

ANA CAROLINA FERNANDES JACINTO

**A PERSECUÇÃO DE CARTEIS INTERNACIONAIS E A POSSIBILIDADE DE
RECONHECIMENTO DAS DECISÕES EM DIREITO CONCORRENCIAL A NÍVEL
TRANSNACIONAL NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS: UMA
PERSPECTIVA NORMATIVA EUROPEIA**

ANA CAROLINA FERNANDES JACINTO

**A PERSECUÇÃO DE CARTEIS INTERNACIONAIS E A POSSIBILIDADE DE
RECONHECIMENTO DAS DECISÕES EM DIREITO CONCORRENCIAL A NÍVEL
TRANSNACIONAL NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS – UMA
PERSPECTIVA NORMATIVA EUROPEIA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB, como
requisito parcial para a obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^aDr^a.: Karla Margarida
Martins Santos

Brasília

2017

ANA CAROLINA FERNANDES JACINTO

**A PERSECUÇÃO DE CARTEIS INTERNACIONAIS E A POSSIBILIDADE DE
RECONHECIMENTO DAS DECISÕES EM DIREITO CONCORRENCIAL A NÍVEL
TRANSNACIONAL NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS – UMA
PERSPECTIVA NORMATIVA EUROPEIA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB, como
requisito parcial para a obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^aDr.^a: Karla Margarida
Martins Santos

Brasília, ___ de _____ de 2017.

Orientadora: Prof^a Dr^a Karla Margarida Martins Santos

Prof. Examinador

Prof. Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo discutir acerca da aplicabilidade da legislação antitruste a nível internacional, mais especificamente no sentido do reconhecimento, a nível transnacional, de decisões condenatórias no âmbito concorrencial para o ajuizamento de ações de reparação de danos àqueles que amargaram os prejuízos da conduta anticompetitiva. Assim sendo, analisar-se-ão as possibilidades e os gargalos existentes à persecução de cartéis que atuam a nível internacional, bem como os seus reflexos nas ações reparatórias ajuizadas em diversos territórios como forma de *enforcement* à repressão dos ilícitos concorrenciais. Enfrentar-se-á, ademais, a problemática do reconhecimento de decisões proferidas em outros territórios como forma de instrução processual em outras jurisdições, em especial no âmbito da União Europeia.

Palavras-chave: Direito internacional. Transnacionalidade. Cartéis. Decisões. Reparação de danos. Reconhecimento. União Europeia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DE DIREITO CONCORRENCIAL E OS DESAFIOS TRAZIDOS PELOS FENÔMENOS DA GLOBALIZAÇÃO/TRANSNACIONALIZAÇÃO NO CONTEXTO DO COMBATE AOS CARTÉIS INTERNACIONAIS	
1.1 O papel do direito concorrencial	9
1.2 Aspectos relevantes do direito concorrencial e sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro	11
1.3 Da conduta anticompetitiva definida como cartel	14
1.4 Globalização e transnacionalização das estratégias de combate aos cartéis	18
1.5 A experiência estado-unidense no que tange a transnacionalização de decisões de combate aos cartéis internacionais	22
1.6 A experiência europeia relativa a transnacionalização de decisões de combate aos cartéis internacionais	25
2 AS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS NO CONTEXTO DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES DE DIREITO CONCORRENCIAL	
2.1 Noções gerais acerca das ações de reparação de danos por condenações de cartéis internacionais	30
2.2 Da experiência Estado-Unidense	34
2.3 Da experiência Europeia	40
2.3.1 <i>Panorama da Legislação Europeia</i>	40
2.3.2 <i>Do caso Courage v. Crehan</i>	42
2.3.3 <i>Do caso Pfleiderer</i>	44
3 A CONSTRUÇÃO NORMATIVA EUROPEIA E SUAS INOVAÇÕES E REFLEXOS NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES DE DIREITO CONCORRENCIAL	
3.1 Do histórico normativo europeu	47
3.1.1 <i>Do Green Paper (Livro Verde)</i>	49
3.1.2 <i>Do White Paper (Livro Branco)</i>	51
3.1.3 <i>Da diretiva europeia 2014/104</i>	54

3.2 Casos Emblemáticos

3.2.1 *Caso Donau Chemie*-----59

3.2.2 *Caso Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide S.A*-----60

CONCLUSÃO-----62

REFERÊNCIAS-----66

ANEXO A-----69

ANEXO B-----70

INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como objeto de estudo a aplicação das normas concorrenciais no âmbito transnacional, por meio de decisões condenatórias que impliquem, também, em ações de reparação de danos àqueles que absorveram os prejuízos da conduta anticompetitiva. Assim sendo, analisar-se-ão as possibilidades e os entraves existentes à persecução de cartéis que atuam a nível internacional, bem como os seus reflexos nas ações reparatórias ajuizadas em diversos territórios. Entretanto, antes de adentrar no mérito da questão propriamente dita, e para que se possa trabalhar de forma mais clara e de fácil compreensão, mister se faz, inicialmente, a apresentação do contexto das normas de direito concorrencial, bem como o esclarecimento de termos que serão utilizados ao longo deste estudo.

A ideia de regulamentação do poder econômico no mercado, portanto, se dá através das leis antitruste e das autoridades reguladoras da concorrência, se baseando, ademais, no pressuposto fundamental de que todo corpo social, minimamente organizado, deve contar com regras que regulem e controlem, ainda que de forma sutil, as relações econômicas. Denomina-se tal conjunto de regras como sendo a “Constituição Econômica” de determinado Estado. Assim sendo, ainda que a intervenção no domínio econômico seja mínima, esta, ainda sim, deve existir, uma vez que a regulação das atividades econômicas se dá para evitar que anomias atinjam o mercado como um todo, tais quais as práticas de cartéis, monopólios, abuso de posição dominante, entre outros.

Em vista da mencionada necessidade de se manter um corpo econômico equilibrado através da repressão de comportamentos anticoncorrenciais no mercado, elaborou-se, em todo o mundo, legislações antitruste nacionais. Acontece que ao longo de todos estes anos, estivemos expostos ao fenômeno denominado globalização, no qual a complexidade das relações intercontinentais e o fluxo de informações relativizou conceitos como soberania, legalidade, equilíbrio de poderes, segurança e certezas.

Assim sendo, desenvolveu-se práticas anticoncorrenciais que passaram a repercutir não mais a nível simplesmente doméstico, dentro das fronteiras e jurisdição de um só Estado soberano, mas sim a nível transnacional, impactando diversas economias e diversos indivíduos, infringindo diferentes legislações e atuando em

vários territórios simultaneamente. Tal realidade, trouxe, portanto, desafios a serem encarados para que se possa realizar a persecução e se inibir a atuação de tais atores.

Diante desta nova realidade, na qual se enfrenta uma complexidade ímpar em aplicar os tradicionais conceitos de soberania e de jurisdição a um cenário permeado por mudanças recorrentes, surgiram gargalos e indagações a serem respondidos acerca não só da possibilidade de persecução de ações que repercutem transnacionalmente, mas também acerca de qual legislação seria aplicável ou qual o foro competente para o prosseguimento das ações.

Nesse sentido, o presente trabalho vem abordar não somente acerca do posicionamento dos países acerca da possibilidade de persecução das ações anticoncorrenciais a nível transnacional, mas buscar-se-á, principalmente, analisar a possibilidade de reconhecimento de decisões relativas ao direito concorrencial, perpetradas em outro país, poderem servir de fundamento para o ajuizamento de ações de reparação de danos em outras jurisdições.

Nesse diapasão, se tratará da perspectiva dos maiores atores econômicos sobre o assunto, quais sejam os Estados Unidos e a União Europeia, e nos aprofundaremos, ademais, nas inovações normativas trazidas pela comunidade europeia na tentativa de facilitar tal reconhecimento. Buscar-se-á, ainda, analisar as formas como os países têm lidado com as questões deste cunho, através da análise de casos concretos julgados pelas autoridades concorrenciais, bem como o impacto destas decisões no campo da cooperação internacional para o provimento de facilitação do ajuizamento de ações reparatórias.

Cumprir destacar, entretanto, que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar a análise do tema, tampouco promover uma solução para as delicadas questões relativas ao reconhecimento de decisões concorrenciais a nível transnacional. Este trabalho pretende apenas elaborar uma análise, ainda que não tão profunda, acerca da evolução do posicionamento dos países, em especial da União Europeia, em relação a estas questões, bem como promover as novas formas de cooperação e persecução das condutas colusivas.

Assim sendo, o objetivo principal deste trabalho é demonstrar que a cooperação internacional, bem como a facilitação dos meios de persecução de cartéis internacionais e o reconhecimento das decisões concorrenciais a nível transnacional para se possibilitar o ajuizamento de ações de reparação de danos em outras jurisdições se mostra como ferramenta indispensável para se combater as práticas

anticompetivas. Isto porque em vista da atuação transfronteiriça destes grupos, bem como da amplitude dos efeitos de suas condutas a nível global, e o fato de existir um vazio regulatório, demonstra que somente através de uma cooperação internacional se poderá combater tais ilicitudes.

A justificativa para a elaboração deste estudo é, por conseguinte a crença de que as condutas anticoncorrenciais com alcance transnacional só poderão ser reprimidas de forma eficaz através de instrumentos de cooperação e de facilitação do reconhecimento da responsabilidade civil dos agentes econômicos. Desta feita, a possibilidade de reconhecimento de decisões de outros tribunais para instruir ações reparatórias fundadas no mesmo ato ilícito, já constatado em outra jurisdição, se mostra ferramenta útil para se desestimular a pratica colusiva e bem como para promover a completa reparação dos danos sofridos pelos consumidores.

Assim sendo, a escolha deste tema é justificada pelo crescente surgimento de casos que instigam debates relativos a aplicação destes mecanismos de cooperação, bem como pelo reconhecimento das decisões concorrenciais a nível transnacional, como o recente caso das Cargas Aéreas, envolvendo a *Air France-KLM*, *Air Canada*, *British Airways*, *LAN Chile*, *Lufthansa* e *Singapore Airlines*. Ademais, como é sabido, o prazo para a adoção da diretiva europeia 2014/104 se findou em 27 de dezembro de 2016, de sorte que o presente estudo busca, também, investigar os impactos e inovações desta inovação normativa, bem como a incorporação das diretrizes nas legislações nacionais.

O trabalho se vale, para tanto, do método dogmático-instrumental, baseando-se, neste caso, em pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, além de indicadores econômicos e estudos técnicos elaborados pelas autoridades da concorrência. Ademais, consultou-se periódicos estrangeiros e casos julgados por autoridades concorrenciais internacionais, bem como estudos desenvolvidos em Universidades Europeias.

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DE DIREITO CONCORRENCIAL E OS DESAFIOS TRAZIDOS PELOS FENÔMENOS DA GLOBALIZAÇÃO/TRANSNACIONALIZAÇÃO NO CONTEXTO DO COMBATE AOS CARTÉIS INTERNACIONAIS

1.1 O papel do direito concorrencial

O marcante embate existente entre os campos do Direito e da Economia sempre se fez presente, e na realidade brasileira, foi levado ao seu extremo durante os planos de estabilização econômica, realizados nas décadas de 80 e 90, o que propiciou ao judiciário o alargamento de suas fronteiras de atuação, vez que, pautado na Carta de 1988, ampliou a margem de interpretação acerca das diretrizes econômicas tomadas pelo país¹. Assim sendo, o fosso já outrora profundo existente entre as disciplinas, alargou-se, e acentuou-se a dificuldade de comunicação entre estes campos, como preceitua George Stigler:

Enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de Direito [...] é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda a ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Essa diferença significa, basicamente, que o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas².

José Eduardo Faria, por sua vez, traz importante reflexão acerca das diferenças acima abordadas, informando que a atividade primordial do sistema judicial é a aplicação do direito, estando este apto a decidir sobre questões de legalidade ou ilegalidade dos atos, devendo, claro, informar-se da sensibilidade que a economia tem sobre todos os atores, mas não devendo extrapolar os limites de sua capacidade operativa. Sob este prisma, ao assumir que os sistemas jurídico e econômico estão sujeitos às implicações de ordem econômica e política, e, desse modo, são sensíveis aos impactos das atividades realizadas dentro do sistema econômico, deve-se atentar

¹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 3 -17.

² STIGLER, George. Law or economics? *The Journal of Law and Economics*, v. 35, n. 2. p. 462-463, out. 1992.

para que o direito, e, portanto o jurista, não exorbite do seu papel principal, que é o de controle de legalidade³.

Importante se faz ressaltar, em vista disto, que apesar das diferenças históricas entre direito e economia, um é imprescindível para o bom funcionamento e regulação do outro. Prova-se tal afirmação quer pelo argumento de que a estabilidade econômica se faz condição necessária para existência de um sistema legal eficiente, bem como a estabilidade das normas, o respeito aos contratos e a defesa da propriedade privada e da liberdade de ação se mostram imprescindíveis para o desenvolvimento econômico de um país⁴.

Desta sorte, verifica-se que a regulação do mercado, e principalmente a normatização das atividades, especialmente no que concerne à defesa da concorrência se mostram fundamentais para que o sistema econômico se desenvolva de forma mais eficiente. Isto se explica pelo fato de que ao se assegurar a livre concorrência, garante-se o acesso de novas empresas ao mercado, trazendo inovação, bem como se impede a formação de monopólios, e conseqüentemente se assegura maiores oportunidades de escolha aos consumidores.

Ainda neste sentido, percebe-se que países que possuem instituições fortes e respeitadas, no que concerne ao setor de regulação, bem como normatizações claras, tendem a ser mais acreditados no mercado e logo experimentam maior desenvolvimento econômico. Sendo assim, leis são comandos de autoridade, que representam custos ou benefícios àqueles que estão transacionando nos mercados, de sorte a sofrerem incentivos ou desincentivos no processo do seu cumprimento⁵.

A ideia de regulamentação do poder econômico no mercado se fundamenta, portanto, no pressuposto fundamental de que todo corpo social, minimamente organizado, deve contar com regras mínimas que regulem e controlem, ainda que minimamente, as relações econômicas. A doutrina, em geral, denomina este conjunto de regras como sendo a “Constituição Econômica” de determinada sociedade. Este sistema ainda pode ser percebido em duas perspectivas: a partir dos setores regulamentados pelo Estado, e a partir dos setores que são autorregulados pelos

³ FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993, p.9.

⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 3-17.

⁵ *Ibidem*.

mercados, nos quais o Estado só vem a intervir para assegurar o correto funcionamento do sistema e impedir abusos, através da legislação concorrencial⁶.

1.2 Aspectos relevantes do direito concorrencial e sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro

Para se compreender as normas de direito concorrencial, por sua vez, deve-se não só analisar a constituição econômica de uma sociedade, mas também apreender o seu significado e definir a amplitude de sua atuação. Assim sendo, cabe tratar de uma das grandes divergências existentes no campo do direito da concorrência, que se apresenta através do embate existe entre as tradições neoclássica e ordoliberal, representadas respectivamente pela Escola de Chicago e pela Escola de Freiburg⁷.

Para os neoclássicos, a busca pela eficiência deve guiar a formulação da legislação antitruste, de forma que, admite-se a existência de monopólios ou restrições à concorrência caso esta situação maximize a eficiência. Destarte, quanto maior a eficiência, menores seriam os preços praticados, de forma que os benefícios seriam diretamente percebidos pelos consumidores. Em oposição à tradição neoclássica, surge a Escola Ordoliberal, que versa que a existência de concorrência é imprescindível para assegurar o bom funcionamento de uma economia de mercado, de forma que o cenário ideal é aquele que permita “autocoordenação” e “autocontrole”, que só se efetivam através da existência de um ambiente competitivo⁸.

Ao se levar em consideração a necessidade de um meio competitivo para a concretização do bom funcionamento do mercado, percebe-se que as políticas econômicas adotadas por um país são determinadas pelos valores que permeiam aquela sociedade, direcionando os objetivos e sentidos das regras concorrenciais. Importante se faz, pois, a consideração de que o direito concorrencial tem como escopo a defesa da instituição concorrência, e não à proteção ao mercado, de forma a se fazer necessária a diferenciação entre a proteção da concorrência da proteção do concorrente⁹.

⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.17-30.

⁷ Ibidem, p. 384-409.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

A tutela exercida para se proteger a concorrência se baseia em dois pontos fundamentais, quais sejam: a lealdade e a real existência de concorrência. Quanto ao primeiro, há que se falar sobre as condutas dos agentes, que devem ser claras e honestas, e devem respeitar as regras mínimas de comportamento. No que toca a real existência de concorrência, ganha destaque a garantia do equilíbrio das relações econômicas, com vistas a se evitar a formação de poder econômico abusivo nos mercados. Deve-se atentar, neste sentido, para a evolução da jurisprudência a respeito deste ponto, vez que hoje não se faz mais necessário o requisito de efetivo prejuízo aos concorrentes, bastando, pois, a idéia de efeito potencial que a posição dominante causaria¹⁰.

No Brasil a livre concorrência ganha contornos de princípio constitucional, já que está contemplado no artigo 170 da Constituição Federal de 1988¹¹, dentro dos princípios da ordem econômica. Importante ressaltar, entretanto, que a explicitação deste princípio guarda forte relação com a contenção do exercício do poder econômico, presente no § 4º do artigo 173 do texto constitucional. Mister se faz, então, esclarecer o sentido de livre concorrência a que alude a Constituição, vez que poderia haver questionamentos quanto a suposta contradição entre livre concorrência e abuso do poder econômico¹².

Para elucidar o sentido de livre concorrência, recorrer-se-á às palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art.170, IV) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, a descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que a competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos

¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.384-409.

¹¹ BRASIL. Constituição (1989). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

¹² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.204-214.

os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada.¹³

Além do princípio constitucional citado, a concorrência no Brasil está disposta na Lei 12.529/2011, que além de regular as condutas anticompetitivas, estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência, que é composto por dois órgãos: Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), autarquia especial, ligada ao Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda. Cabe destacar que o CADE, por sua vez, age de forma mais, atuante, e se subdivide, por sua vez em: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos¹⁴.

Dentre as atribuições do CADE, está prevista a averiguação e punição das práticas antitruste, que são tradicionalmente classificadas conforme suas mais recorrentes formas de manifestação, quais sejam: a) acordos, que podem ser horizontais (cartéis) ou verticais (fixação de preços de revenda); b) abuso de posição dominante; c) concentrações. Para efeitos de infração à ordem econômica, cabe destacar que a lei 12.529/2011 se refere aos atos sob qualquer forma manifestados, o que inclui, portanto, qualquer conduta que possa vir a prejudicar a concorrência¹⁵.

Existem basicamente três fases para se realizar a identificação de uma prática infracional à ordem econômica. A primeira etapa é a de identificação da natureza da conduta e definição de seu enquadramento legal, por meio das provas constantes nos autos do processo investigativo. Na segunda, analisa-se a existência de posição dominante do agente e averigua-se a delimitação do mercado relevante. Posteriormente, avaliam-se os danos ou benefícios trazidos pela conduta no mercado relevante. Enfrentada esta análise, deve-se fazer um juízo de razoabilidade para condenar aqueles agentes que praticaram condutas que ensejaram efeitos danosos que não foram suficientemente compensados pelos benefícios da prática¹⁶.

¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, 1989 *apud* GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 212.

¹⁴ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998, p.338-345.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

1.3 Da conduta anticompetitiva definida como cartel

Assim sendo, o presente trabalho terá como escopo a transnacionalização das decisões de direito concorrencial para o empreendimento de ações de reparação de danos provenientes do cometimento, em âmbito internacional, da conduta caracterizada como cartel, que se apresenta através da realização de acordos horizontais, que tendem a combinar, manipular ou ajustar com um mais concorrentes, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública¹⁷.

Nesse sentido, importante se faz ressaltar a existência de acordos expressos e de acordos tácitos, também denominados de “comportamento paralelo intencional”. Diferenciam-se, em seu conteúdo, no sentido de o primeiro estar permeado por certa estabilidade, e, portanto, representar uma unificação das condutas, o que permite a previsibilidade da política empresarial dos concorrentes. Tal arranjo pode, ainda, ter por conteúdo a troca de informações sobre política de preços com o fim de se acordar a elevação geral dos mesmos. Já o segundo - comportamento paralelo intencional - encontra respaldo em acertos tácitos acerca das posições dos agentes no mercado¹⁸.

Para que se possa, desta forma, identificar e classificar as condutas como sendo práticas colusivas, deve-se atentar para o conteúdo concorrencial dos acordos firmados, no sentido de se provar a existência do acordo, considerando, pois, a sua permanência no tempo e os impactos que se intentam no mercado relevante. Cabe destacar, entretanto, que a prática brasileira, no que toca a investigação de cartéis, tem-se pautado, primordialmente, na busca de provas

¹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.561-568.

¹⁸ *Ibidem*.

concretas da existência do acordo, o que atinge somente as hipóteses de acordos expressos e formalizados¹⁹.

Ademais, Calixto Salomão tece uma crítica no sentido de que essa tendência levaria à ampliação daquilo que se considera prova de acordo, sendo sequer necessários indícios, bastando, pois, suposições, o que resultaria em claro desrespeito aos direitos individuais, bem como a investigações infrutíferas. Desta maneira, a temática relativa aos acordos não poderia se encerrar, puramente, na questão probatória em si, da conduta por si mesma, mas deveria levar em consideração, também, os potenciais efeitos desta²⁰.

Desta forma, verifica-se que os agentes que praticam acordos horizontais, portanto, têm como pressuposto que a concorrência, ainda que realizada dentro dos parâmetros legais, prejudica sua atuação no mercado, uma vez que os empresários auferirão lucros menores e deverão realizar altos investimentos para tornarem-se mais eficientes. Intenta-se, pois, a redução dos custos de produção, para manterem-se competitivos, e por conseguinte, praticam preços menores, o que leva a redução do percentual de lucro que se poderia ter caso não houvesse tantos *players*. Em vista desse cenário, tais agentes tendem naturalmente a buscar uma posição de monopólio, e para tal realizam avenças com alguns de seus concorrentes para neutralizar a concorrência existente entre eles ou impedir a entrada de mais atores no cenário²¹.

Tem-se, nas palavras de Nelson de Azevedo Branco e Celso de Albuquerque Barreto, clara definição de cartel:

[...] o cartel representa um acordo, um ajuste, uma convenção, de empresas independentes, que conservam, apesar desse acordo, sua independência administrativa e financeira [...] O cartel tem como precípua objetivo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor de atividade econômica. Os empresários agrupados em cartel têm por finalidade obter condições mais vantajosas para os partícipes, seja na aquisição de matéria prima, seja na conquista dos mercados consumidores, operando-se, desta forma, a eliminação do processo normal de concorrência.²²

¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013,p.561-568..

²⁰ *Ibidem*.

²¹ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998,p.336-345.

²² AZEVEDO B., Nelson e ALBUQUERQUE B., Celso de. *Repressão ao abuso do poder econômico*. São Paulo: Atlas, 1964, p.30.

Desta forma, conclui-se que cartéis são avenças entre concorrentes, atuais ou potenciais, com fim de minimizar ou neutralizar a concorrência entre eles, tendo seu objeto ou seus efeitos previstos nos incisos do art.36 da Lei 12.529/2011.

Neste sentido, importante se faz a análise dos elementos que caracterizam um ambiente propício para cartelização do mercado, quais sejam: a) número de agentes econômicos, uma vez que quanto maior a quantidade de sujeitos mais difícil será a coordenação dos atos, sendo, por conseguinte, um cenário com menor número de players mais propício à formação de cartel, devido a capacidade de se organizar de forma menos onerosa; b)homogeneidade do produto, devido a baixa diferenciação; c)baixa elasticidade da procura em relação ao preço, ou seja, há pouca variação na demanda quando se elevam os preços; c) existência de barreiras de entrada para novas empresas/investidores; d) mercado em retração; e) pequena estrutura de mercado dos adquirentes do produto²³.

Cabe, entretanto, destacar que a identificação de caráter anticoncorrencial de uma prática colusiva se mostra tarefa árdua, uma vez que ao observar o mercado pode-se constatar a prática de preços semelhantes, mas que decorrem não de acordo, mas do simples funcionamento do mercado de forma natural. Determinados mercados, por exemplo, tem como característica intrínseca o que se denomina de paralelismo consciente, que pode ser definido como uma propensão à existência de preços semelhantes devido a uma natural e elevada barreira de entrada de novos *players*, bem como um reduzido número de agentes atuantes na área, o que leva a respostas rápidas destes agentes aos estímulos econômicos realizados, de forma a aumentarem ou reduzirem os preços partindo de uma análise racional da demanda e das condições dos mercados, bem como em resposta às ações dos demais *players*²⁴.

Diante de tais dificuldades probatórias, a Lei Antitruste prevê a possibilidade de celebração do chamado “acordo de leniência”, que tem como escopo a cooperação, nas investigações, dos participantes do conluio. Tem, no artigo 86, da referida lei, a previsão de que:

O CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência [...] com pessoas físicas e jurídicas que foram autoras de infração

²³ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998,p.130-152.

²⁴ *Ibidem*.

à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo [...] ²⁵

Em contra partida à realização do acordo, tem-se a previsão de extinção da punibilidade ou a redução da penalidade aplicável, qual seja de 1/3 a 2/3, a depender dos termos da colaboração e da eficácia das informações prestadas. Suspende-se, ainda, o curso do processo prescricional e impede-se o oferecimento da denúncia com relação ao beneficiário da leniência²⁶.

Ainda no que tange aos efeitos negativos da formação de cartéis, cabe destacar a realização de tais acordos em âmbito internacional, o que acarreta nefastos efeitos ao mercado mundial. Logo, é de extrema importância a investigação de tais condutas e a atuação dos organismos de defesa da concorrência para frear ações tão danosas para o comércio internacional. Desta sorte, percebe-se, ademais, que o efeito destrutivo de cartéis em países em desenvolvimento se mostra ainda mais gravoso, vez que tais países apresentam mercados mais suscetíveis.

Esses cartéis freqüentemente apresentam condutas como: fixação de preços internacionais, montagem de esquemas de alocação de mercados e consumidores, além de possuir importantes centros estrangeiros localizados em diferentes Estados. Os cartéis, muitas vezes, não se apresentam no mercado interno, o que torna difícil a caracterização da conduta, uma vez que não necessitam realizar reuniões nos mercados base das empresas integrantes dos cartéis, de forma a evitar a violação das leis nacionais de concorrência. Ajunte-se a estes fatos o freqüente envolvimento com múltiplos produtos, bem como grande volume de comércio, o que influencia, de certa forma, o acesso ao mercado.

Desta sorte, importante se faz a análise destes “concertos” em âmbito internacional, e para que se tenha uma percepção mais clara a respeito do tema, é imprescindível a compreensão da classificação doutrinária dos tipos de cartel internacional, quais sejam: os cartéis clássicos (*hard-core cartels*), que será o abordado no presente trabalho, nos quais os agentes privados, de pelo menos dois

²⁵ BRASIL. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

²⁶ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998, p.349-357.

países, acordam em controlar preços ou dividir mercados em todo o mundo e os cartéis de exportação. Este segundo se subdivide em: cartéis privados de exportação (sem a participação do Estado), nos quais agentes privados de um mesmo país se unem com o fim de fixar preços ou dividir o mercado de exportação, não tendo suas atividades voltadas para o mercado interno e cartéis de exportação ligados ao Estado. Há que se falar, também, da existência dos cartéis de importação²⁷.

1.4 Globalização e transnacionalização das estratégias de combate aos cartéis

O processo de globalização, em sua multifacetada perspectiva, trouxe consequências econômicas, jurídicas e sociais ao mundo, e no que se refere à organização produtiva em geral, trouxe consigo a transnacionalização não só dos insumos e de capital, mas ampliou, também, a atuação dos agentes econômicos mundiais, bem como promoveu a aceleração do fluxo de pessoas e capitais. Possibilitou, assim, a realização de negócios complexos e permeados de cosmopolitismo. Desta sorte, colheu-se não só benefícios deste fenômeno, mas também aferiu-se efeitos indesejados desta interação entre os atores econômicos, tal qual o orquestramento, em nível global, de condutas anticompetitivas que prejudicam o mercado mundial em diferentes níveis²⁸.

Cabe destacar, ainda, que a aplicação do vocábulo globalização, que será muito utilizado no presente trabalho possui duas acepções, quais sejam: como terminologia aplicada ao gênero, que é a ideia de encurtamento das distâncias, facilitação da comunicação entre os povos, integração econômica, cultural e comercial e quanto à globalização como espécie, que é um termo técnico-econômico, uma estratégia específica de atuação do empresário no mercado internacional, explorada, pois, pelos agentes que se envolvem em cartéis internacionais.

O conceito de transnacionalização, por sua vez, abrange as interações transfonteiriças dos agentes econômicos, que não se mostra global, *a priori*, por não se dar concomitantemente em todos os países, mas que representa a atuação em diversas nações. No presente trabalho, exploraremos a expressão no seu sentido amplo, mas também nos aprofundaremos acerca da acepção de transnacionalização

²⁷ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: uma abordagem dos mecanismos extraterritoriais de persecução*. São Paulo: LTr, 2007. p. 63-67.

²⁸ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 32-37.

como a construção de entendimentos e fluxos normativos, seja no que tange os direitos humanos, seja quanto a aspectos relativos ao direito concorrencial em si, que é tema deste trabalho²⁹.

Diante do exposto, cabe destacar que através da atuação do empresariado a nível global, os Estados nacionais viram-se diante de situações nas quais se fez necessário a busca por fórmulas jurídicas capazes de dar suporte à pretensão estatal de controlar e submeter o complexo empresarial às normas de defesa da concorrência, mesmo quando os agentes que tenham realizado atos atentatórios ao sistema competitivo não sejam nacionais ou estes tenham sido cometidos em outro território³⁰.

Frente a este cenário, alguns organismos internacionais, como a OCDE e a UNCTAD, têm depreendido enormes esforços, juntamente com autoridades de defesa da concorrência de diversos países, na persecução a cartéis que operam internacionalmente. Tais esforços de cooperação se mostram imprescindíveis para que se possa proceder à repressão das condutas lesivas ao mercado e aos consumidores. Cabe destacar, entretanto, que tal cooperação quanto a aplicação da legislação concorrencial ou o cumprimento das decisões já tomadas se mostra tarefa árdua, que requer esforço e dedicação, devido aos encaixos encontrados quando se refere a aplicação de mecanismos extraterritoriais de persecução³¹.

Desta sorte, a ação de autoridades de defesa da concorrência em diversos países de forma orquestrada, no que diz respeito ao combate a atuação de cartéis internacionais, transcende os limites físicos do próprio Estado. Representa, portanto, não uma diminuição de sua soberania, mas pelo contrário, a sua confirmação, vez que se traduz pela liberdade de iniciativa do próprio Estado em perseguir as condutas lesivas que acarretaram danos aos seus nacionais ainda que não se limitando ao seu espaço físico³².

²⁹ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: uma abordagem dos mecanismos extraterritoriais de persecução*. São Paulo: LTr, 2007. p. 32-37.

³⁰ MAGALHÃES, José Carlos. A aplicação extraterritorial de leis nacionais. *Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, n. 80, p. 157-177, jan./dez. 1985.

³¹ SANTOS. op. cit. 107-109.

³² SANTOS, Karla Margarida Martins *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 45-49.

Em vista destes fatos, para que possamos analisar as formas de aplicação da legislação de defesa da concorrência e o seu caráter transnacional, mister se faz recorrer às origens de tais institutos, destacando-se, pois, a atuação estadunidense no que diz respeito à elaboração de leis antitruste, como a tríade do Sharman Act, Federal Trade Commission Act e Clayton Act. Tal legislação inspirou, por sua vez, as legislações hoje existentes em vários países, bem como os julgados proferidos pelos tribunais dos Estados Unidos têm servido de paradigma para o julgamento de outras condutas em outras nações³³.

A pró-atividade no campo da legislação antitruste, que cabe destacar, possui conceitos elásticos, que permitem, pois, igual amplitude em sua aplicação, em clara demonstração de juízo casuístico, não se limitou, entretanto, ao território nacional, expandido sua aplicação para além de suas fronteiras, e ocasionando enorme discussão no campo internacional quanto a questões de competência jurisdicional. Assim sendo, cabe destacar, ainda, que a forma diversa pela qual se classificam os ilícitos se mostra decisiva no que diz respeito à aplicação da legislação concorrencial, sendo estas: a regra da ilicitude per se, que são atos descritos pela lei e que se identificados já caracterizam infração à ordem econômica por si mesma e a regra da razão, pela qual se analisam os efeitos dos atos para que se possa determinar o ilícito, havendo a possibilidade de ponderação entre valores³⁴.

Desta sorte, a eficácia da legislação antitruste deve ser assegurada pelo estabelecimento de mecanismos que possibilitem a persecução dos atos atentatórios à concorrência aonde quer que estes aconteçam. Para se dinamizar a aplicabilidade das normas, por sua vez, se faz necessária a aproximação das políticas antitruste e comercial dos países, de forma a possibilitar a cooperação entre as autoridades de repressão aos comportamentos anticompetitivos³⁵.

No que tange, pois, a jurisdição extraterritorial, não há que se questionar a legitimidade dos Estados em reprimir práticas atentatórias à concorrência em seu próprio território. Cabe destacar, entretanto, que a simples produção de “efeitos nocivos” à concorrência, em qualquer mercado, possibilita a persecução do ato. Por

³³ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.52-59.

³⁴ MAGALHÃES, José Carlos. A aplicação extraterritorial de leis nacionais. *Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, n. 80, p. 157-177, jan./dez. 1985.

³⁵ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: uma abordagem dos mecanismos extraterritoriais de persecução*. São Paulo: LTr, 2007. p.122.

isso, a aplicação transnacional do direito concorrencial pode ser explicada pela adoção, no Brasil e em diversos países do mundo, da chamada “Teoria dos Efeitos”, que tem como cerne a possibilidade de se reivindicar e exercer a competência jurisdicional, simultaneamente, por parte de diversas autoridades sobre uma mesma prática anticoncorrencial ou ato de concentração³⁶.

Nesse sentido, há que se ressaltar os princípios pelos quais se pautam a fixação de competência internacional quanto à aplicação da legislação antitruste, quais sejam: a) princípio da nacionalidade, que permite que o Estado tenha competência para aplicar sua própria lei aos seus nacionais, desde que não aleije a competência de outro Estado; b) princípio da proteção da segurança nacional; c) princípio da universalidade, pelo qual qualquer Estado tem a prerrogativa de aplicação da norma devido à gravidade do ato, que implica violação aos direitos humanos; c) princípio da personalidade passiva, que versa sobre a ampliação da jurisdição do Estado para processar e julgar quando um nacional estiver no pólo passivo da demanda e o princípio da territorialidade do comportamento e dos efeitos, quando um Estado tem competência para regular os comportamentos ocorridos no seu território ou quando nele se façam sentir os seus efeitos³⁷.

Assim sendo, no que tange à competência para persecução, importante se faz a realização de uma análise das formas de repressão aos cartéis internacionais no mundo. Nos Estados Unidos, tem-se a aplicação da competência internacional baseada nos princípios de territorialidade dos efeitos e dos comportamentos, o que implica que ainda que a conduta tenha sido realizada em outro território, se houver afetação ao mercado estadunidense, este será competente para prosseguir com a persecução. Na Europa, por sua vez, quando os efeitos de uma conduta se estendem a mais de um país, violando as normas do bloco econômico, que proíbe acordos entre empresas que afetem as relações comerciais entre os Estados, estabelece-se a competência da União Européia para tratar do caso, através de sua Comissão³⁸.

Desta sorte, ao se constatar que a prática de cartel possibilita a atuação concertada de vários agentes de defesa da concorrência, em diversos territórios, de

³⁶ MAGALHÃES, José Carlos. A aplicação extraterritorial de leis nacionais. *Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, n. 80, p. 157-177, jan./dez. 1985.

³⁷ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: uma abordagem dos mecanismos extraterritoriais de persecução*. São Paulo: LTr, 2007, p.109-113.

³⁸ Ibidem.

forma simultânea ou sucessiva, percebe-se que a cooperação internacional apresenta-se como relevante alternativa na resolução destas questões. A cooperação, conseqüentemente, se mostra como importante forma de superar as dificuldades encontradas tanto o que tange a identificação das condutas quanto de sua persecução. Tal cooperação, por sua vez, pode se dar em três níveis, quais sejam: a) sistema de cooperação bilateral; b) sistema de cooperação regional; e c) sistema de cooperação internacional³⁹.

Cabe destacar, então, que no decorrer deste trabalho se dará ênfase ao sistema de cooperação empreendido pela Europa, qual seja o sistema de cooperação regional, haja vista a análise do caso concreto empreendida se dar em vista de decisão proferida pelo tribunal da Comunidade Europeia, que se mostra como expoente no que tange à transnacionalização das decisões de direito concorrencial para o empreendimento de ações relativas a reparações de danos. Abordaremos, também, aspectos da cooperação internacional, já que o trabalho se propõe justamente a realizar uma reflexão acerca da transnacionalização das decisões em Direito concorrencial estendidas a nível global. Far-se-á, portanto, breve comentário acerca da forma como os EUA lidam com a questão discutida, bem como a experiência brasileira, reforçando-se, pois, a necessidade de ampliação do *private enforcement* no cenário nacional.

1.5 A experiência estado-unidense no que tange a transnacionalização de decisões de combate aos cartéis internacionais

Os Estados Unidos, como visto anteriormente, foi pioneiro na elaboração de leis antitruste, dentre as quais se destacam: o Sherman Act, que foi promulgado em 1890, e teve como objetivo principal tornar ilegais as tentativas de monopolização de comércio, bem como deter as combinações empresárias que objetivavam a restrição do mercado, inclusive entre outras nações. O Clayton Act, que em 1914 altera certos aspectos do Sherman Act, tratando de forma mais incisiva e clara acerca das práticas anticompetitivas de preços, trazendo também aspectos regulatórios para as fusões. E o Federal Trade Commission Act, que criou o Federal Trade Commission, com objetivo

³⁹ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá 2016, p.134-136.

de prevenir e eliminar práticas anticompetitivas bem como proteger os consumidores que sofrem com seus efeitos⁴⁰.

Portanto, por ser o primeiro a legislar de forma contundente acerca do direito concorrencial, foi também um dos primeiros países a encontrar óbices à aplicação de sua legislação a casos que envolviam diversos agentes que atuavam fora de seu território, mas que com sua conduta colusiva causavam consideráveis danos ao mercado estado-unidense. Desta sorte, criou-se um terreno fértil para que a chamada teoria dos efeitos (*effects doctrine*), já citada na parte introdutória do trabalho, fosse desenvolvida, mas não sem antes enfrentar certa resistência, como veremos durante a evolução dos critérios para aplicação transnacional da legislação anticoncorrencial nos EUA⁴¹.

O primeiro caso relevante que vem discutir a percepção acerca da atuação transfronteiriça dos cartéis foi o emblemático *American Banana Co, v. United Fruit Co.* A lide em questão se refere a duas empresas norte-americanas que possuíam inúmeros bens na Costa Rica, onde desenvolviam a atividade produtiva relacionada a exportação de frutas tropicais. Acontece que, devido a atuação da *United Fruit* junto ao governo costarricense, os ativos da *American Banana Co.* foram desapropriados, de forma a resultar no monopólio da *United Fruit* no mercado relevante de frutas tropicais nos EUA.

Ao submeter o caso às autoridades concorrenciais, entendeu-se, inicialmente, tratar-se de decisão soberana do governo da Costa Rica, apesar de as empresas envolvidas serem estado-unidenses. Verifica-se, pois, que se aplicou, a priori, a teoria da territorialidade pura, na qual embora tenha havido efeitos relevantes em território estrangeiro, a persecução da ação se daria somente no território em que o acordo teria se dado, qual seja, na Costa Rica⁴².

Tal posicionamento revelou, portanto, a opção política realizada pelos Estados Unidos à época, anunciando uma postura isolacionista no que tange às relações internacionais do país, o que reduziu a níveis ínfimos a cooperação internacional no combate aos cartéis transfronteiriços. Tal postura arrastou-se, ainda, por certo tempo, mas o inexorável efeito da globalização fez-se impor à realidade dos países e diante

⁴⁰ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá 2016, p.134-136.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem, 137-141.

de novas dificuldades trazidas pela atuação dos conluíus a nível internacional, viu-se a ruptura do entendimento baseado puramente nos aspectos territoriais para aferição dos efeitos, como mostrou o caso *United States vs, Aluminium Co. of America*, que representa um *turning point* no que tange às teorias aplicadas até o momento.⁴³

No caso em questão, os EUA ajuizaram uma ação em desfavor de uma companhia estado-unidense (ALCOA), e de sua controladora, de nacionalidade canadense, além de outras seis empresas que atuavam em monopólio no segmento de venda de lingotes de alumínio. As alegações pautavam-se no fato de que haveria uma associação da ALCOA com outras empresas estrangeiras, de sorte a formar uma corporação, de nacionalidade suíça, para atuar de forma concertada no mercado, fixando preços e cotas de produção. Deste modo, utilizou-se do argumento de que os efeitos da conduta das empresas, definida como cartel, teria causado danos de grandes proporções ao mercado americano, de forma a permitir a aplicação da lei antitruste dos EUA⁴⁴.

Desta sorte, a Suprema Corte dos EUA, ao declarar-se competente para aplicar sua legislação antitruste, bem como para julgar as condutas colusivas em questão, firmou o entendimento de que os Estados podem alcançar as condutas anticompetitivas perpetradas em âmbito internacional, ainda que os atos ou as empresas não se localizem em seu território, mas com base apenas nas consequências suportadas por aquele que realiza a persecução do ilícito. Percebe-se, pois, clara evolução no posicionamento americano, no sentido de que a possibilidade de persecução do ilícito por parte daquele que sofre com os efeitos dos cartéis internacionais se mostra de fundamental importância no contexto de economia globalizada, uma vez que grandes grupos de empresas orquestradas poderiam ocasionar nefastos efeitos a economias de inúmeros países sem serem punidas por isso⁴⁵.

Cabe destacar, entretanto, que a possibilidade de aplicação da legislação antitruste, bem como a persecução por parte daqueles que foram lesados pela prática de cartel não foi de todo bem aceita, discutindo-se, inclusive, se não seria uma

⁴³ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá 2016, p.134-136.

⁴⁴ CASEBRIEFS. United States v. aluminum Co. America. Disponível em: <<http://www.casebriefs.com/blog/law/international-law/international-law-keyed-to-damrosche/chapter-11/united-states-v-aluminum-co-america/>> Acesso em: 3 abr. 2017.

⁴⁵ SANTOS, op. cit. p.142-150.

mitigação à soberania estatal. Deve-se ressaltar, entretanto, que em vista da realidade em que estamos inseridos, na qual o mundo se vê interligado, tal possibilidade se faz necessária, uma vez que grandes agentes econômicos, que possuem parcelas consideráveis do mercado mundial, podem produzir efeitos de imensuráveis proporções em diversas economias, devendo ser passíveis, pois, de punição, caso ajam de forma a prejudicar o bom funcionamento do mercado.

Mister se faz destacar, entretanto, que a política de combate aos cartéis por parte dos Estados Unidos, ainda que preveja severas sanções àqueles que causam danos aos concorrentes e aos consumidores, com sanções como a reparação no triplo do valor do dano, não são suficientes para que se garanta a aplicação pelos tribunais da teoria da extensão dos efeitos, tampouco assegura pleno e efetivo combate aos cartéis internacionais, uma vez que só se faz possível tal enfrentamento via cooperação internacional. Desta sorte, ainda que se aplique duras sanções pela prática dos ilícitos, deve-se focar mais em formas de coordenação internacional no sentido de combater os concertos anticompetitivos, principalmente no que concerne à prevenção da ação e à reparação dos danos causados⁴⁶.

No que concerne à reparação dos danos, como se verá posteriormente em ponto específico deste trabalho, de forma mais profunda, há que se destacar que, apesar de a política americana de reparação de danos ser extremamente forte no âmbito doméstico, o mesmo não se pode dizer quando se adicionam elementos de caráter internacional na relação. Assim sendo, necessário se faz a ampliação das possibilidades de cooperação também no âmbito da responsabilidade civil, de sorte a alargar a proteção aos consumidores e aos prejudicados pelas condutas ilícitas em âmbito global.

1.6 A experiência europeia relativa a transnacionalização de decisões de combate aos cartéis internacionais

A União Europeia apresenta uma estrutura particular no que concerne a aplicação da legislação antitruste, que muito se deve ao fato de haver particularidades no processo de formação do bloco econômico, o que levou, conseqüentemente,

⁴⁶ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.154-178.

a uma forma de transnacionalização de defesa da concorrência própria, na qual a persecução aos cartéis se dá numa dimensão regional, sendo encarado, pois, como um problema comum.

Tal assertiva, entretanto, não denota necessariamente a impossibilidade de que tal percepção comunitária, ou mesmo a forma de aplicação da legislação antitruste, nos moldes europeus, não possam ocorrer em outros países, de forma unitária. Há que se ressaltar, apenas, que o modelo europeu se desenvolveu desta forma justamente por força de uma cooperação oriunda da formação da Comunidade Europeia, mas que mecanismos de cooperação bem coordenados podem possibilitar a replicação, em escala global, de um modelo que vem se mostrando efetivo e exemplar no que tange à extraterritorialidade das decisões em direito da concorrência e nas reparações de danos causados pelas condutas anticompetitivas⁴⁷.

Cumprе destacar, ademais, que o modelo Europeu se baseia não só na aproximação de elementos puramente processuais ou de direito, mas também se manifesta através de uma coordenação de esforços no campo prático, o que possibilita uma aproximação entre as autoridades da concorrência, para que se unam, em um esforço comum, a fim de eliminar as anomias causadas pelas condutas anticompetitivas⁴⁸.

A densidade da transnacionalização da defesa da concorrência, no contexto europeu, se deve a uma estrutura de convergência e aproximação dos diplomas legais nacionais, bem como através de uma estrutura de cooperação que permite a coordenação de esforços comuns entre os países para se punir práticas colusivas. Desta sorte, o desenvolvimento de políticas públicas relacionadas à defesa da concorrência, em razão da criação de uma dimensão comunitária, floresceu de forma sem igual no velho continente, de forma a conferir aos estados um papel muito participativo no que diz respeito ao combate de cartéis⁴⁹.

Há que se destacar, portanto, que a preocupação com a aplicação de uma legislação antitruste mais harmônica surgiu com o próprio tratado de Roma, no qual

⁴⁷ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.179-200.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

os seis Estados que originariamente o celebraram (França, Itália, Bélgica, Luxemburgo, Alemanha e Países Baixos), se comprometeram a manter a integração de uma única economia europeia. Nesse sentido, tais países passaram a adotar medidas que favorecessem a criação de mecanismos para defesa da concorrência, com o objetivo de fortalecer e resguardar a economia do nascente bloco.

Neste diapasão, cabe ressaltar que a experiência europeia, no que tange a regionalização das normas concorrenciais, está umbilicalmente ligada à ideia de integração econômica. Desta sorte, o projeto de um constructo jurídico que permita a formação de um entendimento uniforme acerca das práticas a serem combatidas, como o cartel, bem como a adoção de condutas de combate e investigação dos mesmos, se faz crucial para a diminuição das assimetrias e divergências nos processos decisórios.

Nesse sentido, cabe citar o dispositivo normativo que caracteriza algumas condutas anticompetitivas no âmbito da comunidade europeia, através do artigo 101 do TFEU (*Treaty on the Functioning of the European Union*):

Artigo 101

(ex-artigo 81.o TCE)

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no nº 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:
 - a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;
 - b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa⁵⁰.

Percebe-se que as diretivas da comunidade europeia acerca do direito antitruste se mostram de fundamental importância para o tratamento das condutas colusivas em âmbito comunitário, permitindo, assim, a condução de um processo de persecução mais eficaz. Nesse sentido, a União Europeia emite regulamentos que tratam da problemática relativa aos atos anticompetitivos, com o fito de desestimular as condutas empresariais tendentes a incorrerem nas infrações à ordem econômica.

Nesse sentido, para que houvesse uma convergência dos textos legais nacionais com as regras da comunidade europeia como um todo, criou-se um ambiente cooperativo, com o objetivo de promover tal integração, a European Competition Network. Sua atuação se dá por meio de encontros periódicos, organização de dados e estatísticas, jurisprudências, estudos de casos, bem como a divulgação de tendências procedimentais e dos resultados alcançados pelas autoridades concorrenciais⁵¹.

A estrutura europeia de defesa da concorrência compreende, pois, a Comissão Europeia, responsável por zelar pela efetividade da legislação antitruste em âmbito comunitário, com a cooperação das autoridades concorrenciais nacionais e dos

⁵⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 2012/C 326/01.

Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=en> > Acesso em: 5 abr. 2017.

⁵¹ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.214-243.

tribunais de justiça. Ademais, tem-se a Corte Europeia de Justiça, que se incumbem de julgar os atos lesivos à ordem econômica regional⁵².

Neste contexto, cumpre destacar que os entendimentos proferidos pela Corte Europeia vem refletindo substancialmente a ideia de cooperação regional citada anteriormente, uma vez que vem decidindo no sentido de que mesmo questões relacionadas a acordos firmados entre agentes econômicos no mesmo mercado, se houver influência em âmbito comunitário, a questão deverá ser vista à luz da legislação da Comunidade Europeia, e não da nacional. Tal posicionamento, em certo ponto, reflete, pois, um dos escopos do presente trabalho, vez que reflete claramente uma forma de transnacionalização das decisões relativas ao direito concorrencial⁵³.

⁵² SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.288-294.

⁵³ Ibidem.

2 AS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS NO CONTEXTO DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES DE DIREITO CONCORRENCIAL

2.1 Noções gerais acerca das ações de reparação de danos por condenações de cartéis internacionais

Inicialmente, se faz necessário o destaque de que, no direito concorrencial, a responsabilização por ilícitos ocorridos em sua esfera de incidência, ou seja, relativos a condutas anticompetitivas, como os cartéis, possui um caráter autônomo em relação à responsabilidade civil e é, portanto, regida pela legislação antitruste, e não pelos dispositivos normativos comuns. O ilícito concorrencial é compreendido, assim, como uma forma de violação a direitos *difusos*, que, não obstante, podem ser reivindicados em juízo, seja de forma individual, ou por meio da persecução estatal, através de demandas de cunho coletivo, como forma de defesa da sociedade ou de parcela desta, que foi atingida pelas condutas combatidas⁵⁴.

Desta sorte, a responsabilização por atos ilícitos se mostra matéria de fundamental importância para o direito antitruste. Isto porque as reparações oriundas das condenações relativas a responsabilização pela reparação dos prejuízos causados, seja de cunho material ou moral, passam a ter efeito não só indenizatório, mas ao mesmo tempo apresentam efeitos dissuasórios ou repressivos das condutas anticompetitivas⁵⁵.

Isto posto, o presente trabalho se esforçará para demonstrar a importância destas condenações para coibição das práticas colusivas, bem como a possibilidade de sua ampliação, via transnacionalização das decisões condenatórias de cartéis. Desta forma, serão abordadas as formas como têm se dado as ações de reparações no mundo, especialmente nos EUA e na União Europeia, bem como os avanços verificados no sentido de se possibilitar a reparação de danos a nível mais amplo, devido às cooperações em âmbito regional ou mesmo global.

Cumprido destacar, ademais, que dentro dessa busca por formas mais efetivas de reparações, bem como o caráter dissuasório e repressivo destas decisões, já

⁵⁴ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.288-294.

⁵⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. *RDC, Vol. 1, n° 2, Novembro 2013, p. 11-31*.

citados anteriormente, há que se observar a existência de um *enforcement* público e do *enforcement* privado. Procurar-se-á abordar a incidência destas duas modalidades, uma vez que diferentes países privilegiam uma ou outra modalidade de forma mais contundente. Nesse sentido, compreende-se por *enforcement* privado as ações nas quais a recomposição é buscada por aquele que diretamente sofreu o dano, frente aos seus responsáveis, pela via privada e individual. Enquanto que o *enforcement* público pressupõe a atuação estatal frente aos interesses da coletividade em geral, em vias de proteger os direitos transindividuais⁵⁶.

Ainda nesse sentido, se faz válida a lembrança de que o ordenamento jurídico brasileiro não só se baseia na livre concorrência, que foi discutida no capítulo anterior e está elencada no texto constitucional por meio do art.170, mas também prevê, como corolário de nossa base normativa, a reparação dos danos, prevista no art. 5º, X. Nesse diapasão, resta claro que os princípios regentes de nossa sociedade enunciam a necessidade de reparar o dano como forma de garantir a ordem social vigente.

Corroborando, pois, os ideais firmados pelo ordenamento pátrio, tem-se robusta jurisprudência do CADE no sentido de estabelecer a recomposição dos danos causados, por cartéis, vê-se:

[...] a autoridade deve avançar no estabelecimento de punições mais duras em ilícitos de cartel, aquele que é, de modo incontroverso, o mais grave dos ilícitos antitruste, alcançando nas mais variadas jurisdições a pena máxima prevista (...) "no caso da infração implementada do chamado cartel clássico, caso em que os danos gerados são presumidos, quando não quantificados, o CADE deve estabelecer punições que variam entre o máximo legal, 30%, para a empresa claramente líder e 15% para empresa(s) com multas atenuantes. Este espectro seria preenchido c/as peculiaridades da atuação de cada representada, o que garantiria a individualização da pena, sem ameaçar o efeito punitivo e inibitório que deve ter uma punição relativa à infração de tal gravidade[...]"⁵⁷

(Cade: PA nº 08012.000283/2006-66, p. 34-35).

No que diz respeito às recomposições de danos a nível global, cumpre destacar o enfrentamento de questões relativas à inexistência de uma normatização comum aplicável a todos os países, como já foi discutido, anteriormente, quando das

⁵⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. *RDC*, Vol. 1, nº 2, Novembro 2013, p. 11-31.

⁵⁷ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.288-294.

tipificações dos ilícitos anticoncorrencias, bem como a sua forma de persecução. Em vista destas dificuldades já enfrentadas anteriormente, quanto à persecução e aos efeitos das decisões ultrapassarem as fronteiras geográficas dos países ou não, também serão abordadas no que tange às ações de reparação, encontrando, ademais, ainda mais resistência em alguns aspectos, como se verá no curso do trabalho.

Nesse sentido, surgem questões relevantes a serem discutidas no que tange às ações para recomposição de danos decorrentes de condenações de cartéis que atuam em nível transnacional. Inicialmente cabe o destaque de que, em geral, as cortes nacionais exercem papel de destaque, haja vista não haver uma autoridade a nível global que trate de questões relacionadas às violações cometidas por cartéis transnacionais. Nesse sentido, verifica-se que a atuação pontual de determinada corte, frente a um ilícito colusivo de nível e impacto globais, que acarretaram prejuízos a um número enorme de indivíduos, é insuficiente frente à gravidade de tais condutas, deixando claro o vácuo existente no campo da composição de danos. Isto porque cria-se um zona de incerteza acerca de onde seria possível o ajuizamento de uma ação desta natureza, bem como qual o procedimento a ser adotado⁵⁸.

Cumprido destacar, com efeito, que dentro desta zona cinzenta em que se encontra a questão, percebe-se que o modo como o direito antitruste está construído no âmbito nacional dos países influencia sobremaneira a forma com que a transnacionalização das decisões reflete nas ações de reparações de danos. Sendo assim, percebe-se que não há um tratamento transnacional dos feitos, mas mera tentativa de reprodução da legislação doméstica a nível internacional⁵⁹.

Destarte, verifica-se que os sistemas de fixação de competência, bem como de jurisdição e a forma de processamento das ações relativas a danos materiais, por exemplo, são fixadas de acordo com práticas comuns a determinados Estados. Nesse sentido, verifica-se uma heterogeneidade na estrutura deste sistema, vez que alguns países têm atuação prioritária do Estado na defesa dos direitos coletivos violados pela

⁵⁸ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.296-304.

⁵⁹ Ibidem.

conduta colusiva, enquanto outros adotam uma postura mais privatista, na qual o particular exerce o papel principal nas ações deste gênero.⁶⁰

Ademais, cumpre ressaltar uma dificuldade comumente encontrada quando da tentativa de reparação de danos, qual seja o reconhecimento e a execução das decisões proferidas em outros países pelos tribunais nacionais. Isto porque os sistemas jurisdicionais dos Estados são diferentes, e muitas vezes o que se verifica é uma leitura de que apenas as situações concretizadas e compatíveis com o ordenamento pátrio podem ser levadas a cabo, o que impossibilita o reconhecimento de diversas decisões em âmbito concorrencial, e conseqüentemente obsta as ações de reparação de danos.

Ademais, cumpre ressaltar uma dificuldade comumente encontrada quando da tentativa de reparação de danos, qual seja o reconhecimento e a execução das decisões proferidas em outros países pelos tribunais nacionais. Nesse sentido, as diferenças entre os sistemas jurídicos e os meios procedimentais pelos quais se dá a persecução de cartéis são tratados de forma peculiar nas legislações processuais de cada Estado, encontrando, pois, clara dificuldade acerca da definição de competências. Em vista disso, condutas que atinjam diversos países e que imputem a reparação de danos merecem especial tratamento no que tange à fixação de foro competente e de jurisdição para a proposição da ação que intenta a recomposição dos danos.

Insta salientar que diante de tais dificuldades, a que se sujeita o tema debatido, diversos países passaram a adotar posturas distintas no trato das ações de reparação de danos. Desta sorte, em alguns sistemas jurídicos se percebe uma atuação prioritária do Estado em defesa dos direitos da sociedade, em âmbito coletivo, no qual há severa atuação estatal no sentido de reprimir as condutas anticompetitivas em um nível transindividual, como é o caso da União Europeia. Em outro sentido, há países que adotam uma postura considerada mais privatista, no sentido de incentivar os particulares a demandarem a reparação de danos em âmbito individual, conferindo-lhes, pois, legitimidade para buscarem por si mesmos a compensação pelos danos causados, como acontece nos Estados Unidos.

⁶⁰ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.296-304.

Nesse diapasão, em vista da gravidade das condutas colusivas em nível transnacional, bem como da necessidade de formas de se reprimir de forma ainda mais eficaz a prática dos ilícitos, surgiram, ao longo dos anos, e em especial na União Europeia, diretivas com fins de promover uma integração e cooperação regionais. Nesse sentido, para que se possibilitasse uma busca pela reparação dos danos de forma mais ampliada, tal recomposição não deveria se restringir apenas ao âmbito no qual ocorrera a persecução do ilícito, mas também se estenderia para onde houve efeitos da conduta, de forma a ter causado algum prejuízo.

Por isso, passaremos à análise das formas como os países tratam tal matéria, com enfoque nas atuações dos EUA, bem como da União Europeia, que apresentam distintas perspectivas acerca do assunto. Ademais, nos aprofundaremos, ao longo deste estudo, nas inovações trazidas pela União Europeia no que tange a transnacionalização de decisões e as reparações de danos.

2.2 Da experiência Estado-Unidense

Nos Estados Unidos, a experiência relativa a ações de reparação de danos em âmbito transnacional tem seu fundamento na redação constante da Seção 4 do *Clayton Act*, que foi incorporada pela Seção 7 da *Lei Sherman*. Nesse sentido, tal dispositivo legal estabelece como mecanismo para fixação de competência, para o julgamento das ações, o preenchimento de certos requisitos, dentre os quais o fato de a conduta anticompetitiva ter influenciado direta ou de maneira considerável o fluxo de comércio ou serviço entre os Estados, de sorte a não ter alcance meramente local.⁶¹

Cumprir destacar, entretanto, que uma das características fundamentais do pacto federativo adotado nos EUA, é a atribuição de autonomia aos Estados, de sorte que alguns entes da federação possuem leis de defesa da concorrência anteriores ao próprio Sherman Act. Insta salientar, ademais, que devido a esta autonomia, há características próprias de persecução dos atos anticompetitivos em cada ente federado, de sorte que se a conduta não causar prejuízos a mais de um membro da

⁶¹ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.305-316.

federação, a questão permanecerá no âmbito de competência do próprio Estado, não sendo, pois, de competência federal a persecução do ato colusivo.

Encontra-se, portanto, outro fator que dificulta a definição da competência de julgamento de atos de cartelização que atinjam uma coletividade mais abrangente, a nível global, pois será necessário não só a prova de que houve danos em nível transnacional, mas também, em nível “transestadual”.

Em vista deste contexto de grande autonomia dos Estados, cumpre o esclarecimento acerca da competência estadual para ingressar com processos antitruste em nível federal, caso o ente federado tenha tido seus direitos desrespeitados pelas condutas anticompetitivas. Nesse diapasão, tem-se o disposto nas seções 4 e 16 da *Lei Clayton* que assegura a obtenção de reparações por danos causados através do instituto de *parens patriae*⁶².

Tal instituto representa uma espécie de substituição processual, de sorte que os Estados tem a possibilidade de ajuizar ações coletivas com o intuito de obter indenizações em nome de seus cidadãos. Cumpre destaque, entretanto, que esta prerrogativa não elimina o direito de proposição de ações privadas, mas antes garantem uma maior efetividade na defesa da concorrência.

No que tange às ações indenizatórias privadas, decorrentes das condutas de cartéis, o *Sherman Act* também prevê que as partes, individualmente, ingressem com ações de *treble damages*. Ademais, há previsão na Seção 16 de ações que busquem proteger os indivíduos que se encontrem em iminente risco de sofrer danos oriundos das condutas anticompetitivas dos agentes econômicos⁶³.

Em vista de tais previsões normativas, que possibilitam o ajuizamento de Ações de Reparação de Danos Concorrenciais (ARDC), na via privada, mister se faz o destaque de que os EUA, por prever, nas ações particulares, o pagamento do triplo do valor do dano causado, bem como pela percepção de honorários advocatícios, se desenvolveu no sentido da predominância do *enforcement privado*, que se destaca de forma exponencial na cultura americana. Nesse sentido, percebe-se que, apesar de

⁶² SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.305-316.

⁶³ Ibidem.

haver previsão da persecução por órgãos estatais responsáveis pela defesa da concorrência, os particulares exercem papel relevantíssimo no que diz respeito ao ajuizamento de ações relativas aos danos causados pelas condutas colusivas⁶⁴.

Diante deste cenário, cumpre destaque algumas diferenciações no tratamento empregado pelos EUA às ações de reparação de danos de iniciativa dos particulares. Isto porque o *enforcement* privado encontra-se tão latente na cultura de combate às práticas anticoncorrencias, que o Acordo de Leniência com a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (“DOJ”), seja no âmbito da política de leniência corporativa ou individual, só é realizado se o beneficiário se compromete a ressarcir, a qualquer pessoa ou empresa prejudicados pela conduta ilícita praticada, os danos que tenha causado em decorrência da prática de cartel. Tal comprometimento apresenta-se, portanto, como requisito indispensável para celebração do Acordo de Leniência, de sorte a relacionar a reparação ao dano causado aos particulares à possibilidade de celebração do acordo⁶⁵.

Nesse sentido, percebe-se que nos Estados Unidos toda condenação de cartel imposta pelos tribunais é seguida por uma ação de reparação de danos que tende a promover o ressarcimento aos prejudicados. Ademais, todas estas ações devem estar devidamente instruídas em questões probatórias, uma vez que resta estabelecido na jurisprudência americana que há a necessidade de demonstração de nexo de causalidade entre a conduta e o dano a que se pretende a reparação. Interessante destacar, entretanto, que aproximadamente metade das ARDC são ajuizadas independentemente da condenação criminal, de sorte a espelhar a cultura estabelecida de composição de danos independentemente da prestação jurisdicional propriamente dita⁶⁶.

Com o intuito de explicar a predominância de ações de reparação de danos concorrencias nos EUA, e em sua maioria por particulares, aponta-se, em geral, três razões básicas para o desenvolvimento desta modalidade, dentre as quais : 1) as

⁶⁴ CADE. Processo Administrativo nº 08700.007888/201600. Nota técnica Nº 24/2016/Chefia GABSG/SG/CADE, 19 de fev. 2017. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9I4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg> Acesso em: 15 maio 2017. p. 2-3.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ CONNOR, J. M., Private Recoveries in International Cartel Cases Worldwide: What do the Data Show? 2012. *The American Antitrust Institute*, Working Paper No. 12-03. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2165431>>

regras de amplo *Discovery*, ou seja, as regras amplas e favoráveis de acesso a documentos e informações para embasar a pretensão indenizatória e a estimativa de danos dos consumidores lesados; 2) a limitação da responsabilidade dos beneficiários de Acordos de Leniência que cooperam em sede das ações de reparação de danos, por meio do não ressarcimento triplicado por danos concorrenciais (“*treble damages*”) e pela não responsabilidade solidária com os autores da conduta anticompetitiva e 3) a existência de prazos prescricionais favoráveis àqueles que ajuízam ações de cunho reparatório⁶⁷.

Ainda nesse sentido, cumpre destaque que a regra supracitada, de amplo *Discovery*, se encontra amparada, ainda, pela prerrogativa da inversão do ônus probatório, regra esta distinta do processo civil ordinário. Por conseguinte, o beneficiário do acordo de leniência, bem como os demais autores da conduta anticompetitiva, devem disponibilizar os documentos e informações necessárias para instruir o feito processual, e não o autor da ação. Mister se faz a ressalva de que há exceções a esta regra no ordenamento jurídico estadunidense, em situações particulares, tais quais a existência de processos criminais em curso, que limitam o acesso à informação, bem como se as informações estiverem revestidas de caráter sigiloso conferido pelo próprio Freedom of Information Act (FOIA).

Nesse sentido, percebe-se que a celebração de acordos de leniência mostra-se extremamente vantajoso para os autores do ilícito bem como para os indivíduos que pretendem ter seus danos reparados. Isto porque a compensação pelos danos causados é condição *sine quo non* para que o acordo seja firmado. Desta sorte, interessante se faz a referência a quadro comparativo elaborado em Nota Técnica do CADE que articula a correlação existente entre a persecução pública, que prevê a celebração destes acordos, e a persecução privada, que se beneficia do arcabouço probatório e fático, bem como tem sua reparação assegurada, conforme se verifica no anexo A⁶⁸.

⁶⁷ CADE. *Processo Administrativo nº 08700.007888/201600*. Nota técnica Nº 24/2016/Chefia GABSG/SG/CADE, 19 de fev. 2017. Disponível em:

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9I4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg.

Acesso em: 15 de maio 2017. p.2-3.

⁶⁸ *Ibidem*.

Conclui-se, logo, que a questão da formação do arcabouço fático-probatório no processo de reparação de danos nos EUA não encontra óbice no acesso aos elementos que fundamentarão as pretensões reparatórias. Entretanto, a questão que se mostra controvertida é a quem, como e quando estas informações serão disponibilizadas, bem como se dará o processamento do feito caso se entenda que a conduta passível de persecução tenha causado danos a outros mercados ou outros indivíduos que não o mercado ou cidadãos americanos.

Nesse diapasão, deve-se atentar para as interpretações estabelecidas acerca do *Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA)*, de 1982. A sua elaboração teve como objetivo possibilitar a investigação e persecução das condutas anticompetitivas que afetassem o mercado estado-unidense, ainda que a referida conduta não tenha se dado em seu território, utilizando-se, pois, da teoria dos efeitos, já detalhada anteriormente. Acontece que tal previsão normativa omite-se nos casos em que os atos competitivos tenham se dado em território americano e afetou não só este mercado, mas também os mercados de outros países⁶⁹.

Percebe-se, diante deste cenário, a existência de uma área de incerteza quanto da aplicação estes dispositivos aos casos que envolvam jurisdições de outros países. Em vista disto, tem-se julgados que divergem entre si no que diz respeito à possibilidade de ajuizamento de ações de reparação de danos por parte destes mercados ou indivíduos estrangeiros no ordenamento estado-unidense. Faz-se interessante, portanto, uma análise, ainda que breve e superficial, sobre tal jurisprudência.

Inicialmente cabe o destaque do primeiro caso de cartel transnacional que suscitou a discussão acerca da aplicabilidade do FTAIA. O caso *Den Norske* foi caracterizado pela atuação de empresas do Mar do Norte que supostamente teriam afetado o mercado americano, vez que apenas seis empresas do mundo dominavam este nicho do mercado. Portanto, para estabelecer o elemento de conexão com o FTAIA, o autor da ação, que havia ingressado com o feito no Tribunal Distrital dos Estados Unidos, e interpôs recurso para o Distrito do Texas, alegou que a conduta

⁶⁹ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.307-310.

destas empresas havia afetado de forma considerável o mercado americano, de sorte a ensejar a reparação dos danos a ser ajuizada em território estado-unidense⁷⁰.

O tribunal do Quinto circuito afirmou que, em regra, deveria haver demonstração, por parte do autor, de que a conduta praticada causou efeitos substantivos no mercado doméstico americano, de sorte a incidir a aplicação do FTAIA, o que não havia ocorrido. Entendeu-se, entretanto, que mesmo não restando demonstrada tal condição, se tal conduta tivesse atingido quaisquer outros agentes nacionais, a aplicação do FTAIA seria extensível, de sorte a possibilitar ingresso de indenizações no país, ainda que não houvesse relação comercial demonstrada⁷¹.

De forma distinta do que houvera sido decidido anteriormente, no caso *Kruman v. Christie's*, o Tribunal Distrital de Nova York se posicionou de forma restritiva quanto da possibilidade de persecução das condutas anticompetitivas. Entendeu-se que para se intentar a composição de danos seria necessário que o comportamento colusivo tivesse efeitos diretos, substanciais e razoavelmente previsíveis nos Estados Unidos, de sorte que a ação privada estaria condicionada ao dano ao mercado doméstico, que por extensão trouxera prejuízos ao agente privado.

Em vista dos casos apresentados, bem como de outros casos já apreciados pelas cortes americanas, conclui-se que não há uma interpretação ou um posicionamento jurisprudencial uno acerca do assunto. Importante ressaltar, ainda, que os Estados Unidos apresentam uma legislação severa no que diz respeito ao combate a condutas anticompetitivas, principalmente de carteis, que não raro são de alcance transnacional e esbarram em questões relativas à competência jurisdicional, como foi discutido acima.

Cabe destacar, entretanto, que a ausência de mecanismos internacionais que sejam de cumprimento obrigatório por todos os países representa vácuo regulatório na questão de persecução de carteis de alcance transnacional. Nesse diapasão, as decisões e posicionamentos acerca das possibilidades de ajuizamento de ações de reparação de danos na jurisdição de países que não o de origem do autor da reparação se encontram vinculados a escolhas políticas dos países, que tendem a

⁷⁰ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.307-310.

⁷¹ *Ibidem*.

orientar-se com base em sua agenda econômica e governamental no que tange a uma maior abertura ou não à cooperação internacional.

Nesse sentido, passar-se-á a uma análise acerca do tratamento dado a essas questões pela Comunidade Europeia, que vem demonstrando posicionamento diverso do visto nos Estados Unidos. Isto porque o mercado europeu apresenta uma maior abertura e flexibilidade no que tange às possibilidades de ajuizamento de ações de reparação de danos em jurisdições diversas daquela do autor da ação.

2.3 Da experiência Europeia

2.3.1 Panorama da Legislação Europeia

No âmbito da União Europeia encontramos, em seu ordenamento, o art. 101^o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Esta é a norma que regula e tipifica os atos considerados anticoncorrenciais, e que se pretendem combater, dentre os quais, a prática de cartel, como já visto em capítulo anterior. Neste caso, tal norma é o fundamento legal comunitário que ampara as ações de indenização ajuizadas pelos agentes prejudicados pela prática colusiva, quer sejam outras empresas quer sejam particulares⁷².

Importante ressaltar, ademais, o disposto no Tratado da União Europeia (TUE), também denominado de Tratado de Maastricht, bem como o que assevera o Regulamento n.º 1/2003 de 16 de Dezembro de 2002, referente à execução das regras de concorrência da UE que proíbem os acordos anticoncorrenciais e os abusos de posição dominante, previstas nos artigos 101.º e 102º da TFUE. Tais dispositivos normativos determinam, portanto, as condições pelas quais a Comissão Europeia, as autoridades nacionais e os tribunais aplicarão os dispositivos que regulam a concorrência⁷³.

Diante de tais diretivas do regulamento, merece destaque o seu art. 2º, no qual cabe à parte que se considera lesada a prova da infração dos art. 101º ou 102º do Tratado. Já na dicção do art. 3º nº1 do regulamento supracitado, quando os tribunais

⁷² SALGADO, S.E. MOURA. Os acordos de conclusão: o direito à informação nas ações de indenização. 70.p. Coimbra, 2014: Universidade de Coimbra. Disponível em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/bitstream/10316/28534/3/Os%20acordos%20de%20colus%C3%A3o.pdf>> p.10-16. Acesso em: 19 jul. 2017

⁷³ Ibidem.

nacionais e as autoridades nacionais da concorrência aplicarem, no âmbito das suas competências e atribuições, as normas de direito da concorrência nacionais que sejam paralelas aos arts. 101^o e 102^o do Tratado, a aplicação concomitante destes últimos é obrigatória nos casos em que se verifique que o comércio entre os Estados-Membros possa ser afetado, devendo constar das suas decisões que a infração é também sancionada pelas normas comunitárias, além das nacionais⁷⁴.

Tal dispositivo desperta especial interesse deste trabalho, uma vez que apresenta uma ampliação da possibilidade de persecução das condutas colusivas, que agora são tratadas a nível comunitário, de sorte a ensejar, também, uma ampliação no âmbito das possibilidades de ajuizamento de ações de reparação de danos por particulares, ainda que estes não residam no país em que o ato lesivo fora praticado. Ademais, há que se destacar a troca de informações entre a Comissão, os tribunais e as autoridades concorrenciais nacionais acerca do ilícito praticado, já que o disposto no art. 12^o assegura o intercâmbio de informações, podendo haver troca de dados entre a Comissão e as autoridades locais, ainda que estes sejam confidenciais.

Em vista de tais dispositivos normativos, percebe-se que o trabalho da Comissão Europeia, ao aplicá-los, no combate às práticas anticoncorrenciais, representa um *enforcement* público. Há de se destacar, entretanto, que as ações de reparações de danos em âmbito civil também se mostram como importante fator desmotivador das condutas colusivas. Isto porque a possibilidade de ter de indenizar os particulares prejudicados pelas suas condutas desestimula os agentes a unirem-se para prática de acordos desta natureza. Desta sorte, verifica-se o desenvolvimento de um importante *enforcement* privado.

Nesse sentido, tem-se referência o disposto no *Green Paper*:

As regras antitrust estabelecidas nos artigos 81.^o e 82.^o do Tratado são aplicadas tanto pelos poderes públicos como a nível dos particulares. Estas duas formas de aplicação integram um sistema comum e perseguem os mesmos objetivos: impedir as práticas anticoncorrenciais proibidas pela legislação no domínio antitrust e proteger as empresas e os consumidores destas práticas e de

⁷⁴ SALGADO, S.E. MOURA. Os acordos de conclusão: o direito à informação nas ações de indenização. 70.p. Coimbra, 2014: Universidade de Coimbra. Disponível em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/bitstream/10316/28534/3/Os%20acordos%20de%20colus%3%A3o.pdf>> p.10-16. Acesso em: 19 jul. 2017

quaisquer danos por elas causados. Constituem também um instrumento valioso para criar e manter uma economia competitiva.⁷⁵

Cumprido destacar, entretanto, que a questão relativa à jurisdição competente nas ações de reparação de danos na União Europeia também não encontra claros contornos. Isto porque não há uma diretiva específica que regule o assunto, de sorte que muitas vezes as autoridades se utilizam de normas nacionais para determinar critérios de fixação de competência. Acontece que o crescente avanço das ações de reparação de danos no âmbito da comunidade europeia vem exigindo um posicionamento mais claro neste sentido, de sorte que as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça Europeu, a partir de 2001, passaram a amparar a ideia da possibilidade de ajuizamento de ações de recomposição de danos em âmbito comunitário⁷⁶.

Nesse sentido, passaremos à análise de casos concretos que levaram à elaboração de documentos como o *Green Paper*, *White Paper* e a Diretiva Europeia de 2004, os quais analisaremos o conteúdo com mais afinco em capítulo posterior, bem como os seus efeitos nas questões relativas às ações de reparação de danos.

2.3.2 Do caso *Courage v. Crehan*

No *study-case* em questão, a *Courage*, uma fábrica de cervejas que detinha 19% das quotas do mercado de venda de cervejas no Reino Unido, e a *Gran Metropolitan*, decidiram fundir seus estabelecimentos de vendas de bebidas (pubs) por elas locados. Os referidos pubs foram transferidos para a IEL, nova sociedade formada pela *Courage* e pela *Gran Metropolitan*. Um acordo celebrado entre a IEL e a *Courage* previa, por sua vez, que todos os locatários da IEL deveriam comprar cervejas exclusivamente da *Courage*, de sorte que esta forneceria as quantidades de cervejas encomendadas a um preço fixo, em clara realização de venda casada. Ademais, a IEL propunha aos seus locatários um contrato tipo locação, no qual havia

⁷⁵ GREEN PAPER. Pág 3. Ponto 1.1, 1º parágrafo. Disponível em:

<http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_en.pdf> Acesso em: 8 de jun. 2017.

⁷⁶ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.319-320.

a previsão de revisão dos preços de aluguel, mas não havia possibilidade de rediscussão acerca dos preços pagos pelas cervejas adquiridas da Courage⁷⁷.

Acontece que, em 1991, B. Crehan celebrou com a IEL dois contratos de locação pelo prazo de vinte anos, no qual se obrigava a adquirir as cervejas da Courage aos preços fixos indicados na tabela da IEL. Em 1993, entretanto, a Courage ingressou com uma ação intentando a condenação de B. Crehan em 15.266 GBP devido às condições desfavoráveis do contrato de fornecimento, que não previa reajuste do preço das cervejas, de sorte que o demandado teria auferido vantagens às custas do prejuízo da Courage⁷⁸.

B. Crehan, por sua vez, alegou que a obrigação de compra das cervejas vinculadas ao aluguel dos referidos pubs configurava venda casada, sendo, pois, contrária ao disposto no art. 85 § 1º (posterior 81) do Tratado da Comunidade Europeia. Ademais, apresentou pedido reconvenicional de reparação de danos, vez que a Courage vendia suas cervejas aos proprietários de pubs independentes por preços inferiores aos da tabela aplicada aos locatários⁷⁹.

A *Court of Appeal of England and Wales* decidiu declarar o contrato entre as partes como sendo nulo, por violar o normativo comunitário, mas manteve-se silente no que tange à possibilidade de o Sr. Crehan reclamar uma indenização em consequência dos prejuízos que houvera sofrido. Isto porque no Reino Unido utiliza-se o sistema de precedentes jurisprudenciais e considerou-se, nos casos julgados anteriormente, que nenhuma das partes envolvidas num acordo ilícito poderia, por força do mesmo, ter direito ao ressarcimento dos prejuízos causados.

Acontece que o tribunal, em vista da existência desta jurisprudência, que confronta a previsão normativa comunitária, que assegura indenização nestes casos, deparou-se com o dilema de aplicar o *judicial ruling* já existente ou aplicar a previsão do Tratado da Comunidade Europeia⁸⁰.

⁷⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 20.9.2001, processo C- 453/99 entre Courage Ltd. e Bernard Crehan. Disponível em : <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-453/99> > Acesso em: 1 jun. 2017.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ SALGADO, S.E. MOURA. Os acordos de conclusão: o direito à informação nas ações de indenização. 70.p. Coimbra, 2014: Universidade de Coimbra. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/bitstream/10316/28534/3/Os%20acordos%20de%20colus%C3%A3o.pdf> > Acesso em: 1 jun.2017, p.20-23.

Surgiram, pois, dúvidas sobre a compatibilidade destas duas legislações, de sorte que a *Court of Appeal of England and Wales* colocou ao TJUE as seguintes questões: 1-) se a parte num contrato suscetível de restringir ou distorcer a concorrência, no sentido do art. 85º do Tratado, poderia obter indenização da outra parte com base nos prejuízos provenientes de acordo ilícito; 2-) se a norma comunitária se sobreporia à norma nacional que assevera a inexistência de indenização no caso concreto⁸¹.

Em síntese, o Tribunal se posicionou no sentido de que qualquer indivíduo poderia ser beneficiário de indenizações decorrentes dos prejuízos sofridos por atos anticoncorrencias, ainda que oriundos de um contrato ilícito à luz das normas comunitárias da concorrência. Nesse sentido haveria, sim, preclusão das normas nacionais face à normativa comunitária⁸².

Ressaltou, entretanto, que caberia aos estados membros estabelecer a competência dos tribunais e definir as regras procedimentais para que os lesados por tais infrações anticoncorrenciais possam obter a compensação que lhes é devida.⁸³

No que tange à decisão do Tribunal de Apelação, cumpre destacar, portanto, que ficou estabelecido que o ajuizamento de ações de reparação de danos em situações em que há situação de inferioridade econômica e dependência entre as partes é possível. Ademais, no que diz respeito às ações de reparação de danos materiais na Comunidade Europeia, estas são plenamente cabíveis, em vista na noção comunitária de combate às práticas anticoncorrenciais⁸⁴.

2.3.2 Do caso *Pfleiderer*

O caso *Pfleiderer* se refere a uma decisão emanada pelo Bundeskartellamt (a autoridade concorrencial alemã) sobre a verificação de um cartel no ramo de papeis de parede, no qual a empresa *Pfleiderer*, adquirente de produtos comercializados pelos integrantes do cartel, sentiu-se lesada pela conduta anticoncorrencial do grupo.

⁸¹ SALGADO, S.E. MOURA. Os acordos de conclusão: o direito à informação nas ações de indenização. 70.p. Coimbra, 2014: Universidade de Coimbra. Disponível em: <
[https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream
/bitstream/10316/28534/3/Os%20acordos%20de%20colus%C3%A3o.pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/bitstream/10316/28534/3/Os%20acordos%20de%20colus%C3%A3o.pdf) >
Acesso em: 1 jun.2017, p.20-23..

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.325-328.

Objetivando, pois, a reparação dos prejuízos amargados por meio de uma ação de indenização, na qual a Pfleiderer requereu ao Bundeskartellamt que lhe fosse concedido integral acesso aos autos do processo, de sorte a obter, inclusive, informações prestadas em face do acordo de leniência assinado pela empresa, bem como as demais provas arroladas⁸⁵.

O Bundeskartellamt, entretanto, indeferiu o pedido de acesso a estas provas de forma integral, de sorte a disponibilizar apenas uma versão não confidencial do dossiê, do qual não constavam informações comerciais confidenciais, documentos internos do Bundeskartellamt nem elementos fornecidos em decorrência do acordo de leniência. Ademais, negou-se, também, o acesso às demais provas acostadas.⁸⁶

Em vista de tal negativa, a Pfleiderer ajuizou ação no Tribunal Distrital de Bonn (Amtsgericht), com o intuito de ter seu pedido de acesso às provas deferido. O Tribunal, por sua vez, permitiu o acesso aos dados pretendidos pela Pfleiderer, argumentando, entretanto, que a execução da decisão se manteria suspensa para que o Tribunal de Justiça da União Europeia se manifestasse acerca da aplicação ou não da legislação comunitária, que prevê que às vítimas de cartéis seria vedado o acesso a dados do dossiê elaborado pela autoridade local de concorrência se obtidos através de programas de leniência, quando tenham em vista obter compensação pelos prejuízos em sede de responsabilidade civil⁸⁷.

O posicionamento do Tribunal de Justiça Europeu se deu no sentido de que as disposições dos arts. 101º e 102º do TFUE e o Regulamento 1/2003 não versavam sobre esta temática, ou seja, não se referiam diretamente às informações obtidas mediante acordos de leniência. Ademais, acrescentou que os comunicados relativos aos acordos de leniência realizados ao ano de 2002 bem como em 2006, não possuíam força vinculante frente aos estados membros e suas autoridades de concorrência locais. O mesmo valeria, ainda, quanto ao Modelo de Programa de Leniência da European Competition Network (ECN) 41. Isto posto, caberia aos Estado

⁸⁵ SALGADO, S.E. MOURA. Os acordos de conclusão: o direito à informação nas ações de indenização. 70.p. Coimbra, 2014: Universidade de Coimbra. Disponível em: <
<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/bitstream/10316/28534/3/Os%20acordos%20de%20colus%C3%A3o.pdf> >
Acesso em: 1 jun.2017, p.20-23.

⁸⁶ Ibidem, p.19.

⁸⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 14.6.2011, processo C-360/09 entre PfleidererAG e Bundeskartellamt. Disponível em: <
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-360/09>> Acesso em: 1 jun. 2017.

membros em questão a definição dos parâmetros de acesso às provas obtidas através dos acordos de leniência firmados⁸⁸.

Cumprido destacar, entretanto, que a corte recomendou que os países devem se orientar no sentido de dar ampla implementação aos artigos 101º e 102º do Tratado. Ponderou, ademais, que os programas de leniência são ferramentas importantíssimas para o combate aos cartéis, de sorte que o amplo acesso às provas oriundas destes acordos poderia desestimular os agentes a empreender tal cooperação⁸⁹.

⁸⁸ SALGADO, S.E. MOURA. Os acordos de conclusão: o direito à informação nas ações de indenização. 70.p. Coimbra, 2014: Universidade de Coimbra. Disponível em: <
[https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream
/bitstream/10316/28534/3/Os%20acordos%20de%20colus%C3%A3o.pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/bitstream/10316/28534/3/Os%20acordos%20de%20colus%C3%A3o.pdf) >
Acesso em: 1 jun.2017, p.20-23.

⁸⁹ Ibidem.

3 A CONSTRUÇÃO NORMATIVA EUROPEIA E SUAS INOVAÇÕES E REFLEXOS NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES DE DIREITO CONCORRENCIAL

3.1 Do histórico normativo europeu

Como visto nos capítulos anteriores, a comunidade europeia enfrentou um processo de convergência das normas nacionais em defesa de um tratamento comum relativo ao direito concorrencial e à persecução de condutas anticompetitivas, de sorte a haver uma cooperação e aproximação das leis nacionais para com as diretivas regionais. Cabe destacar, entretanto, que as ações de reparação de danos desafiam o tratamento comum dado às persecuções administrativas, uma vez que tendem a ser apreciadas à luz das legislações nacionais e encontram-se sob a égide da jurisdição local.

As ações de reparação de danos decorrentes de condutas anticompetitivas na União Europeia encontram suporte, por sua vez, nos dispositivos do Tratado de Lisboa e no TFUE, nos seus artigos 101º, 102º e 103º, mas não estão previstas em diretivas específicas que tratem de forma clara e completa sobre tema. Assim sendo, em vista da ausência de legislação específica acerca do tratamento das ações de recomposição de danos oriundos de decisões de direito concorrencial de caráter transnacional, surgiram dilemas a serem enfrentados no que tange a possibilidade de ajuizamento de tais ações para combater especialmente carteis de alcance transnacional⁹⁰.

Isto posto, percebe-se que as discussões que permeiam o cenário descrito se dão, primordialmente, no sentido de estabelecer o nexos causal e a ilicitude da conduta para que se possa demandar a reparação do dano. Nesse sentido, cresce o embate acerca da possibilidade ou não de acesso às provas dos acordos de clemência pelos particulares que intentam o ajuizamento das ações reparatórias. Tal discussão encontra fundamento no fato de que se o acesso a tais provas se der de forma simplificada, haveria um desestímulo aos agentes em realizar os acordos de leniência,

⁹⁰ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.333-338.

já que ficariam expostos frente aos prejudicados pela conduta, que teriam garantido, desde logo, o acesso às provas⁹¹.

O Tribunal Europeu, entretanto, vem sinalizando, em suas decisões, que o acesso às provas para o estabelecimento do nexos causal entre a conduta colusiva e o dano deve-se dar independentemente da existência de acordo de clemência ou da legislação nacional, desde que envolva a aplicação do art. 101º do TFUE. Tal posicionamento foi esboçado no caso *Donau Chemie*, no qual a primeira seção do Tribunal Europeu decidiu que não poderia haver nenhum obstáculo normativo, a nível nacional, que impedisse o acesso a documentos constantes de processos julgados a nível local, mas que violassem o supracitado artigo do TFUE⁹².

Em vista do posicionamento do TJCE, resta claro que presentes o nexos de causalidade entre o dano sofrido e ato anticompetitivo praticado, bem como a ilicitude deste ato, na incidência do art. 101º do TFUE, qualquer indivíduo poderia requerer a composição dos prejuízos sofridos, de sorte a adensar a repressão às condutas anticoncorrenciais. Percebe-se, pois, uma tentativa da comunidade europeia em inibir de forma mais incisiva e severa, por meio da ampliação do campo de persecução, bem como pela ampliação do campo de busca de reparação, as ações de cartéis transnacionais, ainda que encontre algumas dificuldades na aplicação de tais premissas⁹³.

Tais dificuldades foram enfrentadas nos casos *Courage v. Crehan* e *Pfleiderer*, que foram abordados no capítulo anterior, de sorte a dar ensejo à elaboração de normativas com o fim de esclarecer e pautar minimamente o ajuizamento de ações de reparação de danos decorrentes de decisões de direito concorrencial a nível transnacional. Nesse sentido, foram discutidas as normativas que ensejariam a análise das ações de reparação de danos a nível comunitário, de sorte a haver previsão deste assunto do Livro Verde e no Livro Branco, no intuito de facilitar a reparação de danos decorrentes de condutas anticoncorrenciais.

⁹¹ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.333-338.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

3.1.1 Do Livro Verde (*Green paper*)

Em dezembro de 2005, a Comunidade Europeia publicou o chamado *Green paper*, bem como o Documento de trabalho dos serviços da comissão, nos quais indicava sugestões acerca de como deveriam se dar as ações de indenização decorrentes da violação das normas de concorrência. Em tais documentos, houve o reconhecimento de que a facilitação da propositura de tais ações representaria não só uma maior proteção aos consumidores, como também serviria de política de desestímulo às práticas anticompetitivas⁹⁴.

Vê-se, portanto, que a edição do *Green paper* se deu no intuito de esclarecer o campo nebuloso a que estavam sujeitas as ações de reparação de danos decorrentes de decisões condenatórias de cartéis de alcance transnacional. A maior dificuldade encontrada, como visto anteriormente, foi a definição da competência jurisdicional para apreciar a questão, uma vez que na ausência de uma diretiva regional acerca do assunto caberia aos Estados Membros decidirem, com base em sua legislação nacional, acerca das reparações⁹⁵.

Os principais desafios enfrentados pela edição deste trabalho foram relativos aos meios de acesso aos elementos probatórios, requisitos de culpabilidade, quantitativo das indenizações, repercussão do aumento de custos e posição dos compradores indiretos, defesa dos interesses dos consumidores, custo das ações, coordenação da aplicação da legislação pelos poderes públicos e pelos particulares, competência jurisdicional e legislação aplicável, critérios para nomeação de peritos pelo Tribunal, suspensão ou prorrogação dos prazos de prescrição, estabelecimento de nexo de causalidade entre outras questões⁹⁶.

No que se refere ao acesso aos elementos de prova, considerou-se o elevado grau de dificuldade na formação de um arcabouço probatório que alicerce as ações de reparação de danos no domínio do direito concorrencial, uma vez que as questões relativas aos atos colusivos se revestem de ímpar complexidade e demandam um elevado número de provas. Sendo assim, considerou-se a possibilidade de previsão

⁹⁴ COUTO, F.D., CAMPOS. A reparação de danos sofridos em violação das regras europeias de concorrência. 59.p. Porto, 2014: Universidade do Porto. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/77284>. Acesso em: 15 jul. 2017, p.26.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*, p.30.

de entrega de documentos, por parte do agente infrator, às autoridades da concorrência, bem como se discutiu o valor probatório das decisões exaradas pelas autoridades nacionais da concorrência.

Neste sentido, questionou-se sobre a possibilidade de criação de regras especiais em matéria de divulgação de prova documental nas ações civis de indenização com fundamento nos artigos 81.º e 82.º do TFUE. Mas, ainda assim, muitas dúvidas restaram no que diz respeito a forma de divulgação de provas, às regras de acesso aos documentos na posse de uma autoridade de concorrência e como acessá-las para instruir as ações de reparação, a atenuação do ônus probatório de quem alega, entre outras questões⁹⁷

No que tange a questão da culpabilidade, muito se discutiu acerca da necessidade ou não da comprovação de culpa na conduta, uma vez que os estados membros apresentam diversas concepções acerca da necessidade ou não deste elemento para que se pleiteie a reparação. Nesse sentido, restou o questionamento de qual tipo de culpa deve ser analisada: se já há, de pronto, a presunção frente ao ilícito ou se esta deve ser comprovada⁹⁸.

No que diz respeito às indenizações, os questionamentos se voltaram primordialmente para a forma de quantificação, bem como se haveria a inclusão de juros. Ademais, cogitou-se a duplicação do montante em caso de carteis horizontais e discutiu-se sobre a base de cálculo a ser utilizada para quantificar os danos causados, uma vez que prejuízos dessa natureza são de complexa mensuração.

Quanto ao aumento de custo, discutiu-se acerca da utilização do argumento de repasse dos custos finais aos consumidores por parte de empresas que realizam negócios com os agentes infratores, e que para minimizar o prejuízo repassam os custos na cadeia de distribuição. Ponderou-se, ainda, se os compradores indiretos, sobre os quais pode ou não ter sido repercutido o aumento de custos, têm legitimidade para agir.

A respeito da competência, bem como da legislação aplicável aos casos, atentou-se para o fato de que a competência dos Tribunais para apreciar as ações contra residentes dos Estados membros da União Europeia está prevista no

⁹⁷ COUTO, F.D., CAMPOS. A reparação dos danos sofridos em violação das regras europeias de concorrência. 59.p.Porto, 2014: Universidade do Porto. Disponível em: < <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/77284>> Acesso em: 15 jul. 2017, p.30.

⁹⁸ Ibidem.

Regulamento 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000 , que trata da competência judiciária, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria civil e comercial. Importante salientar, entretanto, que à data da publicação do Livro Verde, tinha sido apresentada a Proposta da Comissão do Regulamento sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais 85 , atualmente Regulamento 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, referente à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Regulamento “Roma II”).

Pelo fato de os pedidos de reparação tratarem, geralmente, a respeito de atos ilícitos cometidos pelos agentes infratores, aplica-se o supracitado enunciado normativo. Restou, entretanto, o questionamento acerca da aplicabilidade do art 5º deste enunciado, que trata das ações de indenização de maneira geral, ou se deveria haver disposição específica para ações fundadas no direito antitruste⁹⁹.

Percebe-se, diante do exposto, que a edição do *Green Paper*, bem como dos documentos que o seguiram teve como objetivo propor questionamentos que pudessem esclarecer o nebuloso campo das ações de indenização no campo do direito concorrencial. Traçou-se, portanto, o objetivo de criação de um regime jurídico comunitário capaz de coibir ou pelo menos desestimular as práticas anticompetitivas, principalmente no que diz respeito a atuação de carteis transnacionais que atuam em diversos estados membros e causam prejuízos enormes aos consumidores e ao próprio bloco econômico¹⁰⁰.

3.1.2 Do Livro Branco (*White Paper*)

Após a edição do *Green Paper*, as ações de reparação de danos, ainda assim, permaneceram ineficazes e as sugestões apresentadas não foram cumpridas, dando ensejo a uma síndrome de ineficácia das ações de recomposição de danos. Em vista deste cenário, a Comissão Europeia, em 2 de abril de 2008, publicou o *White Paper*, com o intuito de propor uma política geral de medidas específicas com o fim de eliminar os obstáculos à propositura de ações deste tipo, bem como de conferir-lhes eficácia e executoriedade¹⁰¹.

⁹⁹ COUTO, F.D., CAMPOS. A reparação de danos sofridos em violação das regras europeias de concorrência. 59.p. Porto, 2014: Universidade do Porto. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/77284>. Acesso em: 15 jul. 2017, p.26.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.31.

Nesta tentativa, o Livro Branco trouxe como meta a ampliação das condições legais do exercício do direito de reparação nas ações que envolvam comportamentos anticompetitivos. Elegeu-se, portanto, como princípio orientador, a plena indenização dos prejuízos. Desta sorte, criou-se um sistema no qual os agentes infratores devem arcar com a totalidade dos danos ocasionados, de sorte a propagar um programa de desestímulo às práticas anticoncorrenciais, já que pesadas indenizações seriam impostas frente aos atos ilícitos¹⁰².

Ademais, houve grande preocupação no sentido de uma promoção da interação entre a persecução pública, promovida pelo Estado, bem como pelas ações privadas, ajuizadas por particulares, no intuito de facilitar a promoção dos interesses dos indivíduos e em especial dos consumidores. Objetivou-se, também, um tratamento a nível regional das questões, de sorte a promover-se uma cooperação entre os estados membros com o fim da criação de uma política europeia para tratar das questões relativas aos atos anticoncorrenciais¹⁰³.

Nesse diapasão, o Livro Branco abordou temas como: a legitimidade para agir e os mecanismos coletivos de reparação, o acesso aos elementos probatórios, o efeito vinculativo das decisões das autoridades nacionais de concorrência, os requisitos de culpa, indenizações, relação entre programas de leniência e ações de reparação de danos.

No que tange a questão referente à legitimidade para agir e dos mecanismos coletivos de reparação, ponderou-se que qualquer indivíduo tem o direito de pedir a reparação dos danos sofridos pelo não cumprimento das regras *concorrenciais* perante os Tribunais nacionais, bem como verificou-se a existência de uma clara necessidade de criar mecanismos que permitam a agregação dos pedidos individuais de reparação das vítimas das infrações no domínio *antitruste*. Isto posto, sugeriu-se a utilização de dois mecanismos coletivos de reparação a serem utilizados de forma suplementar, mas sem que houvesse a exclusão da possibilidade de ajuizamento de ações individuais¹⁰⁴.

¹⁰¹ COUTO, F.D., CAMPOS. A reparação de danos sofridos em violação das regras europeias de concorrência. 59.p. Porto, 2014: Universidade do Porto. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/77284>. Acesso em: 15 jul. 2017, p.26.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ EUROPA. Livro Branco. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008DC0165&from=EN>>. Acesso em: 20 jul 2017.

No campo de acesso aos meios probatórios, as discussões ainda encontraram delicadas questões, como o fato de o acesso geral e irrestrito às provas que se encontram em poder das autoridades concorrenciais, para a instrução das ações de reparação de danos, promover um desincentivo à celebração de acordos de leniência ou mesmo interferir no processo concursal em trâmite. Nesse sentido, buscou-se assegurar um nível de divulgação mínimo *inter partes*, de sorte a possibilitar que os tribunais nacionais solicitem o acesso às demais informações caso haja necessidade¹⁰⁵.

Ainda na tentativa de uniformização das decisões a nível regional, determinou-se que os Tribunais Nacionais, ao apreciar ações no âmbito do Direito Concorrencial, não poderiam tomar decisões que contrariassem entendimento já proferido pela Comissão Europeia se se tratar de infrações relativas aos artigos 101º ou 102º do TFUE. Ademais, as vítimas de tais infrações poderiam basear-se no posicionamento da Comissão acerca do caso para instruir as ações de reparações de danos¹⁰⁶.

Cumprido destacar, ainda, que se outra autoridade da concorrência, de outro estado membro, já houver proferido decisão sobre o caso, e tal decisão tiver sido analisada a nível de recurso, o Tribunal Nacional não deverá proferir decisão contrária àquela. Assim sendo, haveria a garantia de uma uniformidade de decisões a nível comunitário, de sorte que a atuação de carteis a nível transnacional fosse combatida com um esforço comum e coeso.

No que tange à comprovação da culpa, sugeriu-se que se houvesse infração aos artigos 101º e 102º do TFUE, o autor do ilícito já deveria, de plano, ser responsabilizado pelos prejuízos ocasionados, exceto se houvesse comprovação de erro desculpável. Ainda no sentido de mensuração dos danos, tentou-se adotar critérios objetivos de cálculo, mas ainda há extrema complexidade no que diz respeito a avaliação das perdas amargadas pelas vítimas¹⁰⁷.

Em resposta às dúvidas acerca da possibilidade de arguição da repercussão de custos adicionais como meio de defesa, houve posicionamento no sentido de que se aceitará tal argumento, desde que haja a comprovação de um nexo de causalidade

¹⁰⁴ COUTO, F.D., CAMPOS. A reparação de danos sofridos em violação das regras europeias de concorrência. 59.p. Porto, 2014: Universidade do Porto. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/77284>. Acesso em: 15 jul. 2017, p.26.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ Ibidem, p.37.

com a infração e desde que o nível de prova apresentado não seja inferior àquele exigido para comprovação do dano pela vítima. Assim, reduz-se o ônus da prova da vítima e exige-se que o adquirente indireto, ao invocar os custos adicionais ilegais, invoque para si a repercussão do ilícito¹⁰⁸.

O posicionamento da Comissão quanto às ações de indenização e os acordos de clemência se deu no sentido de tentar assegurar a atratividade destes programas aos agentes infratores. Desta sorte, intentou-se para a preservação da confidencialidade nos casos de acordos firmados, bem como pela possibilidade de limitação de responsabilidade civil nos casos em que haja a concessão de imunidade.

3.1.3 Da diretiva europeia 2014/104

Em vista dos esforços empreendidos na elaboração dos trabalhos do Livro Verde (Green paper), bem como do Livro Branco (White paper), nasceu a diretiva 2014/104. Tal diretiva nasceu como o fruto da tentativa de promoção da efetiva aplicação das regras da concorrência no âmbito da União Europeia, bem como da busca de uma interação efetiva do âmbito público e privado no que diz respeito ao combate aos cartéis transnacionais através da reparação dos danos ocasionados pelos ilícitos praticados.

Nesse sentido, um de seus principais propósitos foi dirimir as controvérsias existentes quanto ao acesso às provas que estejam em poder das autoridades concorrenciais. É sabido que se deve assegurar o direito a indenização pelos danos causados pelo cometimento de ilícitos, bem como se deve promover o amplo acesso a todos os meios capazes de concretizar tal direito. Entretanto, um acesso amplo e indiscriminado a provas constantes de processos relativos a ilícitos concorrenciais se mostra desarrazoado e desproporcional nesse sentido. Isso porque os casos julgados pelas autoridades concorrenciais exibem complexidade ímpar e são instruídos por inúmeros documentos que podem ter impacto na persecução dos agentes em âmbito público¹⁰⁹.

Assim sendo, deve-se ponderar até que ponto o acesso a provas para comprovação do ilícito do âmbito civil não interferiria na persecução das condutas

¹⁰⁸ COUTO, F.D., CAMPOS. A reparação dos danos sofridos em violação das regras europeias de concorrência. 59.p.Porto, 2014: Universidade do Porto. Disponível em: < <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/77284>> Acesso em: 15 jul. 2017, p.37.

¹⁰⁹ Ibidem.

colusivas pelos agentes públicos. Mostra-se razoável, então, que se garanta o acesso a tal lastro probatório, mas desde que seja justificado e indispensável para a instrução e comprovação do processo de reparação de danos. Esse foi o posicionamento adotado pela diretiva 104/2014, que assevera que o pedido para acesso às provas deve ser especificado e detalhado além de comprovada sua necessidade, conforme se verifica:

(22) A fim de assegurar a proteção efetiva do direito à reparação, não é necessário que todos os documentos relacionados com um processo ao abrigo do artigo 101º ou 102º do TFUE sejam divulgados a um demandante, meramente com fundamento na sua intenção de intentar uma ação de indenização, já que é altamente improvável que a ação de indenização tenha de ser baseada em todos os elementos de prova incluídos no processo relativo a tal investigação.

(23) O requisito de proporcionalidade deverá ser apreciado cuidadosamente quando a divulgação implique o risco de desvendar a estratégia de investigação de uma autoridade da concorrência, revelando que documentos integram o processo, ou o risco de ter um impacto negativo na forma como as empresas cooperam com as autoridades da concorrência. Haverá que ter especial atenção de forma a impedir «investigações prospetivas», isto é, a pesquisa não específica ou excessivamente vasta de informações de improvável relevância para as partes na ação. Os pedidos de divulgação não deverão, pois, ser considerados proporcionados quando se referem à divulgação genérica de documentos no processo de uma autoridade da concorrência relativos a um determinado caso, ou à divulgação genérica de documentos apresentados por uma parte no contexto de um determinado caso. Tais pedidos de divulgação genérica não seriam compatíveis com o dever da parte demandante de especificar os elementos de prova ou as categorias de elementos de prova de forma tão precisa e estrita quanto possível.¹¹⁰

Assim sendo, percebe-se o esforço de conferir transparência e eficácia a persecução dos ilícitos. No entanto, há percalços no que diz respeito à articulação do regime da responsabilidade civil com o de programas de leniência/clemência. A aplicação, no âmbito privado, das normas da concorrência colide, em alguns casos, inexoravelmente, com a sua efetividade no âmbito público. Isto porque os infratores podem ser dissuadidos a colaborar com as autoridades da concorrência, na celebração de um programa de clemência, se as informações trazidas pelo acordo se

¹¹⁰ EUROPA. Diretiva 2014/104/UE do parlamento europeu e do conselho de 26 de novembro de 2014. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104> > Acesso em: 10 jul 2017.

tornarem plenamente acessíveis de forma a os colocar em situação mais prejudicial em vista do ajuizamento de ações de reparação de danos pautadas nas provas entregues em virtude do acordo¹¹¹.

Cumprir destacar, ademais, que tal diretiva estabelece limites à utilização de elementos de prova obtidos através do acesso aos processos que se encontram sob poder das autoridades nacionais de concorrência, de forma exclusiva. Sendo assim, os Estados membros devem assegurar que aos elementos “obtidos por uma pessoa singular ou coletiva exclusivamente através do acesso ao dossiê de uma autoridade da concorrência no exercício dos seus direitos de defesa ao abrigo do artigo 27.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 ou de disposições correspondentes do direito nacional” se aplicam determinadas restrições¹¹².

No que diz respeito ao acesso a documentos que possuem conteúdo considerado como sigiloso, ou que esteja proibida a divulgação, estes serão inadmissíveis na instrução processual das ações de indenização. Se estes documentos estiverem revestidos, por sua vez, de uma proteção temporária, os Estados membros devem certificar-se de que tais provas não serão utilizadas enquanto as autoridades da concorrência que levam a cabo a persecução do ilícito concorrencial não tiverem encerrado o seu processo ou proferido decisão baseada no artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 ou no capítulo III do Regulamento (CE) n.º 1/2003¹¹³.

Quanto aos documentos que estão disponíveis livremente, tomou-se precauções para evitar uma espécie de mercantilização de provas, de sorte que os Estados membros devem garantir que os documentos obtidos por uma pessoa ou um grupo devem ser utilizados, somente, nas ações nas quais essas mesmas pessoas ou seus sucessores no direito configurem no polo processual.

Imprescindível se faz, também, a orientação apresentada pela diretiva no tocante ao efeito probatório das decisões nacionais. Desta sorte, assevera-se que quando os tribunais nacionais se posicionarem acerca de ações de indenização abrangidas pelos artigos 101º e 102º do TFUE, ou desde que haja decisão definitiva do tribunal do Estado membro ou em sede de recurso, os demais tribunais nacionais

¹¹¹ COUTO, F.D., CAMPOS. A reparação dos danos sofridos em violação das regras europeias de concorrência. 59.p.Porto, 2014: Universidade do Porto Disponível em: < <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/77284>> Acesso em: 15 jul. 2017. p.38-39.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Ibidem,p.39-41.

não poderão tomar decisões contrárias àquelas já proferidas. Intenta-se, com efeito, atribuir efeito vinculante às decisões das autoridades nacionais, como já faz o Regulamento 1/2003, que atribui efeito probatório imediato às decisões da Comissão Europeia que digam respeito às previsões dos artigos 101.º ou 102.º do TFUE¹¹⁴.

Nesse diapasão, com o objetivo de aumentar a segurança jurídica e a coesão na aplicação das disposições do Tratado nos diferentes tribunais nacionais, bem como para aumentar eficiência processual das ações de indenização, a diretiva passou a esclarecer que tal efeito probatório deve ser considerado “independentemente de a ação ser ou não intentada no Estado-Membro dessa autoridade ou desse tribunal de recurso” e que tal efeito deve ser aplicado não só à parte dispositiva da decisão, mas também às partes que a complementam. Desta sorte, verifica-se uma facilitação quanto à questão probatória para o ajuizamento das ações de reparação de danos, uma vez que se deixa de exigir que o reconhecimento do ilícito tenha que se dar no mesmo foro de ajuizamento da ação de reparação¹¹⁵.

Em vista do quadro acima narrado, surgiram discussões acerca da vulnerabilidade a que as empresas estariam sujeitas se se pudesse ajuizar as ações de reparação de danos independentemente do local em que houvera se dado a condenação. Acontece que a facilitação probatória proposta não configura redução da proteção jurídica das empresas, uma vez que as decisões tomadas pelas autoridades concorrenciais estão sujeitas, ainda, ao controle jurisdicional, de sorte que qualquer arbitrariedade ou abuso se sujeita a revisão por parte do poder judicial.

Ademais, na União Europeia, as empresas se beneficiam de uma gama de enunciados normativos que asseguram os seus direitos de defesa, tal como consagrado no número 2 do artigo 48.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Além do mais, os direitos e as obrigações dos Tribunais nacionais decorrentes do artigo 267.º do TFUE não se alteram em vista de tal previsão¹¹⁶.

¹¹⁴ COUTO, F.D., CAMPOS. A reparação dos danos sofridos em violação das regras europeias de concorrência. 59.p.Porto, 2014: Universidade do Porto Disponível em: < <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/77284>> Acesso em: 15 jul. 2017. p.39-41.

¹¹⁵ *Ibidem*.

No que tange a caracterização do dano causado, a diretiva, diante da flagrante dificuldade e complexidade em se definir se houve de fato prejuízos ou não, especialmente nos casos de cartéis transnacionais, que atingem uma coletividade pulverizada e em diferentes níveis, previu-se uma presunção *juris tantum* de que, quando se tratar de ilícitos relativos a cartéis, a infração presumidamente terá causado danos a serem reparados. Esta presunção encontra justificativa no fato de os cartéis possuírem natureza secreta que caracteriza a assimetria de informação, tornando difícil para as vítimas obterem elementos de prova essenciais para demonstrar os danos. Desta forma, os Estados Membros “devem assegurar que, no caso de uma infração de um cartel, se deve presumir que a infração causou danos”. No entanto, a empresa infratora deve ter o direito de provar o contrário, vez que tal presunção não é absoluta¹¹⁷.

Merece destaque, ainda, o fato de que na ausência de regras da comunidade europeia acerca da quantificação dos danos causados pela violação das normas da concorrência, a mesma será feita levando em consideração as regras e procedimentos dos Estados Membros. Todavia, tais regras devem respeitar os princípios de equivalência e eficácia, uma vez não podem tornar excessivamente dificultoso o ônus probatório a que a vítima está sujeita. Desta sorte, impede-se que haja obstrução ao direito de indenização da parte lesada através da instituição de procedimentos probatórios excessivamente onerosos.

Em vista das propostas apresentadas pela diretiva, verifica-se que os principais objetivos desta proposta foram a facilitação do acesso a evidências nas ações de reparação de danos, mas preservando-se o interesse público ao restringir o acesso a provas oriundas de acordos de clemência; o reconhecimento de decisões dos tribunais nacionais como prova para o cometimento de ilícitos e ajuizamento das ações de reparação de danos em outros estados que não naquele que proferiu a decisão; facilitação do ônus probatório para as vítimas, entre outros.

Desta sorte, verifica-se o esforço empreendido pela União Europeia na tentativa de criar um cenário de cooperação regional alicerçado na coesão das decisões de direito concorrencial para a melhor persecução de cartéis que atuam a nível

¹¹⁶ COUTO, F.D., CAMPOS. A reparação dos danos sofridos em violação das regras europeias de concorrência. 59.p.Porto, 2014: Universidade do Porto Disponível em: < <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/77284>> Acesso em: 15 jul. 2017. p.39-41.

¹¹⁷ Ibidem.

transnacional. Nesse sentido, tem-se no anexo B a lista dos países que compõe o bloco europeu e a sua adesão integral ou não à diretiva até a data de 27 de janeiro de 2017. Ver-se-á, ademais, que alguns casos foram *turning points* para a União Europeia no sentido de instigar a elaboração da diretiva para dar aplicação aos objetivos de maior eficiência no tratamento de carteis transnacionais, bem como representaram desafios quanto à proposta integrativa, casos esses que veremos em sequência.

3.2 Casos Emblemáticos

3.2.1 Caso *Donau Chemie*

O TJCE foi requisitado para apreciar um pedido de acesso a documentos formulado por Verband Drucl. Este pedido foi apresentado no âmbito de um processo intentado no Oberlandesgericht Wien, que funciona como Kartellgericht (tribunal da concorrência austríaco), e tendo por objeto o acesso aos autos relativos ao processo judicial intentado pela Bundeswettbewerbsbehörde (autoridade federal da concorrência, - BWB) contra a Donau Chemie AG, a Donauchem GmbH, a DC Druck-Chemie Süd GmbH & Co KG, a Brenntag Austria Holding GmbH, a Brenntag CEE GmbH, a ASK Chemicals GmbH¹¹⁸.

Acontece que a legislação concorrencial austríaca previa que o acesso aos autos, por pessoas que não configuravam como parte, só poderia se dar em vista do consentimento dos atores diretamente envolvidos no processo. A VDMT, por sua vez, não tinha o consentimento das partes para acessar os autos, mas alegou que se tratava de assunto relacionado à proteção de empresas do setor gráfico que vinham sofrendo com os ilícitos anticoncorrenciais praticados. O Tribunal nacional da concorrência, todavia, negou o acesso às provas¹¹⁹.

Em sede recursal, considerou-se que o posicionamento do TJCE no caso *Pfeider*, no sentido de intentar para que as regras nacionais não inviabilizem a instrução probatória nas ações de reparação de danos decorrentes de atos anticoncorrencias, com o intuito de observar-se o TFUE frente às normas nacionais, decidiu-se suspender o processo e enviá-lo à apreciação do TJCE para que este se

¹¹⁸ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 6.6.2013, processo C- 536/11 Bundeswettbewerbsbehörde contra Donau Chemie AG. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62011CJ0536&lang1=en&lang2=PT&type=TEXT&ancre=> Acesso em: 17 jul 2017.

¹¹⁹ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.334-336.

posicionasse quanto ao caso. Restou claro para o Tribunal Europeu que não pode haver, no direito do Estado membro, disposição legal que obstaculize de maneira excessiva o acesso a documentos que estejam no bojo de processos julgados a nível nacional e que tenham relação com a aplicação do artigo 101º do TFUE, incluindo, ainda os documentos resultantes de acordos de clemência desde que não resguardados pelo sigilo¹²⁰.

Percebe-se, neste caso, a preocupação exarada no sentido de propiciar o acesso às provas pelas vítimas dos ilícitos, ainda que a persecução da conduta anticoncorrencial tenha se dado em nível nacional. Desta feita, tem-se o reconhecimento do julgado como meio de prova, de sorte a se garantir o acesso a tal, como previu posteriormente a diretiva:

(35) Caso uma ação de indenização seja intentada num Estado-Membro diferente do Estado-Membro da autoridade nacional da concorrência ou do tribunal de recurso que declarou a infração aos artigos 101.o ou 102.o do TFUE a que a ação se refere, essa declaração contida numa decisão definitiva proferida pela autoridade nacional da concorrência ou pelo tribunal de recurso deverá poder ser apresentada junto de um tribunal nacional pelo menos como elemento de prova *prima facie* da verificação de uma infração ao direito da concorrência. A declaração pode ser avaliada, conforme apropriado, juntamente com quaisquer outros elementos de prova produzidos pelas partes. O efeito de decisões tomadas por autoridades nacionais da concorrência e tribunais de recurso que declaram uma infração às regras de concorrência não prejudica os direitos e obrigações dos tribunais nacionais ao abrigo do artigo 267.o do TFUE.¹²¹

3.2.2 Caso Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide S.A

No ano de 2015 o Tribunal de Justiça da União Europeia exarou uma decisão relativa a ações de indenização ajuizadas por vítimas de um cartel com atuação transnacional, na qual restou dúvidas acerca da competência do tribunal para julgar tais demandas. O cartel atuava na Europa, nos EUA e no Brasil, e em 2006, tivera sua existência confirmada pela Comissão Europeia. Houve, portanto, o ajuizamento de ações de reparação de danos pela Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide S.A

¹²⁰ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.334-336.

¹²¹ EUROPA. Diretiva 2014/104/UE do parlamento europeu e do conselho de 26 de novembro de 2014. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legacontent/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104> > Acesso em: 15 jul 2017.

(CDC), sociedade belga que representava as empresas vítimas da conduta anticompetitiva.

Houve a proposição da referida ação no Tribunal Regional de Dortmund (Landgericht Dortmund), na Alemanha, contra seis das empresas que haviam sido consideradas culpadas pela Comissão Europeia, com a justificativa de que aquele foro seria competente em decorrência do fato de que uma das empresas réis, Evonik Degussa GmbH, ter sede naquele país. Todavia, a CDC, alguns meses mais tarde, desistiu do pedido de reparação somente da empresa Evonik Degussa GmbH, o que gerou questionamentos acerca do esvaziamento da competência daquele tribunal para julgar o as ações, uma vez que a única empresa com sede alemã não figuraria mais no processo.

O tribunal europeu, por sua vez, ao ser provocado para se manifestar sobre a questão revelou que a possibilidade de os autores da ação escolherem o foro competente para julgamento da ação configura uma resposta econômica à associação de carteis transnacionais. Isto porque em vista do orquestramento a nível internacional desses grupos, a única forma de se garantir uma eficaz reparação dos danos é através da possibilidade de ajuizamento de ações não só onde houve a prática da conduta, mas também onde se verificou os prejuízos, e a critério da vítima¹²².

Nesse sentido, verifica-se a aplicação dos princípios norteadores da diretiva 2014/104, no sentido de se promover uma ação regional no combate aos carteis transnacionais, reconhecendo-se, assim, as decisões proferidas a nível nacional como meio de prova para ajuizamento de pedidos de indenização ainda que em outro Estado Membro. Tal posicionamento, adotado pelo TJCE, sofre críticas, mas por outro lado representa uma ofensiva às práticas colusivas nefastas que atingem sobremaneira os mercados globalizados¹²³.

¹²² SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p.340-341.

¹²³ Ibidem.

CONCLUSÃO

Em vista dos desafios trazidos pelo fenômeno denominado globalização, que não apresenta conceituação unívoca, mas que se relaciona com fenômenos de extrema complexidade, tais quais a transformação do padrão do comércio internacional, a emergência de novas estruturas decisórias, a “desnacionalização do direito”, pôde-se perceber, também, o crescimento da atuação de carteis a nível transnacional. Por conta desta atuação pautada na complexidade dos mercados e na sua presença em diversos setores e locais do mundo, tais grupos cresceram em grande escala e passaram a determinar comportamentos econômicos em diferentes setores da economia global.

O orquestramento de condutas anticoncorrenciais a nível global mostrou-se, nos últimos tempos, como prática comum entre os agentes econômicos, que se veem instados à prática de tais ilícitos a nível transnacional por acreditarem estar em um espaço de anarquia normativa na qual não haveria espaço para persecução. Acontece que, embora haja, de fato, problemáticas a serem solucionadas no que tange a aplicação de normas antitruste a nível transnacional, tem-se verificado um esforço das autoridades concorrenciais, nos últimos tempos, em empreender uma facilitação da persecução a nível transnacional através de mecanismos de cooperação.

Como se verificou ao longo do trabalho, ainda há intensas e complexas discussões acerca desta “rede” de cooperação e instrumentalização de persecução de ilícitos concorrenciais a nível transnacional. Isto porque esbarra-se, constantemente, em questões afeitas à soberania estatal e à política externa empreendida pelos países. Nesse sentido, como restou demonstrado neste trabalho, verifica-se uma substancial diferença na postura adotada pelos Estados Unidos e pela União Europeia, que foi o paradigma para a elaboração desta análise.

Todavia, apesar dos dilemas tratados e das constantes dificuldades enfrentadas, tem-se verificado avanços no sentido da promoção de formas de reconhecimento das decisões concorrenciais a nível transnacional, bem como de formas de cooperação de instrução probatória, com o intuito de facilitar a persecução bem como de instruir as ações de reparação de danos. Nesse sentido, temos que a União Europeia empreendeu alguns avanços neste campo, elaborando diretivas com o intuito de promover uma integração regional para o combate às práticas anticompetitivas.

Mister se faz o destaque, entretanto, de que o modelo europeu, apesar de representar, atualmente, um modelo de cooperação e combate a carteis a ser seguido, no sentido de facilitação da instrução processual via reconhecimento de decisões relacionadas ao direito concorrencial a nível transnacional, apresenta, também, particularidades que não devem ser olvidadas. Isto porque a estrutura do bloco econômico, por si só, já representa um fator facilitador da integração persecutória a nível regional. Neste sentido, o reconhecimento de decisões oriundas de outras jurisdições, mas integrantes da mesma região, não causa tanto estranhamento quanto em outras realidades.

Ademais, as discussões acerca do reconhecimento destas decisões e da aplicação normativa a ser empregada ainda não é de todo unânime, vez que determinados países apresentam maiores facilidades no que tange ao ajuizamento de ações de reparação de danos do que outros. Nesse sentido, temos os Países Baixos, que ao longo dos anos, e mesmo antes da diretiva 2014/104, foi tomado como exemplo de “paraíso” para aqueles que tentam a recomposição dos prejuízos ocasionados pelos ilícitos anticoncorrenciais. Explica-se tal alcunha pelo fato de que mesmo antes da normativa regional, o parlamento neerlandês já cobrava uma atividade legislativa do bloco acerca da persecução de carteis internacionais, e intentava a aplicação de uma norma nacional de facilitação à persecução¹²⁴.

Outrossim, vale a lembrança de que o ambiente internacional é de fato pautado por uma “anarquia”, vez que não há uma autoridade central que possa impor comandos aos países, que são dotados de soberania, e, portanto, de autodeterminação. Desta feita, o reconhecimento de decisões transnacionais em suas jurisdições deve ficar a cargo de seu arbítrio. Imprescindível é, entretanto, o destaque de que a cooperação internacional e a formação dessa “rede” de persecução é o único instrumento hábil a ilidir as ações de carteis internacionais, uma vez que suas ações são revestidas de extrema complexidade e são refletidas em prejuízos globais, e não só regionais ou nacionais.

Nesse sentido, se faz importante a lembrança de que os casos tratados no decorrer deste trabalho, tais quais o caso *Donau Chemie*, o caso *Cartel Damage*

¹²⁴ LEXOLOGY. Is Netherlands a Paradise for damage claims? De Brauw Competition Newsletter. Agosto – Novembro 2011. Disponível em: <<https://s3.amazonaws.com/documents.lexology.com/c87c8d6a-1141-4048-9cd2-75d1c071105d.pdf>> Acesso em: 30 jul 2017.

Claims (CDC) Hydrogen Peroxide S.A, bem como os casos Pfleiderer e Courage vs Crehan, representaram verdadeiros turning points no que diz respeito ao tratamento das questões relativas às ações de reparação de danos decorrentes de decisões no âmbito do direito concorrencial. Foram tais casos que expuseram a complexidade do assunto diante de um contexto internacional, embora que no âmbito regional, e que possibilitaram a discussão e o empreendimento do reconhecimento de decisões desta natureza de forma transnacional como forma de alavancar a persecução das condutas de carteis internacionais, uma vez que a tradição estadunidense não acenava para esta possibilidade de forma tão clara.

Desta feita, os avanços empreendidos pela União Europeia merecem destaque, vez que representam uma forma de cooperação inovadora, razão pela qual este trabalho se debruçou sobre a perspectiva comunitária da questão, embora haja discussões em outros países sobre o tema. Resta evidente que a postura adotada pelo bloco não é isenta de críticas, mas diante de uma realidade complexa, na qual a globalização permitiu a interconexão dos mercados, tal postura se mostra a mais eficaz para combater os nefastos efeitos provocados pelos ilícitos anticompetitivos cometidos a nível transnacional.

Espera-se que tais inovações normativas e empreendimentos de cooperação sejam capazes de influenciar os demais países a adotar ações de facilitação para persecução dos ilícitos concorrenciais, bem como para o ajuizamento das ações de reparação de danos em jurisdições diferentes daquelas em que a conduta colusiva foi constatada. Nesse diapasão, o intercâmbio de provas e o reconhecimento de decisões entre as diferentes jurisdições se mostra extremamente interessante, não representando uma forma de diminuição da soberania nacional, na acepção tradicional do termo, mas antes servindo como pleno exercício de autonomia decisória no sentido de empreender a inibição de condutas maléficas a todo o mercado global.

Nesse sentido, merece consideração o trabalho empreendido pelas autoridades concorrenciais brasileiras no caso dos compressores herméticos, no qual o CADE condenou as empresas Household Compressors Holding S.p.A, Danfoss A/S e Panasonic Electric Works Co. Ltda, além de três pessoas físicas pertencentes a empresas dos grupos por formação de cartel no mercado internacional de compressores herméticos de refrigeração, nos autos do processo administrativo de número 08012.000820/2009-11.

No caso em questão, foi apurado que as empresas supracitadas realizavam reuniões e trocavam mensagens para compartilhar informações comercialmente sensíveis e discutir percentuais de reajuste de preços, bem como o controle do sistema de ofertas, de compressores herméticos, que são utilizados em sistemas refrigeradores, especialmente eletrodomésticos. Tal conluio acarretou prejuízos para consumidores de diversos países, incluindo o Brasil, pelo período de 1996 a 2008. Em vista do fato de haver evidências de que o cartel de fato ocorrera e de que tivera efeitos no Brasil, instaurou-se o processo em julho de 2009, a partir de provas obtidas através de acordo de leniência. Acontece que a coleta das provas deveria se dar não só em território brasileiro, mas também em outros países, em vista da atuação transnacional do cartel.

Tal caso configurou-se como sendo o primeiro julgado do CADE no qual houve cooperação internacional para a realização de buscas e apreensões de provas. Percebe-se, portanto, que apesar de serem claras as dificuldades de aplicação de normas correlatas à realidade europeia ao contexto normativo brasileiro, o esforço empreendido no sentido da cooperação internacional e do reconhecimento de provas a nível transnacional se mostrou realizável e de suma importância para a condenação do cartel de compressores herméticos.

Percebe-se, desse modo, que apesar das dificuldades encontradas e dos gargalos da questão, é possível haver uma cooperação internacional mais relevante do que a até agora empreendida. Especialmente no que tange ao reconhecimento de decisões concorrenciais a nível transnacional para o ajuizamento das ações de reparação de danos. Contudo, para que tal cenário se instale, é necessário que os países se disponham a tal, o que ainda se mostra difícil, mesmo dentro da própria União Europeia, vez que alguns países ainda não adotaram a diretiva 2014/104, como se verifica no quadro presente no anexo B.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

CASEBRIEFS. *United States v. aluminum Co. America*. Disponível em:

<<http://www.casebriefs.com/blog/law/international-law/international-law-keyed-to-damrosche/chapter-11/united-states-v-aluminum-co-america/>> Acesso em: 3 abr. 2017.

CADE. *Processo Administrativo nº 08700.007888/201600*. Nota técnica Nº 24/2016/ChefiaGABSG/SG/CADE, 19 de fev. 2017. Disponível em:

<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9I4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcqpqBftsU_mXg>. Acesso em: 15 maio 2017.

CONNOR, J. M. Private Recoveries in International Cartel Cases Worldwide: What do the Data Show? 2012. *The American Antitrust Institute*, Working Paper n. 12-03. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2165431>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

COUTO, F.D. CAMPOS. *A reparação dos danos sofridos em violação das regras europeias de concorrência*. 59.p. Porto, 2014: Universidade do Porto. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/77284>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

EUROPA. *Green paper*. Pág 3. Ponto 1.1, 1º parágrafo. Disponível em:

<http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_en.pdf> Acesso em: 8 de jun. 2017.

EUROPA. *Livro Branco*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008DC0165&from=EN>>. Acesso em: 20 jul 2017.

EUROPA. *Diretiva 2014/104/UE do parlamento europeu e do conselho de 26 de novembro de 2014*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. *RDC*, v. 1, n. 2, p. 11-31. Nov., 2013.

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LEXOLOGY. *Is Netheerlands a Paradise for damage claims?* De Brauw Competition Newsletter. Agosto – Novembro 2011. Disponível em: <<https://s3.amazonaws.com/documents.lexology.com/c87c8d6a-1141-4048-9cd2-75d1c071105d.pdf>> Acesso em: 30 jul. 2017.

MAGALHÃES, José Carlos. A aplicação extraterritorial de leis nacionais. *Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, n. 80, p. 157-177, jan./dez. 1985.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SALGADO, S.E. MOURA Os acordos de conclusão: o direito à informação nas ações de indenização. 70.p. Coimbra,2014: Universidade de Coimbra. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/bitstream/10316/28534/3/Os%20acordos%20de%20colus%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 19 jun 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: uma abordagem dos mecanismos extraterritoriais de persecução*. São Paulo: LTr, 2007.

SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2003.

STIGLER, George. Law or economics? *The Journal of Law and Economics*, v. 35, n. 2. p. 462-463, out.1992.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 20.9.2001, processo C-453/99 entre Courage Ltd. e Bernard Crehan. Disponível em : <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-453/99>> Acesso em: 1 jun. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 14.6.2011, processo C-360/09 entre PfleidererAG e Bundeskartellamt. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-360/09>>Acesso em: 1 jun. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 6.6.2013, processo C-536/11 Bundeswettbewerbsbehörde contra Donau Chemie AG, a Donauchem GmbH, a DC Druck-Chemie Süd GmbH & Co KG, a Brenntag Austria Holding GmbH, a Brenntag CEE GmbH, a ASK Chemicals GmbH. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62011CJ0536&lang1=en&lang2=PT&type=TEXT&ancre=>>> Acesso em: 17 jul 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 2012/C 326/01*. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri= CELEX:12012E/TXT&from=en](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=en)> Acesso em: 5 abr. 2017.

ANEXO A: QUADRO RESUMO SOBRE ARTICULAÇÃO ENTRE AS PERSECUÇÕES PÚBLICA E PRIVADA

ESTADOS UNIDOS		
QUADRO-RESUMO SOBRE A ARTICULAÇÃO ENTRE AS PERSECUÇÕES PÚBLICA E PRIVADA A CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS		
(a) Sobre o acesso a documentos e informações oriundos de Acordos de Leniência		
Regra geral	Durante a negociação e a investigação	Após a decisão final sobre o caso
<p>Ampla <i>discovery</i> (FOIA, FRCrP e FRCP). Acesso mediante ordem judicial. As partes réis no processo têm obrigação legal de disponibilizar os documentos e informações relevantes que estejam em seu controle.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Exceções: <ul style="list-style-type: none"> (i) sigilo investigativo e do informante (FOIA); (ii) informação privilegiada (FRCP). 	<p>Tribunais deferem os pedidos de <i>stay</i> do DOJ (FRCP). Dever de sigilo do <i>grand jury</i> (FRCrP).</p>	<p>Processo criminal tramita, em regra, publicamente (FRCrP). No entanto, 90% dos casos se encerram mediante acordo.</p>
(b) Sobre a extensão da responsabilidade do signatário do Acordo de Leniência nas ARDC		
Regra geral	Peculiaridades	
<p>Responsabilidade solidária e <i>treble damages</i> (danos triplicados).</p>	<p>Reparação de danos às partes lesadas pela infração concorrencial é condição para celebração de Acordo de Leniência. Mediante cooperação do beneficiário do Acordo de Leniência, limita-se a responsabilidade para <i>de-trebling</i> (danos simples) e não solidária.</p>	
(c) Sobre a prescrição das ARDC		
Prazo prescricional	Outras medidas relacionadas à prescrição	
<p>Quatro anos. Contagem se inicia, nos casos das infrações continuadas, a partir da cessação da conduta.</p>	<p>Possível a solicitação do <i>stay</i> (FRCP). Suspensão do prazo prescricional durante “<i>government enforcement proceeding</i>”.</p>	

ANEXO B: TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA EUROPEIA NOS ESTADOS MEMBROS

Transposition of the Directive in Member States

Country	Stakeholder consultation	Government	Parliament	Adopted legislation	Full transposition communicated
Austria			Ministry Proposal of 26 August 2016 Government Proposal of 1 March 2017	Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2017	✓
Belgium	November 2015 - May 2016	Proposal of 17 June 2016	Proposal of 12 April 2017		✗
Bulgaria	02 - 16 September 2016		Proposal of 15 November 2016		✗
Croatia	09 November – 08 December 2016		Proposal of 8 March 2017		✗
Czech Republic		Proposal of 18 August 2016	Proposal of 5 December 2016 Parliament file		✗
Cyprus					✗
Denmark	29 June – 03 August 2016 (2 nd consultation)		Proposal of 5 October 2016	Competition Damages Act Explanatory notes Parliament amendments	✓

	06 October – 13 November 2015 (1 st consultation)				
Estonia	11 August - 1 September 2016				X
Finland	15 June – 11 September 2015		Proposal of 19 May 2016	Act on Competition Damages (1077/2016) Amendment to Competition Act 1078/2016 Entry into force: 26.12.2016 More info	✓
France				Decree of 9 March 2017 (n°2017-305) Ordonnance of 9 March 2017 (n°2017-303)	✓
Germany	01 - 15 July 2016		Proposal of 28 September 2016	Parliament file	X
Greece					X
Hungary	13 - 22 September 2016		Proposal of 28 October 2016	Amendment to the Competition Act (see pages 183 and seq.)	✓
Ireland				EU (Actions for Damages) Regulations 2017	✓
Italy			Proposal of 27 October 2016	Legislative Decree of 19 January 2017, n. 3	✓
Latvia	07 - 21 January 2016			Partial implementation (concerning Article 17 (2) of the Directive)	X
Lithuania	10 February - 02 March 2016	Proposal of 21 October 2016	Proposal of 22 November	Amended Competition Act	✓

			Proposal of 15 December		
Luxembourg			Proposal of 5 July 2016	Competition Damages Act	✓
Malta	20 September - 18 October 2016			Competition Law Infringements (Actions for Damages) Regulations 2017 (Partial implementation)	✗
Netherlands	08 October - 22 November 2015		Proposal of 7 June 2016 Proposal of 24 November 2016	Law amending the Book 6 of the Civil Code and the Code of Civil Procedure in relation to the implementation of the Directive 2014/104/EU Entry into force: 10.02.2017	✓
Poland	17 March - 07 April 2016	Proposal of 1 February 2017 Proposal Progress File	Proposal for Damages Actions Act		✗
Portugal	26 April - 27 May 2016	Proposal by the NCA: PT ; EN			✗
Romania	04 - 15 September 2016				✗
Slovakia	08 - 26 August 2016	Discussion of revised draft	Proposal of 23 September 2016	Competition Damages Act	✓
Slovenia	15 June - 15 July 2016	Proposal of 13 February 2017 (adopted on 2 March 2017)	Proposal of 3 March 2017 More info	Law amending the Law on Prevention of the Restriction of Competition Act (ZPOmK-1G)	✗
Spain	First draft				✗

Sweden	06 November 2015 - 05 February 2016		Proposal of 15 September 2016	Competition Damages act Amendment to the Competition Act Amendment to the Group Actions Act Amendment to the Patent and Market Court Act	✓
United Kingdom	28 January - 09 March 2016	Government response of 20 December 2016 to public consultation	Draft Statutory Instruments	Gibraltar: Fair Trading (damages for infringement of competition) Rules 2016 UK: The Claims in respect of Loss or Damage arising from Competition Infringements Regulations 2017	✓