Insper Instituto de Ensino e Pesquisa
LLC em Direito Empresarial

Tomás de Sampaio Góes Martins Costa

A REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS PELA FORMAÇÃO DE CARTEL: UMA ANÁLISE DOS PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

SÃO PAULO
2017

Tomás de Sampaio Góes Martins Costa

A REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS PELA FORMAÇÃO DE CARTEL: UMA ANÁLISE DOS PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de LLC em Direito Empresarial do Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa, como parte dos requisitos para obtenção do título de Pós-graduação Latu-Sensu em Direito; Insper; Direito Empresarial

Orientadora: Professora Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque

SÃO PAULO

2017

Costa, Tomás de Sampaio Góes Martins
A reparação de danos causados pela formação de cartel: uma análise dos problemas e perspectivas do judiciário brasileiro à luz da experiência internacional. /
Tomás de Sampaio Góes Martins Costa. – São Paulo, 2017
20 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação Latu Sensu em Direito Empresarial - LLC) – Insper 2017
Orientadora: Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque.

1. Direito Concorrencial. 2. Cartel. 3. Reparação de Danos. 4. *Private Enforcement.* I. Tomás de Sampaio Góes Martins Costa. II. A reparação de danos causados pela formação de cartel: uma análise dos problemas e perspectivas do judiciário brasileiro à luz da experiência internacional.

Tomás de Sampaio Góes Martins Costa

A REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS PELA FORMAÇÃO DE CARTEL: UMA ANÁLISE DOS PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de LLC em Direito Empresarial do Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa, como parte dos requisitos para obtenção do título de Pós-graduação em Direito; Direito Empresarial.

DATA DE APROVAÇÃO: __/__/__

Professora Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque
Orientadora
Insper

Dedico este trabalho ao meu querido e já saudoso tio, Romeu Ricupero, uma das mentes mais brilhantes que já conheci, fonte de inesgotável saber jurídico, uma das minhas principais referências profissionais e, principalmente, pessoais. Espero que você possa ler o resultado deste trabalho, esteja você onde estiver.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente, à minha namorada, Caroline Cury, que, além de ser uma companheira para todas as horas e situações, é uma profissional incansável e brilhante, que tanto me inspira a seguir em frente com nossos planos e sonhos.

Agradeço, ainda, aos meus pais, Celina e Reginaldo, ao meu irmão, João Pedro, e à toda minha família, que sempre me apoiou, me incentivou e me inspirou em minha vida profissional e acadêmica.

Por fim, agradeço aos meus colegas do Galdino, Coelho, Mendes Advogados, em especial à Cláudia Maziteli Trindade, por todos estes anos de parceria e aprendizado, e à Giovanna Marcolini Bsaibes, pelo esforço e dedicação de sempre e, principalmente, por confiar a mim o desafio e a honra de ajudá-la a trilhar os primeiros passos de sua promissora carreira profissional.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o cenário encontrado no Judiciário brasileiro por empresas interessadas em ajuizar ações de reparação por danos causados em virtude de cartéis, identificando os principais problemas enfrentados por tais empresas e analisando as possíveis soluções para tais entraves, principalmente com base na experiência da União Europeia e dos Estados Unidos. Busca-se, ao final, apresentar e analisar as propostas que o órgão antitruste brasileiro, o CADE, tem buscado implementar para fomento do *private enforcement* brasileiro, ao mesmo tempo em que se preocupa em evitar que o aumento do ajuizamento de ações de reparação de danos por prejudicados pela conduta de cartel prejudique o Programa de Leniência brasileiro, principal ferramenta utilizada pelo CADE para investigação e punição de cartéis.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Cartel. Indenização. *Private Enforcement*. Direito concorrencial. Livre mercado.

ABSTRACT

This dissertation analyses the scenario of the brazillian cartel private enforcement, focusing on the companies that were affected by the cartel activities and are interested in taking legal action to repair damages. This analyze will also identify the main problems faced by this companies and its possible solutions, based on the international experience of the European Union and the United States. In the end of this paper, it will be presented the brazilian antitrust agency proposals for development of Brazil's private enforcement, without harming the Leniency Program, which is the main way used by the brazilian antitruste agency to identify and punish cartels.

Key Words: Tort. Cartel. Indemnification. Private Enforcement. Competition Law. Free market.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ARDC - Ação de Reparação por Danos Concorrenciais

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

EUA – Estados Unidos da América

LDC - Lei de Defesa da Concorrência, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011

NT – Nota Técnica

OAB/SP – Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo

PA – Processo administrativo

SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SG – Superintendência-Geral do CADE

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCC(s) - Termo de Compromisso de Cessação

UE – União Europeia

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 11

2. OS PROBLEMAS ENFRENTADOS NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO E A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL 14

2.1. Dificuldade para produção de provas 14

2.2. Dificuldade de quantificar o prejuízo sofrido ..... Erro! Indicador não definido.

2.3. Prescrição 20

2.4. O desconhecimento, pelos prejudicados, do direito de buscar a reparação de danos sofridos pela prática do cartel 22

2.5. Custos envolvidos na demanda judicial X probabilidade de êxito 24

3. COMO CONCILIAR A PRESERVAÇÃO DA LENIÊNCIA E DO TCC COM O INCENTIVO À REPARAÇÃO DOS DANOS EM ÂMBITO CÍVEL?..... Erro! Indicador não definido.

4. ANÁLISE DAS MEDIDAS QUE VÊM SENDO ADOTADAS PARA FACILITAR A REPARAÇÃO DE DANOS NO DIREITO BRASILEIRO 27

5. CONCLUSÃO 29

REFERÊNCIAS 31

1. INTRODUÇÃO

A formação de cartel é uma das condutas mais lesivas à livre concorrência, e, justamente por isso, representa um dos atos de maior relevância no âmbito da política antitruste[1].

Cartel, em resumo, consiste na atuação conjunta de concorrentes, em determinado segmento da economia, com o objetivo de obter vantagem econômica indevida aos participantes do cartel, ferindo a livre concorrência por meio, principalmente, de combinação de preços, meios de produção, divisão de territórios e combinação de revezamento de vencedores em licitações[2].

Ao longo dos últimos anos, o Brasil tem observado um crescimento considerável no combate aos cartéis, principalmente após o advento da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 ("Lei n° 8.884/94"), que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.

A importância e a força do CADE na repreensão às condutas antieconômicas foi ainda mais reforçada com a entrada em vigor da Nova Lei de Defesa da Concorrência, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 ("LDC"), que concentrou no CADE todas as funções administrativas atinentes à manutenção da livre concorrência. Com isso, as investigações e os processos administrativos tornaram-se mais céleres, permitindo uma maior efetividade na fiscalização e punição de atos antieconômicos.

Os principais meios utilizados pelo CADE para identificação e investigação de cartéis são os Acordos de Leniência e os Termos de Compromisso de Cessação (TCC), por meio dos quais referida autarquia obtém acesso a informações e documentos cedidos pelos colaboradores envolvidos no cartel. Com isso o CADE tem superado um grande obstáculo na punição de cartéis: a obtenção de provas. Consequentemente, vem identificando e punindo um número superior de cartéis do que conseguia há alguns anos.

Não obstante os manifestos aprimoramento e crescimento da repressão aos cartéis em âmbito administrativo, o cenário de reparação de danos causados aos prejudicados pelos atos de cartel ainda caminha a passos lentos no Brasil.

O próprio CADE reconhece que são três os pilares principais para repreensão às

---

[1] SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinicius Marques de; CORDOVIL, Leonor (Coord.). **Direito Econômico e Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 247.

[2] NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008. p. 279/280

práticas de cartel[3]: (i) público; (ii) penal; e (iii) privado. Hoje, no Brasil, vemos um total desequilíbrio na valorização destes três pilares, sendo gritante a distância da efetividade das punições nos âmbitos público e penal em comparação com o âmbito privado.

A atuação do CADE, conforme já elucidado, visa à preservação do âmbito público, sendo sua função direta a aplicação das punições administrativas aos envolvidos na prática de cartel. No entanto, a atuação do órgão antitruste brasileiro, atualmente, acaba interferindo também no âmbito penal, vez que a LDC prevê, em seu art. 87, parágrafo único[4], a extinção da punição penal do signatário de acordo de leniência, valendo destacar, ainda, que é possível a troca direta de informações entre o CADE e as autoridades responsáveis pela investigação e processo penal.

Por outro lado, é praticamente inexistente a punição, em âmbito cível, dos envolvidos em cartel. Tal fato acaba não só amenizando a punição aplicada aos infratores, como deixa desamparados os prejudicados pela atividade do cartel, que não observam a indenização dos danos a eles causados.

A importância da punição em âmbito cível fica ainda mais evidenciada se observada a situação da leniência. Como é cediço, aquele que assina acordo de leniência tem afastada a punibilidade em âmbito administrativo e penal, nos termos do art. 86 da LDC. Porém, o referido dispositivo legal não afasta a possibilidade de reparação dos danos causados em âmbito cível.

Importante observar que a assinatura do acordo de leniência isenta o delator das punições administrativas e penais justamente em virtude do interesse público da delação, que é, como já dito, a principal forma utilizada pelo CADE para reunir as provas necessárias à identificação e punição do cartel. Por outro lado, o legislador não permitiu a interferência do CADE no direito privado, mantendo o direito de o prejudicado pela prática do cartel buscar a reparação cível dos prejuízos sofridos, direito que, em tese, seria até mesmo facilitado pela assinatura da leniência, vez que esta implica a confissão da prática de cartel, nos termos do inciso IV do art. 86 da LDC.

---

[3] Declaração do ex-superintendente geral do CADE, Diogo Thomson de Andrade, no evento CONCORRÊNCIA E O ADMIRÁVEL MUNDO NOVO, evento organizado pela OAB/SP, 2017, São Paulo, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=WAOWZw01kRA>. Acesso em 09 ago. 2017

[4] "Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo."

Há de se destacar que a condenação de empresas cartelizadas ao pagamento de indenização em âmbito cível possui, além do objetivo de reparação dos danos causados aos prejudicados, o importante papel de desestímulo à prática de novos atos antieconômicos, efeito que acaba criticamente mitigado quando uma empresa firma um acordo de leniência e não tem ajuizada contra ela Ação de Reparação por Danos Concorrenciais ("ARDC").

Vê-se, portanto, que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ("SBDC") atribui enorme importância à punição em âmbito cível, vez que esta é a única forma de punição que jamais será afastada, por estar na esfera de direitos individuais. No entanto, quase que em contrassenso, não são poucos os problemas observados por aqueles interessados em buscar a reparação dos danos causados pela atividade de cartéis. O objetivo do presente artigo é, justamente, a análise destes problemas, com enfoque, principalmente, nas empresas não envolvidas no cartel e diretamente afetadas por sua atividade, buscando na experiência internacional – principalmente da União Europeia e dos Estados Unidos – e nas propostas apresentadas pelo CADE na Nota Técnica nº 24/2016, possíveis alternativas para tornar o cenário jurídico brasileiro mais favorável às ARDCs.

Após a análise de cada um dos principais problemas enfrentados pelos interessados em ajuizar ARDC no direito brasileiro, será feita uma análise das possíveis alternativas para tentar superar tais entraves sem prejudicar o Programa de Leniência que, conforme já destacado, é a principal ferramenta utilizada pelo CADE para identificação e punição de cartéis.

Ao final, além de analisar as principais alterações sugeridas na NT nº 24/2016, será realizada uma análise crítica das referidas alterações, com a apresentação da visão do autor acerca das propostas trazidas pelo CADE na mencionada NT, principalmente no que se refere ao equilíbrio entre o incentivo ao ajuizamento de ARDCs e a proteção ao Programa de Leniência brasileiro.

Mesmo não sendo o foco do presente estudo, é de suma importância destacar que a atividade cartelizada de empresas causa enorme prejuízo aos consumidores, que também possuem inúmeros óbices à observação da reparação pelos danos sofridos, principalmente pelo alto custo que estaria envolvido no ajuizamento de ação individual para reparação dos danos e pelo fato de que praticamente inexistem ações civis públicas ajuizadas para reparação dos danos causados por cartéis.

Tanto nos EUA quanto na UE há uma maior preocupação com os consumidores

lesados pela prática do cartel do que com as empresas lesadas. No entanto, como bem observa Daniel Costa Caselta, há uma diferença de objetivos no tratamento dado à indenização cível no modelo americano em comparação com o modelo europeu. Na UE, o foco é a reparação efetiva dos danos causados pela prática do cartel, enquanto nos EUA o foco é o desestímulo à prática do cartel, conferindo ao prejudicado a possibilidade de receber montante equivalente ao triplo do prejuízo sofrido[5].

No cenário brasileiro, facilmente se constata que a proteção aos consumidores é, assim como nos EUA e UE, a principal preocupação do CADE na NT nº 24/2016, o que torna essencial uma análise do cenário brasileiro de ARDCs sob a ótica das empresas prejudicadas pela atividade de cartéis.

2. OS PROBLEMAS ENFRENTADOS NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO E A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

2.1. Dificuldade para produção de provas

Talvez a principal problemática observada ao se buscar a reparação dos danos causados por cartéis seja a dificuldade na produção de provas, tanto da própria prática do cartel, quanto do dano causado àquele prejudicado por tal conduta antieconômica.

Normalmente, cartéis são estruturados por seus integrantes de forma velada, buscando maquiar a prática para dificultar sua identificação, o que torna uma missão praticamente impossível a de colher provas do conluio sem realizar-se uma investigação profunda, conduzida por profissionais especializados e, principalmente, com o auxílio de informações privilegiadas que, na expressiva maioria das vezes, são obtidas pelos investigadores do CADE por meio dos acordos de leniência e de TCCs.

Justamente em virtude da dificuldade da produção das provas da prática do cartel, o cenário ideal seria o de utilização, no âmbito das ARDCs, das provas – ou até mesmo das conclusões – colhidas no âmbito do CADE, cabendo aos autores das demandas judiciais apenas e tão somente o ônus de comprovar que a prática do cartel lhes causou um dano que deve ser indenizado e qual a extensão do prejuízo.

No cenário atual, o que se observa é a negativa do CADE em apresentar

---

[5] CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel**. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2015.

documentos e informações colhidas por meio de acordos de leniência ou TCC antes da realização do julgamento do Processo Administrativo, conforme o próprio ex-superintendente adjunto do CADE, Diogo Thomson de Andrade, reconheceu em palestra realizada no OAB/SP no dia 23.06.2017[6]. De um modo geral, o Judiciário costuma apoiar esta posição do CADE, entendendo pela impossibilidade de quebra da confidencialidade imposta pelo agente antitruste às informações provenientes do Programa de Leniência antes do julgamento em âmbito administrativo, entendimento pautado principalmente na ideia de que a exposição prematura das informações obtidas por meio de acordos de leniência pode causar prejuízo à atratividade do Programa de Leniência.

No entanto, o STJ, em recente julgado de relatoria do Ministro Marco Aurélio Belizze[7], em ARDC relacionada ao suposto cartel de compressores, determinou que fossem apresentados ao Judiciário os documentos obtidos por meio do acordo de leniência antes mesmo do julgamento pelo CADE. O STJ consignou que após a apresentação do relatório circunstanciado pela SG ao Presidente do Tribunal Administrativo, não haveria mais sentido em manter-se o sigilo de toda a documentação obtida por meio do acordo de leniência e que, inclusive, seria uma obrigação do CADE, nos termos do art. 11, X, da LDC, "prestar informações e fornecer cópias dos autos dos procedimentos administrativos ao Poder Judiciário, quando requeridas para instruir ações judiciais, de modo que eventual sigilo do procedimento administrativo não pode ser oposto ao Poder Judiciário".

Vê-se, portanto, que a decisão proferida pela Terceira Turma do STJ representa um importante precedente para a colaboração entre Judiciário e CADE em âmbito de ARDCs. O julgado supracitado foi, inclusive, um dos principais fatores que levaram o CADE a realizar a consulta pública que será melhor detalhada no Capítulo 4 deste artigo.

Analisando o cenário internacional, é possível verificar que tanto a União Europeia quanto os Estados Unidos possuem uma política bem estabelecida de acesso, em âmbito das ARDCs, à documentação obtida nas investigações de seus órgãos antitruste, sendo, no entanto, o regramento da UE muito mais restritivo ao acesso do que o norte-americano.

Na UE, são três os níveis de acesso à documentação produzida em âmbito de acordos de delação estabelecidos no artigo 5º da *Directive on Antitrust Damages Actions*

---

[6] CONCORRÊNCIA E O ADMIRÁVEL MUNDO NOVO, evento organizado pela OAB/SP, 2017, São Paulo, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=WAOWZw01kRA>. Acesso em 09 ago. 2017

[7] STJ – Resp nº 1.554.986/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, DJ 05.04.2016

– marco regulatório do *private enforcement* europeu: (i) *black list*, (ii) *grey list*, e (iii) *white list*.

A *black list* consiste em documentos que não poderão, em hipótese alguma, ser disponibilizados para o público, nem mesmo com ordem judicial. A justificativa para a impossibilidade de apresentação deste tipo de documento é a de que eles jamais seriam obtidos se não fosse por meio do Programa de Leniência, vez que se tratam de documentos produzidos pelo próprio colaborador – no Brasil, se enquadraria em tal categoria o Histórico de Conduta. Incluir este tipo de documentação na *black list* é medida adotada pela Comissão Europeia visando proteger a atratividade do Programa de Leniência para potenciais colaboradores.

Os documentos elencados na *grey list*, por sua vez, possuem proteção temporária e poderão ser apresentados mediante ordem judicial, após a autoridade antitruste proferir decisão final acerca do caso. A proteção temporária se justifica para evitar interferências externas no curso da investigação.

Por fim, os documentos e informações categorizados na *white list* poderão ser apresentados aos tribunais, em âmbito das ARDCs, a qualquer tempo, vez que tal documentação, no entendimento da Comissão Europeia, poderia ser obtida mesmo sem a colaboração das empresas delatoras.

Já nos EUA, muito embora inexista um regramento específico acerca do acesso à documentação em ARDCs, são aplicadas as regras de três diplomas legais: *Freedom of Information Act, Federal Rules of Criminal Procedure,* e *Federal Rules of Civil Procedure*. Os três diplomas mencionados estabelecem, como regra geral, o livre acesso à documentação, desde que proferida ordem judicial neste sentido.

As três principais exceções à regra geral de amplo acesso à documentação no direito norte-americano são (i) o sigilo investigativo; (ii) o sigilo do informante; e (iii) a informação privilegiada.

A ideia por trás das primeiras duas exceções mencionadas é justamente evitar que o acesso à informação possa prejudicar o andamento do processo investigativo. No entanto, após a conclusão da investigação, via de regra, será permitido o acesso dos prejudicados pelo cartel a tais informações, sendo, portanto, temporário o sigilo de tais documentos[8].

Já as informações categorizadas como privilegiadas, estas sim, via de regra, jamais

[8] *In re Flat Glass Antitrust Litig.* (Flat Glass I), MDL No. 1200, Misc. No. 97550, at 56 (W.D. Pa. Mar. 26, 1998)

terão sua confidencialidade encerrada. Normalmente, são categorizadas como informações privilegiadas as comunicações entre clientes e advogados, os segredos comerciais/industriais e os documentos de trabalho elaborados por advogados do órgão antitruste estadunidense ou até mesmo por advogados dos participantes do programa de leniência[9].

Há, ainda, uma interessante regra no direito norte-americano de inversão do ônus da prova em ARDCs, estabelecendo o dever dos réus de apresentar em juízo toda a documentação necessária à contraprova da alegação do autor da ação de reparação de danos causados pela prática do cartel. De fato, partindo da premissa de que a maior parte dos documentos que comprovam a prática do cartel são muito bem acobertados pelas empresas que o constituem, parece fazer todo sentido a inversão do ônus da prova, não só para as ações de Direito do Consumidor, mas também para as ARDCs movidas por empresas concorrentes supostamente prejudicadas pelo cartel, vez que os acusados da conduta antieconômica possuem meios muito mais adequados de apresentar provas que os isentem da acusação do que o contrário.

No direito brasileiro, com o advento do Novo Código de Processo Civil, seria possível, nos termos dos artigos 373, §1º e 139, inciso VI do referido diploma, que o juiz responsável pelo julgamento da ARDC determine a inversão do ônus da prova, em virtude da maior facilidade de produção da prova por parte do réu – a chamada distribuição dinâmica do ônus da prova. Não foi encontrado nenhum precedente de ARDC com a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, mas, ao menos em tese, a aplicação do referido instituto legal parece ser totalmente adequada para casos de ARDC.

Vale destacar que as próprias decisões do CADE podem ser utilizadas como prova em âmbito cível. As decisões do CADE – mesmo as não terminativas – são, via de regra, muito detalhadas e buscam apresentar o máximo possível de informações colhidas em âmbito das investigações – a ideia do CADE é, justamente, que suas decisões possam ser utilizadas como prova em ARDCs, sem que seja necessária a quebra do sigilo da documentação obtida por meio dos acordos de leniência e TCCs.

Com o respeito às possíveis opiniões divergentes, se utilizada como prova em ARDC uma decisão definitiva do CADE reconhecendo a prática do cartel, ou até mesmo um acordo de leniência ou TCC – em que o signatário confessa, para obtenção dos benefícios, a prática do cartel –, é imperioso que se parta do princípio de que a formação

[9] Nota Técnica do CADE nº 24/2016

do cartel tornou-se inquestionável, cabendo ao Judiciário apenas e tão somente o dever de averiguar se a atividade do cartel causou ou não danos ao autor da ação de indenização.

A Comissão Europeia possui estabelecido no *White Paper* que a decisão proferida em âmbito administrativo, pelas autoridades de defesa da concorrência, tem efeito vinculativo para o Judiciário. Neste cenário, se importássemos tal entendimento para o Direito Brasileiro, as decisões do CADE não só teriam força probatória, mas sim seriam atestados inquestionáveis da prática da conduta anticoncorrencial, não podendo o Judiciário entrar no mérito, por exemplo, da formação ou não do cartel[10]. Os EUA também adotam como regra a atribuição de força de título executivo à decisão do órgão antitruste.

Muito embora a legislação brasileira não estabeleça que a decisão tomada em âmbito administrativo será vinculante com relação ao fato e à sua autoria – como faz o art. 935 do Código Civil para condenações em âmbito penal –, é necessário que só se admita a possibilidade de se questionar, em âmbito judicial, a formação do cartel se ela ainda não foi confirmada em âmbito administrativo – qualquer outro cenário poderá implicar um conflito inaceitável de decisões entre as duas esferas, o que causaria verdadeira insegurança jurídica, além de tornar ainda mais moroso, de forma desnecessária, o processo de reparação de danos.

Como o cenário de ARDCs ainda é muito incipiente no Brasil, por ora é difícil assegurar se o Judiciário adotará como premissa o respeito às decisões proferidas pelo CADE, mas, ao menos nas poucas demandas ajuizadas até hoje, não se localizou precedente de decisão judicial em conflito com o entendimento administrativo.

2.2. Dificuldade de quantificar o *quantum* indenizatório

Diretamente ligada à questão da dificuldade para a produção de provas, está a problemática da quantificação do prejuízo sofrido pela vítima do cartel.

Focando especificamente no cenário das empresas prejudicadas pela formação de cartéis, objeto principal deste trabalho, há uma série de fatores que devem ser considerados no momento de se arbitrar o *quantum* indenizatório.

Tomemos como exemplo o cenário de uma licitação pública, em que se formou

---

[10] CARVALHO, Lívia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade civil concorrencial**: a busca pela efetiva reparação de danos. 2011. 73 f. Dissertação (Bacharelado em Direito) – Fundão Getúlio Vargas, Rio de Janeiro. p. 42.

um cartel entre os principais participantes para definir o vencedor, sendo combinadas outras formas de vantagem às demais empresas formadoras do cartel. Neste caso, o dano mais fácil de ser apurado e indenizado seria o valor despendido pelas empresas não envolvidas no esquema que participaram da licitação. No entanto, fica a dúvida: seria possível a condenação para indenizar a perda de uma chance do licitante não envolvido no cartel? Ao menos segundo a apuração do autor deste artigo, não há nenhuma ação de indenização ajuizada no Judiciário brasileiro cujo objeto seja a formação de cartel em licitação pública.

Se observarmos a experiência internacional no assunto, a *Directive on Antitrust Damages Actions* da UE, por exemplo, estabelece que todas as partes lesadas por práticas anticompetitivas têm direito de receber compensação integral pelos danos sofridos, incluindo lucros emergentes e lucros cessantes, com acréscimo de juros. No entanto, resta ainda a questão que parece ser a mais problemática atinente ao tema: como apurar, de forma fidedigna, o *quantum* necessário à indenização de cada um destes prejuízos?

Um método interessante – e, vale dizer, complexo – de cálculo dos danos oriundos da pratica de cartel foi proposto em extenso estudo liderado pelo escritório Oxera e apresentado à Comissão Europeia, em que se sugere a utilização de técnicas como a simulação de um ambiente competitivo (o chamado *before-and-after method*), análise contábil das empresas e a comparação entre mercados diversos (*yardstivk method*)[11]. Vale destacar que a utilização deste tipo de método de apuração de danos no direito brasileiro exigiria, muito provavelmente, a produção de prova pericial, vez que a expressiva maioria dos magistrados brasileiros não possui o preparo técnico necessário para este tipo de análise.

De suma importância observar que o valor da condenação em ARDC, conforme já suscitado alhures, não deve servir apenas para indenizar o prejuízo sofrido pelo autor, mas também deve servir como forma de desestimular a empresa ré a praticar novos atos antieconômicos[12]. Neste sentido, é essencial que o valor da indenização seja alto o suficiente para fazer com que o cartel deixe de ser uma prática financeiramente

---

[11] **Quantifying antitrust damages – towards non binding guidance for courts**, 2009, disponível em: <http:/ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf>. Acesso em 12 nov. 2017

[12] É pacífico o entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria, no sentido de que a indenização possui natureza sancionatória indireta, funcionando não só como uma forma de reparar o dano causado, mas também como forma de desestímulo à repetição da conduta. Neste sentido, ver GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4:** Responsabilidade Civil. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 397/398

interessante aos seus participantes.

Nos Estados Unidos, o valor da indenização deve corresponder ao triplo do prejuízo sofrido pelo autor da ARDC. Este cálculo de três vezes o valor do prejuízo está pautado na comparação entre o número de condutas anticompetitivas praticadas nos EUA e a quantidade efetiva de condenações, ou seja, estima-se que são condenadas em ARDCs uma em cada três práticas de cartel ocorridas nos Estados Unidos[13]. Utilizando-se de tal razão aritmética, o direito norte-americano parece ter encontrado uma forma interessante e consideravelmente eficaz de fazer com que o risco de condenação torne a prática de cartel um negócio extremamente arriscado.

No Brasil, infelizmente a forma de quantificação do *quantum* indenizatório ainda é totalmente desregrada, sendo aplicados os mais diversos critérios – todos eles definidos pelo próprio magistrado responsável pelo julgamento da ARDC que, muitas vezes, sequer consigna, em suas decisões, o motivo da adoção do critério por ele utilizado. Em estudo realizado acerca do tema da quantificação, Lívia Cristina de Carvalho realizou ampla pesquisa jurisprudencial[14], apurando a aplicação dos mais diversos métodos de quantificação de prejuízos, chegando ao ponto de ser constada a aplicação, em caso envolvendo suposto cartel no mercado de distribuição de combustíveis no Sul do país, de indenizações em montantes totalmente diferentes para o mesmo tipo de dano[15], o que acaba por estampar um inquestionável cenário de insegurança jurídica.

De todo modo, apenas com o aumento do ajuizamento de ARDCs será possível avaliar quais os melhores métodos de quantificação de danos a serem aplicados no direito brasileiro, vez que a jurisprudência pátria ainda é insuficiente acerca do tema, não tendo sido localizada uma ação sequer que trate, por exemplo, de indenização material por empresa concorrente lesada pela prática do cartel – este tipo de apuração de danos seria muito mais complexo do que a análise de danos sofridos por consumidores.

---

[13] HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust's protected classes**. Michigan Law Review, Vol. 88, n. 1, 1989-1990, p. 7.

[14] CARVALHO, Lívia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade civil concorrencial**: a busca pela efetiva reparação de danos. 2011. 73 f. Dissertação (Bacharelado em Direito) – Fundão Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

[15] Na Apelação Cível nº 70018714857, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi aplicada indenização no valor de R$ 20 mil, enquanto em Ação Civil Pública nº 027/1.05.0004158-2, julgada pelo mesmo Tribunal, aplicou-se indenização no valor de R$ 750 mil, mesmo sendo os julgados referentes à atuação do mesmo cartel, não tendo o Tribunal esclarecido quais os motivos para a diferença entre as condenações

2.3. Prescrição

A prescrição da pretensão à indenização cível em virtude de prejuízos causados pela prática de cartel é de 3 (três) anos, nos termos do artigo 206, § 3º, V, do Código Civil[16].

Esse curto prazo prescricional, por si só, já é um ponto extremamente sensível a ser observado por aqueles prejudicados pela prática de cartel que pretendem ajuizar ARDC. No entanto, o cenário se torna ainda mais preocupante ao se observar a inexistência de consenso acerca do termo inicial para o cômputo do prazo prescricional.

A expressiva maioria da doutrina e jurisprudência entende pelo início do computo do prazo prescricional da data em que cessada a prática do cartel, vez que, para atos continuados – como é o caso de cartel –, faz-se uma interpretação extensiva do art. 189 do Código Civil, no sentido de que o prazo prescricional terá seu computo iniciado na data em que cessado o ato. O problema, no caso do cartel, é conseguir identificar, com precisão, a data do término da conduta.

A questão da prescrição – e da definição de seu termo inicial – se torna um problema ainda maior se observada a já destacada dificuldade na produção de provas da prática de cartel. Conforme já elucidado, uma das formas mais eficientes de se garantir as provas necessárias à propositura da ARDC é aguardar a investigação e o julgamento do processo administrativo pelo CADE. Ocorre, no entanto, que boa parte dos casos investigados pelo CADE abrangem períodos muito anteriores ao início do processo administrativo, justamente em virtude da ampla investigação realizada. Com isso, as decisões de condenação em âmbito administrativo - ou até mesmo os acordos de leniência ou TCCs - efetivam-se, em sua maioria, anos depois do período investigado.

Vale destacar, por outro lado, que na expressiva maioria dos casos, a atuação do cartel se manteve mesmo após o início das investigações pelo CADE - em alguns casos, como o do Cartel dos Gases Industriais[17], os atos antieconômicos se mantiveram mesmo após a condenação em âmbito administrativo. Nestes casos, caberá ao autor da ARDC comprovar por quanto tempo se estendeu a prática do cartel para fins de cômputo do prazo prescricional.

---

[16] "Art. 206. Prescreve:
[...] § 3º Em três anos:
[...] V - a pretensão de reparação civil;"
[17] Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70

Nos Estados Unidos, o prazo prescricional para ajuizamento de ARDC é de 4 (quatro) anos, computados a partir da cessação da conduta, para casos de prática continuada. Há, ainda, a suspensão do prazo prescricional durante as investigações do cartel pelo poder público, reiniciando o prazo prescricional após proferida a decisão pelo órgão antitruste[18][19].

Já o artigo 10º da Diretiva Europeia estabelece um prazo prescricional mínimo de 5 (cinco) anos e prevê, ainda, que o cômputo do prazo prescricional só se iniciará após o decurso de um prazo mínimo de 1 (um) ano, contado do momento em que cessada a prática do cartel e que a parte interessada no ajuizamento da ARDC tiver tomado conhecimento "(i) da conduta em causa e de que essa constitui uma infração ao direito da concorrência; (ii) do nexo causal entre a infração concorrencial e o dano; e (iii) da identidade do infrator"[20].

Conforme se denota, no que tange ao prazo prescricional, o regramento europeu é muito mais protetivo que o americano ao lesado pela prática do cartel. Na consulta pública de nº 05/2016, o CADE sugere a alteração da legislação para estabelecer que o prazo prescricional passe a correr apenas após o julgamento do processo administrativo, ficando suspensa a prescrição durante seu curso, em modelo muito semelhante ao norte-americano.

Muito embora a sugestão do CADE torne o cenário prescricional das ARDCs muito mais adequado e seguro que o atual, a manutenção do prazo em apenas 3 (três) não parece se mostrar adequada. Mesmo com a suspensão do prazo prescricional ao longo do procedimento administrativo, caso não sejam tomadas medidas efetivas para que os prejudicados por cartel tomem ciência do direito ao ajuizamento da ARDC e de acesso – mesmo que regulamentado de forma restritiva – às informações e documentações obtidas pelo CADE, o prazo de 3 (três) anos pode não se mostrar suficiente para que os possíveis interessados no ajuizamento de ARDC reúnam todas informações, provas e suporte jurídico necessários ao ajuizamento da ação de indenização.

---

[18] Clayton Act, §§ 4B c/c 5

[19] JONES, Alison. Private Enforcement of EU Competition Law: A comparison with, and lessons from, the US. **SSRN**. 2016. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2715796>. Acesso em: 20 nov. 2017

[20] Nota Técnica do CADE nº 24/2016

2.4. O desconhecimento, pelos prejudicados, do direito de buscar a reparação de danos sofridos pela prática do cartel

Justamente por quase inexistirem ARDCs em curso no Brasil, uma grande parcela dos lesados pela conduta de cartéis sequer tem conhecimento de que possuem o direito de buscar a reparação pelos prejuízos sofridos. Há, inclusive, quem seja induzido em erro ao imaginar que a única sanção pecuniária que pode ser aplicada às empresas participantes de cartel é a multa aplicada pelo CADE.

Sabendo da importância de levar aos prejudicados por cartéis a informação de que estes possuem o direito de pleitear a reparação de danos, o CADE vem adotando a postura de notificar os lesados pela prática do cartel ou entidades que os representem – como associações de classes ou até mesmo o Ministério Público, que possui legitimidade para representar os lesados (principalmente consumidores) em ações coletivas –, informando da condenação das empresas e da possibilidade de ajuizamento da ARDC.

O CADE notificou associações e empresas lesadas, por exemplo, pelo cartel dos gases industriais[21], informando acerca da condenação, em âmbito administrativo, das empresas envolvidas no cartel. A mencionada notificação culminou no ajuizamento de ARDC pela Associação de Hospitais de Minas Gerais[22], que ainda pende de julgamento, mas que já representa um importante marco no cenário do *private enforcement* brasileiro.

É extremamente importante que o CADE continue adotando este tipo de medida para difusão do conhecimento acerca da existência do direito de indenização, mas seria ainda mais interessante e eficaz se a referida autarquia inserisse a obrigação de indenização dos prejudicados pela prática do cartel em seus acordos de leniência e TCCs, à exemplo do que ocorre nos Estados Unidos. Conforme já destacado, no direito norte-americano, a reparação dos prejudicados é *conditio sine qua non* para assinatura de acordos de leniência, sendo visível o impacto desta política americana em seu cenário de *private enforcement*, vez que, nos EUA, estima-se que de 90% a 95% dos casos que tratam de matéria antitruste são ajuizados por entes privados, sendo que é realizado acordo na expressiva maioria dos casos[23].

A inclusão do dever de reparação de danos em acordos de leniência e TCC seria

---

[21] Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70

[22] Ação Civil Pública Nº 7099345-90.2009.8.13.0024, em tramite perante a 28ª Vara Cível de Belo Horizonte

[23] HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the Law of competition and its practice**. 3ª edição. Minnesota: Thomson/West, 2005, p.602.

benéfico até mesmo para as próprias empresas signatárias de tais acordos, vez que estas já poderiam saber, de antemão, o valor total que terão de despender para a assinatura do acordo – neste caso, incluindo multas e indenizações – o que permitiria a elas provisionar o montante necessário e mitigar riscos – isso, claro, partindo da premissa de que o Judiciário não poderia aceitar condenações ao pagamento de indenização que superem os valores entabulados no acordo de leniência.

2.5. Custos envolvidos na demanda judicial X probabilidade de êxito

Para melhor entendimento da questão da viabilidade econômica do ajuizamento de ARDCs, é interessante utilizarmos o exemplo de uma possível situação prática. Imaginemos o cenário em que uma grande empresa – ou até mesmo um grupo de empresas – foi prejudicada pela atuação de um cartel envolvendo as principais empresas de determinado setor no país. Evidentemente, um dano causado por cartel que envolva, em ambos os lados, grandes empresas, o dano causado às prejudicadas pelo cartel, evidentemente, será elevado e, consequentemente, o valor a ser atribuído à causa será alto. Diante de tal cenário, fácil a conclusão de que as custas processuais para ajuizamento da demanda serão de alta monta.

Considerando, ainda, a complexidade da matéria envolvendo cartéis – que exige, daqueles que atuam no ramo, conhecimentos multidisciplinares, necessitando conhecimentos não só jurídicos, mas também econômicos -, os honorários para contratação de advogados especializados no tema, sem sombra de dúvidas, serão extremamente elevados, devendo ser considerado, ainda, o risco de condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais – que, considerando a complexidade da matéria e a provável interposição de diversos recursos, deverão ser fixados em montante elevado, seguindo os parâmetros dos incisos do § 2º do art. 85 do CPC.

Mesmo que a ARDC seja ajuizada com base em condenação prévia do CADE, é muito provável que seja necessária a realização de perícia para apuração dos danos sofridos pela empresa prejudicada, conforme já destacado, e, considerando que o autor provavelmente terá a necessidade de requerer a realização da perícia, será dele a responsabilidade pelo pagamento inicial das custas, nos termos do art. 82 do CPC, só sendo reembolsado o valor pelos réus em caso de êxito do demandante.

Ora, analisando todos os valores que deverão/poderão ser despendidos pelo autor de ARDC além de todos os problemas elencados nos itens anteriores deste artigo, é de se

imaginar o receio das empresas no ajuizamento deste tipo de demanda ao realizar-se a comparação de custos com a probabilidade de êxito – que é extremamente difícil de ser apurada no cenário atual do direito brasileiro.

Caso sejam tomadas medidas efetivas para ao menos mitigar os problemas elencados nos itens anteriores – principalmente a questão da produção de provas – automaticamente se estará mitigando os riscos financeiros da empresa prejudicada que pretende ajuizar ARDC, haja vista que, por mais que ela tenha de despender valores relevantes no início da demanda, a prejudicada terá uma maior segurança de que o montante gasto terá boas probabilidades de ser ressarcido no julgamento final, juntamente da condenação de indenização.

3. COMO CONCILIAR A PRESERVAÇÃO DA LENIÊNCIA E DO TCC COM O INCENTIVO À REPARAÇÃO DOS DANOS EM ÂMBITO CÍVEL?

Todos os problemas abordados no capítulo anterior deste artigo levam a uma importante pergunta: caso se resolvam os principais problemas enfrentados no âmbito do direito brasileiro para o ajuizamento de ARDCs e, consequentemente, seja observado um crescimento no ajuizamento das ações de reparação, corre-se o risco de haver uma grande redução de interessados em firmar acordos de leniência?

Como é cediço, hoje, aquelas empresas que buscam o CADE para firmar acordo de leniência, em virtude do irrelevante número de ARDCs ajuizadas no direito brasileiro, não consideram a possibilidade de figurar no polo passivo de ações de reparação de danos, por mais que a LDC não preveja, para os signatários de leniência, a imunidade em âmbito cível e que tal fato seja destacado pela autoridade administrativa quando da assinatura do acordo de leniência.

Ciente de tal cenário, o CADE, muito embora esteja empenhado em fomentar o ajuizamento de ARDCs no Brasil, ao mesmo tempo em que reconhece a importância do acesso à documentação colhida em âmbito da investigação administrativa para instrução das ARDCs, destaca, na NT nº 24/2016, sua preocupação com o risco de um eventual aumento no ajuizamento de ações de responsabilização em âmbito cível acabar por desencorajar as empresas a firmarem acordos de leniência. O agente antitruste destaca, na referida NT, que:

> [e]mbora no contexto das ARDC, por um lado, o acesso a materiais oriundos de Acordos de Leniência e TCC possa ser justificado pelo

> caráter de acervo probatório necessário para o sucesso da pretensão indenizatória dos consumidores lesados, por outro, pode expor os signatários do Acordo de Leniência e os compromissários do TCC a uma situação pior do que a dos coautores que não cooperaram com as autoridades antitruste, criando assim um desincentivo ao *enforcement* público[24].

O entendimento do CADE se pauta, principalmente, no fato de que o art. 942 do Código Civil[25] estabelece a responsabilidade solidária de todos os partícipes do cartel e, diante de tal cenário, os prejudicados pela prática do cartel poderiam ajuizar ARDC apenas em face da signatária do acordo de leniência, vez que a empresa, para firmar o acordo, tem de confessar a prática do ato antieconômico[26].

É manifesto o risco de, no cenário atual, um eventual aumento expressivo de ações de reparação acabar por prejudicar o interesse das empresas em firmar acordos de leniência e TCCs, o que poderia criar uma verdadeira anomalia, vez que tais acordos são, conforme já destacado, o principal meio utilizado pelo CADE para identificação, investigação e punição de cartéis. Justamente por isso, o maior desafio encontrado no Brasil e no mundo é o de conciliar estes dois sistemas.

Um ponto que o CADE vê como fundamental é tentar buscar um meio de garantir que as empresas que estão colaborando com as investigações, por meio de leniência ou TCC, não acabem sendo mais expostas, em âmbito de reparação cível, do que as que não firmaram acordos de colaboração[27]. Alexandre Cordeiro Macedo – recém nomeado superintendente geral do CADE, para um mandado de 2 (dois) anos –, em entrevista concedida ao Valor Econômico, manifestou apoio ao projeto de lei 283/2016, que se encontra em tramite no Senado Federal e que visa definir a possibilidade de reparação em dobro aos lesados por prática de cartel, pena que, segundo estabelece o projeto de lei, não seria aplicada aos signatários de acordo de leniência[28].

Nos EUA, por exemplo, busca-se ao máximo fazer com que as empresas signatárias de acordo de leniência arquem com indenizações em valores inferiores aos

---

[24] Nota Técnica do CADE nº 24/2016

[25] "Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932."

[26] MARTINEZ, Ana Paula; CORDOVIL, Leonor. Política de leniência – avanços e perspectivas. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (Coord.), **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**, São Paulo : Singular, 2015. p. 313/315

[27] CONCORRÊNCIA E O ADMIRÁVEL MUNDO NOVO, evento organizado pela OAB/SP, 2017, São Paulo, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=WAOWZw01kRA>. Acesso em 09 ago. 2017

[28] MARCHESINI, Lucas; PUPO, Fábio. Cade defende mais sigilo em acordos de leniência. **Valor Econômico**. Brasília, 24 out. 2017. Disponível em <http://www.valor.com.br/brasil/5166770/cade-defende-mais-sigilo-em-acordos-de-leniencia>. Acesso em 21 out. 2017.

que serão desembolsadas por aquelas que firmaram *plea agrements* e, principalmente, que as empresas que colaboraram de alguma forma com as investigações, paguem indenizações inferiores àquelas que não assinaram qualquer tipo de acordo de colaboração.

Segundo destacou o ex-superintendente adjunto do CADE na já citada palestra da OAB/SP, uma exposição prematura dos réus colaboradores às ações de reparação de danos, durante o andamento do processo administrativo, pode acabar por prejudicar o uso efetivo, pelo CADE, dos acordos de leniência e TCC, vez que os réus colaboradores continuam apresentando provas e colaborando com a investigação até o efetivo julgamento pelo CADE – ou seja, a colaboração continua mesmo após a apresentação do relatório circunstanciado, utilizado pelo STJ, no já mencionado acórdão do REsp nº 1.554.986/SP, como termo temporal para possibilitar a relativização do sigilo dos documentos colhidos em âmbito administrativo, quando solicitados por ordem judicial.

Muito embora o ex-superintendente adjunto do CADE tenha manifestado entendimento no sentido de que a mencionada decisão do STJ foi, de um modo geral, positiva, consignou que ela apresenta um risco considerável ao acordo de leniência firmado no caso dos compressores. Em sua visão, se os colaboradores passarem a ser responsabilizados prematuramente em âmbito cível, tal cenário pode fazer com que as empresas delatoras apresentem menos provas após firmada a leniência ou o TCC, para tentar mitigar os efeitos da reparação cível[29].

A ideia do CADE é que o sigilo dos documentos a terceiros prejudicados seja a regra ao longo do trâmite do processo administrativo e que a abertura do acesso aos documentos seja a exceção durante tal fase, invertendo-se tal lógica após o julgamento do processo administrativo. Busca-se fazer uma gradação de publicidade, abrindo, cada vez mais, a publicidade dos documentos na medida em que avançar o processo administrativo, a exemplo do que ocorre na União Europeia.

4. ANÁLISE DAS MEDIDAS QUE VÊM SENDO ADOTADAS PARA FACILITAR A REPARAÇÃO DE DANOS NO DIREITO BRASILEIRO

O CADE, principalmente desde 2016, vem adotando medidas para buscar fomentar o ajuizamento das ARDCs, mas sempre com o cuidado de preservar seu

[29] Ibidem.

programa de leniência. Neste sentido, foi realizada a Consulta Pública nº 05/2016, acompanhada da Nota Técnica nº 24/2016 e da minuta da resolução que tem como principal objetivo regulamentar o acesso aos documentos provenientes das investigações do CADE.

A proposta do CADE para regulamentar a forma de acesso aos documentos obtidos por meio de acordos de leniência e TCC separa o Processo Administrativo ("PA") em três fases: (i) negociação e celebração dos acordos, (ii) instrução, e (iii) decisão final.

Para a fase de negociação dos acordos o CADE propõe o sigilo absoluto dos documentos e informações fornecidos pelo colaborador, sob a premissa de que, enquanto não for assinado o acordo, se os documentos forem abertos a terceiros há o risco de o delator cessar sua colaboração, desistindo do acordo.

Na fase de instrução, até a instauração do PA, via de regra, todos os documentos serão confidenciais. Após a instauração, será divulgada a versão publicada da NT de instauração do PA, com o máximo possível de informações que possam interessar a eventuais prejudicados e que não prejudiquem o andamento das investigações. Com a remessa do PA ao Tribunal, será divulgada a versão pública da NT final da SG e demais conteúdos dos autos públicos, desde que o acesso à documentação não prejudique as investigações e que o pedido de acesso seja bem fundamentado, razoável e legítimo.

Ainda com relação ao acesso à informação ao longo da fase de instrução, o CADE pretende possibilitar que o Acordo de Leniência ou o TCC prevejam a autorização expressa do signatário ao acesso às informações por partes lesadas pela conduta do cartel logo após a assinatura do acordo.

Por fim, após o julgamento pelo Tribunal do CADE, a regra geral será a apresentação dos principais documentos do PA, desde que mediante ordem judicial e de que os documentos sejam mantidos em sigilo pelo autor da ARDC – ou seja, as ações de reparação deverão correr em Segredo de Justiça. Há, no entanto, algumas exceções à regra geral de disponibilização de documentos, sendo as principais delas (i) o Histórico de Conduta e seus aditivos; (ii) documentos que contenham segredos industriais; (iii) documentos relacionados à atividade da empresa, cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes; (iv) e vedações legais.

Na Nota Técnica, o CADE não se limitou a tratar das medidas que o órgão adotará na resolução que tratará do acesso aos documentos colhidos nas investigações administrativas. A NT nº 24/2016 também serviu para apresentar a posição institucional do CADE acerca dos mais importantes temas atinentes ao *private enforcement*, além de

apresentar sugestões de alteração legislativa visando tornar mais atrativa e eficaz a possibilidade de se buscar a reparação pelos danos causados pela prática de cartel.

As mais importantes sugestões de alteração legislativa apresentadas pelo CADE estão relacionadas à tão problemática questão da prescrição e à força vinculante da decisão administrativa em âmbito judicial.

O CADE sugere que a LDC seja alterada "para estabelecer a ciência inequívoca do ilícito concorrencial como termo inicial para a contagem do prazo previsto de três anos"[30], o que se daria ou na data da publicação da decisão final do PA pelo CADE ou após o término de ação penal.

Ainda com relação à contagem do prazo prescricional, o CADE sugere a interrupção do prazo prescricional a partir da instauração do procedimento administrativo para investigação da conduta antieconômica até o julgamento do PA, utilizando como modelo o *discovery stay* adotado nos EUA.

Com relação à força vinculante da decisão proferida no PA, o CADE sugere que a decisão condenatória do Plenário do Tribunal do CADE tenha força de título executivo extrajudicial, a exemplo do que acontece na União Europeia, nos EUA e nos principais modelos antitruste do mundo, cabendo ao autor da ARDC comprovar a existência do nexo causal e a extensão do dano a ser reparado. Esta sugestão de alteração, em especial, caso acatada, será um grande diferencial para fomentar o cenário de ARDCs no Brasil.

Além das sugestões de alteração supratranscritas, o CADE apresentou proposta de limitação da responsabilidade civil dos signatários de acordo de leniência, reforçando a posição de proteção ao seu Programa de Leniência.

Por fim, vale destacar que o CADE vem adotando como regra que suas decisões destaquem, de forma expressa e pública, quais foram os documentos utilizados para formação da convicção. Se o Judiciário partir do pressuposto de que as informações constantes de decisões proferidas pelo CADE possuem força probatória, é inegável que a postura do CADE de inserir o máximo possível de informações em suas decisões deverá ser de grande ajuda aos interessados no ajuizamento de ARDCs.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o estudo realizado, o cenário que aparenta ser o mais adequado

[30] Nota Técnica do CADE nº 24/2016

para conciliar o fomento à reparação dos danos causados a particulares pela prática de cartel e a proteção ao Programa de Leniência é o adotado no direito norte-americano, em que a reparação cível é *conditio sine qua non* para assinatura de acordo de leniência. Ou seja, o colaborador, ao buscar o órgão antitruste para denunciar o cartel e receber os benefícios da leniência, deve se comprometer a destinar um determinado montante para ressarcir os prejuízos causados a terceiros por sua atuação no cartel, devendo, inclusive, buscar as partes lesadas para pagamento da indenização.

O modelo dos EUA é extremamente interessante não só por incentivar a reparação cível, mas também por já deixar claro às empresas interessadas em firmar acordos de leniência que o pagamento de indenizações aos lesados pela atuação do cartel deverá, necessariamente, ser abarcado no acordo. Assim, as empresas, ao buscarem o órgão antitruste – já estando cientes de que terão de arcar com indenizações –, acabam se preparando previamente para tal dispêndio, o que mitiga consideravelmente os impactos das ARDCs na atratividade do acordo de leniência.

A partir do momento em que a reparação pelos danos causados a terceiros pela prática de cartel se torna uma regra – e não uma exceção ou apenas uma possibilidade –, as empresas deixam, naturalmente, de observar o pagamento de indenizações aos prejudicados como um risco, passando a considerá-lo como uma obrigação. Se somarmos tal mudança de perspectiva a um cenário em que as demais empresas participantes do cartel deverão ser condenadas ao pagamento de indenizações em valores superiores aos das indenizações aplicadas às empresas colaboradoras, chegaremos ao cenário ideal, no qual as ARDCs deixarão de ser um complicador para o Programa de Leniência, passando a se tornar mais um incentivo à colaboração.

Muito embora, conforme já destacado, as alterações propostas pelo CADE na NT 24/2016 não afastem todos os problemas enfrentados por aqueles interessados em ajuizar ARDC no Brasil, é visível e louvável o esforço do órgão antitruste em buscar o fomento ao *enforcement* privado no direito brasileiro e, se aprovadas todas as alterações sugeridas na mencionada NT, é muito provável que observemos um enorme crescimento no ajuizamento de ARDCs no Brasil nos próximos anos, o que pode resultar não só em uma enorme vantagem aos prejudicados pela prática de cartel, como na abertura de espaço ao crescimento de uma nova área de atuação para advogados especializados em contencioso estratégico.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Lívia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade civil concorrencial**: a busca pela efetiva reparação de danos. 2011. 73 f. Dissertação (Bacharelado em Direito) – Fundão Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel**. 2015. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo.

CONCORRÊNCIA E O ADMIRÁVEL MUNDO NOVO, evento organizado pela OAB/SP, 2017, São Paulo, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WAOWZw01kRA>. Acesso em: 09 ago. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA - CADE. **Nota Técnica nº 24/2016**. 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg>. Acesso em: 20 nov. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4:** Responsabilidade Civil. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust's protected classes**. Michigan Law Review, Vol. 88, n. 1, 1989-1990, p. 7.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the Law of competition and its practice**. 3ª edição. Minnesota: Thomson/West, 2005, p.602.

In re Flat Glass Antitrust Litig. (Flat Glass I), MDL No. 1200, Misc. No. 97550, at 56 (W.D. Pa. Mar. 26, 1998).

JONES, Alison. Private Enforcement of EU Competition Law: A comparison with, and lessons from, the US. **SSRN**. 2016. Disponível em:

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2715796>. Acesso em: 20 nov. 2017.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. 2010. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo.

MARCHESINI, Lucas; PUPO, Fábio. Cade defende mais sigilo em acordos de leniência. **Valor Econômico**. Brasília, 24 out. 2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/5166770/cade-defende-mais-sigilo-em-acordos-de-leniencia>. Acesso em: 21 out. 2017.

MARTINEZ, Ana Paula; CORDOVIL, Leonor. Política de leniência – avanços e perspectivas. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (Coord.), **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**, São Paulo: Singular, 2015.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008.

Quantifying antitrust damages – towards non binding guidance for courts, 2009, disponível em: <http:/ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf>. Acesso em 12 nov. 2017.

SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinicius Marques de; CORDOVIL, Leonor (Coord.). **Direito Econômico e Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013.