

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE
INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA**

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA DABÉS LEÃO

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão

João Marcelo de Lima Assafim

Fernando Gustavo Knoerr – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-038-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

Apresentação

Trata-se do XXIX Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito - Conpedi. Esta reunião do Grupo de Trabalho no. 47, intitulado “Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência”, uma edição diferente das outras, em função do tempo que vivemos. O tempo da, antes imponderável, pandemia. O encontro ocorreu em linha, mediante o uso de plataforma digital, no mês de junho de 2020. No entanto, não falhou. Aconteceu, a tempo, e diligentemente, em função da convergência do esforço e dedicação de vários de nós, e, especialmente, do próprio CONPEDI. Tivemos, assim, apesar dos obstáculos destes tempos difíceis, a honra de coordenar este GT, mais uma vez, desde a sua r. criação, Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim com, reiterando, mais uma vez, a participação da Profa. Dra. Simone Leticia Severo e Sousa Dabés Leão, e, agora, com o Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr. Foram apresentados e debatidos, em sessão em linha, 12 (doze) trabalhos, das 14:00hr às 18:00hr. Além de integrar a publicação original do evento, as derivações dos debates deverão integrar uma obra inédita a ser concebida entre os participantes do GT (docentes, discente e egressos dos PPGDs participantes).

Os títulos dos trabalhos apresentados são: 1) Judicialização da saúde no Brasil e a regulação da saúde suplementar, 2) A atuação do INPI nos processos de nulidade e abstenção do uso de marca sob a ótica do novo CPC, 3) A internet das coisas e a proteção de dados do consumidor, 4) Algoritmos: códigos invisíveis de (in)justiça, 5) Análise da (ir) responsabilidade civil do cartel, 6) As correlações entre o tratamento jurídico da propriedade industrial sobre fármacos antirretrovirais e o desenvolvimento nacional, 7) Encontros e desencontros do franchising no Brasil: Lei no. 13.966/2019, 8) Fashion law: indústria da moda no contexto de uma sociedade capitalista global, 9) Pandemia do coronavírus e a licença compulsória pela vacina, 10) Propriedade intelectual sobre edição geminava do genoma humano: necessária atividade geminava e benefícios associados, 11) O tratamento do “sham litigation” no direito concorrencial brasileiro a luz da jurisprudência de 2018 e 12) Uma análise da inovação e avanço tecnológico de empresas nacionais sob o prisma do desenvolvimento regional.

As autoras Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão e Sabrina Nunes Borges tratam da “JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL E A REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR ATRAVÉS DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE”, destacando que o

setor de saúde no Brasil é formado por um sistema público, financiado pelo Estado por intermédio do SUS e por um sistema privado, denominado de saúde suplementar. Destacaram que no tange à saúde suplementar, o Estado passou a atuar como regulador dos mercados, por intermédio da ANS, concluindo que a Judicialização da Saúde, traz uma preocupação não só aos gestores do SUS, bem como aos gestores privados e operadores do Direito.

O autor Almir Garcia Fernandes apresenta “A ATUAÇÃO DO INPI NOS PROCESSOS DE NULIDADE E ABSTENÇÃO DO USO DE MARCA SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL”, com finalidade analisar questões relacionadas aos julgamentos que envolvem nulidade e abstração do uso de marcas, especialmente sobre a forma de intervenção do INPI nesses processos.

Os autores Naiara Bianchi dos Santos Silva, Mayara Christiane Lima Garcia e Bruno Bastos De Oliveira expõe sobre “A INTERNET DAS COISAS E A PROTEÇÃO DE DADOS DO CONSUMIDOR”, pontuando que possibilidade da conexão de pessoas e coisas à Internet tem resultado em exorbitante tráfego e armazenamento de dados, concluindo que para efetiva proteção dos dados imprescindível harmonizar a estrutura inflexível do sistema normativo ao dinamismo e inovação da IoT.

Em seguida, os autores Crithian Magnus De Marco, Mariana Carolina Lemes e Daniel Roxo de Paula Chiesse tratam dos “ALGORITMOS: CÓDIGOS INVISÍVEIS (D)E INJUSTIÇA”, salientando que os algoritmos servem para a discussão da opressão digital, permitindo inquirir como algoritmos tendenciosos viabilizam a perpetuação da desigualdade e novas formas de perfilamento racial, com o objetivo demonstrar a influência dos algoritmos na sociedade digital.

Os autores Paulo Marcio Reis Santos e Gabriela de Vasconcelos Sousa efetuam “ANÁLISE DA (IR)RESPONSABILIDADE CIVIL DO CARTEL EM CASOS DE PREÇOS DE PROTEÇÃO NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO”, com objetivo averiguar através do método hipotético-dedutivo se conforme a interpretação da legislação pátria existe a possibilidade de se buscar, em juízo, a indenização contra os membros de um cartel pelos danos causados por uma empresa estranha ao conluio que, diante da conspiração, aumentou o valor de seus produtos para montante superior ao que seria praticado em condições normais de concorrência.

Os autores João Batista De Souza Leão Neto e Patrícia Borba Vilar Guimarães apresentam “AS CORRELAÇÕES ENTRE O TRATAMENTO JURÍDICO DA PROPRIEDADE

INDUSTRIAL SOBRE FÁRMACOS ANTIRRETROVIRAIS E O DESENVOLVIMENTO NACIONAL”, com o intuito de analisar as correlações do tratamento jurídico da propriedade industrial sobre fármacos antirretrovirais com o desenvolvimento nacional. Adota-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo. Validaram-se as hipóteses de que: i) o tratamento jurídico das patentes dos antirretrovirais causa impactos no desenvolvimento nacional; ii) o desenvolvimento nacional deve servir como fundamento na mitigação da propriedade industrial.

Após, os autores Veronica Lagassi , Juliana de Siqueira Ferreira e Carla Izolda Fiuza Costa Marshall apontam “ENCONTROS E DESENCONTROS DO FRANCHISING NO BRASIL: LEI Nº 13.966/19”, pontuando que a franquia, como sistema pelo qual o franqueador licencia ao franqueado direito de propriedade intelectual, associado ou não ao direito de distribuição de produtos ou serviços, mediante uma contraprestação financeira pactuada pelas partes, possui aparente simplicidade reiterada na nova lei é questionável a partir das inconsistências que ela propicia ao não regular de forma objetiva os direitos mínimos das partes.

Os autores Roberto Reial Linhares e Renata Albuquerque Lima tratam do “FASHION LAW: A INDÚSTRIA DA MODA NO CONTEXTO DE UMA SOCIEDADE CAPITALISTA GLOBAL”, com o objetivo demonstrar a importância da moda na história da vida privada, seu poder de fomento na atividade empresarial e desenvolvimento socioeconômico no Brasil e no mundo, esclarecendo que, em razão de suas especificidades num cenário em constante mudança, diversas questões jurídicas surgiram para serem solucionadas. Concluem que Direito e Moda estão interligados, necessitando de um olhar jurídico mais cuidadoso e especializado na chamada economia criativa, voltada à indústria de vestuário, designers de acessórios e artigos de estética.

Os autores Caroline Regina dos Santos, Gleycyelle Pereira da Silva e Nivaldo Dos Santos, por sua vez abordam a “PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E A LICENÇA COMPULSÓRIA PELA VACINA”, destacando o tema central pandemia do coronavírus e a licença compulsória pela vacina, desenvolvido pela metodologia de revisão bibliográfica, tem como objetivo apresentar conceitos de propriedade intelectual, patente de invenção e licença compulsória, bem como tratar da pandemia do coronavírus aliada à efetivação do direito à saúde por meio da utilização da licença compulsória atendendo ao interesse social garantindo o acesso à vacina contra o COVID-19.

Os autores Gabriel Zanatta Tocchetto e Salete Oro Boff dissertam sobre “PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE EDIÇÃO GERMINATIVA NO GENOMA HUMANO: NECESSÁRIA ATIVIDADE LEGISLATIVA E BENEFÍCIOS ASSOCIADOS”,

asseverando que o trabalho falseia a hipótese de que existem importantes evidências sobre a necessidade de a Propriedade Intelectual lidar com o desafio da edição germinativa sobre o genoma humano. Têm como objetivo geral verificar a necessidade de produção legislativa sobre a Propriedade Industrial na biotecnologia CRISPR e termina por confirmar a hipótese e responder ao problema de pesquisa de forma positiva.

Os autores Amanda Cristina Paulin e Sandro Mansur Gibran discorrem sobre “TRATAMENTO DO SHAM LITIGATION NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE NO ANO DE 2018, abordando que sham litigation, tratada como “abuso do direito de petição”, é uma conduta não tipificada expressamente na Lei 12.529/2011, porém, a sua prática, impõe custos concorrente por intermédio de procedimentos judiciais ou administrativos.

Os autores Mario Sérgio Gomes Nogueira Lima e Maria De Fatima Ribeiro abordam “UMA ANÁLISE DA INOVAÇÃO E AVANÇO TECNOLÓGICO DE EMPRESAS NACIONAIS SOB O PRISMA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO REGIONAL”, com o intuito de apresentar e analisar do ponto de vista do desenvolvimento econômico a inovação e avanço tecnológico de empresas nacionais. Para isso, foram utilizados dados secundários, de caráter quantitativo, com abordagem fundamentada em pesquisas descritivas e exploratórias, conforme os dados disponíveis pela Pesquisa de Inovação (PINTEC) – nas edições 2005, 2008, 2011 e 2014 bem como na nota técnica do IPEA: “Inovação no Brasil: crescimento marginal no período recente” realizada em dezembro de 2016.

Neste momento, a saúde pública está no centro da discussão sobre reconstrução da econômica mundial. Tudo depende de uma vacina. De outro lado, na obtida a vacina (neste momento, de redação deste texto, ainda hipótese), em que pese o risco de escassez seja pela escala como pela apropriação da “invenção” ou dos “dados de testes clínicos” propriedade intelectual, de outro lado, o crescimento econômico dependerá do incentivo estatal.

A função do Estado mudou substancialmente com a pandemia. E com isso, surgem, por certo, também, riscos de toda ordem. O Estado passa a ser o interventor, mais do já era e sempre foi, a salvar a combalida saúde dos mercados nacionais. Recuperações judiciais e quebras explodem, estando claro o fato de que não se trata de uma execução concursal, mas de uma ponderação de valores – sobre um feixe complexo de contratos - que aproxima a recuperação de uma política pública de preservação da ordem econômica, pelo outro lado. De todo modo, há agentes econômicos com liquidez, dinheiro no bolso, e, outros, sem fluxo de caixa para pagar despesas correntes de custeio. Haverá uma onda de concentração estrutural dos vários mercados e, possivelmente, ambientes de mercado marcados pela escassez e sobre

preço. Haverá incremento nas compras públicas, eficiência, mas, distorção, também. Direitos exclusivos importantíssimos para os novos métodos de negócio, e, como incentivo a inovação, podem, e devem, ser estrategicamente usados para fomentar as políticas de desenvolvimento e de saúde pública, mas, podem, também, funcionar contra estas (ferindo a inovação e gerando condutas exclusionárias abusivas) em situações de abuso de direito. As políticas públicas desenhadas para gerar emprego e renda, devem, por certo, prevenir e combater distorções.

A rede internacional de computadores ganha uma dimensão extraordinária no comércio. A nova economia, além da venda de bens e serviços, gera uma série de novos métodos de negócio, em mercados com dois ou mais lados, com base na publicidade. No lugar da circulação dos jornais impressos, vem a “externalidade de rede” (o volume de usuários), “turbina” pelo uso dos dados pessoais acumulados em bases de dados cada vez maiores (dados nem sempre consentidos livre de vícios). Protegendo estas bases de dados originais, a bem do empreendedor precavido, está a propriedade intelectual (direito de autor), ainda que, no Brasil, a LGPD postergada não seja, ainda, capaz de proteger o cidadão comum do “assédio” na captura e uso dos seus dados pessoais (embora já bem, e inequivocamente, protegido pelo direito constitucional, como a imagem, a privacidade relativamente a epístola e ao lar). Quanto maior o “grande dado” (para não insistir no anglicanismo preguiçoso) maior o poder de persuasão na “nova economia”. Por certo, a complexidade da situação tende a confundir o consumidor, comumente interrompido em suas conversas privadas pelo seu rebelde, e mal educado telefone, que insiste em palpitar na marca do tênis ou no restaurante para o jantar. Mas isso não significa que ele, consumidor, não esteja protegido pelo direito positivo. Nem os empreendedores, imunes. Há discussões sobre portabilidade de dados entre algumas plataformas, notadamente as maiores. Mas um acordo de portabilidade para criar padrão tecnológico ou compatibilidades intuitivas ao consumidor e ao empresário, a princípio, será, se não sempre, essencialmente pró competitivo. “Livrai-nos” do “trancamento” dentro de uma determinada tecnologia. Mas, no caso de arranjo entre concorrentes, no mercado de inovação, mesmo em “pools” de patentes, p. ex., ao se reunir debaixo de mesmo comando associativo tecnologias substitutas anteriormente independentes, pode favorecer a formação situações de fato sobre o mercado de tecnologias, análogas à de um monopólio, ou, alternativamente, cartéis do, por hipótese, “novo padrão privado”.

Nesse momento, surgem propostas para reforma do direito positivo vigente (lege lata), e as propostas de lege ferenda convivem com interpretações que, em decorrência de cada ótica e função regulatória setorial e de mercado dos entes e órgãos estatais, podem exsurgir dispares dos vários organismos da Administração. Este é o novo desafio dos cidadãos, passando pelos gestores públicos, chegando aos empresários, e, principalmente, caindo sobre o balcão da

pesquisa científica na Academia, para quiçá, aterrissar, bem discutido e lastreado, através teses técnicas, profundas, interdisciplinares, sistemicamente examinadas e exaurientemente testadas, no âmbito do poder judiciário.

Agradecemos a brilhante participação de todos, principalmente levando-se em consideração o atual contexto da pandemia COVID/19, na expectativa que possamos nos encontrar presencialmente no próximo evento.

Finalizamos com os dizeres de Clotilde Perez, sustentando que a pandemia vai passar, vamos ter que lidar com as perdas, principalmente humanas, mas teremos a oportunidade única de responder à questão fundamental: o que queremos para as nossas vidas? E arremata:

Como em A peste de Albert Camus, ou mesmo em Decameron de Giovanni Boccaccio, o flagelo pode fazer surgir a reflexão sobre a natureza do destino, a fragilidade da condição humana e, quiçá, a solidariedade irrestrita. E, se afim for, todo esse turbilhão avassalador e destrutivo terá algum sentido. (PEREZ, 2019, p. 2)

Fernando Gustavo Knoerr

João Marcelo de Lima Assafim

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão

Nota técnica: O artigo intitulado “A judicialização da saúde no Brasil e a regulação da saúde suplementar através da Agência Nacional de Saúde”, das autoras Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão e Sabrina Nunes Borges, está publicado entre os trabalhos do GT Direitos Sociais e Políticas Públicas I.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ANÁLISE DA (IR)RESPONSABILIDADE CIVIL DO CARTEL EM CASOS DE PREÇOS DE PROTEÇÃO NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

ANALYSIS OF CARTEL'S CIVIL (IR)RESPONSIBILITY IN CASES OF PROTECTION PRICES IN BRAZILIAN COMPETITION LAW

Paulo Marcio Reis Santos ¹
Gabriela de Vasconcelos Sousa ²

Resumo

O presente artigo tem como objetivo averiguar através do método hipotético-dedutivo se conforme a interpretação da legislação pátria existe a possibilidade de se buscar, em juízo, a indenização contra os membros de um cartel pelos danos causados por uma empresa estranha ao conluio que, diante da conspiração, aumentou o valor de seus produtos para montante superior ao que seria praticado em condições normais de concorrência. Além disso, pretende expor os desafios a serem enfrentados ao tempo da propositura da demanda por aqueles que se sentirem lesados pelos denominados “Umbrella Effects”.

Palavras-chave: “umbrella effects”, Responsabilidade civil, Cartel, Preços de proteção, Direito da concorrência

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to ascertain through the hypothetical-deductive method whether, according to the interpretation of the national legislation, there is the possibility of seeking, in court, indemnification against members of a cartel for the damages caused by a company outside the collusion that, of the conspiracy, increased the value of its products to an amount higher than what would be practiced under normal conditions of competition. In addition, it intends to expose the challenges to be faced at the time of filing the demand for those who feel injured by the so-called “Umbrella Effects”.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: “umbrella effects”, Liability, Cartel, Protection prices, Competition law

¹ Sócio na PMRS Advocacia e Consultoria. Doutor e Mestre pela UFMG. Professor no PPGD e na Graduação da Universidade FUMEC. E-mail: paulo.marcio@fumec.br.

² Graduada em Direito e Mestranda pela Universidade FUMEC. Advogada atuante em Belo Horizonte. E-mail: gabrielavsousa@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O cartel é descrito como um acordo entre empresas concorrentes, com o propósito de estabelecer preços ou delimitar a prestação de serviços, visando controlar um mercado. O cartel clássico é aquele que objetiva o aumento de preços dos produtos e serviços. A lei 8137/90 considera tal conduta como crime contra a ordem econômica, prevendo uma pena de reclusão de dois a cinco anos e multa. Além disso, o ato constitui infração administrativa e ilícito cível.

As empresas participantes dos cartéis se submetem às regras estabelecidas naquele acordo, o que pode incluir sanções àquele que descumprir os preços impostos, tomando para si parte dos clientes. Por esse motivo, tem como característica a inconstância. A estagnação da inovação, a crise financeira, a similitude do produto ou serviço são alguns dos agentes contributivos para a formação dos cartéis. A principal consequência da referida prática é o aumento dos preços, consideravelmente maior do que o que seria em situações normais de concorrência.

A Constituição da República de 1988, possibilitou um avanço quanto a prevenção e coibição das infrações contra a ordem econômica. Em seu art.174, prevê que cabe ao Estado exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica, ou seja, tem o dever de criar políticas econômicas a fim de zelar pela preservação das práticas concorrenciais. (BRASIL, 1998). A publicação da lei 8.884/94 e a lei 12.529/11, também proporcionaram progresso no enfrentamento das condutas anticoncorrenciais, em especial no que diz respeito aos cartéis. A primeira lei transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia e a segunda lei estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Nesse sentido, o que está sendo assegurado pelo Direito da Concorrência é o interesse público, que na figura do consumidor tem seus direitos básicos manifestamente violados pelas práticas dos cartéis que infringem a livre concorrência.

A atuação de medidas como o “*public enforcement*” e “*private enforcement*” são significativas na proteção das políticas concorrenciais. No ordenamento jurídico brasileiro, este primeiro é exercido pelo Ministério Público e pelo CADE, enquanto o segundo é aplicado nas hipóteses de ajuizamento de ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) interpostas por consumidores que foram prejudicados com ação dos cartéis.

Quanto a aplicação do “*public enforcement*” no país, o CADE, um dos órgãos responsáveis por assegurar a livre concorrência, puniu com seriedade alguns cartéis como o do Rio de Janeiro (2005) (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo n. 08012.002097/1999-81. Relator Conselheiro Ricardo Vilas Boas Cueva), o das empresas de vigilância (2007) (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo n. 08012.001826/2003-10. Relator: Conselheiro Abraham Benzaquem Sicsu) e o dos frigoríficos (2008) (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo n. 08012.002493/2005-16. Relator: Conselheiro Ricardo Vilas Boas Cueva).

Em 2014, o mesmo órgão condenou cerca de 10 casos de cartéis, cujas multas somaram 3,1 bilhões de reais. Em 2015, de 52 casos envolvendo violações à livre concorrência, incluindo práticas cartelizadas, houve condenação em 39 deles, com multas que se aproximam do valor de 296 milhões de reais. No ano de 2016, houve julgamento de 31 processos, que resultaram em 19 condenações, que acarretaram multas que extrapolaram o valor de 196,6 milhões de reais. Em 2017, foram decididos 13 casos, dos quais 9 foram condenados ao pagamento de multas que giraram em torno de 95 milhões de reais.

No que diz respeito à reparação civil das práticas anticoncorrenciais, esta está regulada pelo art. 47 da Lei n. 12.529/11. Além disso, o Código Civil de 2002 já prevê em seu art. 927 o dever de reparação de dano oriundo de atos ilícitos.

Em relação ao “*private enforcement*”, a Comissão de Constituição e Justiça e pela Comissão de Assuntos Econômicos e enviado à Câmara dos Deputados, em 24 de dezembro de 2018, aprovou com emendas o Projeto de Lei do Senado n. 283, de 2016, que propõe modificações na Lei 12.529/11, visando instituir ressarcimento em dobro para as vítimas que pleitearem reparação no Judiciário pelas práticas que burlam a livre concorrência.

O que se discute é se a responsabilidade civil pelos prejuízos oriundos dos cartéis se estende também aos “*umbrella effects*” ou “*umbrella pricing*”. Tais institutos ocorrem quando as empresas não participantes do cartel, cientes ou não, elevam os preços de seus produtos ou serviços, de modo que não seria praticável se este cartel não existisse, por isso o nome “*umbrella effects*”, pois estão atuando à sombra do “guarda-chuvas”.

O objeto da presente pesquisa consiste em examinar a possibilidade de o ordenamento jurídico permitir a indenização em desfavor dos integrantes de um cartel de estabelecimento de preços nas hipóteses de ocorrência de “*umbrella effects*” pelos não participantes da prática, no entanto elevam seus preços em decorrência da presença do cartel. O foco do estudo será apenas nos cartéis de fixação de preços. Além disso, a presente pesquisa não pretende explorar a teoria geral acerca da responsabilidade civil.

Para fins de traçar o objetivo da pesquisa, parte-se do pressuposto de que já existe um cartel de fixação de preços e da certificação de que houve empresas não integrantes do cartel aumentando seus preços quando comparados aos valores empregados em condições de livre concorrência. Também partimos da hipótese que a autoridade administrativa brasileira tenha constatado a atuação do cartel e empregado as devidas sanções da esfera administrativa, em conformidade com a Lei 12.529/11.

A metodologia utilizada no estudo é a quantitativa, porque utiliza como base dados preexistentes, analisando assim, a possibilidade de ocorrência de responsabilização no Brasil; dedutivo, por não existir ainda decisão e problematização nacional acerca do assunto, partindo-se da análise da questão pelo viés do que ocorre no estrangeiro.

O estudo do tema do presente artigo foi desenvolvido por meio de pesquisas bibliográficas estrangeiras, artigos jurídicos, jurisprudências internacionais e a legislação específica sobre a temática.

O marco teórico da pesquisa encontra-se pautado no que decidiu o Tribunal de Justiça da União Europeia no julgamento do caso Kone.

2 ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO

A abordagem neste primeiro capítulo consistirá na análise dos casos estrangeiros acerca da responsabilização civil dos membros de cartéis em decorrência dos “*umbrella effects*”.

2.1 Estados Unidos

A legislação atual dos Estados Unidos no que concerne ao Direito antitruste é uma das mais influentes do mundo, e constitui no *Sherman Act*, de 1890¹, sendo que

¹(CARPENA, Heloisa. Um olhar estrangeiro sobre a experiência norte-americana no direito da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 12, p. 43-44, 2005.)

anteriormente já vigoraram outras. No que concerne ao “*private enforcement*”, o instrumento aplicado é o *Clayton Act*, de 1914, que assegura o direito a reparação em juízo dos prejudicados, em que deve ser pago ao prejudicado três vezes o valor do prejuízo.

Todavia, a responsabilização civil de um cartel pela ocorrência de “*umbrella effects*”, ainda não é questão pacificada, sendo que até então não há decisão da Suprema Corte do país em relação a matéria, sendo que as decisões existentes possuem posicionamentos diversos.

Os obstáculos para essa possibilidade se encontram principalmente em razão da produção da prova no caso concreto de que todos os danos foram efetivamente causados pela existência do conluio, sendo que a falta de comprovação não enseja essa responsabilização.

Sendo assim, mesmo que a atividade jurisdicional americana seja uma das mais importantes na abordagem do direito da concorrência e responsabilização civil a questão ainda é controvertida no país.

2.2 Canadá

No Canadá, é viabilizado a qualquer indivíduo prejudicado por infração no âmbito do direito de concorrência a busca em juízo pelos prejuízos sofridos pelo artigo 36 do *Competition Act* (Lei de Concorrência canadense). Dentre essas infrações, está contido na lei conspirações acerca dos preços entre os concorrentes do mercado.

Em sentido diverso ao que ocorre nos Estados Unidos, no Canadá em três casos distintos a Suprema Corte entendeu que os consumidores indiretos têm legitimidade para serem reparados pelas suas perdas pelas empresas infratoras.

O “*Competition Act*” não faz referência expressa sobre o “*umbrella effects*”. Todavia, no entendimento de Linda Visser e Bridget Moran, por meio de interpretação ao disposto artigo 36 da Lei de Concorrência canadense é possível inferir a viabilidade de reconhecimento da dessa responsabilidade, por indivíduos que adquiriram produtos de empresas não cartelistas, mas que sofreram prejuízos.

Acredita-se que em breve a Suprema Corte Canadense irá se manifestar objetivamente sobre o tema.

2.3 Europa

Muito importante fazer menção acerca do tema na União Europeia, tendo em vista ser o palco de um caso emblemático da discussão de responsabilização pela ocorrência de “*umbrella effects*”, denominado “Caso Kone”, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Restou fixado o entendimento que os prejuízos decorrentes de um sistema de preços não são previsíveis pelos membros dos conluíus, sendo que, não podem dessa forma embasar o nexo de causalidade direto para uma condenação, sendo os aumentos dos preços considerados somente um efeito colateral.

Ao contrário desse entendimento a advogada Juliane Kokott emitiu Parecer concluindo que os danos em decorrência do “*umbrella effect*” não devem, em regra, ser considerados como imprevisíveis pelos participantes do conluio, sendo que a reparação civil está contida no objetivo do artigo 101 do TFUE, sendo que a exclusão da possibilidade de responsabilização seria contrária a eficácia das regras concorrenciais.

Certo é que a decisão na Europa sedimentada no caso Kone foi de extrema importância, tendo em vista que abordou sobre tema não colocado em pauta anteriormente pelos legisladores europeus. Além disso, verifica-se a atualidade dos debates na Europa acerca do assunto objeto do presente estudo, que demonstra principalmente a importância do tema, que é pouco discutido no Brasil.

3 ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CARTEL EM CASO DE “*UMBRELLA EFFECTS*” NO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo serão observados os aspectos referentes a responsabilização dos integrantes do cartel devido os prejuízos provenientes de “*umbrella effects*” no Brasil, com base na Lei Antitruste 12.529/11, no Código Civil/02 e no Código de Processo Civil/15.

3.1 “*Umbrella effects*” e o Direito brasileiro: admissibilidade ou exclusão da responsabilidade dos membros do cartel?

A partir de pesquisas realizadas em sites dos Tribunais brasileiros notou-se que o ajuizamento de ações junto ao Poder Judiciário requerendo o cumprimento da Lei de Defesa da Concorrência ainda é uma prática escassa, o que se reflete no baixo número de ações que discutem ou já discutiram o tema. Principalmente quanto a “*umbrella effects*”, em que a problemática não possui nenhuma demanda judicial. Considerando

com a realidade norte-americana e europeia, o “*private enforcement*” no Brasil ainda está em sua fase primitiva.

A possibilidade do ingresso em juízo para se requerer não só a cessação das práticas que constituam infração à ordem econômica, como também para se pleitear indenização pelos danos sofridos, ganha legitimidade no artigo 47 da Lei 12.529/11. É importante ressaltar que esse dispositivo não exclui a aplicação do Código Civil nem acrescenta novos elementos à persecução da responsabilização:

Art. 47. 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. (BRASIL, 2011)

O Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em seu artigo 927, prevê, em seu aspecto generalista, o direito à reparação civil decorrente da prática de ato ilícito:

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

Parágrafo único. 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. (BRASIL, 2002)

Ainda sobre o mesmo fato, o Código Civil, em seu artigo 884 repudia o enriquecimento sem justa causa: “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. Por sua vez, o artigo 944 do mesmo diploma, acerca da indenização, prescreve: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Como se pode ver, nos artigos mencionados acima, não existem disposições de modo específico acerca do direito de reparação contra os integrantes de um acordo anticoncorrencial que gerou preços de proteção por outras empresas concorrentes no Brasil.

A responsabilidade civil se caracteriza, conforme artigo 927 do Código Civil, com a presença do ato ilícito, da existência de um dano e o nexo de causalidade entre os dois primeiros elementos. A ocorrência de cartel é considerada ilícita pelo artigo 36, parágrafo 3º, inciso I, da Lei n. 12.529/11. Na demonstração do dano, o comprador de empresa não cartelista, necessita comprovar que pagou preço mais elevados em decorrência da existência do cartel.

Além disso, deve-se comprovar o nexo entre o ilícito concorrencial e o dano decorrente do preço pago ao concorrente não participante cartel que elevou o preço de seus produtos. Dessa forma, faz-se necessária a transcrição do Parecer da Advogada-Geral do TJUE no caso Kone:

Do ponto de vista jurídico é um problema de causalidade saber se os participantes num cartel também podem ser responsabilizados civilmente pelo efeito de “preços guarda-chuva”. Neste âmbito levanta-se a questão de saber se se verifica um nexo suficientemente direto entre o cartel e os prejuízos resultantes dos “preços guarda-chuva” provocados pelo cartel ou se estão em causa prejuízos demasiado indiretos cuja reparação não pode ser razoavelmente imposta aos participantes no cartel. (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

E para análise da existência do nexo causal jurídico entre os prejuízos decorrentes de “*umbrella effects*”, faz-se necessário o exame de quatro teorias tradicionais acerca do tema: teoria da equivalência dos antecedentes causais (ou teoria da *conditio sine qua non*), teoria da causalidade adequada, teoria do dano direto e imediato e teoria da causalidade necessária.

3.2 “*Umbrella effects*” e as teorias jurídicas de relação de causalidade

Na teoria da equivalência dos antecedentes causais, também conhecida como teoria da “*conditio sine qua non*”, todos aqueles fatores que de alguma forma contribuírem para a ocorrência de um dano são reconhecidos como causas para sua configuração e caso um desses elementos seja eliminado, não se caracterizará o dano, pois, todos os acontecimentos desempenham uma função equivalente e indispensável para sua consumação. Contudo sua aplicação é contestada no Brasil como uma hipótese para a definição de vínculo causal entre um ato e o dano sofrido. (SANTOS, 2019)

Já a teoria da causalidade adequada, considera a existência de um fato específico, que por si só, seja determinante para a geração do dano. A verificação do

nexo de causalidade por essa teoria é realizada mediante a indagação de qual foi o ato preponderante para o acontecimento do dano. A teoria não se limita a averiguar a condição imediata resultante do dano, verificando, essencialmente, o fato mais adequado para o seu acontecimento. Essa teoria recebeu grande aceitação no Brasil. (SANTOS, 2019)

Por outro lado, a teoria do dano direto e imediato prevê que haverá responsabilidade somente quanto os prejuízos se originarem de uma conduta direta e imediata, ou seja, apenas aqueles danos mais próximos de uma ação direta e imediata, do agente praticante do ilícito, serão passíveis de indenização.

Apesar dos questionamentos doutrinários acerca de qual teoria deve ser aplicada no Brasil, no aspecto positivo, essa teoria foi escolhida pelo Código Civil, precisamente no artigo 403:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. (BRASIL, 2002)

Por fim, a teoria da causalidade necessária considera que determinada ação deve ser a única justificativa racional para esclarecer a ocorrência do dano. Assim, o dano não pode acontecer por nenhuma outra conduta. Portanto, mesmo que ele decorra de uma causa distante, haverá o direito à indenização, desde que ela seja a causa necessária por não haver outra capaz de explicar o mesmo dano. Com isso, é possível compreender, que por essa teoria, haverá a interrupção da relação causal com o praticante da primeira ação assim que houver a interferência de terceiro.

Para o “*private enforcement*” do Direito da Concorrência, as teorias da causalidade adequada e da causalidade necessária revelam implicações mais proporcionais. Pela teoria da equivalência dos antecedentes causais, os participantes do cartel seriam responsabilizados por todos os danos causados no mercado, inclusive pelos derivados de “*umbrella effects*”. Contudo, verificou-se que essa teoria não é aplicável no Brasil, haja vista a possibilidade de condenações desproporcionais. (SANTOS, 2019)

Quanto a aplicação da teoria do dano direto e imediato, mesmo sendo positivada pelo Código Civil, geraria grandes dificuldades para o prejudicado na comprovação do dano sofrido por ele ao comprar produtos de empresa não participante

do conluio, que elevou seus preços sob o efeito guarda-chuva do conluio, que sobreveio de modo direto e imediato da prática ilícita.

Já para a responsabilização dos integrantes do cartel em relação a seus clientes diretos, a teoria da causalidade necessária pode ser aplicada, pois, em decorrência do cartel, os preços do produto cartelizado foram aumentados, gerando danos aos clientes. Assim, os prejuízos sofridos decorreram necessariamente da existência da prática ilícita.

Ocorre que, quantos perdas provenientes do “*umbrella effects*” a aplicação da teoria da causalidade necessária apresenta obstáculos para a comprovação de que os danos decorreram necessariamente da formação do cartel.

Portanto, a definição da relação causal pela teoria da causalidade adequada configura a escolha mais prudente e mais eficiente para responsabilizar os integrantes do acordo anticoncorrencial pelos danos provenientes de “*umbrella effects*”. Essa teoria possibilita a reparação dos danos efetivamente sofridos em virtude da ocorrência da conduta anticompetitiva. A formação do cartel pode configurar um evento adequado e suficiente para a ocorrência dos efeitos guarda-chuva no mercado, que não poderiam ser ignorados quando da realização do conluio. Pois mesmo que não exista a relação contratual direta, o nexo de causalidade jurídica no Direito da Concorrência configura a relação de causa e efeito entre a existência do cartel e as consequências da conduta no mercado.

Assim, esses prejuízos podem ser buscados pelo lesado contra os participantes do conluio.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Direito da Concorrência no Brasil não exclui a possibilidade de se buscar, em juízo, a indenização contra os membros de um cartel pelos danos causados por uma empresa não participante do acordo anticoncorrencial que, aproveitando a conspiração, aumentou o valor de seus produtos (*umbrella effects*) para montante superior ao que seria praticado se o cartel inexistisse. (SANTOS, 2019)

Todavia, o reconhecimento da responsabilidade pelo Direito Concorrencial pátrio enfrenta grandes obstáculos. Em primeiro lugar, o Brasil não possui tradição quanto à execução privada da legislação de concorrência. Esse fator é um elemento a ser considerado, pois a responsabilidade civil decorrente de “*umbrella effects*” configura uma hipótese específica do “*private enforcement*”. Em segundo lugar, é indispensável a realização da análise econômica do mercado para a comprovação de que a elevação dos

preços pelas empresas concorrentes não participantes do conluio, decorreu da existência da conduta anticoncorrencial e que tal consequência não poderia ser ignorada pelos infratores. Trata-se de uma prova pericial dificultosa, mas não impossível.

3.3 Umbrella effects e dolo acidental

Ao se analisar a conduta das empresas não participantes do acordo anticoncorrencial praticante do “*umbrella effects*” no mercado e considerando que a mesma opte por aumentar seus preços conscientemente, esse comportamento, ainda que não configure uma violação concorrencial prevista pela Lei n. 12.529/11, poderá gerar sua responsabilidade civil. Essa responsabilidade emana do artigo 146 do Código Civil, ao dispor que as perdas e danos devem ser indenizados quando houver dolo acidental.

O dolo acidental, segundo Caio Mário da Silva Pereira, ocorre quando “o vendedor utiliza de maquinação ou esforço para enganar o adquirente de modo não decisivo para a conclusão do negócio jurídico, pois o comprador celebraria o contrato mesmo que não houvesse o dolo”. Sendo assim, essa conduta contraria os princípios da boa-fé, e da moralidade, que devem estar presentes nas relações jurídicas, garantindo que o contrato não seja menos vantajoso para a outra parte.

Os cenários econômicos hipotéticos demonstrados na pesquisa são necessários para esclarecer as situações nas quais poderá haver possibilidade de os membros do acordo anticoncorrencial serem responsabilizados pelos danos causados aos clientes de concorrentes não participantes do conluio, os momentos em que não haverá a responsabilidade e, por fim, os casos em que o não integrante do cartel poderá ser condenado por dolo acidental.

4 CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CARTEL POR “*UMBRELLA EFFECTS*”

Preliminarmente, quanto ao reconhecimento da possibilidade de reparação civil em decorrência do aumento de preço pelas empresas não cartelistas em decorrência de consumo de produtos afetados pelos “*umbrella effects*”, perfaz-se necessárias as seguintes considerações acerca das consequências advindas desse entendimento.

4.1 Da desestimulação de condutas anticompetitivas e acordos de leniência

As empresas que lesionaram a Administração Pública e desejam colaborar com o processo de apuração podem celebrar o chamado acordo de leniência, que ocorre no

âmbito administrativo. É autorizado pela Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), nos quais são competentes para realizar tal acordo o Ministério da Transparência e a Controladoria Geral da União (CGU).

Os termos de compromisso de cessação de prática (TCC) são acordos celebrados entre as empresas ou pessoas físicas que cometeram infrações contra a ordem econômica e o CADE, em que a antitruste permite suspender a apuração das infrações enquanto forem cumpridos os termos do acordo.

Dessa forma, considerando a complexidade em provar a existência de um cartel, o acordo de leniência e o termo de compromisso de cessação de prática (TCC) exercem função elementar na aplicação da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13). A visão de que o direito à indenização em desfavor dos membros do cartel pelo “*umbrella effects*” desvigorar os acordos de leniência, desestimulando as empresas a colaborarem com as investigações, não pode ser empecilho para a obtenção da referida indenização contra os participantes.

Sendo assim, é essencial a mudança na legislação, a fim de que o favorecido no acordo seja desobrigado do dever de satisfação decorrente do “*umbrella effects*”, para estimular a cooperação.

É importante que o Brasil, assim como na União Europeia, retire a obrigação solidária, limitando a obrigação do favorecido da leniência aos danos causados a seus clientes diretos e indiretos, sendo encarregado na medida do dano causado, configurando, portanto, uma responsabilidade subsidiária.

Foram publicados pelo CADE dois relevantes instrumentos que visaram estimular a reparação de danos concorrenciais no Brasil, quais sejam a Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIAGAB-SG/SG/CADE282 e a Consulta Pública n. 5/2016.

A primeira delas advém de “amplo estudo da experiência internacional e nacional a respeito do tema”, e seu objetivo consiste em “compatibilizar os Programas de Leniência e os Termos de Compromisso de Cessação (“TCC”) do CADE com a crescente tendência de ajuizamento das ARDC”.

O referido instrumento discorre sobre o tratamento aplicado no Brasil e recomenda a modificação da:

[...] legislação brasileira (normas legais e infralegais) para que se defina o posicionamento institucional do CADE de forma clara e transparente, e para que eventuais divergências judiciais sejam minimizadas. Assim, entende-se que será possível fomentar as ARDC e proteger a eficácia dos Programas de Leniência e de TCC do CADE, conferindo maior segurança jurídica aos administrados, e, ao mesmo

tempo, harmonizando as regras das persecuções pública e privada no Brasil.

Conforme o documento dispõe, a necessidade de balizar a responsabilidade civil dos cartéis pela legislação brasileira advém da dimensão dos efeitos decorrentes da conduta, podendo acarretar consequências negativas para o acordo de leniência e os termos de compromisso de cessação.

A Nota Técnica nº 24/2016 menciona o “*umbrella effects*” de maneira direta, fazendo alusão ao caso Kone. Tal documento confirma que os preços de proteção podem ser uma decorrência da prática do cartel.

No Brasil, ainda não há apontamento de ações pleiteando a responsabilidade civil contra os participantes do cartel pelo chamado “*umbrella effects*”, mas isso não implica na desnecessidade de apreciação do tema, inclusive seria relevante que o ordenamento jurídico pátrio reconhecesse tal possibilidade de responsabilização.

Para que as ações de reparação por dano concorrencial (ARDC) não causem um abalo à aceitação ao acordo de leniência e aos termos de compromisso de cessação de prática (TCC), é preciso realizar alteração da legislação pátria.

A referida Nota Técnica afirma que a concessão de imunidade civil integral ao favorecido do acordo de leniência não é conveniente, uma vez que a eficiência do “*enforcement*” privado em desfavor dos integrantes do cartel é uma relevante medida desestimuladora dos futuros conluíus anticoncorrenciais.

Assim sendo, o favorecido no acordo de leniência manter-se-á assumindo civilmente os prejuízos causados, porém sem ficar encarregado pelos danos praticados pelos demais membros do cartel. Isto é, o encargo será fixado com base nos prejuízos suportados por seus clientes e/ou fornecedores diretos e indiretos.

Em relação ao segundo documento, qual seja a Consulta Pública nº 5/2016, há demonstração de razões com a proposta de regulamentação do “acesso aos documentos e informações oriundos de Acordo de Leniência, TCC e busca e apreensão”, e a entrega ao Congresso Nacional de proposta de alteração do artigo 47 da Lei nº 12.529/2011.

O referido documento apresenta a inserção do parágrafo 3º ao artigo 47 da Lei de Concorrência, para que o assinante do acordo de leniência não seja solidariamente encarregado pelos prejuízos advindos de atos dos demais membros das condutas anticoncorrenciais. A proposta de redação seria a seguinte:

Art. 47. §3º Não responderá solidariamente pelos danos decorrentes da infração noticiada o signatário do Acordo de Leniência previsto no art. 86 desta Lei no 12.529, de 2011, cuja responsabilidade civil é limitada aos danos individuais homogêneos causados e circunscrita aos seus próprios clientes e/ou fornecedores diretos e/ou indiretos.

Apesar de o foco da medida não ser exatamente os “*umbrella effects*”, os preços de proteção podem ser uma das implicações do cartel, não restando dúvidas de que a referida redação preconiza a restrição da responsabilidade civil do assinante do contrato de leniência, abrangendo os danos pelos preços de proteção.

4.2 Projeto de Lei do Senado nº 283/2016

Foi exibido para as Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania e de Assuntos Econômicos do Senado Federal o Projeto de Lei (PLS) nº 283, de autoria do ex-Senador Aécio Neves, em 6 de julho de 2016.

Tal proposta tem por objetivo modificar a Lei nº 12.529/11, atribuindo a indenização em dobro para os lesados que ajuizarem ações judiciais de reparação de danos concorrenciais, ressalvados os violadores que assinarem acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática.

O Projeto prevê a sustação do termo da prescrição no tempo que durar a vigência do processo administrativo e atribui à decisão do Plenário do CADE a capacidade para demonstrar a obtenção de tutela de evidência.

O PLS nº 283/2016 foi aprovado com três emendas na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em 21 de março de 2018. Em 11 de dezembro de 2018 foi aprovado com modificações e em caráter final, pela Comissão de Assuntos Econômicos. Em 24 de dezembro do mesmo ano o Senado sujeitou o Projeto à reexame da Câmara dos Deputados.

Em sua argumentação, consta do Projeto a relevância da modificação da Lei nº 12.529/11 a fim de “estimular o ajuizamento de ações privadas para cessação de infrações bem como ressarcimento dos danos dela decorrentes”.

Em relação a inexistência da cultura no “*enforcement*” privado no Brasil, a Proposta declara que o início das ações privadas representa um encorajamento à ocorrência de infrações concorrenciais, uma vez que as vantagens de uma conduta fraudulenta bem-sucedida normalmente excedem a possível sanção determinada aos fraudadores.

Além de se tratar de uma alternativa inovadora, possibilita uma interação entre o “*enforcement*” público e privado no Brasil. A respeito da responsabilidade do cartel nas hipóteses que envolvam “*umbrella effects*”, é relevante a modificação da legislação, uma vez que um dos argumentos opostos à admissibilidade da condenação nos casos de preços de proteção implica no descrédito da cooperação com a autoridade antitruste mediante o acordo de leniência. Tal justificativa foi utilizada por um dos réus no caso Kone.

Uma das dificuldades do Direito de Concorrência é no sentido do incentivo à busca de reparação civil. A averiguação da responsabilidade dos membros do cartel pelos prejuízos decorrentes de “*umbrella effects*” representa um significativo elemento de dissuasão do comportamento anticompetitivo, bem como enaltece o princípio da reparação integral.

A alteração na legislação que visa introduzir a indenização em dobro é igualmente pertinente, tendo em vista que ressarcir a vítima pelo dano sofrido, favorecendo a mesma com a vantagem financeira. Enquanto estimula o “*private enforcement*”, favorece o “*enforcement*” público, na medida que não enfraquece a celebração de acordos de leniência e TCCs.

Nesse contexto, a aprovação do Projeto de Lei n. 283/2016 faz-se essencial para um avanço no Direito de Concorrência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os pontos abordados no presente trabalho, conclui-se que em que pese a quantidade ínfima de demandas judiciais no Brasil nesse sentido, a responsabilização dos integrantes dos cartéis em decorrência do aumento de preço praticado pelas empresas não participantes do conluio é possível, tendo em vista que a legislação pátria estabelece aberturas para tanto, e também com base na teoria da causalidade adequada.

No entanto, é necessário a partir de cada caso concreto prova firme no sentido de que os aumentos de preços praticados pelas empresas não participantes do cartel ocorreram em decorrência da existência do conluio, bem como a extensão dos danos causados.

Sendo assim, resta demonstrada a complexidade dessa prova pericial, que seria necessária para dimensionar os danos e viabilizar essa responsabilização civil.

Importante salientar que não é razoável que empresas dotadas de pequeno poder de mercado que pratiquem preços de proteção sejam responsabilizadas pelo Poder Judiciário, sendo que esse comportamento não é vedado pela legislação que regula a concorrência.

A única exceção existente que deve admiti-la está presente no caso de empresas agentes estratégicas, com grande poder de mercado, que mesmo assim se aproveitam da situação para aumentar os seus preços. Nesse caso, deve haver a responsabilização com fundamento no artigo 146 do Código Civil Brasileiro.

Ademais, a responsabilização civil dos membros de cartel em decorrência dos “*umbrella effects*”, consistiria em uma medida crível para desestimular a prática dessas condutas anticoncorrenciais, conduzindo assim, a sociedade ao pleno desenvolvimento, tendo em vista que a prática de preços de proteção está intimamente ligada a essas práticas ilícitas.

Por fim, no que concerne aos acordos de leniência, é necessário que a lei concorrencial sofra as alterações supramencionadas, para assegurar que essa possível responsabilização jurídica dos membros do cartel não influa no sentido de desencorajar a celebração de tais instrumentos, e também para que o beneficiário não responda solidariamente pelos danos, exceto quando o particular não tiver obtido o ressarcimento integral dos valores devidos dos demais participantes do cartel.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo n. 08000.045337/97-48. Relator: Conselheiro Ruy Santa Cruz. Cartel do Aço (CSN, Cosipa e Usiminas), julgado em 27 de outubro de 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 869 – de 18 de novembro de 1938. Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego. Diário Oficial da União, Brasília, 18 de novembro de 1938. Disponível em:

<http://legis.senado.gov.br/norma/524362/publicacao/15616489>. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 28 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Lei no 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de setembro de 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Lei no 8.158, de 8 de janeiro de 1991. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 8 de janeiro de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8158.htm. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Lei no 10.149, de 21 de dezembro de 2000. Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10149.htm. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; [...]. Diário Oficial da União, Brasília, 1º dez. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 17 mar.2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 17 mar.2020

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Consulta n. 05/2016. *Minuta de Nova Resolução*. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNS2TN8xNfuL-ZV0Igz7M6mDWKP7op4-FuFcHHuiIngcZvdA-s7T8TchSZFdhYJeW6a4Bea8Pj9RiqABwjIWDp. Acesso em 17 mar.2020

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

CARVALHO, Livia Cristina L. G. de. Responsabilidade Civil Concorrencial: Elementos de Responsabilidade Civil e Análise Crítica dos Problemas Enfrentados pelos Tribunais Brasileiros. Revista do IBRAC, São Paulo, 2012.

CAVALLIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 9ª Ed., São Paulo, Atlas, 2010, p10. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/marienfa/srgio-cavallieri-filho-programa-de-responsabilidade-civil-10-edicao-2012-1>. Acesso em: 17 mar. 2020.

CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. Cartel overcharges and optimal cartel fines. Issues in Competition Law and Policy, American Bar Association, v. 3, ABA Section of Competition Law, 2008. p. 2.209. Disponível em:
https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1719&context=all_fac. Acesso em: 17 mar. 2020..

DIAZ, Julio Alberto. Responsabilidade coletiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FRIAS, Maria Cristina. Ações movidas por lesados por cartéis crescem e criam conflito com leniência. Folha de São Paulo, São Paulo, 20 jun. 2017. Disponível em:
<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/mercadoaberto/2017/06/1894220-acoes-movidas-por-lesados-por-carteis-crescem-e-criam-conflito-com-leniencia.shtml>. Acesso em: 17 mar.2020.

GONDIM, Cláudia Gama. Ação de reparação civil por danos concorrenciais: Proposta de lege ferenda para promover o equilíbrio entre as medidas pública e privada de

combate às práticas anticompetitivas. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

HOLLER, Emanuel; SCHINKEL, Maarten Pieter. Umbrella effects: correction and extension. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 13, i. 1, p. 185-189, March 1, 2017. p. 189. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhx007>. Acesso em: 17 mar.2020; MALNAR, Vlatka Butorac. The Kone Case: A Missed Opportunity to Put the Standard of Causation Under the Umbrella of the EU. *In: TOMLJENOVIC, V.; BODIROGA-VUKOBRAT, N.; BUTORAC MALNAR, V.; KUNDA, I. (ur.). EU Competition and State Aid Rules*. Berlin, Heidelberg: Springer, 2017. p. 175.

JONES, Bennett. Supreme Court to Reconsider Fundamental Elements of Antitrust Class Actions. *JD Supra*. June 12, 2018. Disponível em: <https://www.jdsupra.com/legalnews/supreme-court-to-reconsider-fundamental-27836/>. Acesso em: 17 mar.2020.

LANDE, Robert H. Benefits of Private Enforcement: Empirical Background. *In: FOER, Albert A.; CUNEO, Jonathan W. (ed.). The International Handbook of Private Enforcement of Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010.

MACHADO, Luiza Andrade. Programas de Leniência e Responsabilidade Civil Concorrencial: o Conflito entre a Preservação dos Interesses da Leniência e o Direito à Indenização. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 3, n. 2, nov. 2015. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/216>. Acesso em: 17 mar. 2020.

OECD. Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws. April 9, 2002. p. 7. Disponível em: <http://oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>. Acesso em: 17 mar.2020.

OLIVEIRA, Isabela Monteiro de. A responsabilidade civil por *umbrella effects* como instrumento de *private enforcement*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/17881/1/2017_IsabelaMonteirodeOliveira_tcc.pdf. Acesso em: 17 mar.2020

TITO, Fabiana Ferreira de Mello. Ensaio sobre danos de cartel: metodologias de cálculo do sobrepreço, efeito repasse (pass-on) e multa ótima. 2018. Tese (Doutorado

em Ciências) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em:
http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12138/tde-21082018-150528/publico/Fabiana_Tito.pdf. Acesso em: 17 mar.2020.