado por $d(p^c) - d(p^m)$ pela média da utilidade de cada unidade não vendida, $\frac{(p^m - p^c)}{2}$ ¹⁰, ou, ainda, a área do triângulo sombreado na Figura

⁹ Embora alguns autores, como Hellwig (2006), definam o prejuízo alocativo como um prejuízo privado experimentado pelo consumidor da firma cartelista, a posição majoritária parece-nos alinhar-se ao entendimento de que a redução da demanda socialmente desejada, i. e., a demanda eficiente para um preço competitivo, é um prejuízo experimentado pelo mercado como um todo. Neste sentido, Posner (1975), Crane (2009), Elzinga & Breit (1976), Landes (1983) e outros.

¹⁰ A utilidade média, aqui, é calculada levando-se em conta que no ponto $d(p^m)$ a última unidade comprada possui uma utilidade de p^m para o consumidor. Esta utilidade média reduz gradualmente, até que atinge o valor p^c no ponto $d(p^c)$. Assim, a média do preço de monopólio e do preço competitivo será o valor médio da utilidade de cada unidade não vendida sempre que a função da demanda for linear. Quando a função da demanda não for linear, a média aqui utilizada

1. Assim, tem-se o dano econômico total da cartelização como sendo representado pela soma dos prejuízos distributivos e dos prejuízos alocativos, o que se traduz matematicamente na seguinte operação:

$$p^m - p^c * d(p^m) + \frac{d(p^c) - d(p^m) * (p^m + p^c)}{2}$$

Introduzindo-se a variável de repasse do sobrepreço na análise de implicações econômicas, ou seja, assumindo que o consumidor da firma cartelista não é o consumidor final do bem cartelizado, temos o modelo econômico analisado abaixo para explicar as perdas experimentadas por uma empresa intermediária em uma cadeia de produção onde seu fornecedor faz parte de um acordo colusivo de fixação de preços.

Para fins de modelagem, consideremos a firma intermediária como sendo uma monopolista em seu mercado *downstream*, em um cenário onde q é o preço de mercado segundo o qual existe uma demanda $D(q)$ para o seu bem final. Ao satisfazer sua demanda, esta firma obtém uma receita $R(q) = q * D(q)$.

Os custos K de produção podem ser divididos, para fins deste modelo, em custos de insumos cartelizados e custos de insumos não cartelizados. O primeiro deles é representado por $p * d$, onde p é o custo individual de cada insumo e d é a quantidade necessária de dito insumo para satisfazer a demanda $D(q)$. O custo total dos insumos não cartelizados é considerado como sendo uma constante y , a fim de simplificar as variáveis envolvidas. Tem-se, então, um lucro total igual à $R(q) = (p * d) + y$.

Para um determinado custo de insumos p , a empresa intermediária define seu preço de mercado q bem como a quantidade de insumos d e y necessárias para atender a demanda $D(q)$ decorrente do preço de mercado fixado. Deste modo, pode-se dizer que o lucro máximo desta empresa intermediária é representado por $L(p) = R(q(p)) - K(p)$.

Assim, para determinar os prejuízos experimentados pelos consumidores nesta situação, definimos o preço de monopólio e o preço competitivo, novamente, como p^m e p^c , respectivamente. Consideramos que a intermediária repassa, parcial ou totalmente, o sobrepreço. É dizer, ajusta seu preço de mercado q , e suas demandas de insumos d e y em função do preço de monopólio p^m , resultando em uma alteração do lucro máximo de $L(p^c)$ para $L(p^m)$. Esta situação pode ser expressa nos termos dos gráficos a seguir.

representará uma aproximação do valor real de utilidade de cada unidade adicional, valor este que poderia ser calculado com precisão obtendo-se a integral abaixo da função da demanda entre os pontos p^m e p^c .

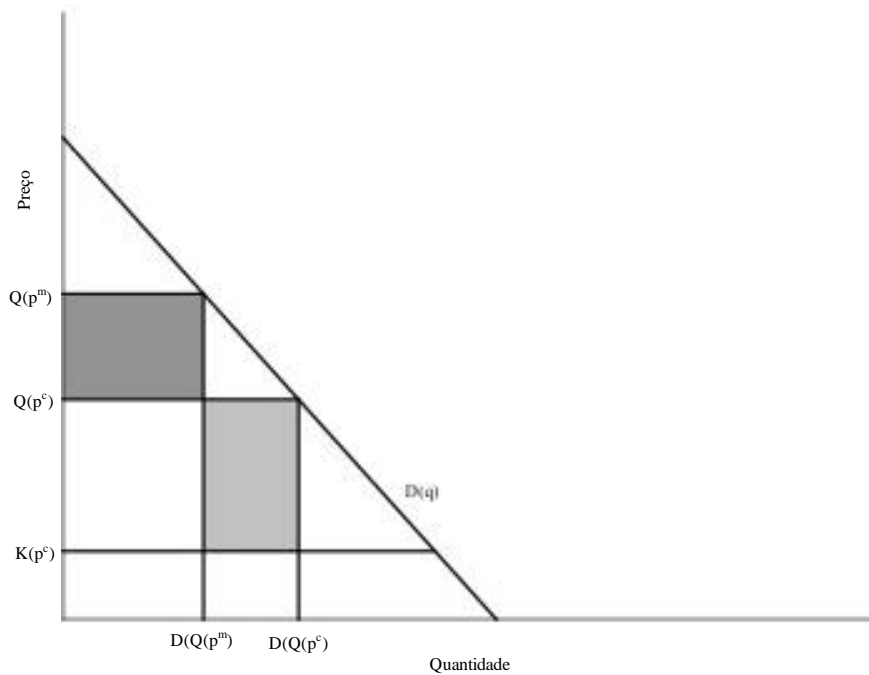


Figura 2: As escolhas da empresa intermediária para um preço p^c . Fonte: elaboração do autor.

Observa-se, aqui, que o deslocamento do custo de insumos de p^c para p^m gera uma redução no total de unidades vendidas pela intermediária – que deixa de vender uma quantidade $D(Q(p^c)) - D(Q(p^m))$ – em troca de um aumento na receita por unidade no valor de $Q(p^m) - Q(p^c)$.

Na figura 3 podemos observar os três efeitos decorrentes da cartelização da empresa a jusante experimentados pela intermediária: (i) um aumento na receita por unidade na razão de $Q(p^m) - Q(p^c)$; (ii) um decréscimo na quantidade vendida (perda de negócios) representado por $D(Q(p^c)) - D(Q(p^m))$; e (iii) um aumento no custo total de produção de $K(p^m) - K(p^c)$.

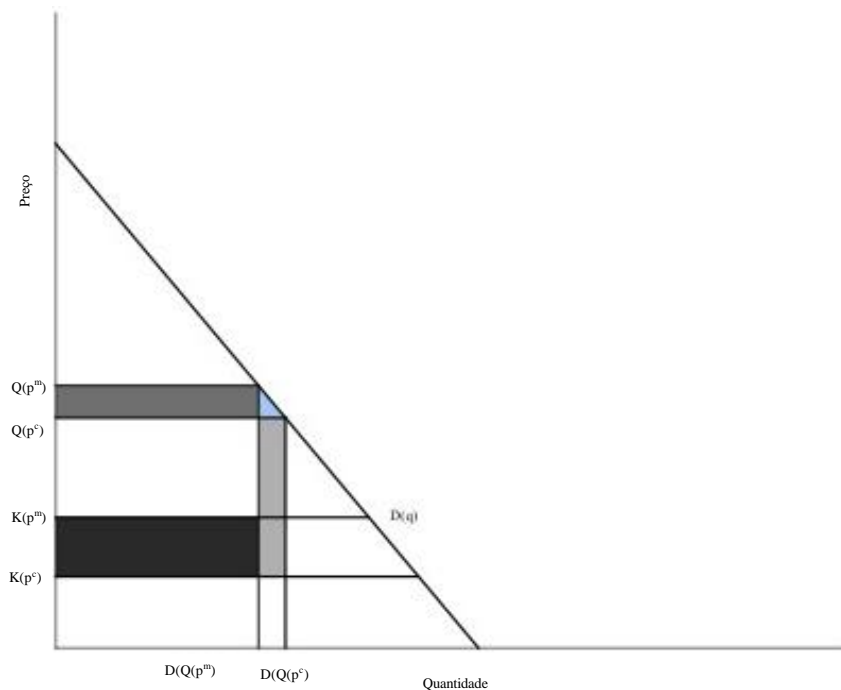


Figura 3: Efeitos do sobrepreço no lucro da intermediária. Fonte: elaboração do autor.

O aumento na receita e a perda de negócios total estão, novamente, representadas pelos retângulos em sombreamento escuro e claro, respectivamente. O retângulo preto representa a alteração no custo total de produção, calculado como o produto do aumento do custo K e da quantidade efetivamente vendida $D(Q(p^m))$.

Deste modo, concluímos que a afetação total causada ao intermediário pela alteração do preço de insumos de p^c para p^m é representada pelo total do efeito sobre o custo de insumos e o total do efeito da perda de negócios menos o total do efeito sobre a receita por unidade, o que pode ser representado na seguinte operação:

$$\{[Q(p^m) - Q(p^c)] * [D(Q(p^m))]\} - \{[K(p^m) - K(p^c)] * D(Q(p^m))\} - \{[D(Q(p^c)) - D(Q(p^m))] * [Q(p^c) - K(p^c)]\}$$

Vejamos, pois, que ainda que a intermediária consiga repassar a totalidade do sobrepreço praticado pela firma cartelista, haverá uma redução nos seus lucros, em função da quantidade de negócio perdido. Isso ocorre porque definimos o preço competitivo $Q(p^c)$ como sendo o preço que maximiza os lucros, e sabemos que o preço de cartel $Q(p^m)$ é superior ao preço competitivo.

Existe, por fim, um dano social experimentado em razão do peso-morto ocasionado pelo cartel que, mais uma vez, é composto das utilidades das unidades que se deixaram de vender em função do sobrepreço. Esse prejuízo alocativo está representado pela área abaixo da curva de demanda $D(q)$ e acima do preço $Q(p^c)$ entre os pontos $D(Q(p^c))$ e $D(Q(p^m))$, o que se marca na figura 3 em azul.

Verificados os efeitos prejudiciais causados pelo sobrepreço, incumbe ao direito encontrar soluções para a reparação destes danos.

4 A AFERIÇÃO DE DANOS E O CÁLCULO DE INDENIZAÇÕES NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Calcular com precisão os danos ocasionados por um determinado cartel não é de grande relevância para a atuação governamental no combate às condutas anticompetitivas. Isto porque o atual diploma antitruste brasileiro (Lei 12.529/2011) definiu os ilícitos anticoncorrenciais com base em seus efeitos, independentemente de serem eles reais ou potenciais, e, ainda, estabeleceu como critério de dosimetria da multa a ser aplicada pela autoridade da concorrência como sendo um percentual incidente sobre o faturamento do agente econômico que praticou a conduta perseguida.

Na seara do *enforcement* privado, por seu turno, a quantificação e demonstração dos prejuízos ocasionados pelo cartel é imprescindível. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro consagrou a ilicitude do enriquecimento sem causa no artigo 884 do Código Civil de 2002. Assim, a pretensão de

reparação de danos deve vir acompanhada de demonstração cabal da existência de prejuízo efetivo e quantificável.

Se por um lado a aferição dos danos permite combater o enriquecimento ilícito, na medida em que não se permite que a parte que pretende se tornar indene perceba quantia maior do que o dano efetivamente experimentado, esta quantificação tem um segunda e importante função: a de dissuadir condutas anticompetitivas.

É o que a doutrina denomina *princípio da reparação integral*, segundo o qual aquele que comete um ato ilícito está obrigado a reparar a vítima na exata medida em que a prejudicou, reestabelecendo, assim, o equilíbrio rompido (PEREIRA, 2014, p. 555; SANSEVERINO, 2010, p. 34). A ideia de reparação integral serve não só como garantia à parte lesada em tornar-se verdadeiramente indene, reavendo toda a quantia que lhe foi subtraída ilicitamente; mas é, ainda, um instrumento de dissuasão, que impõe à parte que comete um ilícito concorrencial a obrigação de restituir, na integralidade, os valores percebidos fraudulentamente.

Pois bem. Vimos anteriormente que a motivação econômica para a prática de atos anticompetitivos é justamente um aumento arbitrário dos lucros. Deste modo, cumpre ao sistema jurídico brasileiro criar mecanismos que possibilitem o ressarcimento integral dos valores ilicitamente recebidos, de modo que se permita restabelecer o equilíbrio do mercado verificado no *status quo ante*. É dizer: de nada adianta um sistema que permite às partes prejudicadas tornarem-se supostamente indenidas se, ao final, o agente econômico que praticou o ato anticoncorrencial continua tendo, em seu favor, um lucro maior do que obteria em condições normais de mercado.

Neste sentido, Block, Nold e Sidak (1981, p. 433–434) nos demonstram que um aumento nas “penalidades”¹¹, além de alterações nas probabilidades de detecção do cartel, implica uma redução no preço de cartel p^{m12} , atingindo, pois, sua função dissuasiva. É importante ressaltar, contudo, que, ao menos no âmbito do sistema jurídico brasileiro, as obrigações de indenizar impostas aos cartelistas não ostenta caráter punitivo. É que tanto na hipótese de dano material quanto no caso de dano moral coletivo, a indenização nada mais faz senão restituir os valores subtraídos indevidamente (no caso do dano material) ou dos prejuízos sociais decorrentes da externalidade negativa causada ao mercado (no caso do dano moral coletivo). Neste sentido, os apontamentos de Boson (2012, p. 60):

¹¹ Aqui, os autores consideram como penalidades tanto as sanções impostas pela prática dissuasiva governamental, quando aquelas decorrentes dos *damages awards* em ações privadas. É preciso, pois, traçar um esclarecimento no sentido de que, embora no sistema antitruste americano as condenações em ações privadas possam ser consideradas penalidades em função da existência de *treble damages* (o que será discutido a frente), no sistema antitruste brasileiro, embora as indenizações decorrentes de ações privadas influenciem na dissuasão na mesma medida que os *damages awards*, não podemos classificá-las como penalidades propriamente ditas, vez que se trata de mero ressarcimento de valor recebido indevidamente.

¹² Neste sentido, ver, especificamente, a equação de número 4, na página 433 do já citado artigo.

Com efeito, essas ações são elementos relevantes para o sucesso da política antitruste. Além de as vítimas poderem colaborar com a obtenção de provas, a responsabilidade civil por si só traz benefícios para o mercado. Primeiro pelo fato de a indenização elevar os custos potenciais da conduta, o que tende a diminuir o número de ocorrência. Segundo, se os potenciais infratores ainda assim decidem ingressar em um acordo ilícito, poderiam ter incentivos para adotar um aumento menor, a fim de tornar o conluio menos evidente para as vítimas, bem como a fim de pagar indenizações menores em caso de futura condenação.

Dito isto, é preciso identificar as iniciativas de reparação de danos decorrentes de cartel no judiciário brasileiro tanto em termos numéricos – isto é, a probabilidade de que um cartel detectado será acionado para reparar os danos que causou – e, ainda, em termos quantitativos, i. e., se a quantificação de danos atribuída pelos magistrados é compatível com os danos efetivamente experimentados.

4.1 Probabilidade de detecção e persecução privada de um cartel

Sobre a probabilidade de um cartel ser detectado e perseguido judicialmente pelos consumidores lesados, sabe-se que os números brasileiros ainda são ínfimos. Não obstante, podemos identificar uma tendência de crescimento do número de ações nos últimos anos¹³, como aponta Caselta (2015, p. 6):

[A]lém da regra geral da responsabilidade civil prevista no art. 927 do Código Civil, o art. 47 da Lei 12.529/2011 dispõe expressamente que os prejudicados pela prática de infrações à ordem econômica poderão ingressar em juízo para obter indenização por perdas e danos. E o fato é que, em decorrência da maior atenção conferida à prevenção de cartéis nos últimos anos, percebe-se recentemente uma tendência – ainda incipiente, mas crescente – de ajuizamento de demandas judiciais por empresas, órgãos estatais e indivíduos prejudicados, bem como pelo Ministério Público, pleiteando a reparação dos danos decorrentes da prática de cartel.

Ainda neste sentido, cite-se os apontamentos de Crane (2008, p. 17) no sentido de que “*there are no available records of how many such private actions have been filed, and Brazilian authorities believe that the number is small*”¹⁴ e, ainda, Jasper (2012, p. 2), que afirma que “*private enforcement, on the other hand, is a very recent development that has only started to pick up momentum in the past five years*”.¹⁵

Registre-se, por fim, o Procedimento Administrativo nº 08012.009888/2003-70 (BRASIL, 2010, p. 7150–7151) do CADE, decidido em 1º de setembro de 2010, que representa grande avanço para a cultura de reparação de danos decorrentes de cartel no judiciário brasileiro. Por ocasião da decisão,

¹³ Cite-se, como exemplo, as ações ajuizadas por particulares em decorrência da condenação do “Cartel do Aço” pelo CADE: Ação Ordinária 2009.34.00.035755-7, na 13ª Vara Federal do DF; 2009.38.00.015651-4, na 17ª Vara Federal de Belo Horizonte; 9848158-78.2006.8.13.0024, na 22ª Vara Cível de Belo Horizonte. Há, ainda, ações pleiteando reparação metaindividual: Apelação Cível 70018714857, na 3ª Câmara Cível do TJRS, Apelação Cível 994.03.009753-6, na 11ª Câmara de Direito Público do TJSP, dentre outras.

¹⁴ “Não há registros disponíveis de quantas ações privadas [de reparação de danos decorrentes de ilícitos concorrenciais] foram ajuizadas, e as autoridades brasileiras acreditam que o número é pequeno”, em tradução livre.

¹⁵ “O *enforcement* privado, por outro lado, é um desenvolvimento muito recente que só começou a ganhar força nos últimos cinco anos”, em tradução livre.

pela primeira vez, o órgão de defesa da concorrência incluiu uma recomendação para que se encaminhasse uma cópia da decisão às partes potencialmente lesadas, com a sugestão de ajuizamento de ação de reparação de danos, contribuindo, assim, para o desenvolvimento da cultura da litigância privada no âmbito do direito antitruste e, conseqüentemente, um aumento na probabilidade de persecução civil do cartel. Vejamos:

Tendo em vista a necessidade de estimular e promover o ajuizamento de ações privadas pelas vítimas do cartel, entendo necessário divulgar essa possibilidade junto aos potenciais interessados.

De todo modo, ainda verificamos uma baixa adesão às iniciativas privadas de reparação de danos, sejam elas promovidas pelo Ministério Público – à título de dano moral coletivo –, sejam promovidas pelo próprio prejudicado na intenção de se obter uma reparação pelo dano material sofrido.

Isto é prejudicial não só à própria vítima, que tem seu patrimônio reduzido ilicitamente, mas é, ainda, uma grande perda para a defesa da concorrência. Sobre a efetividade da função dissuasória das ações de responsabilização civil por ilícitos antitruste, Land e Davis (2011, p. 317), ao analisarem o sistema de defesa da concorrência estadunidense, apontam que as iniciativas privadas são, do ponto de vista quantitativo, mais eficientes na dissuasão do cartel do que a atuação do poder público.¹⁶

5 TREBLE DAMAGES: A IDEIA DA DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL

Existe, ainda, uma estratégia na defesa antitruste que visa incrementar a função dissuasiva das ações privadas através do aumento das penalidades impostas. A estratégia de *treble damages*, adotada notadamente pela prática norte-americana, consiste em multiplicar por três os prejuízos efetivamente apurados.

Cumprido, portanto, anotar os fundamentos que embasam a adoção do critério multiplicador na jurisdição norte-americana para, posteriormente, analisar a viabilidade de se implementar uma prática similar no contexto jurídico brasileiro.

A técnica normalmente é justificada por três argumentos distintos (GREENFIELD; OLSKY, 2007, p. 5): (i) o fator dissuasório, justificado nos moldes propostos Block, Nold e Sidak (1981); (ii) incentivar as partes lesadas a, de fato, perseguirem a reparação; e (iii) permitir uma reparação integral, sob o argumento de que os danos decorrentes do sobrepreço não se limitam ao valor indevidamente

¹⁶ Na análise, os autores incluem na atividade do poder público apenas a atuação da divisão antitruste do *Department of Justice*, que recebe, na maioria dos casos, a compensação monetária pelo dano, enquanto a atuação da *Federal Trade Commission* costuma se limitar a medidas cautelares consistentes em obrigações de fazer e não fazer.

cobrado, mas compreendem, ainda, os custos da litigância¹⁷ e o que se denomina *umbrella effect*, isto é, o aumento de preços de concorrentes não-cartelistas incentivado por um aumento geral de preços no mercado.

5.1 A possibilidade de adoção de um fator multiplicador dos danos no direito brasileiro

Feitas estas considerações, cumpre verificar se o ordenamento brasileiro comporta a aplicação de danos – morais ou materiais – punitivos.

De plano, quanto à hipótese dos danos patrimoniais decorrentes diretamente do sobrepreço, Jasper (2012, p. 4) nos aponta o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor como previsão normativa aptas a embasar a pretensão de se aplicar um fator multiplicador às indenizações patrimoniais. O diploma, contudo, se restringe à hipótese de relação de consumo, o que não alberga as ações intentadas por agentes econômicos intermediários, já que a própria definição de consumidor adotada pela lei consumerista estabelece que este deve ser o destinatário final dos bens.

O autor aponta, ainda, a possibilidade de se invocar o artigo 940 do Código Civil. Cumpre anotar, contudo, que a doutrina nacional já se pacificou no sentido de admitir a aplicação da penalidade do artigo 940 somente aos casos de cobranças indevidas por meio judicial, o que não abarcaria a hipótese de sobrepreço decorrente de cartel. Neste sentido, Tepedino, Barboza e Moraes (2006, p. 851) apontam que:

[Q]uando a cobrança é feita extrajudicialmente não se caracteriza a hipótese a que se refere o art. 940. Isto porque o dispositivo, a exemplo do que fazia o antigo art. 1.531, refere-se tão somente à conduta “demandar” cuja natureza judicial é inequívoca. A cobrança extrajudicial pode dar ensejo, isto sim, à penalidade do art. 42, parágrafo único, do CDC, quando se tratar de relação de consumo [...].

Deste modo, parece-nos que, no tocante aos danos materiais, a possibilidade de se adotar um fator multiplicador incidente sobre o valor apurado em condenação se restringiria aos casos onde o agente econômico lesado é consumidor do ponto de vista do microssistema consumerista, i. e., é o destinatário final do produto cartelizado.

Por outro lado, nos danos morais coletivos, ainda carecemos de previsão normativa expressa que autorize a adoção de fator multiplicador. Parte da doutrina nacional mais conservadora costuma invocar o inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição da República para justificar que os *punitive damages*

¹⁷ Quanto ao custo da litigância, especificamente, cumpre anotar que esta justificativa não é comportada pelo atual ordenamento jurídico brasileiro, que adota a técnica de honorários sucumbenciais, diferentemente do sistema americano que, pela “*american rule*”, cada parte arca com as suas custas judiciais.

seriam incompatíveis com o ordenamento brasileiro, eis que o diploma constitucional consagrou que “não há [...] pena sem prévia cominação legal”.

Anote-se, contudo, que nossa Corte Constitucional já se manifestou sobre o assunto (BRASIL, 2013a; BRASIL, 2013b). Na ocasião, em acórdão de lavra da Ministra Cármen Lúcia, consignou-se que:

O valor arbitrado não deve tornar a indenização por dano moral fonte de enriquecimento sem causa para o autor da ação, mas apenas a justa medida da compensação da dor pelo ocorrido. Outrossim, deve-se ater, na tarefa de arbitramento de um justo valor compensatório, para o viés de punição ao infrator, capaz de desestimulá-lo a reincidir na prática do ato ilícito, tudo visando resguardar que empresas como a executada mudem de postura, coibindo a reiteração de condutas lesivas, que desrespeitam os direitos dos consumidores e representam o chamado dano social.

Cite-se, por fim, decisão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2006, p. 25) que, na oportunidade, assentou que “[n]o suposto da lesão dos bens coletivos, e o meio ambiente, o dano moral admite uma função ressarcitória e punitiva”.

CONCLUSÃO

Esta breve análise do tema nos permite concluir que as ações privadas em direito antitruste ainda são incipientes no direito brasileiro. Carece, essencialmente, de efetiva provocação do judiciário para que se permita construir um entendimento jurisprudencial conjunto e alinhado ao ordenamento jurídico, pois as reflexões de índole teórico-acadêmica, muito embora representem um fundamental alicerce na construção do pensamento jurídico, só veem suas hipóteses testadas com o empirismo da atuação judicial.

Quanto à tendência presente não só no direito antitruste, mas em diversas áreas do direito brasileiro, de importar técnicas e teorias de jurisdições outras, atentamo-nos a um exercício necessário: a análise de compatibilidade das teorias quando cotejadas com o restante do ordenamento jurídico, de modo que não se rompa com o conceito de ordenamento uno e sistêmico, há muito defendido no direito brasileiro.

Traçados os elementos teóricos essenciais para a identificação e aferição dos prejuízos econômicos causados pelas externalidades negativas geradas pelo cartel, sugere-se, para próximos estudos, a aplicação dos modelos econômicos disponíveis em casos de cartel onde houve atuação do judiciário e posterior arbitramento de indenização, a fim de se verificar se os valores arbitrados pelos magistrados se coadunam com os prejuízos efetivamente causados pelo cartel.

REFERÊNCIAS

- BLOCK, M. K.; NOLD, F. C.; SIDAK, J. G. The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement. *Journal of Political Economy*, v. 89, n. 3, p. 429–445, 1981.
- BOSON, D. S. *Sanções por Formação de Cartel no Brasil*. [S.l.]: Universidade Católica de Brasília, 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *Recurso Especial 598.281/MG*. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 01 de junho de 2006.
- _____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Procedimento Administrativo n. 08012.009888/2003-70*. Rel. Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Brasília, 01 de setembro de 2010.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 751.868/GO*. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 29 de abril de 2013. 2013a.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 729.224/GO*. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 26 de agosto de 2013. 2013b.
- CASELTA, D. C. et al. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. [S.l.]: Universidade de São Paulo, 2015.
- CLARK, E.; HUGHES, M.; WIRTH, D. *Analysis of economic models for the calculation of damages*. [S.l.: s.n.], 2004.
- CRANE, D. A. Private Enforcement Against International Cartels in Latin America: a U.S. perspective. *Cardoso Legal Studies Research Paper No. 231*. [S.l.: s.n.], 2008.
- FLUMIGNAN, S. J. G. *Dano-evento e dano-prejuízo*. [S.l.]: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.
- GALVANI, M. S. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. *Revista do IBRAC*, v. 26, p. 135–153, 2014.
- GÂNDARA, L. Responsabilidade Civil Concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC*, v. 21, p. 331–351, 2012.
- GREENFIELD, L. B.; OLSKY, D. F. Treble damages: to what purpose and to what effect? International cartels – comparative perspectives on practice, procedure and substance. *BIICL Conference*, 2007.
- HELLWIG, M. Private Damage Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases: An Economists' Perspective. *Conference on Private Enforcement in Antitrust*, 2006.
- JASPER, E. H. Cartel damages litigation in Brazil: a brief introduction. *Social Science Research Network*, 2012.

LANDE, R. H.; DAVIS, J. P. Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws. *Brigham Young University Law Review*, v. 2011, n. 2, p. 315–386, 2011.

MAGGI, B. O. *O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil*. [S.l.]: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

PEREIRA, C. M. DA S. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANSEVERINO, P. DE T. V. *Princípio da Reparação Integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO, G.; BARBOSA, H. H.; MORAES, M. C. B. DE. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. II. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VAN DIJK, T.; VERBOVEN, F. Quantification of damages. *ABA Book – Issues in Competition Law and Policy*, n. June, 2005.

VELJANOVSKI, C. The Economics of Cartels. *Finnish Competition Law Year Book 2006*, 2007.

