

A REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS CONCORRENCIAIS: DESAFIOS NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA¹

Gustavo Flausino Coelho²

Resumo: O presente trabalho tem como objeto analisar os desafios para a efetiva reparação civil por danos concorrenciais no Brasil, traçando um paralelo com a realidade nos Estados-membros da União Europeia e as medidas tomadas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia por meio da Diretiva 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014.

Palavras-chave: ação de indenização; reparação civil; danos concorrenciais; *private enforcement*; direito antitruste.

Abstract: This study aims to analyze the challenges for effective antitrust damages actions in Brazil, drawing a parallel with the reality of the Member States of the European Union and the measures taken by European Parliament and the Council of the European Union in the Directive 2014/104/EU, of November 26, 2014.

Keywords: damages action; civil indemnification; compensation; damages for infringement of competition law; private enforcement; competition law.

1. INTRODUÇÃO

A livre concorrência é um princípio constitucional da ordem econômica brasileira e deve ser tutelado nos termos da lei (atualmente Lei nº 12.529/2011 – “Lei Antitruste”), conforme determina a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a fim de reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros³”.

¹ Menção honrosa no Prêmio IBRAC-TIM 2015 - Categoria estudantes de pós-graduação/profissionais.

² Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) (área de concentração Pensamento Jurídico e Relações Sociais - linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado.

³ Art. 173, § 4º, da Constituição Federal.

No Brasil, a política de defesa da concorrência passou a ter maior vigor a partir da promulgação da Lei nº 8.884/1994⁴ – que, não por acaso, coincidiu com diversas reformas na economia brasileira de caráter neoliberal⁵ e medidas para estabilização da moeda⁶. Durante a vigência da Lei nº 8.884/1994, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), criado pela Lei nº 4.137/1962, ganhou reputação, autonomia institucional e maior força política⁷.

⁴ Paula Forgioni debate acerca de leis anteriores à Lei nº 8.884/1994 que buscavam proteger a livre concorrência. Tais diplomas, no entanto, tiveram aplicação limitada. Cf. FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 84 e ss.

⁵ “No Brasil, a relação entre Estado e Mercado se estruturou sob o signo da complementariedade, em que o poder econômico concentrado não significou um limite às políticas macroeconômicas. A engenharia das políticas, quando não ajudava a estruturar esse poder, tomava-o como um dado da realidade sobre o qual a atuação do Estado poderia incidir principalmente na forma de ação econômica direta, via empresas estatais. Era essa a principal política industrial, voltada à dinâmica setorial das cadeias produtivas, ajudando a eliminar gargalos verticais. Nesse contexto, a intervenção microeconômica não visava, por meio da típica ação antitruste, fortalecer a racionalidade de livre mercado. A virada nesse processo começou a ocorrer na década de 1990, com a reestruturação patrimonial do Estado Brasileiro, identificada com o processo de privatizações e surgimento de agências de regulação. O discurso da retirada do Estado dá espaço para o surgimento da defesa da concorrência como fonte de intervenção estatal” (CARVALHO, Vinícius Marques de. Aspectos históricos da defesa da concorrência. In: CARVALHO, Vinícius Marques de et. al. Nova lei de defesa da concorrência comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 21).

⁶ “Após o fracasso dos Planos Collor I e II e a crise política que marcaram o começo do período, iniciou-se com o Plano Real, a partir de 1994, um processo de estabilização do valor da moeda” (YAZBEK, Otavio. Regulação do mercado financeiro e de capitais. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 278).

⁷ Conforme relatório elaborado em 2010 pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos sobre a política de defesa da concorrência no Brasil (ainda sob a vigência da Lei nº 8.884/1994), “[o] novo sistema de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência ganhou rapidamente reputação de profissionalismo e esforço, ao mesmo tempo em que suas decisões refletiam um novo entendimento da política e análise da concorrência” (ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS – OCDE. 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: 09 ago. 2014). Segundo Forgioni, “a análise das decisões do CADE demonstra que, não obstante os equívocos e exageros naturais para uma agência que vem se consolidando, elevou-se a

A coletividade⁸ – titular do direito difuso da livre concorrência⁹ – possui atualmente as seguintes ferramentas para zelar por seu direito: (a) âmbito administrativo, por meio da destacada atuação do CADE¹⁰; (b) âmbito judicial civil, por meio de ações indenizatórias em via judicial ou arbitral¹¹; e (c) âmbito judicial criminal, por meio de sanções penais nos casos de condutas concertadas (i.e., cartel). Essas três ferramentas – independentes entre si quanto aos procedimentos e resultados¹² – formam o tripé sustentador da defesa da concorrência no Brasil¹³⁻¹⁴.

qualidade das análises empreendidas” (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 122).

⁸ “A coletividade costuma ser compreendida aqui por consumidor, sendo este, em última análise, o titular do direito da concorrência. (...) Poder-se-ia afirmar que a livre iniciativa é um direito de solidariedade que protege interesses coletivos. O presente dispositivo parece revelar de maneira expressa essa mesma compreensão. O CADE e os operadores da área do direito da concorrência em geral têm tido essa compreensão acerca do presente dispositivo” (ANDERS et al., Eduardo Carminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (coord.). Comentários à nova lei de defesa da concorrência. São Paulo: Método, 2012. p. 6).

⁹ Art. 1º, Parágrafo único da Lei Antitruste: "A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei."

¹⁰ As decisões administrativas podem ser objeto de revisão judicial. Em verdade, parcela significativa das decisões relevantes tomadas pela autarquia com condão de sancionar algum agente econômico é questionada em âmbito judicial, mitigando a efetividade das medidas propostas pelo órgão antitruste. Cf. CARRIL, Rodrigo Coutinho. Controle judicial sobre o CADE e a análise econômica do direito. Revista do IBRAC. Ano 19, v. 21. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, e FIDELIS, Andressa Lin. A revisão judicial das decisões do CADE: o mérito do ato administrativo e a efetividade da política antitruste. Revista do IBRAC. Ano 18, v. 20. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹¹ A arbitrabilidade do direito da concorrência é um tema de vanguarda no Brasil, sendo tratado por alguns doutrinadores nos últimos anos. A responsabilidade civil concorrência pode ser apreciada por câmara arbitral, segundo a doutrina pátria. Sobre a referida matéria, ver BECKER, Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. Revista Jurídica Luso Brasileira. Lisboa, v. 2, ano 2015. Disponível em: <<http://cidp.pt/revistas/rjlb>>. Acesso em: 30 jul. 2015; e COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Vilella Mafra Alves da. Arbitrability of disputes involving antitrust issues in Brazil and the protection of free competition. Revista Semestral de Direito Empresarial, v. 13, p. 145-164. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

¹² “Seja em que esfera for investigada a conduta, além de serem independentes entre si os procedimentos, há de se destacar que igualmente independentes são os resultados, isto é, pode haver casos em que o CADE condene uma prática, mas o juízo

Contudo, ao analisar o desenho institucional da defesa da concorrência no Brasil, é possível constatar a atual primazia do CADE como responsável pela defesa da concorrência (sob a ótica da sociedade). Considerando o escopo do presente trabalho, a análise será focada no âmbito cível, não sendo abordados os aspectos criminais do direito da concorrência.

O presente trabalho será dividido em mais quatro seções. Primeiramente, será abordada a possibilidade de reparação civil dos danos decorrentes de ilícitos concorrenciais no Brasil. Em seguida, os principais desafios para a efetiva reparação serão abordados. A seção 4 endereçará aspectos relevantes da Diretiva 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia (“Diretiva”), indicando como a União Europeia decidiu dispor sobre a matéria da indenização por danos concorrenciais. Por fim, a última seção apresentará as conclusões.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL NO BRASIL

A responsabilidade civil está baseada na existência de três elementos¹⁵: (i) ato ilícito; (ii) dano; e (iii) nexo de causalidade. Ao focar no direito concorrenciais, é possível constatar a possibilidade de reparação

criminal absolve os investigados” (BECKER, Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. Revista Jurídica Luso Brasileira. Lisboa, v. 2, ano 2015. Disponível em: <<http://cidp.pt/revistas/rjlb>>. Acesso em: 30 jul. 2015. p. 254)

¹³ O escopo do presente artigo será limitado ao âmbito cível e não aprofundará questões relacionadas aos aspectos criminais do direito da concorrência. Matérias relacionadas aos processos em âmbito administrativo serão mencionadas de modo instrumental, com o intuito de subsidiar a discussão de ordem concorrenciais sobre condutas anticompetitivas e os danos causados (sujeitos a reparação cível).

¹⁴ Torna-se evidente a dupla função do direito da concorrência: (i) punitiva, por meio da atuação do Estado em âmbito administrativo e criminal; e (ii) reparatória, por meio das pretensões reparatórias de particulares (individual ou coletivamente) em âmbito cível.

¹⁵ Os referidos elementos encontram-se positivados no Código Civil. Art. 927, *caput*: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

civil por danos concorrenciais, pois os elementos necessários podem ser identificados.

A Lei Antitruste, em seu art. 36¹⁶, define os atos ilícitos na esfera concorrencial. Contudo, a redação referente à possibilidade de punição do ato independentemente de dano causado não encontra aplicabilidade para a reparação cível, mas em âmbito administrativo. Em adendo, o nexo causal será constatado na apreciação do caso concreto, quando será traçada uma relação entre a conduta do agente infrator e o seu resultado (dano).

O mesmo dispositivo legal também estabelece a responsabilidade objetiva (i.e., sem considerar o elemento culpa) como regra para a apuração dos atos ilícitos em matéria concorrencial, enquadrando a responsabilização civil do direito concorrencial na hipótese da primeira parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil¹⁷.

O direito de ação é protegido pela Lei Antitruste¹⁸, que prevê a possibilidade de ações individuais e coletivas para recebimento de indenização por perdas e danos sofridos em decorrência de ilícitos concorrenciais. Cumpre notar que o legislador não condicionou o ingresso em juízo a prévia decisão administrativa sobre a matéria, permitindo ao interessado buscar a reparação cível independentemente da atuação do CADE para constatar o ilícito.

Assim, o legislador reforçou a diferença entre a sanção administrativa (de natureza pública) e a reparação demandada via

¹⁶ Art. 36, *caput*, da Lei nº 12.529/2011: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

¹⁷ Art. 927, parágrafo único, do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

¹⁸ Art. 47 da Lei Antitruste: “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.” A Lei Antitruste preservou o mesmo dispositivo da lei anterior (art. 29 da Lei nº 8.884/1994), com pequeno ajuste.

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”¹⁹.

Apesar da clareza, do ponto de vista normativo, do instituto da responsabilidade civil antitruste no Brasil, a sua eficácia é muito contestada pelos dados empíricos. Recentes pesquisas têm apresentado evidências que corroboram a sensação dos profissionais do meio de que a reparação civil não é utilizada efetivamente no Brasil para questões de natureza concorrencial²⁰.

Em artigo publicado em 2012, foi constatado que, enquanto no Brasil foram encontradas 22 (vinte e duas) ações judiciais de indenização por infrações antitruste nos tribunais federais, nos últimos 10 (dez) anos, os EUA apresentam uma média de ingresso de 750 (setecentas e cinquenta) ações por ano²¹.

Em outro estudo, publicado em 2014, com pesquisa em todos os tribunais estaduais e federais do Brasil, constatou-se a existência de apenas 20 (vinte) precedentes envolvendo pedido de indenização por ilícito antitruste²².

Considerando o crescente número de ações indenizatórias no Brasil, incentivadas pelas campanhas de acesso à justiça realizadas no país na última década e pela popularização dos Juizados Especiais Cíveis, não parece adequado atribuir a reduzida quantidade de ações indenizatórias em matéria concorrencial ao desinteresse popular. Em verdade, são grandes os

¹⁹ ANDERS et al., Eduardo Carminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (coord.). Comentários à nova lei de defesa da concorrência. São Paulo: Método, 2012. p. 188.

²⁰ Roberto Taufick afirma que as ações em função de danos à concorrência hoje inexistem, na prática, no Brasil. (TAUFICK, Roberto Domingos. Nova lei antitruste brasileira. Rio de Janeiro: Método, 2012, p. 293).

²¹ GÂNDARA, Livia. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2012. Também ver CARVALHO, Vinícius Marques de et al. Nova lei de defesa da concorrência comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 137.

²² GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014, p. 138.

desafios para a efetiva reparação civil dos danos decorrentes de ilícitos concorrenciais no Brasil.

3. PRINCIPAIS DESAFIOS PARA A EFETIVA RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL NO BRASIL

O Brasil tem sido reconhecido internacionalmente²³ por sua atuação na área da defesa da concorrência nas últimas duas décadas. Contudo, o destaque costuma ser reservado às atividades desempenhadas pelo CADE em esfera administrativa. Considerando o cenário apontado nas seções anteriores, há desafios que precisam ser superados para que o direito de ação seja exercido pelos indivíduos lesados pelos ilícitos concorrenciais.

3.1 Cultura concorrencial e estímulo à aplicação privada (*private enforcement*)

O primeiro desafio é a introdução de uma cultura concorrencial na sociedade brasileira, assim como foi feito com sucesso em relação ao direito do consumidor²⁴, por exemplo. É evidente que o Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) possui dispositivos diretos e claros para tutela do consumidor, enquanto a Lei Antitruste – ao tutelar a concorrência – possui enfoque maior em normas de ordem administrativa, dispondo sobre o CADE, sua estrutura e atuação (apesar de conter algumas previsões de ordem civil e criminal)²⁵.

²³ Por exemplo, o CADE recebeu por duas vezes o prêmio de melhor órgão antitruste das Américas da publicação Global Competition Review – GCR nos anos de 2010 e 2014.

²⁴ Roberto Pfeiffer aponta a interface entre a proteção do consumidor e a defesa da concorrência na institucionalização do mecanismo de reparação dos danos decorrentes de conduta anticompetitiva. Ver PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 265-266.

²⁵ Heloisa Carpena conclui: “Os dois ramos do direito econômico – consumidor e concorrência – se definem e se distinguem pelos seus objetos e pelas suas funções. O primeiro tem por objeto imediato a proteção do sujeito de direitos, e o segundo, a concorrência no mercado. Nas suas finalidades, contudo – objetivos axiológicos – se aproximam e até mesmo se confundem, ambos dirigidos à realização da justiça no mercado de consumo.” (CARPENNA, Heloisa. O consumidor no direito da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 275).

Ao comentar o art. 47 da Lei Antitruste, que trata do direito de ação abordado anteriormente, Roberto Taufick defende que as ações de indenização por danos à concorrência somente surgirão em decorrência da “paulatina educação dos cidadãos pela advocacia da concorrência - a qual é importantíssimo instrumental de desincentivo ao cometimento de ilícitos concorrenciais (*deterrence*)”²⁶.

Caso a busca por reparação civil se intensifique, espera-se que a concorrência seja mais bem tutelada, uma vez que os potenciais infratores terão desincentivos adicionais para não agir ilicitamente, com o receio real de serem obrigados a reparar pecuniariamente os danos causados diretamente aos indivíduos lesados. Da mesma forma, a maior utilização do instituto pelos indivíduos tende a produzir a retroalimentação positiva desse movimento, com a consequente reparação dos danos causados e desestímulo a novas práticas ilícitas similares pelos agentes econômicos²⁷.

O CADE busca, especialmente em casos de grande relevância, estimular o ingresso de ações reparatórias no Brasil. Um exemplo é o Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, conhecido como cartel dos gases. O Conselheiro-Relator do caso, Fernando Furlan, em seu voto, asseverou que “a multa imposta pelo Conselho não repara os danos patrimoniais e morais causados a pessoas específicas” e “a indenização por tais danos deve ser engendrada pelas vias judiciais cabíveis”²⁸.

3.2 Ônus da prova e quantificação do dano sofrido

O ônus da prova em um processo judicial ordinário deve respeitar a disposição do art. 333 do Código de Processo Civil (“CPC”), que confere ao autor de uma ação indenizatória a atribuição de provar em juízo o dano

²⁶ TAUFICK, Roberto Domingos. Nova lei antitruste brasileira. Rio de Janeiro: Método, 2012, p. 293.

²⁷ Alguns doutrinadores sustentam que a aplicação privada do direito concorrencial (*antitrust private enforcement*) pode ser mais efetiva na prevenção de condutas anticompetitivas do que a persecução criminal. Ver LANDE, Robert H., DAVIS, Joshua P. The extraordinary deterrence of private antitrust enforcement: A reply to Werden, Hammond, and Barnett. San Francisco, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2127762>. Acesso em: 31 mai. 2013.

²⁸ Trecho retirado do voto do Conselheiro Fernando Furlan emitido no Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70. (CADE, Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, Rel. Cons. Fernando Furlan, julg. 01 set. 2010)

alegado²⁹. Em adendo, o autor deve apresentar a extensão do dano causado pelo ato ilícito, a fim de permitir a adequada defesa do réu e a apreciação do pleito pelo juiz.

A produção de provas pela parte lesada por um ilícito concorrencial, sem a intervenção de autoridade pública com poder de polícia, é quase impossível. A ação indenizatória concorrencial não possui norma específica que permite a inversão do ônus da prova. A inversão do ônus da prova é utilizada com sucesso na defesa do consumidor, conforme previsto no art. 6, VIII, do CDC. Apesar de eventual abuso desse direito na realidade atual, a inversão do ônus da prova permite restabelecer um equilíbrio anteriormente inexistente em razão da assimetria de informação entre as partes.

Todavia, mesmo que superada a discussão acerca da prova do ilícito antitruste, há também grande dificuldade de quantificação do dano sofrido pela parte lesada, pois as informações de mercado e de custos produtivos são detidas pelo infrator, em clara assimetria informacional quando comparado com a parte lesada (v.g., consumidor individual, pessoa jurídica contratante).

Esses entraves práticos, decorrentes do desenho institucional atual, podem ser constatados empiricamente. Segundo pesquisa desenvolvida por Mariana Galvani, das raras ações de responsabilidade civil por condutas anticompetitivas julgadas no Brasil, menos da metade adotou métodos minimamente satisfatórios para a apuração dos valores das indenizações com o intuito de corresponder aos danos sofridos³⁰.

3.3 Prazo prescricional

Conforme mencionado anteriormente, a Lei Antitruste possui viés administrativo mais acentuado, reservando ao direito de ação judicial para reparação civil dos danos causados por condutas anticompetitivas somente o artigo 47. Assim, além de carecer de norma processual sobre a produção de provas e quantificação de danos, também inexistem previsões

²⁹ “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

³⁰ GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014, p. 142.

acerca do prazo prescricional para a aplicação privada do direito concorrencial.

Desta forma, as referidas ações de reparação devem observar o prazo do art. 206, § 3º, V, do Código Civil, ou seja, 3 (três) anos de prazo prescricional para a pretensão de reparação civil³¹. A incerteza reside no seu termo *a quo*: (i) da ocorrência do suposto dano; (ii) da ciência do suposto dano pelo lesado; (iii) da instauração do processo administrativo pelo CADE; (iv) da condenação final do CADE; ou (v) da decisão final (administrativa sem recurso ou com trânsito em julgado após revisão judicial).

A ausência de regras de suspensão do prazo prescricional para as ações indenizatórias (v.g., relacionadas ao início ou conclusão da investigação administrativo) também podem comprometer a busca pela reparação de danos por aqueles lesados pelo ilícito concorrencial. Afinal, a ação de indenização extingue-se por renúncia, transação entre as partes ou prescrição. Em caso de indefinição ou equívoco em relação à contagem do prazo prescricional, a vítima pode ter o direito de reparação frustrado por barreira processual.

4. A DIRETIVA E OS (MESMOS) DESAFIOS

A União Europeia e os seus Estados Membros também possuem interesse em tornar as normas concorrenciais eficazes. O trabalho da Comissão Europeia merece destaque nas últimas décadas, entretanto, a aplicação privada do direito concorrencial ainda é considerada um ponto fraco pelos Estados Membros, tornando a solução dessa questão um item prioritário na política concorrencial europeia. Recente estudo de Filipa Campos corrobora com esta constatação, ao indicar que as ações de indenização continuam a ser pouco utilizadas³².

Conforme destacado por Richard Whish, em constatação que pode ser transposta à realidade brasileira, as ações indenizatórias ainda são

³¹ Neste sentido, ANDERS et al., Eduardo Carminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (coord.). Comentários à nova lei de defesa da concorrência. São Paulo: Método, 2012. p. 190.

³² CAMPOS, Filipa Daniela Couto. A proposta de Diretiva relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do Direito Nacional por infracções às disposições do Direito da Concorrência. Revista Electrónica de Direito – RED. Porto, ano 2014, vol. 3. Disponível em: <<http://www.cije.up.pt/revistared>>. Acesso em: 17 dez. 2014, p. 22.

tímidas, mas podem complementar a atuação do CADE, equilibrando na prática o desenho institucional vigente no Brasil:

Historically within the EU public enforcement of competition law has been infinitely more important than private enforcement. However the competition authorities in the EU have limited resources and they are unable to investigate every alleged infringement of the competition rules. Private enforcement can therefore be an important complement to their activities³³.

Com o intuito de discutir e fomentar medidas favoráveis às ações de reparação relacionadas a ilícitos concorrenciais, a União Europeia emitiu o Livro Verde, em dezembro de 2005, e o Livro Branco, em abril de 2008. Fruto desse processo de maturação, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram a Diretiva em 26 de novembro de 2014, que foi publicada no Jornal Oficial da União Europeia em 05 de dezembro de 2014.

A partir da Diretiva, a União Europeia estabeleceu critérios claros para permitir que o âmbito judicial civil do direito da concorrência, por meio de ações indenizatórias iniciadas no Estado Membro, se desenvolva e que as partes lesadas sejam reparadas adequadamente. Os Estados-Membros deverão refletir em seus ordenamentos jurídicos internos as previsões da Diretiva até 27 de dezembro de 2016 (transposição).

4.1 Cultura concorrencial e estímulo à aplicação privada (*private enforcement*)

Ao anunciar a nova Diretiva, a Comissária de Concorrência Sra. Margrethe Vestager reiterou a necessidade de uma cultura de concorrência mais robusta na Europa, indicando que a aprovação formal da norma viabilizaria aos europeus (cidadãos e sociedades empresárias) a reparação dos danos provenientes das condutas anticompetitivas³⁴.

³³ WHISH, Richard; BAILEY, David. Competition law. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2012. p. 290.

³⁴ COMISSÃO EUROPEIA. Press Release - Antitrust: Commission welcomes Council adoption of Directive on antitrust damages actions. Bruxelas, 10 nov. 2014. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1580_en.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

De tal modo, a União Europeia demonstrou proximidade com a realidade brasileira, na qual os obstáculos existentes para a busca de reparação civil por danos concorrenciais resultam na inexpressividade prática do mecanismo. Em outro prisma, ao aprovar a Diretiva com regras para facilitar o processo de reparação, os europeus sinalizam para a possibilidade de fomentar a busca por indenizações devidas aos consumidores sem descaracterizar o sistema de responsabilidade civil do Estado-Membro. Cumpre notar que a União Europeia não optou pelas indenizações punitivas ou triplas (modelo norte-americano), mas somente tentou viabilizar a obtenção da justa indenização, com reparação integral do dano.

De acordo com o artigo 3º da Diretiva, qualquer pessoa lesada por um ilícito concorrencial pode demandar reparação integral, ou seja, por dano emergente (*damnum emergens*) e por lucros cessantes (*lucrum cessans*) por si sofridos, bem como o pagamento de juros. Ou seja, a Diretiva reflete a mesma orientação adotada no Brasil para a responsabilização civil, com o intuito de reparar os danos causados e restaurar a condição do lesado (caso o ato ilícito não tivesse ocorrido).

4.2 Ônus da prova e quantificação do dano sofrido

A Diretiva busca solucionar o desafio referente ao ônus da prova e da quantificação do dano sofrido. Ao partir da premissa de que é difícil para o lesado obter provas e quantificar o dano, a nova norma assegura que os Estados-Membros não podem tornar o exercício do direito à indenização praticamente impossível ou excessivamente difícil em razão desses obstáculos.

Quanto ao ônus da prova, na situação em que o demandante foi diretamente lesionado pelo demandado, a Diretiva prevê que o demandado deverá produzir prova para se defender acerca da repercussão dos custos adicionais decorrentes do ilícito concorrencial. Ou seja, competirá ao demandante ingressar com a ação e reclamar reparação por dano, devendo o potencial infrator apresentar defesa com evidências de inexistência de dano. No caso de demandante indireto, este deverá provar que o demandado causou dano na cadeia, impactando negativamente o demandante.

“A quantificação dos danos em processos no domínio do direito da concorrência pode constituir um obstáculo significativo que impede o

pedido efetivo de reparação³⁵”. A partir dessa afirmação, é possível iniciar essa seção com a premissa de que a definição do dano - e a da consequente indenização devida - é uma tarefa bastante árdua, desestimulando a utilização dos instrumentos de reparação de danos causados pela infração concorrencial.

Quanto à mensuração do dano, a Diretiva estabelece a presunção de que as infrações de cartel causam danos. Para a quantificação para fins de indenização, a União Europeia entende que o autor deverá apresentar o seu pedido de reparação, estando os tribunais nacionais aptos a analisar o pedido e preservar o direito à reparação adequada. Ademais, a autoridade nacional da concorrência pode, a pedido do tribunal nacional e conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, prestar assistência aos demandantes na quantificação dos danos.

4.3 Prazo prescricional

Os prazos de prescrição não deverão impedir indevidamente a propositura de uma ação de indenização. A partir desta premissa, a Diretiva dispôs sobre a matéria no artigo 10, indicando como prazo mínimo 5 (cinco) anos. O seu termo *a quo* deve ser considerado após a cessação da infração ao direito da concorrência e o conhecimento (real ou presumido) do ilícito.

Outra regra salutar para proteger o direito à reparação refere-se à suspensão da contagem do prazo prescricional caso a autoridade de concorrência tome alguma medida em relação à mesma infração que será abordada em sede de ação indenizatória. Essa suspensão terá duração mínima de 1 (um) ano após a decisão definitiva do processo em âmbito da autoridade de concorrência.

5. CONCLUSÃO

A aplicação privada do direito da concorrência apresenta-se como um grande desafio para os Estados-Membros da União Europeia, especialmente em razão da necessária transposição dos dispositivos da Diretiva nos ordenamentos jurídicos nacionais até o próximo ano. No Brasil, a aplicação vigorosa do direito da concorrência tem chamado a atenção, especialmente em razão da destacada atuação do CADE. Todavia,

³⁵ Considerando nº 45 da Diretiva.

a maturidade da defesa da concorrência no Brasil depende do maior desenvolvimento da responsabilidade civil antitruste.

A partir da reflexão sobre os desafios para a efetiva reparação de danos concorrenciais, utilizando como base as recentes medidas da União Europeia, é necessário ponderar as possibilidades existentes na legislação posta e pensar em possíveis modificações para aprimorar o desenho institucional.

Os instrumentos consensuais utilizados pelo CADE no âmbito de sua atuação repressiva – acordo de leniência e termo de compromisso de cessação – são alternativas mais acessíveis para os agentes lesados buscarem reparação por via judicial no presente cenário jurídico. Propostas legislativas³⁶ devem ser pensadas com atenção para evitar modificações constantes em um arcabouço novo e profícuo em ajustes.

Para a quantificação do dano, cumpre observar os princípios da equivalência e efetividade previstos no artigo 4º da Diretiva e como eles podem influenciar a aplicação do direito da concorrência no Brasil sem demandar mudança legislativa. De acordo com o princípio da equivalência, as regras processuais relativas às ações de indenização resultantes de infrações concorrenciais não podem ser menos favoráveis para as partes lesadas do que as normas que regem ações indenizatórias análogas resultantes de infrações ao direito nacional. Sob essa ótica, é possível tomar carona do processo adotado pelo direito do consumidor para abrandar a exigência de quantificação de dano³⁷, por exemplo.

Ao prever que os entraves para fundamentação do pedido de indenização não podem tornar “praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito, garantido pelo direito da União, à reparação integral dos danos causados por infração ao direito da

³⁶ Exemplo de mudança legislativa é a proposta apresentada pela Secretaria de Direito Econômico da Justiça em 2011 (Consulta Pública nº 17/2011), que sugeria a facilitação da prova por meio de mudança da Lei Antitruste, tornando obrigatória a indenização decorrente dos danos causados por ilícito concorrencial condenado pelo CADE. Cf. SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. Um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do direito europeu. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014. p. 125-126.

³⁷ Para paralelo entre direito da concorrência e direito do consumidor, ver CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Tutela coletiva da livre concorrência*. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2004.

concorrência” (princípio da efetividade), há o resgate do conceito de acesso à justiça, que pode ser solucionado por uma atuação mais colaborativa do CADE, buscando calcular do dano causado aos lesados nos casos em que condenar um ilícito concorrencial. Afinal, por causa da assimetria de informações existente, o CADE possui maior capacidade de apurar o dano causado (em comparação com os lesados) e poder de polícia para apuração dos dados de mercado.

Por fim, o Brasil deverá continuar a sua saga rumo à formação da cultura concorrencial, que provocará apelo popular por meios mais simples de efetivação do direito à reparação dos danos sofridos em virtude de condutas anticompetitivas.

BIBLIOGRAFIA

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

BECKER, Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. Revista Jurídica Luso Brasileira. Lisboa, v. 2, ano 2015. Disponível em: <<http://cidp.pt/revistas/rjlb>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

CAMPOS, Filipa Daniela Couto. A proposta de Diretiva relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do Direito Nacional por infracções às disposições do Direito da Concorrência. Revista Electrónica de Direito – RED. Porto, ano 2014, vol. 3. Disponível em: <<http://www.cije.up.pt/revistared>>. Acesso em: 17 dez. 2014.

CARPENA, Heloisa. O consumidor no direito da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARRIL, Rodrigo Coutinho. Controle judicial sobre o CADE e a análise econômica do direito. Revista do IBRAC. Ano 19, v. 21. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Aspectos históricos da defesa da concorrência. In: CARVALHO, Vinícius Marques de et. al. Nova lei de defesa da concorrência comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Vilella Mafra Alves da. Arbitrability of disputes involving antitrust issues in Brazil and the protection of free competition. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, v. 13, p. 145-164. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

COMISSÃO EUROPEIA. Press Release - Antitrust: Commission welcomes Council adoption of Directive on antitrust damages actions. Bruxelas, 10 nov. 2014. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1580_en.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

FIDELIS, Andressa Lin. A revisão judicial das decisões do CADE: o mérito do ato administrativo e a efetividade da política antitruste. *Revista do IBRAC*. Ano 18, v. 20. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014.

GÂNDARA, Livia. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2012.

LANDE, Robert H., DAVIS, Joshua P. The extraordinary deterrence of private antitrust enforcement: A reply to Werden, Hammond, and Barnett. San Francisco, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2127762>. Acesso em: 31 mai. 2013.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE.

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: 09 ago. 2014.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Tutela coletiva da livre concorrência. Revista de Direito do Consumidor. v. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2004.

SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. Um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do direito europeu. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014.

TAUFICK, Roberto Domingos. Nova lei antitruste brasileira. Rio de Janeiro: Método, 2012.

WHISH, Richard; BAILEY, David. Competition law. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2012.

YAZBEK, Otavio. Regulação do mercado financeiro e de capitais. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.