

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

CRISTIANE ROBERTA FRANCO DA CRUZ REGO

REPARAÇÃO DE DANOS COMO DESESTÍMULO À PRÁTICA DE CARTEL
- UMA ABORDAGEM PRÁTICA -

São Paulo

2017

CRISTIANE ROBERTA FRANCO DA CRUZ REGO

**REPARAÇÃO DE DANOS COMO DESESTÍMULO À PRÁTICA DE CARTEL
- UMA ABORDAGEM PRÁTICA -**

*Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da
Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do
título de Mestre em Direito e Desenvolvimento.*

*Campo de conhecimento:
Direito dos negócios*

Orientador: Prof. Dr. Caio Mario da Silva Pereira Neto

São Paulo

2017

Rego, Cristiane Roberta Franco da Cruz.

Reparação de danos como desestímulo à prática de cartel : uma abordagem prática / Cristiane Roberta Franco da Cruz Rego. - 2018.
129 f.

Orientador: Caio Mário da Silva Pereira Neto.

Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Brasil). 2. Direito antitruste - Brasil. 3. Concorrência. 4. Direito econômico - Brasil. 5. Cartéis. I. Pereira Neto, Caio Mário da Silva. II. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDU 334.753(81)

Cristiane Roberta Franco Da Cruz Rego

REPARAÇÃO DE DANOS COMO DESESTÍMULO À PRÁTICA DE CARTEL
- UMA ABORDAGEM PRÁTICA -

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito – Mestrado Profissional.

Campo de conhecimento:
Direito dos negócios

Data de aprovação: ___/___/_____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Caio Mario da Silva Pereira Neto (Orientador)
FGV - Direito SP

Prof. Dr. Sidnei Amendoeira
FGV - Direito SP

Prof.^a Dr.^a Leonor Cordovil
FGV - Direito SP

Prof. Dr. Mario Engler
FGV - Direito SP

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de mestrado visa contribuir para esclarecer conceitos, propor novos caminhos e fomentar o debate a respeito da busca pela reparação de danos como forma de desestimular a prática de cartel. Para tanto, foram observados alguns os cartéis já condenados e alguns casos ainda em andamento no CADE, bem como a legislação do Brasil e de outras jurisdições.

A primeira parte contém breve explicação sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e infrações à ordem econômica, bem como a configuração e a punição do cartel perante o CADE.

A segunda parte identifica as implicações do Acordo de Leniência e do Termo de Cessação de Conduta - TCC, bem como o prazo de prescrição para propositura de ação indenizatória. Além disso, descreve as características da ação judicial e as dificuldades que precisarão ser enfrentadas, com destaque para a questão do cálculo do dano.

Na terceira parte deste trabalho, são apresentadas contribuições de medidas que, se adotadas, poderão desestimular a prática de cartel e aumentar o *enforcement* da reparação de danos à concorrência. Algumas poderão ser implementadas de imediato e outras dependerão de alteração legislativa. Neste aspecto, também foi realizada a análise do projeto de lei do senado que visa alteração a Lei de Defesa da Concorrência – LDC (Lei nº 12.529/2011), para estimular o ajuizamento de ações visando ressarcimento de danos decorrentes de infrações à ordem econômica.

Por fim, o trabalho contém três anexos, sendo o primeiro deles referente à legislação aplicável às regras de prazo e contagem de prescrição no Brasil e em outras jurisdições. O segundo anexo trata de jurisprudência, listando, de forma exemplificativa, algumas ações coletivas e ações indenizatórias individuais, bem como traz exemplos de protestos para interromper a contagem do prazo de prescrição.

Palavras-chave: Cartel, CADE, Acordo de Leniência, Lei nº 12.529/2011, Infrações à Ordem Econômica.

ABSTRACT

This dissertation aims to contribute to clarify concepts, discuss practical cases, propose new ways and foster debate regarding the search for damages as a way to discourage cartel practice. In order to do so, we have observed the already convicted cartels and the cases still in progress at CADE and the laws of Brazil and other jurisdictions.

The first part contains a brief explanation of the Brazilian System of Defense of Competition and infractions to the economic order, as well as the configuration and punishment of the cartel before CADE.

The second part identifies the implications of the Agreement of Leniency and the Term of Cessation of Conduct - TCC, as well as the limitation period for filing a claim. In addition, it describes the characteristics of the lawsuit and the difficulties that will need to be faced, with emphasis on the issue of the calculation of damages.

In the third part of this work, contributions of measures are presented that, if adopted, could discourage the practice of cartel and increase the enforcement of the reparation of damages to the competition. Some may be implemented immediately and others will depend on legislative change.

Finally, the work contains three annexes, the first of which refers to the legislation applicable to the rules about period limitation and counting of statute limitation in Brazil and in other jurisdictions. The second annex deals with jurisprudence, listing the main issues discussed in collective actions and individual indemnification actions, as well as showing examples of protests to stop the counting of the period of limitation. The last annex contains an analysis of the Senate bill drafting that seeks to amend the Competition Law - LDC (Law nº 12.529/2011), to stimulate the filing of actions to recover damages arising from breaches of the economic order.

Keywords: Cartel, CADE, Leniency Agreement, Law no. 12,529 / 2011, Economic Order Offenses.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1: CARTEL E SUA PUNIÇÃO PELO CADE	13
1.1 REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO	13
1.2 INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA	14
1.3 A CONFIGURAÇÃO DO CARTEL E SUA PUNIÇÃO PELO CADE	16
CAPÍTULO 2: O ACORDO DE LENIÊNCIA E O TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO NO CADE	19
2.1 O ACORDO DE LENIÊNCIA E O TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO (TCC).....	19
2.2 BALANÇO DO CADE – MULTAS, ACORDO DE LENIÊNCIA E TCC	22
2.3 CONFISSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM ILÍCITO CONCORRENCIAL - ACORDO DE LENIÊNCIA E DO TCC	25
2.4 O SIGILO DO ACORDO DE LENIÊNCIA	29
2.5 INTERSEÇÃO ENTRE INTERESSES PÚBLICO E PRIVADO (ANTITRUST ENFORCEMENT)	32
CAPÍTULO 3: PRESSUPOSTOS DA AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE CARTEL	34
3.1 PRAZO DE PRESCRIÇÃO E O INÍCIO DA CONTAGEM	34
3.1.1 Ações Judiciais – Discussão Do Prazo De Prescrição Na Indenização Decorrente De Cartel.....	37
3.1.2 Protesto Interruptivo Da Prescrição.....	38
3.1.2.1 Ação Judicial De Protesto Interruptivo De Prescrição	40
3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA APLICÁVEL AO ILÍCITO CONCORRENCIAL	41

3.3.1	Reparação De Danos Gerados Pelo Cartel (Ato Ilícito, Dano E Nexo Causal)	42
3.3.1.1	Ato Ilícito.....	42
3.3.1.2	Dano	42
3.3.1.3	Nexo Causal.....	44
3.3.1.3.1	Presunção do Nexo Causalidade pela Participação de Mercado (Market Share Liability)	45
3.3.1.3.2	Repasse Do Sobrepreço Ao Consumidor Final (Pass Through Or Pass-On)	46
3.4	LEGITIMIDADE ATIVA DA AÇÃO INDENIZATÓRIA (“OS PREJUDICADOS”)..	48
3.4.1	Ação Coletiva	51
3.4.1.1	Ação Coletiva – Limites Subjetivos (STF – Re 612.043 PR)	53
3.4.1.2	Ação Coletiva Decorrente de Cartel – Jurisprudência Brasileira	55
3.5	LEGITIMIDADE PASSIVA DA AÇÃO INDENIZATÓRIA (“OS INFRATORES”)..	58
3.6	FORO COMPETENTE PARA PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL INDENIZATÓRIA	60
3.7	A PARTICIPAÇÃO DO CADE NA AÇÃO JUDICIAL DE REPARAÇÃO DE DANOS À CONCORRÊNCIA	61
3.8	LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO DE VALOR	62
3.9	LIQUIDAÇÃO POR PROCEDIMENTO COMUM	62
CAPÍTULO 4: REPARAÇÃO DOS DANOS À CONCORRÊNCIA E SUA QUANTIFICAÇÃO		64
4.1	O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL.....	64
4.2	ADOÇÃO DE PREMISSAS PARA QUANTIFICAÇÃO DO DANO – SOBREPREGO	67
4.2.1	Sobrepreço - Atuação Do Cade E Descentralização Do Cálculo	75
4.3	LIQUIDAÇÃO DO VALOR DO DANO NAS AÇÕES JUDICIAIS	77
CAPÍTULO 5: REFLEXÃO PARA AUMENTAR REPRESSÃO AO CARTEL		81
5.1	TEORIA DO DESESTÍMULO APLICADA AOS CASOS DE CARTEL.....	81
5.1.1	A Função Punitiva Da Responsabilidade Civil	86
5.2	MEDIDAS PARA AUMENTO NO “ENFORCEMENT” DA REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS	87

5.2.1 MEDIDAS IMEDIATAS.....	87
5.2.1.1 Acesso Aos Termos Do Acordo De Leniência.....	89
5.2.1.2 Fomento Às Ações De Reparação Por Danos Concorrenciais Pelo CADE	91
5.2.1.3 Participação Do CADE Como “Amicus Curiae” Nas Ações Reparatórias De Danos Concorrenciais Complexos	93
5.2.1.4 Estimativa Da Vantagem Auferida Pelo Cade Como Premissa Para Cálculo Do Dano.....	94
5.3 TRATATIVAS PARA ACORDOS EXTRAJUDICIAIS.....	97
5.4 ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE DEMANDAS INDENIZATÓRIAS DECORRENTE DE CARTEL	100
5.5 LEGE FERENDA	101
5.5.1 Prescrição – Alteração Do Prazo E Definição Do Início Da Contagem	101
5.5.2 Análise Do Projeto De Lei Do Senado Nº 283/2016.....	104
5.5.2.1 Tornar A Multa Proporcional Ao Tempo De Duração Do Cartel	106
5.5.2.2 Ressarcimento Em Dobro Aos Prejudicados, Ressalvados Os Casos De Leniência E TCC	108
5.5.2.3 Novo Prescricional E Data Inicial Da Contagem	110
5.5.2.4 Decisão Do CADE Apta A Fundamentar A Concessão De Tutela Da Evidência	111
CONCLUSÃO.....	112
ANEXO I: LEGISLAÇÃO: PRAZOS DE PRESCRIÇÃO NO BRASIL E EM OUTRAS JURISDIÇÕES	117
ANEXO II: JURISPRUDÊNCIA: MAPEAMENTO DOS PROCESSOS JUDICIAIS EM ANDAMENTO - PROTESTO INTERRUPTIVO DE PRESCRIÇÃO.....	119
ANEXO III: AÇÕES COLETIVAS	122
ANEXO IV: AÇÕES INVIDIDUAIS	124
REFERÊNCIAS	126

INTRODUÇÃO

No Brasil, a prática de cartel é combatida em três esferas: administrativa, criminal e civil.

No âmbito administrativo o CADE vem apurando e punindo os infratores, tendo firmado, de 2014 a junho de 2017, 38 Acordos de Leniências. Além disso, tem havido, em média, a homologação de 40 TCCs por ano, sem mencionar os vultuosos valores de multa imputados aos infratores¹.

Com relação à esfera criminal, o Ministério Público Federal tem oferecido denúncia por suposto crime de formação de cartel em alguns casos, como por exemplo, recentemente foi noticiado o protocolo de denúncia contra cinco ex-funcionários de instituições financeiras investigadas pelo CADE (Standard Chartered, Royal Bank of Canada, Merrill Lynch, Deutsche Bank e Morgan Stanley)², no caso do cartel do câmbio (manipulação da taxa do dólar).

No âmbito civil, o art. 47 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11) garante aos prejudicados o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo.

No entanto, na prática há dificuldade de integração entre as esferas administrativa, civil e criminal, de forma que a condenação pelo CADE não significa que haverá reparação dos danos gerados ou configuração de crime. Isso sem mencionar, o possível conflito entre a Ação Civil Pública e a Ação Indenizatória privada.

Além disso, embora o tema de indenização decorrente de cartel não seja novo no Brasil e existam ações judiciais em andamento³, não há, até o momento, nenhuma condenação com trânsito em julgado.

Isso porque, a maioria das ações judiciais passaram muito tempo focadas na discussão de qual o prazo de prescrição aplicável, justamente porque não há uma definição expressa do termo inicial para contagem desse prazo. Desta forma, com tantas idas aos

¹ CADE – Superintendência-Geral: Balanço de Gestão 2014 a 2017

² Processo 0009373-24.2017.4.03.6181 - 7ª Vara Federal Criminal de São Paulo

³ Anexo II: Jurisprudência - Mapeamento dos Processos judiciais - exemplificativo

tribunais e infundáveis recursos aplicáveis, ações judiciais que foram propostas em 2013, começaram sua discussão de mérito recentemente⁴.

Além disso, há casos de ações coletivas que passaram muito tempo discutindo se o ajuizamento era ou não cabível, sob a alegação que não se poderia, por esta via, defender direitos individuais de não consumidores. Tendo sido definido, por fim, ser cabível por se tratar de proteção de interesses individuais homogêneos decorrente de prática de infração à ordem econômica⁵.

Vale destacar ainda que, mesmo nos casos em há notícia de acordo de leniência firmado, a ação indenizatória acaba não sendo proposta enquanto não se tem a condenação pelo CADE.

Como resultado disso, identifica-se que em alguns casos há ingresso de diversas ações judiciais de protesto interruptivo de prescrição, para evitar o perecimento do direito de ação enquanto aguarda-se a condenação pelo CADE⁶.

É certo que não há impedimento legal para o ingresso imediato da ação indenizatória e requer autorização judicial para que o acordo de leniência fosse apresentado, mas a incerteza do conteúdo da leniência cria uma insegurança que impede a verificação prévia denexo causal e do prejuízo decorrente da conduta ilícita.

Pode-se ver como exemplo a ação civil pública do cartel das distribuidoras de GLP que mesmo tendo decisão favorável à indenização em primeira e segunda instância, o STJ entendeu que não houve cartel. No entanto, sobreveio decisão do CADE condenando as distribuidoras de GLP (gás de cozinha). Há também uma discussão judicial julgada improcedente no caso do cartel de política de medicamentos genéricos, a qual foi posteriormente condenada pelo CADE.

Por outro lado, há ação indenizatória proposta pela Electrolux do Brasil em face das empresas Whirlpool e Brasmotors com relação à qual ainda não houve decisão de mérito. Trata-se de *leading case* proposto antes da decisão do CADE com relação à condenação do cartel, no qual já havia Acordo de Leniência firmado e durante a fase de produção de provas

⁴ Cartel dos Gases (hospitalares e industriais)

⁵ Cartel Dos Gases (hospitalares e industriais)

⁶ Cartel do Bancos e Cartel do Peróxido de Hidrogênio – processo em andamento no CADE (ainda não há condenação)

foi requerido ao CADE a quebra do sigilo como relação aos termos do Acordo de Leniência. Neste caso, o STJ determinou a apresentação do Acordo de Leniência, indicando que o sigilo não poderia se perpetuar, sob pena de inviabilizar a indenização dos danos causados a terceiros.⁷

Diante deste cenário, observa-se que a reparação de danos tão temida pelos infratores é na realidade pouco efetiva. Incapaz de ressarcir os prejudicados e muito menos desestimular a conduta ilícita.

Embora seja difícil eleger qual o principal fator entre tantos que geram essa situação, é possível apontar, inicialmente dificuldade de prova da relação de causalidade entre a conduta e o prejuízo, bem como a falta de consenso com relação às muitas metodologias possíveis para realização do cálculo do dano.

Esses aspectos são por vezes potencializados nos casos em que o valor da indenização é expressivo, pois existe um certo receio de que danos de alto valor não devem ser reparados, como se houvesse uma espécie de autorização para a prática de ilícitos que geram danos de valores consideráveis.

Na maioria dos mercados onde ocorre cartel, os agentes econômicos que possuem relação de dependência com seus fornecedores, não se sentem motivados a buscar a reparação dos danos, já que o temor de sofrer retaliação acaba atrapalhando qualquer iniciativa neste sentido.

Se o receio for sofrer uma redução no volume de produto ou serviço, equiparável à recusa de fornecimento ou, ainda se o medo for ter que suportar um aumento abusivo de preços, qualquer uma dessas condutas configuraria uma nova infração à ordem econômica, ou seja, levaria a novas discussões judiciais por descumprimento legal, potencializando cada vez mais a obrigação do infrator em reparar os danos que gerou.

Ao revés disso, a relação jurídica continuada deveria ser interpretada como um fator positivo e não negativo na reparação de danos, pois favorece sua efetividade.

Havendo fornecimento de longo prazo, a reparação de danos poderia ser viabilizada por meio de compensação com os valores devidos ao longo do contrato.

⁷ Trata-se do julgado do STJ – Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.554.986 – SP j. 08/03/2016), referente à abertura do sigilo do Acordo de Leniência.

Esse aspecto, se fomentado, poderia propiciar a negociação de acordos extrajudiciais para reparação desses danos. O que, além de evitar, o custo e o desgaste de uma disputa judicial, tornariam a indenização mais eficaz.

Situação diferente dos casos em que o prejudicado não tem relação jurídica direta com o infrator. Justamente porque nesses casos o infrator terá pouca, ou nenhuma motivação, do ponto de vista econômico, para efetivar o desembolso, já que não há qualquer interesse futuro entre eles.

Resta enfrentar então os custos impostos para a formação do processo judicial.

Este aspecto compreende, não apenas com o gasto financeiro que é relevante (com pareceres econômicos, por exemplo), mas também, a dificuldade de se identificar dados de resultado financeiro dos infratores, faturamento segregado com relação ao segmento do produto objeto do cartel, bem como outras informações que possam contribuir para a estimativa do cálculo do sobrepreço praticado pelo cartel.

Aliado a isso, há outros fatores negativos, tais como a demora na análise dos casos pelo CADE e pelo Poder Judiciário, perpetuando o desembolso dos gastos e ainda dificultando a avaliação da probabilidade de êxito da demanda, em razão da escassa jurisprudência brasileira sobre tema.

Não bastasse tudo isso, há outro impasse que precisa ser enfrentado: o valor da indenização tem que ser relevante para motivar os prejudicados a encarar todos esses fatores, mas como viabilizar a análise de custo *versus* benefício, se há tanta dificuldade para se apurar o valor estimado do prejuízo?

O melhor caminho para encorajar a busca de reparação de danos concorrenciais é encarar o desafio de quantificar o prejuízo, bem como identificar medidas que viabilizem o recebimento da indenização dos danos sofridos.

É o que será apresentado neste trabalho.

CAPÍTULO 1: CARTEL E SUA PUNIÇÃO PELO CADE

1.1 REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO

A Constituição Federal, em seu art. 170, assegura a todos uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, devendo ser observado, dentre outros princípios, o da livre concorrência.

Desta forma, todo e qualquer abuso⁸ que vise à eliminação da livre concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros, deve ser reprimido (art. 173, § 4º da Constituição Federal). O direito constitucionalmente garantido pelo princípio da livre concorrência representa o valor do direito à liberdade – seja sob o ponto de vista do consumidor ou mesmo do concorrente⁹.

Em consonância com a determinação constitucional, a Lei de Defesa da Concorrência - Lei nº 12.529/11 (“LDC”), trata da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, bem como da estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) formado pelo (i) Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão julgador com jurisdição em todo o território nacional (autarquia federal - vinculada ao Ministério da Justiça) e pela (ii) Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE do Ministério da Fazenda.

A LDC aplica-se às práticas cometidas em qualquer parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

A coletividade é identificada na LDC como titular dos bens jurídicos protegidos por essa Lei¹⁰. Este é o principal aspecto sob o ponto de vista de proteção de direitos devido à

⁸ “Ademais, a manutenção de uma concorrência (ineficiente) não pode ser motivo para o prejuízo dos consumidores, que – sobretudo em economias oligopolizadas como a brasileira – são frequentemente vítimas de abuso”. SALOMÃO, CALIXTO FILHO, *Condutas Tendentes à Dominação dos Mercados - Análise Jurídica*. Tese apresentada para concurso de professor titular de direito comercial. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001. p. 93

⁹ “A **liberdade de escolha**, que se estende a todos os agentes de mercado, representa um **valor em si mesmo**. Na perspectiva do desenvolvimento como processo de expansão de liberdades, é de suma importância proporcionar aos agentes a liberdade de escolher e a de competir, não apenas pelo aspecto econômico das mesmas, mas também em função de seus efeitos sobre as demais liberdades que compõem o processo”. MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer, *Direito, Livre Concorrência e Desenvolvimento*, Lex Editora. SP – p. 139

¹⁰ “Entre os bens jurídicos mais importantes protegidos pela concorrência estão o direito de competir e a **liberdade de escolher**, além da garantia da possibilidade de efetiva competição. Ao proteger esta pluralidade de interesses, o legislador optou por estender a **garantia de liberdade de escolha para todos os agentes do mercado**, não apenas os consumidores, mas também os produtores. A liberdade de escolha representa um valor em si mesmo, e

gravidade de seus efeitos.

E é justamente por isso, que a primeira medida a ser aplicada quando há um ilícito concorrencial é a busca pela cessação dessa prática¹¹ e conseqüentemente sua reparação.

Além disso, importante notar que a LDC tem aplicação ampla, abrangendo pessoas físicas ou jurídicas¹² de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob o regime de monopólio legal.

A referida Lei estabelece ainda que, em caso de infração da ordem econômica, além da responsabilização da empresa, haverá, solidariamente, responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores (art. 32 da LDC).

Além disso, as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, serão solidariamente responsáveis quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica (Art. 33 da LDC).

1.2 INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

A primeira informação que se deve ter em mente é que não haverá infração à ordem econômica se a conquista de mercado resultar de maior eficiência da empresa em relação aos seus concorrentes¹³.

na perspectiva do desenvolvimento como processo de expansão de liberdades, é de suma importância proporcionar aos agentes – todos os agentes – a **liberdade de escolher e a de competir**. Esta importância deriva não apenas do aspecto econômico das mesmas, mas também em função de seus efeitos sobre as demais liberdades que compõem o processo de desenvolvimento”. – grifos nossos. MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer, Direito, Livre Concorrência e Desenvolvimento, Lex Editora. SP – p. 195-196.

¹¹ “Como se trata de **lesão a um interesse difuso, cujo sujeito é a coletividade** (Lei nº 8.884/94, art. 1º, parágrafo único, disposição que se repete no mesmo artigo e parágrafo no articulado da Lei nº 12.529/11), a ação punitiva do Poder Público, em especial da Administração, não visa, primariamente, a uma reparação nem a uma compensação, mas a uma intimidação. Ou seja, a lesão ao interesse difuso (livre concorrência) visa à cessação de uma prática, tendo a sanção correspondente um sentido ostensivamente dissuasório. Ou, para usar os termos de Celso Antônio Bandeira de Mello, tem precipuamente uma **função intimidadora e exemplar** (Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2006, VII, 17)” – grifos no original. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio: “Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira” in Revista de Defesa da Concorrência, nº 2, novembro de 2013, p. 16.

¹² Com relação às pessoas jurídicas estrangeiras, as mesmas serão consideradas domiciliadas no Brasil caso operem ou tenham no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante, conforme previsto no §1º art. 2º da Lei nº 12.529/11 (LDC).

¹³ Lei nº 12.529/11 (LDC) – “Art. 36 ... §1º: A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”.

Por outro lado, qualquer conduta que, independentemente de culpa, tenha por objeto ou possa vir a produzir quaisquer dos efeitos abaixo, configurará infração à ordem econômica (art. 36 da Lei nº 12.529/2011 – Lei de Defesa da Concorrência “LDC”):

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Vale notar que, com relação ao conceito de posição dominante, há presunção legal de configuração sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante.

Considerando que o ilícito se configura independentemente de culpa, o que será objeto de análise, são os efeitos da conduta (art. 36 citado acima)¹⁴.

De maneira exemplificativa a LDC traz algumas condutas que, desde que gere um dos efeitos enumerados acima, configurarão infração à ordem econômica (art. 36, § 3º). Entre as mesmas estão:

I. acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrentes preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

II. promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III. utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços

¹⁴ Desse modo, a prova do abuso tem por princípio geral a investigação do fim econômico (e social) do direito de concorrência, ao comparar-se sua relevância com a dos interesses subjetivos em jogo. Esse exercício comparativo é que abre a exigência de ponderação de meios e fins na configuração da infração concorrencial como uma espécie de excesso/abuso. Deve ser verificado se o agente econômico, adotando práticas mesmo em condições objetivamente legais, procede de tal modo que atinja, venha a atingir ou possa atingir mesmo sem conseguir efeitos contrários aos protegidos pelo princípio da livre concorrência (CF: eliminação de concorrência, dominação de mercado, aumento arbitrário de lucros). **Essa relação é causal (ainda que no terreno da probabilidade), mas sua avaliação exige do julgador um exercício de ponderação própria da percepção da lesão que o abuso traz para o mercado**”. grifos nossos. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR. “Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira” in Revista de Defesa da Concorrência, nº 2, novembro de 2013, p. 15-16.

de terceiros;

- IV. *discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;*
- V. *subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;*

1.3 A CONFIGURAÇÃO DO CARTEL E SUA PUNIÇÃO PELO CADE

Das condutas que configuram infração à ordem econômica, o cartel é universalmente reconhecido como a mais grave¹⁵.

O cartel é caracterizado como acordo ou conluio, tácito ou explícito, entre concorrentes para aumentar preços e lucros conjuntamente, seja dividindo mercados ou estabelecendo qualquer conduta previamente combinada que tenha por objeto afetar a livre concorrência dos mercados, prejudicando a sociedade como um todo¹⁶.

Importante destacar que o acordo entre concorrentes capaz de configurar a conduta ilícita (cartel) pode ter como objetivo não apenas a fixação preços, mas também o estabelecendo quotas ou mesmo restrição de produção.

Vale mencionar que a prática de preços idênticos, por si só, não caracteriza cartel.

O CADE ao investigar uma prática de cartel busca dados econômicos e indícios factuais de indiquem que houve acordo ou qualquer tipo de combinação entre as pessoas que atuam em determinados setores para aumentar ou combinar o preço dos produtos ou serviços

¹⁵ Cartilha do CADE: Análise de condutas lesivas à concorrência p. 14. Item 3 – O que é Cartel. CADE - Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999: Anexo I - Práticas Restritivas: Definições e Classificação. Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda.

¹⁶ Na recomendação de 1998, a OCDE (Organisation for Economic Co-Operation and Development – OECD) traz o conceito do cartel clássico (hardcore): “Um cartel clássico é um acordo anticompetitivo, uma prática concertada anticompetitiva ou arranjo anticompetitivo entre competidores para determinar preços, fraudar licitações (conluio em licitações), estabelecer cotas ou outras restrições à produção, ou compartilhar ou dividir mercados mediante a alocação de consumidores, fornecedores, territórios ou linhas de comércio”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva, Direito concorrencial. Caio Mário da Silva Pereira Neto, Paulo Leonardo Casagrande. São Paulo. Saraiva, 2016. p.109.

ofertados. O CADE considera atas de reuniões, mensagens trocadas entre concorrentes ou até mesmo escutas telefônicas¹⁷.

O cartel é fruto do objetivo dos agentes econômicos em aumentar de forma arbitrária seus lucros, gerando consequências negativas até mesmo na produtividade de determinado mercado afetando o custo da cadeia produtiva como um todo¹⁸.

Neste sentido veja-se, por exemplo, que o aumento indevido do custo de aquisição de insumo tais como aço, vergalhão e cimento não afeta apenas as empresas adquirentes, afeta todas as etapas da cadeia produtiva, aumentando o preço a cada fase da cadeia, até atingir o consumidor final.

Para existência do cartel, existem alguns aspectos que são observados pelos participantes.

Primeiramente o cartel somente existirá se houver vantagem econômica para os participantes. Em outras palavras: o acordo há de ser lucrativo.

Além disso, os custos para organizar o cartel não devem ser relevantes a ponto de desencorajar os pretensos participantes.

Outra condição que favorece a existência do cartel é que não haja uma punição severa. Ou seja, se a punição do ilícito for menor do que o lucro obtido pelo infrator, então, racionalmente, a prática não estará sendo reprimida.

Neste trabalho, o foco será exatamente nessa condição: punição severa.

Considerando que, quanto mais difícil for a detecção da prática de cartel e quanto mais baixa for a probabilidade de punição severa, maior estímulo haverá para a prática de cartel.

¹⁷ Cartilha do CADE. Análise de condutas lesivas à concorrência p. 14. Item 3.

¹⁸ No entanto, nem sempre a palavra cartel foi utilizada para representar acordo entre concorrentes. Veja a origem desta palavra explicada por Caio Mário da Silva Pereira Neto e por Paulo Leonardo Casagrande: “A palavra cartel tem origem do termo latino ‘cartula’, diminutivo de ‘carta’ para nomear curtas mensagens escritas. Ao longo da Idade Média, a palavra (em francês cartel, em italiano cartello e em alemão Kartell) passou a se referir às regras acordadas para confrontos entre cavaleiros ou duelos. Já na Era Moderna, o termo também se referia a certos acordos entre reinos independentes europeus. A partir do final do século XIX, o termo Kartell passou a ser empregado na Alemanha para denominar arranjos entre empresas de um mesmo setor, fenômeno contemporâneo ao forte desenvolvimento industrial verificado naquele país. A partir do alemão, o vocábulo veio a ser adotado em outras línguas para tratar de acordos entre concorrentes para restringir a rivalidade entre si”. grifos nossos. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva, Direito concorrencial. Caio Mário da Silva Pereira Neto, Paulo Leonardo Casagrande. São Paulo. Saraiva, 2016. p. 107-108.

Uma das formas de punição do cartel, é a multa imposta pelo CADE¹⁹, embora não seja a única forma possível.

A multa pode variar de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, cujo valor apurado da multa nunca deverá ser inferior à vantagem auferida, desde que seja possível estimar a vantagem auferida (art. 37, inciso I, da LDC).

Embora, em tese, seja possível estimar a vantagem auferida. Na prática, dependerá do caso real e, principalmente, das informações disponíveis para realização do cálculo.

Importante mencionar ainda que, além da multa, o cartel é punido com crime, sendo que, se o infrator firmar Acordo de Leniência com o CADE, poderá ser beneficiado, tanto no aspecto administrativo quanto no penal.

No entanto, o único aspecto que o Acordo de Leniência não inibe é a obrigação de indenizar as perdas e os danos decorrentes da conduta ilícita, ficando mantido o direito de ação, previsto no art. 47 da LDC (Lei nº 12.529/2011).

¹⁹ “Não importa quão severa ela seja, a pena não vai induzir nenhum comportamento ineficiente; ela vai induzir a adoção de cuidados, que evitarão completamente a sanção”. P. 122. COASE, Ronaldo H. O problema do custo social (publicado no Journal of Law and Economics – outubro, 1960b) in Direito e Economia: textos escolhidos. Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPÍTULO 2: O ACORDO DE LENIÊNCIA E O TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO NO CADE

2.1 O ACORDO DE LENIÊNCIA E O TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO (TCC)

Um dos maiores aliados da autoridade de defesa da concorrência na repressão à prática de cartel é o acordo de leniência previsto nos arts. 86 e 87 da LDC.

Para fomentar o programa de leniência o CADE criou o Guia do Programa de Leniência Antitruste. Nesse guia estão reunidas diversas informações para orientar as empresas e as pessoas físicas a respeito dos direitos e garantias que envolvem o acordo de leniência. O guia descreve ainda, fase a fase, o trâmite para a negociação de acordo de leniência junto ao CADE.

As empresas e pessoas que estiverem envolvidas em alguma prática anticoncorrencial coletiva poderão obter benefícios na esfera administrativa e criminal através acordo de leniência com o CADE, desde que confessem a participação no ilícito e apresentem informações e documentos relevantes para as investigações do ilícito.

O acordo de leniência poderá ser firmado em conjunto se, entre empresas do mesmo grupo (de fato e de direito), bem como com dirigentes, administradores e empregados (art. 86, § 6º da LDC).

Considerando que o cartel pressupõe um conluio de difícil comprovação, a descrição do acordo feita por um dos integrantes do grupo de infratores é de grande valia para se chegar à condenação dos demais participantes do ilícito.

Para que a proponente seja elegível para a celebração do acordo, é necessário preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos: (a) Seja a primeira a identificar a prática do ilícito; (b) Cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (c) A Superintendência-Geral do CADE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e (d) A empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu

encerramento.

O signatário do Acordo de Leniência será beneficiado com extinção automática da punibilidade dos crimes tipificados na Lei nº 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo) e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/1993 (Licitações e Contratos da Administração Pública) e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal – crime de associação criminosa).

Com relação ao benefício administrativo pode haver extinção total punição (“leniência total”) ou a redução de um a dois terços da multa aplicável (“leniência parcial”), prevista no art. 86, §4o da LDC. O critério adotado pelo CADE para definir qual das hipóteses será aplicada depende da existência ou não de “conhecimento prévio” do ilícito pela Superintendência-Geral do CADE²⁰. Assim, se a SG/CADE não tinha conhecimento prévio da infração, a empresa e/ou pessoa física receberá, benefício da extinção da ação punitiva da administração pública em relação à conduta denunciada. No entanto, se a SG/CADE já tinha conhecimento prévio do ilícito, mas não dispunha de provas para assegurar a condenação, a empresa e/ou pessoa física poderá celebrar acordo de leniência com benefícios parciais, ou seja, com redução de um a dois terços da multa, cuja definição considera a efetividade da cooperação e da boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

O acordo de leniência firmado com o CADE, conterà as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo, dentre as quais haverá disposição de que o não cumprimento pelo signatário das obrigações previstas no Acordo de Leniência resultará em perda da imunidade com relação a multas e outras sanções, conforme prevê o art. 206 §1º, IX do Regimento Interno do CADE.

O incentivo com relação aos benefícios decorrentes da celebração do acordo de leniência e a exigência de que apenas o primeiro a delatar a prática poderá firmar o referido acordo, aliado à possibilidade de imunidade total com relação a exigência do pagamento de multa, tende a gerar uma instabilidade no grupo de infratores pelo risco de um dos participantes decidir confessar o ilícito.

²⁰Art. 197 a 210 do Regimento Interno Do Conselho Administrativo De Defesa Econômica – RICADE (Incluído pela Resolução nº 15, de 25 de maio de 2016) – Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/ricade-semmarcas_25_mai_2016_fina-l-res-15.pdf/view>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

Na hipótese de existir Acordo de Leniência firmado junto CADE sobre o mesmo ilícito e havendo interesse em confessar participação na conduta investigada, é possível a apresentação de proposta para assinatura de Termo de Compromisso de Cessação - “TCC” (art. 85 da LDC) que não confere benefício criminal e, obrigatoriamente, implica em imposição de pena pecuniária, a ser negociada junto ao CADE, mas que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 da LDC.

Embora o TCC não tenha benefício criminal é possível negociar, junto ao Ministério Público, um acordo de colaboração premiada com o auxílio da Superintendência do CADE²¹.

Com relação à imposição de multa, o Regimento Interno do CADE, prevê que a análise do valor considerará a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento de apresentação da proposta. De forma, que a contribuição pode variar de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração.

Para tanto, o CADE observa os seguintes parâmetros: I – redução percentual entre 30% e 50% da multa esperada para o primeiro Representado que requerer TCC no âmbito da investigação de uma conduta; II – redução percentual entre 25% e 40% da multa esperada para o segundo Representado que requerer TCC no âmbito da investigação de uma conduta; e III – redução percentual de até 25% da multa esperada para os demais Representados que requererem TCC no âmbito da investigação de uma conduta (art. 187 do Regimento Interno do CADE).

Com isso, nota-se que as principais diferenças entre o acordo de leniência e o TCC são:

- I. *o Acordo de Leniência somente pode ser firmado pelo primeiro a identificar a prática do ilícito, ao passo que o TCC pode ser firmado por qualquer investigado;*
- II. *o Acordo de Leniência gera imunidade total no pagamento de multa, bem como extinção da punibilidade criminal, enquanto que o TCC, além de não gerar benefício no âmbito*

²¹ Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE – p. 20-21.

criminal implica em imposição pecuniária significativa.

Além do acordo de leniência e do TCC, o Guia de Leniência Antitruste do CADE, esclarece ainda que empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo com relação ao ilícito em questão, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o CADE não tenha qualquer conhecimento prévio (art. 87, § 7º e §8º da LDC). É o que o CADE chama de “Leniência Plus”.²²

Nesse caso, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção da integralidade dos benefícios do acordo de leniência com relação à nova infração denunciada, ou seja, imunidade total, tanto administrativa quanto criminal.

Assim, tanto o acordo de leniência e o TCC, quanto a leniência plus, representam veículos importantes no combate às práticas ilícitas anticoncorrenciais, na medida em que ampliam as bases de investigações do CADE para punição dos infratores, que muitas vezes, sem a existência desses instrumentos, sequer seriam descobertos.

2.2 BALANÇO DO CADE – MULTAS, ACORDO DE LENIÊNCIA E TCC

Em junho de 2017, o CADE divulgou o Balanço de Gestão no qual apresenta a quantidade de Acordos de Leniência e TCC negociados e homologados no período de 2014 a 2017.

O quadro abaixo que indica que foi a partir de 2013 que a quantidade de TCC, homologados pelo CADE, aumentou significativamente:

²² Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE – p. 54

Período	Requerimentos de TCC homologados
2012	05
2013	53
2014	38
2015	56
2016	54
2017 (até junho)	34

Com relação aos Acordos de Leniência, o balanço indica que de 2014 a junho de 2017, houve 38 leniências.

Período	Acordos de Leniências, Aditivos e Leniências Plus
2012	10
2013	-
2014	10
2015	18
2016	23
2017 (até junho)	20

Além dessas informações, vale destacar os dados do referido Balanço do CADE com relação aos valores das Multas e Contribuições Pecuniárias Aplicadas em TCCs.

Período	Multas e Contribuições Pecuniárias em TCC
2012	R\$ 101,6 milhões
2013	R\$ 533,6 milhões
2014 (cartel do cimento)	R\$ 3,490 bilhões
2015	R\$ 853,7 milhões
2016	R\$ 995,5 milhões
2017 (até junho)	R\$ 389,7 milhões

Os dados extraídos do Balanço do CADE demonstram que o combate às práticas anticompetitivas vem aumentando significativamente no âmbito da repressão administrativa (*public enforcement*).

No entanto, com relação ao aspecto de ressarcimento dos danos aos prejudicados (*private enforcement*), embora a quantidade de ações judiciais venha crescendo no Brasil, não se tem ainda nenhuma condenação determinando indenização decorrente de cartel.

2.3 CONFISSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM ILÍCITO CONCORRENCIAL - ACORDO DE LENIÊNCIA E DO TCC

A Lei de Defesa da Concorrência indica como um dos requisitos do acordo de leniência a necessidade de que a empresa confesse sua participação no ilícito (art. 86, §1º, inciso IV):

CAPÍTULO VII - DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

Art. 86. (...)

§1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

(...)

*IV - a empresa **confesse sua participação no ilícito** e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento".
(grifo nosso)*

O Regimento Interno do CADE menciona que, tanto no Acordo de Leniência (Art. 206, §1º, V) quanto no TCC (art. 185), haverá o reconhecimento, pelo signatário, de sua participação na conduta investigada.

O reconhecimento da conduta de cartel junto ao CADE não é feito de forma isolada, é corroborado no contexto probatório que o signatário apresenta ao CADE através de informações e documentos que auxiliarão na investigação da conduta dos demais participantes. Isto porque a confissão isolada, pode, nem sempre, significar veracidade de fatos.

A confissão é o reconhecimento de um fato e não de uma relação jurídica,

conforme explica ao autor Humberto Theodoro Jr.²³.

Justamente por isso, é que é possível que se confesse um fato, mas sem se reconhecer as consequências jurídicas dele decorrentes²⁴.

De forma que, o Tribunal do CADE tem a prerrogativa de avaliar todo o conjunto probatório e, mais que isso, cabe ao CADE enquadrar as condutas descritas no acordo de leniência ou TCC na descrição legal do ilícito, ou seja, avaliar as consequências jurídicas de cada conduta.

Em processo civil, a confissão é uma manifestação unilateral, pela qual uma pessoa reconhece fato contrário a seu próprio interesse e favorável a outra parte (art. 389 do Novo CPC).

Nesse sentido, a confissão não pode ser considerada um ato negocial, na medida em que não representa declaração de vontade e sim apenas declaração voluntária de ciência de um fato, conforme explica o autor Fredie Didier Jr.²⁵

Ainda assim, a confissão não poder ser revogada, ou seja, não pode ser desfeita por manifestação contrária de vontade. Podendo, no entanto, ser anulada se decorrer de erro de fato ou de coação (art. 393 do Novo CPC).

Com isso, a parte que confessa não poderá produzir prova para demonstrar que o fato objeto da confissão não ocorreu.

O depoimento é o meio de prova. A confissão é a consequência de um meio de prova.

A confissão pode ser judicial ou extrajudicial, que teoricamente deveriam ter o mesmo valor – mas não é essa a previsão no Novo CPC - a confissão extrajudicial, quando feita oralmente, só terá valor se a lei não exigir prova escrita (arts. 394, 389 e 390 §2º).

Além disso, o efeito da confissão limita-se ao confitente, portanto, não vincula os litisconsortes (art. 391 do Novo CPC).

²³ THEODORO JR, Humberto. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v 3, t 2, p. 417.

²⁴ Considerações Sobre A Confissão. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/consideracoes-sobre-a-confissao/>>. Acesso em 12 de outubro de 2017.

²⁵ **Considerações Sobre A Confissão**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/consideracoes-sobre-a-confissao/>>. Acesso em 12 de outubro de 2017.

Sob esse aspecto, a confissão contida no acordo de leniência e no TCC, acaba expondo o signatário de forma prejudicial, uma vez que o reconhecimento da conduta ilícita atrai a obrigação de indenizar.

A referida exposição negativa do signatário do acordo de leniência ou TCC é potencializada porque nesse tema há responsabilidade solidária entre os infratores e, com isso, os prejudicados pela conduta ilícita tenderiam a acioná-lo, uma vez que há um risco maior de condenação em sucumbência contra os infratores que ainda não tenham sido condenados pelo CADE se comparado com o beneficiário da leniência ou TCC.

Essa condição pode inclusive configurar a data inicial da contagem do prazo de prescrição, uma vez que o acesso integral aos termos do Acordo de Leniência ou TCC seria capaz de abrir a obrigação de indenizar (*trigger*). Por outro lado, se não for possível obter acesso aos termos do Acordo de Leniência é razoável considerar que o termo de contagem inicial da prescrição seja a data da disponibilização da versão pública da Nota Técnica do CADE que instaura o processo administrativo.

Assim, se o prejudicado toma conhecimento da existência de determinado Acordo de Leniência ou TCC, é recomendável que diligencie junto ao CADE, pedindo acesso aos seus termos e inclusive requerendo ingresso no processo administrativo como terceiro interessado.

Se eventualmente, o CADE se recusar a dar acesso aos termos do Acordo de Leniência ao prejudicado, é possível propor ação judicial de produção antecipada de provas e requerer que o juiz determine ao CADE a apresentação do Acordo de Leniência, conforme precedente do STJ – Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.554.986 – SP, Terceira Turma, Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 8.3.2016).

A ação judicial de produção de prova é admitida nos casos em que há necessidade de prévio conhecimento dos fatos que possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação (arts. 381 a 383, Novo CPC).

Em outras palavras, para entender melhor o dano e sua autoria, o prejudicado poderia propor ação judicial autônoma para produzir prova de forma antecipada objetivando conhecer integralmente o autor, o dano e o nexo causal.

Assim, a ação judicial de produção de provas pode inclusive ser utilizada para se identificar se realmente há ou não fundamento para a propositura de ação indenizatória.

Alternativamente, o prejudicado pode optar por propor, desde logo, ação reparatória de danos concorrenciais, na qual poderá se valer do mesmo recurso, podendo inclusive requerer a participação do CADE na lide, nos termos do art. 118 da LDC.

Propondo ação reparatória o prejudicado poderá exigir do signatário do Acordo de Leniência ou TCC, o valor total dano, sem necessidade de identificar a quota de responsabilidade que caberia a cada infrator já que os mesmos respondem de forma solidária. Permanece, de qualquer forma, a obrigação de provar a existência do dano e o nexo de causalidade com a conduta ilícita.

O signatário do Acordo de Leniência ou TCC, da mesma forma, responderá pela indenização total, podendo subrogar-se com relação aos demais infratores, desde que, faça o chamamento ao processo.

Com relação a este tema importante destacar o caso do Cartel Internacional dos Compressores no qual houve TCC firmado pelas empresas Whirlpool, Whirlpool Embraco e Brasmotor (maiores produtores de geladeiras do país), em setembro de 2009, as quais se comprometeram a pagar R\$ 100 milhões em nome das pessoas jurídicas e R\$ 3 milhões em nome das pessoas físicas envolvidas.

O referido “cartel dos compressores” foi julgado pelo CADE em 16/03/2016²⁶ – Conselheiro Relator MÁRCIO DE OLIVEIRA JÚNIOR, no qual houve a condenação das empresas Danfoss A/S, Household Compressors Holding S.p.A (antiga ACC – Appliances Components Companies S.p.A.) e Panasonic Electric Works Co., Ltd. (antiga Matsushita Electric Works, Ltd.) pela prática de cartel. Além disso, foi decretada a extinção punitiva em favor dos beneficiários que firmaram Acordo de Leniência, bem como o arquivamento das acusações em relação às empresas que firmaram TCC.

Com relação a este cartel a Eletrolux do Brasil S.A. propôs ação indenizatória contra Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A. para obtenção de reparação de danos causados por prática de cartel na venda de compressores que tiveram seus preços aumentados artificialmente²⁷.

²⁶ CADE - Requerimento nº 08700.001369/2009-09 – Cartel Dos Compressores

²⁷ CADE - Requerimento nº 08700.001369/2009-09 – Cartel Dos Compressores - REQUERENTE: Whirlpool S.A., Ernesto Heinzelmann, Laércio Hardt, Gilberto Heinzelmann, Dário Gert Isleb, Dailson Farias, Michael Inhetvin, Brasmotor S.A., Whirlpool S.A. – Unidade de Negócios Embraco, Nelson Effting e Paulo Frederico Meira de Oliveira Periquito. Advogados: Túlio Egito Coelho, Pedro S. C. Zanotta e outros - RELATOR: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

Foi justamente no âmbito desta ação indenizatória que o STJ se posicionou com relação ao sigilo das informações do Acordo de Leniência, conforme se verá no item a seguir.

2.4 O SIGILO DO ACORDO DE LENIÊNCIA

O art. 86, § 9º da LDC prevê que a proposta de acordo será sigilosa, exceto se as investigações e o processo administrativo impuserem o contrário.

O que precisa ser destacado neste aspecto é que a lei garante o sigilo da proposta e não do acordo de leniência em si.

Isso é relevante porque o acesso ao conteúdo do acordo de leniência é um grande aliado para fomentar a reparação de danos.

O Regimento Interno do CADE trata do acesso restrito aos termos do Acordo de Leniência no âmbito do processo administrativo²⁸ sem, no entanto, tratar do acesso no caso da busca de reparação de danos.

A respeito da polêmica em torno do sigilo dos termos do Acordo de Leniência, é importante destacar o julgado do STJ – Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.554.986/SP – j. em 08/03/2016), na ação indenizatória proposta pela Eletrolux do Brasil S.A., contra Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A. para obtenção de reparação de danos causados por prática de cartel na venda de compressores que tiveram seus preços aumentados artificialmente (“cartel dos compressores”)²⁹.

²⁸ Regimento Interno do CADE - Art. 207. A identidade do signatário do acordo de leniência será mantida como de acesso restrito em relação ao público em geral até o julgamento do processo pelo CADE. §1º O CADE concederá tratamento de acesso restrito aos documentos e informações comercialmente sensíveis do signatário do acordo de leniência, observados os requisitos deste Regimento Interno e o direito de defesa dos demais representados no processo administrativo. §2º O CADE notificará os representados no inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica ou no processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica relacionados à infração noticiada ou sob investigação de que: I - o acesso ao acordo de leniência e a seus anexos, bem como a quaisquer documentos apresentados pelo signatário do acordo de leniência ou a que o CADE atribua tratamento de acesso restrito, será concedido aos representados estritamente para fins de exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa no inquérito administrativo ou no processo administrativo em trâmite perante o CADE que tenha por objeto a infração de que trata o acordo de leniência; e II - é vedada a divulgação ou o compartilhamento, total ou parcial, com outras pessoas físicas, jurídicas ou entes de outras jurisdições, do acordo de leniência e de seus anexos, bem como de quaisquer documentos apresentados pelo signatário do acordo de leniência ou que recebam tratamento de acesso restrito por parte do CADE, sendo que a desobediência desse dever sujeitará os infratores à responsabilização administrativa, civil e penal.

²⁹ CADE - Requerimento nº 08700.001369/2009-09 – Cartel Dos Compressores - Requerente: Whirlpool S.A., Ernesto Heinzelmann, Laércio Hardt, Gilberto Heinzelmann, Dário Gert Isleb, Dailson Farias, Michael Inhetvin, Brasmotor S.A., Whirlpool S.A. – Unidade de Negócios Embraco, Nelson Effting e Paulo Frederico Meira de

Nesse caso, o STJ³⁰ decidiu que o sigilo do acordo de leniência não é absoluto, na medida em que não pode ser eterno, perdendo o sentido após o encerramento da fase de apuração da conduta.

O primeiro aspecto que se pode extrair deste julgado é que o STJ adotou a exata redação do art. 86, § 9º da LDC ao indicar que o sigilo se aplica à proposta de acordo. E, uma vez aceito e formalizado o Acordo de Leniência, a extensão do sigilo deve ser observada em caráter de exceção e não de regra, ou seja, somente se justificará a manutenção do sigilo se for necessário para o interesse das apurações de ilícitos concorrenciais.

Segundo o STJ o sigilo apenas se justifica no interesse das apurações. Superada esta fase, o sigilo não pode permanecer de modo indefinido.

Outro aspecto abordado no julgado se refere à previsão legal que determina que o CADE preste informações e forneça cópia dos autos dos procedimentos Administrativos ao Poder Judiciário, quando requerido para instruir ações judiciais e, justamente por este motivo, o sigilo não poderia ser oposto ao Poder Judiciário (Art. 11, X da LDC).

Assim, o ponto mais relevante deste julgado, foi o STJ ter firmado a posição de que o sigilo não é absoluto, nem tampouco eterno. Portanto, em regra, não haveria sigilo a partir da formalização do Acordo de Leniência.

Neste julgado, o voto do Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze³¹, descreve as etapas do procedimento de investigação do CADE e faz um paralelo com o acordo de colaboração premiada previsto na Lei de Combate a Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13) que define que o termo final do sigilo dos acordos é o recebimento da denúncia, concluindo que as duas primeiras fases são garantidas por sigilo legal, o qual poderá ser estendido até a conclusão da instauração preliminar do processo administrativo.

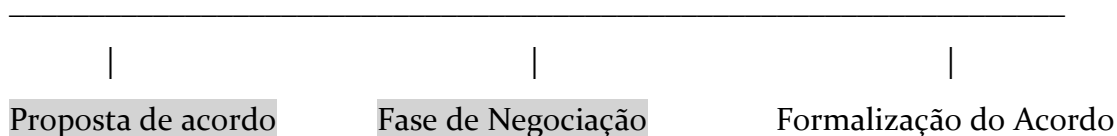
Assim, aplicando-se a decisão do STJ às fases do procedimento de investigação do CADE, haveria sigilo durante a proposta de acordo e o período de negociação, que são as

Oliveira Periquito. Advogados: Túlio Egito Coelho, Pedro S. C. Zanotta e outros - RELATOR: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

³⁰ STJ, Recurso Especial nº 1.554.986 – SP, Terceira Turma, Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 8.3.2016 https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1494823&num_registro=201502191117&data=20160405&formato=PDF

³¹ STJ, Recurso Especial nº 1.554.986 – SP, Terceira Turma, Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 8.3.2016 – p.10 e 11 de 19

duas primeiras fases. No entanto, a partir daí não haveria mais sigilo:



2.4.1 Procedimento De Acesso Ao Acordo De Leniência (Minuta De Resolução Do CADE)

Justamente em decorrência da referida decisão do STJ, o CADE vem desenvolvendo um Programa de Combate aos Cartéis, buscando formas de incentivar a reparação civil mediante a celebração do Acordo de Leniência³².

Uma das formas de incentivo buscado pelo CADE pode ser identificada na minuta de Resolução que foi colocada em consulta pública³³, em 07/12/2016.

Nessa minuta de Resolução o CADE se predispõe a disciplinar os momentos em que o sigilo do Acordo de Leniência poderá ser “quebrado” e quais pessoas seriam elegíveis para ter acesso, especialmente para fomentar a busca de reparação de danos decorrentes de cartel.

A abordagem do CADE é adequada na medida em que identifica as diferentes fases do processo administrativo e mantém em sigilo os documentos e informações apresentados ao CADE durante o período de negociação de Acordo de Leniência e de TCC.

No entanto, a redação da minuta da Resolução não é clara ao identificar em qual fase seria viabilizado o acesso aos termos do Acordo de Leniência por eventual terceiro interessado, nem tampouco qualifica qual seria o critério para legitimar o requerente.

Com relação a esses aspectos a sugestão seria desde já identificar que o requerente legitimado a ter acesso seria aquele que apresentasse qualificação para propor ação de reparação por danos concorrenciais (prejudicado) e que houvesse um procedimento em

³² O CADE menciona ainda no seu Guia do Programa de Leniência antitruste que além de informar e orientar a respeito dos direitos dos cidadãos também cabe incentivar, orientar e assistir os proponentes com vistas à celebração do acordo de leniência.

³³ Disponível em: <http://Sei.Cade.Gov.Br/Sei/Institucional/Pesquisa/Documento_Consulta_Externa.Php?-Ridqllssqa1ouav8olpzbcvegdpzo56p9zbq79v7rnmn-WxhtsvehimkpiSfjpyg1rdxeuh5udqb8unbmrza>. Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

separado para que o terceiro interessado pudesse ter acesso aos termos do Acordo de Leniência logo após a sua celebração.

Nesse procedimento em separado, o CADE poderia segregar as informações que requererem sigilo profissional, sigilo de empresa, sigilo fiscal e bancário, dados de clientes e fornecedores, bem como qualquer outra informação que o CADE julgue que possa prejudicar as investigações.

O importante é garantir que o prejudicado possa conhecer, desde logo, as condutas do infrator e demais participantes do cartel, de forma a viabilizar seu entendimento a respeito dos danos sofridos e sua autoria.

Essa questão do sigilo do Acordo de Leniência está intimamente ligada ao início da data contagem do prazo de prescrição, conforme se verificará no capítulo seguinte.

Sabendo da dificuldade que o prazo prescricional representa no fomento às ações cíveis de reparação por danos concorrencias (ACRDC), o CADE ao apresentar a Exposição de Motivos³⁴ da referida minuta de Resolução traz também uma proposta de alteração legislativa para que a instauração de procedimento investigatório tenha o efeito de interromper a contagem do prazo prescricional para propositura da ACRDC.

2.5 INTERSEÇÃO ENTRE INTERESSES PÚBLICO E PRIVADO (ANTITRUST ENFORCEMENT)

O Balanço do CADE mostra como o *enforcement* público vem crescendo nos últimos anos. No entanto, o *enforcement* privado não vem crescendo na mesma proporção.

Um Estudo de Experiência Internacional e Brasileira realizado pelo CADE demonstrou que nos Estados Unidos o *enforcement* privado é tão importante quanto o público. Tanto que, ao assinar o Acordo de Leniência com a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (“DOJ”) o signatário já se compromete a restituir os danos causados em decorrência do cartel.

Ou seja, nos Estados Unidos, a assunção da obrigação de reparação de danos é um

³⁴ Disponível em: <http://Sei.Cade.Gov.Br/Sei/Institucional/Pesquisa/Documento_Consulta_Externa.Php?-Ridqllssqa1ouav8olpzbcvegodpzo56p9zbq79v7rnmn-WxhtsvehimkpiSfjpyg1rdxeuh5udqb8unbmrza>. Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

requisito para que se obtenha os benefícios do Acordo de Leniência. Mas há de ser observado que este formato propicia ao signatário uma limitação de responsabilidade do beneficiário da leniência no âmbito civil. Diferenciando assim, a exposição do signatário da leniência dos demais infratores.

Ambos os aspectos são opostos aos que existem no Brasil. Primeiramente, aqui não há na condenação, no âmbito público, qualquer vinculação com a responsabilidade privada, no âmbito civil, cabendo a cada prejudicado buscar judicialmente a reparação dos danos sofridos em decorrência do cartel.

Além disso, no Brasil, de fato o signatário da leniência fica mais exposto à imputação da responsabilidade civil, especialmente, no lapso de tempo entre a leniência e a condenação dos demais infratores. Isso porque, como condição para firmar o acordo o beneficiário precisa confessar a prática de cartel, enquanto os demais infratores, poderão ou não ser condenados pelo CADE, gerando uma determinada incerteza quanto à busca de reparação de danos em relação a eles.

Outras duas diferenças que merecem ser destacadas é a inversão do ônus da prova e o livre acesso à informação.

Nos Estados Unidos vigora a regra denominada amplo *discovery*, que prevê que tanto o beneficiário do Acordo de Leniência quanto qualquer infrator que praticar cartel deve arcar com o ônus da prova para embasar seu dever legal de disponibilizar documentos, bem como para viabilizar a pretensão indenizatória dos consumidores lesados.

Além disso, nos Estados Unidos, de acordo com a Lei de Livre Acesso à Informação (“*Freedom of Information Act*” - FOIA) qualquer pessoa tem o direito de acesso aos arquivos de agências federais, exceto se tais arquivos tiverem sua confidencialidade protegida pela própria FOIA. Neste sentido existem duas exceções, se houver investigação criminal em curso (sigilo investigativo) e a identidade do informante (sigilo do informante), quando a divulgação de tais informações puder interferir na condução do processo investigativo.

No Brasil, existe a Lei nº 12.527, que prevê o procedimento que deve ser observado para garantir o acesso às informações da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. No entanto, esta lei não vem sendo aplicada para acesso às informações contidas nos Acordos de Leniência e nos TCCs firmados no âmbito da atuação CADE.

CAPÍTULO 3: PRESSUPOSTOS DA AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE CARTEL

3.1 PRAZO DE PRESCRIÇÃO E O INÍCIO DA CONTAGEM

Para propositura de ação judicial que objetiva reparação de danos o prazo de prescrição é 3 (três) anos, conforme previsto no art. 206, §3º, inciso V, do Código Civil³⁵, o qual também é aplicado para as ações indenizatórias decorrentes de cartel.

O aspecto importante é definir qual o é critério para início da contagem do prazo de prescrição.

Em regra, o Código Civil prevê que, no instante em que um direito é violado, nasce para o titular daquele direito a pretensão para litigar em juízo (art. 189)³⁶.

No entanto, quando se trata de indenização para reparação de danos, não se pode imaginar que a pretensão nasça no momento da violação do direito. Neste caso, a pretensão só passa a ser exercível a partir do conhecimento do dano, sua extensão e autoria.

Isto porque pode haver um lapso temporal entre a violação e o conhecimento do dano, que inviabilizaria a pretensão do titular do direito e acabaria premiando o infrator, já que ficaria impune.

O Superior Tribunal de Justiça há alguns anos já vem decidindo que a contagem do prazo de prescrição da ação indenizatória só se inicia com a ciência inequívoca do prejudicado, entendida como conhecimento da autoria, do dano e de sua extensão. Este conceito é encontrado inclusive em Súmula do Superior Tribunal de Justiça³⁷.

O fundamento para tanto é que não seria razoável que o lesado perdesse o direito

³⁵ **Código Civil: Título IV - Da Prescrição e da Decadência** - Capítulo I - Da Prescrição - Seção IV - Dos Prazos da Prescrição. Art. 206. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) V - a pretensão de reparação civil.

³⁶ **Código Civil: Título IV - Da Prescrição e da Decadência** - Capítulo I - Da Prescrição Seção I - Disposições Gerais. Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

³⁷ **STJ: SÚMULA N. 278**. O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.

de ação³⁸ antes mesmo de tomar conhecimento de tal direito³⁹.

O STJ⁴⁰ vem decidindo no sentido de indicar que o instituto da prescrição tem por escopo conferir segurança jurídica e estabilidade às relações sociais, punindo o titular do direito que deixa de apresentar tempestivamente sua pretensão em juízo.

Além disso, o principal aspecto da jurisprudência do STJ vem reconhecendo que o surgimento da pretensão reparatória ocorre no momento em que o titular do direito violado detém o pleno conhecimento da extensão da lesão, ou seja, somente a partir deste momento, é que sua pretensão passa a ser, efetivamente, exercitável.

Desta forma, a prescrição em caso de ressarcimento não começa a contar no momento da lesão⁴¹. O surgimento da pretensão ocorre quando o titular do direito violado obtém plena ciência da lesão e de toda a sua extensão, bem como do responsável pelo ilícito, inexistindo, ainda, qualquer condição que o impeça de exercer o respectivo direito de ação (pretensão).

Com isso, tem-se que a questão central aqui é identificar qual é o momento no qual se toma conhecimento da autoria e dos danos decorrentes de cartel. Em regra, ocorre no momento da decisão condenatória do CADE.

Excetuada a hipótese em há assinatura de Acordo de Leniência noticiado na mídia

³⁸ Tanto na Súmula nº 278, quanto na vasta jurisprudência do STJ sobre este tema, é possível identificar que a teoria *actio nata* de Savigny, vem sendo aplicada de forma subjetiva. Com relação a isso, Flavio Tartuce³⁸ elaborou parecer no qual discorre detalhadamente a respeito da face subjetiva da *actio nata*, tendo identificado que existem mais de seiscentas ementas do STJ que mencionam essa teoria. O referido professor explica que faceta subjetiva impõe que, não basta o surgimento da ação (art. 189 do Código Civil), é necessário o conhecimento do fato, muito embora, o aspecto subjetivo da *actio nata* implique em interpretar que a prescrição tem início com a efetiva lesão do direito tutelado. Nesta mesma linha, o Professor José Fernando Simão³⁸, em seu trabalho sobre prescrição e decadência, destaca que não seria razoável punir o prejudicado antes que ele tome conhecimento de que sofreu um prejuízo. TARTUCE, Flavio. Parecer: Prescrição. Conceito e início. *Actio nata* em sua faceta subjetiva. Disponível em: <http://www.academia.edu/24299063/Prescri%C3%A7%C3%A3o_Conceito_e_in%C3%ADcio_Actio_nata_em_sua_faceta_subjetiva>. Acesso em 09/01/2017 – P. 11-13. Parecer publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil, edição número 70 de janeiro e fevereiro de 2016, p. 98.

³⁹ “não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular ... não se compreende a prescrição sem a negligência, e esta, certamente, não se dá, quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação”. LEAL, Antônio Luiz da Câmara. Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil. Edição 4. ed. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 36-37

⁴⁰ STJ - Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 423.711 / STJ, REsp 1347715/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 25.11.2014. STJ, AgRg/// no AREsp 423.711/MA, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 24.11.2015 – p. 6/8

⁴¹ STJ - Recurso Especial nº 1.347.715 – RJ

local⁴², pois neste caso, o conhecimento desse documento será o termo inicial da contagem da prescrição⁴³, uma vez que há confissão da conduta e da autoria (art. 86 da LDC), embora ainda não se possa conhecer de forma inequívoca o dano em razão do sigilo imposto pelo CADE⁴⁴.

É coerente também que havendo Acordo de Leniência (confissão do ilícito) o termo de contagem inicial da prescrição seja a data da disponibilização da versão pública da Nota Técnica do CADE que instaura o processo administrativo.

Possivelmente, para ter maior segurança jurídica na análise da configuração do nexo do dano, o prejudicado terá que encontrar um meio para ter acesso aos termos do Acordo de Leniência, seja diretamente no processo administrativo do CADE (como terceiro prejudicado) ou via requerimento para apresentação em ação judicial.

Nos casos em que celebração de TCC, a mesma lógica pode ser aplicada, considerando-se o termo inicial da contagem do prazo de prescrição a data da disponibilização do Termo de Compromisso de Cessação no *site* do CADE. De qualquer forma, o prejudicado terá que diligenciar junto ao CADE para ter acesso à descrição da conduta.⁴⁵

Importante mencionar que a ciência da busca e apreensão de documentos pelo CADE para a investigação do cartel, não abre a contagem do prazo de prescrição, da mesma forma que a abertura de processo administrativo pelo CADE, também não. Isto porque, o fato de haver investigação não significa que houve cartel. É necessário aguardar a condenação dos participantes pelo CADE.

No entanto, pensando no Projeto de Lei do Senado nº 283/16 que trata de repressão de condutas contra a ordem econômica, o tema da prescrição está bem abordado, uma vez que o texto atual expressamente indica qual seria o termo inicial para contagem do prazo de prescrição: - publicação do julgamento final do processo administrativo do CADE.

⁴² Nos casos de cartel internacional não seria razoável supor ciência de acordo de leniência em jurisdição diversa da qual onde está sediado o prejudicado.

⁴³ A celebração do Acordo de Leniência, em regra, é referenciada de forma sucinta na Nota Técnica de instauração de processo administrativo pelo CADE, a qual explica a conduta e seus efeitos no território nacional, bem como o período em que o ilícito foi praticado e, ainda, identifica os representados (investigados).

⁴⁴ Cabendo nesta hipótese diligenciar junto ao CADE para obter acesso aos seus termos e identificar os detalhes da conduta – *modus operandi*.

⁴⁵ Cartel Internacional Dos Bancos (Manipulação De Taxas De Câmbio): Termo De Compromisso De Cessação Celebrado Com Barclays, Plc (“Barclays” Ou “Compromissário”), No Processo Administrativo Nº 08700.004633/2015-04, No Qual O Barclays Se Comprometeu A Pagar R\$ 21 Milhões (Vinte E Um Milhões De Reais). Disponibilizado Em 07/12/2016: <[Http://Sei.Cade.Gov.Br/Sei/Institucional/Pesquisa/Documento_Consulta_Externa.Php?Nezun4gsgevjigxa14jqypeig9d3ksyxupjlmwtsriher6qwk9fxnkyva6ta1hqm1_Mg8bju0_Aicfe98u3hw](http://Sei.Cade.Gov.Br/Sei/Institucional/Pesquisa/Documento_Consulta_Externa.Php?Nezun4gsgevjigxa14jqypeig9d3ksyxupjlmwtsriher6qwk9fxnkyva6ta1hqm1_Mg8bju0_Aicfe98u3hw)>. Acesso Em 28 de fevereiro de 2017.

Esse ajuste na legislação é capaz de resolver a polêmica da data inicial da contagem do prazo prescrição ao mesmo tempo em que equilibra a exposição entre o signatário do acordo de leniência e os demais infratores.

Isto porque o signatário do acordo de leniência somente ficaria vulnerável à ação judicial indenizatória ao mesmo tempo que os demais infratores que respondem solidariamente pelo dano.

3.1.1 Ações Judiciais – Discussão Do Prazo De Prescrição Na Indenização Decorrente De Cartel

Na maioria dos casos é aplicado o prazo de prescrição para reparação civil em geral, ou seja, 3 anos.

- *Caso prático: prazo de prescrição 10 anos*

No entanto, houve aplicação do prazo de 10 anos⁴⁶ pela 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴⁷ no caso de indenização causada pelo chamado “cartel dos gases (hospitais e industriais)”⁴⁸.

O fundamento desse julgado foi o de que inexistia previsão expressa de prazo inferior que abarque este tipo tão específico de ação judicial. Entendendo, portanto, que não cabe aplicação do art. 206 do Código Civil e sim o art. 205 também do Código Civil, porquanto a demanda contempla pretensões declaratórias, inibitórias e, secundariamente, reparatórias,

⁴⁶ **Semelhante Ao Que Ocorre Na Alemanha:** “63. Quanto ao (c) prazo prescricional para ajuizamento das ARDC (AÇÕES DE REPARAÇÃO POR DANOS CONCORRENCIAIS) na Alemanha, a lei prevê apenas três anos, contados a partir da ciência sobre a violação, apesar de haver a possibilidade de ações de danos também prescreverem após dez anos da ocorrência da violação”. NOTA TÉCNICA Nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Processo nº 08700.007888/2016-00. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9I4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg,%20-%20_ftn137>. Acesso em 15 de fevereiro de 2017.

⁴⁷ Vide neste trabalho: Anexo II – Jurisprudência (Quadro – Ações Individuais): Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ – RS) - 15ª Câmara Cível - AI nº 0053119-07.2016.8.21.7000 - Relator Des.: Vicente Barroco de Vasconcellos (decisão monocrática).

⁴⁸ Trata-se de sobrepreço no fornecimento de produto de uso hospitalar (anos de 1998 a 2003) – empresas condenadas pelo CADE EM 2010, Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70 que começou em 2003 com denúncia anônima encaminhada à Secretaria de Direito Econômico (SDE): 1) AGA S.A., 2) Linde Gases Ltda., 3) Air Liquide Brasil Ltda., 4) Air Products Brasil Ltda., 5) Indústria Brasileira de Gases Ltda. e 6) White Martins Gases Industriais Ltda., além de sete pessoas ligadas às empresas. Disponível em: http://www.sintese.com/noticia_integra_new.asp?id=168975 Publicado em 10 de Setembro de 2010 às 10h38 - Fonte: Conselho Administrativo de Defesa Econômica

sendo que a procedência dos pedidos indenizatórios estaria vinculada aos pleitos declaratórios e inibitório. Não se tratando, portanto, de demanda que perseguiria essencialmente “reparação civil”.

- *Caso prático: prazo de prescrição 05 anos*

Em outro caso, julgado pela 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul houve discussão a respeito da configuração da relação de consumo⁴⁹, a qual se verificada alteraria o prazo prescricional para 5 (cinco) anos, nos termos do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Embora a falta de um dispositivo expresso possa gerar diferentes decisões, o prazo adequado para contagem da prescrição no ajuizamento da ação indenizatória de dano concorrencial é de 3 (três) anos, nos termos art. 206, §3º, inciso V, do Código Civil, considerando que se trata de ação reparatória.

3.1.2 Protesto Interruptivo Da Prescrição

A prescrição é interrompida pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juiz incompetente, a prescrição e retroage à data da propositura do processo judicial (art. 240, §1º do Novo CPC)⁵⁰.

Com relação às ações coletivas, mesmo sem previsão legal, existem doutrinadores⁵¹ que defendem que a citação do réu interrompe a prescrição das ações individuais para os titulares dos direitos homogêneos⁵².

⁴⁹ Vide Anexo II – Jurisprudência (Quadro – Ações Individuais) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ – RS) - 19ª Câmara Cível - AI n. 0475465-52.2014.8.21.7000 - Relator Des.: Voltaire de Lima Moraes, Des. Mylene Maria Michel e Des. Eduardo João Lima Costa

⁵⁰ Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) – Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). § 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação.

⁵¹ “Beneficiam-se com a interrupção do curso do prazo prescricional, decorrente da propositura de ação coletiva, todos os titulares dos direitos individuais objeto da tutela que estejam na condição de substituídos no processo”. ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 – p. 189.

⁵² “O estímulo, claramente decorrente do sistema, é no sentido de que o titular do direito individual aguarde o desenlace da ação coletiva, para só depois, se for o caso, promover a sua demanda, nessa linha, a não propositura imediata da demanda individual não pode ser tida como inércia ou desinteresse em demandar, passível de sofrer

Esse entendimento decorre da utilidade das ações coletivas que tem o intuito de evitar o ajuizamento de inúmeras ações individuais.

Com essa interpretação, considera-se que o prazo prescricional voltará a correr mediante a decisão com trânsito em julgado proferida na respectiva ação coletiva⁵³, da mesma forma como ocorre com a ação penal⁵⁴ (art. 200 do Código Civil).

Em caso de a ação criminal que possa prejudicar a apuração do processo cível, aplica-se o disposto no art. 200 do Código Civil no qual haverá suspensão do prazo prescricional enquanto não houver sentença definitiva⁵⁵.

▪ *Caso prático: interrupção de prescrição*

A 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação reparatória proposta pela FEHOSP – Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de SP decidiu que houve interrupção da prescrição em razão da propositura de ação penal⁵⁶. Trata-se de ação coletiva proposta para defesa de interesses individuais e homogêneos, cuja matéria discutida que visa comprovação de formação de cartel e prática de sobrepreços, relacionado ao chamado “cartel dos gases – industriais e hospitalares”⁵⁷.

Também na referida 27ª Câmara de Direito Privado houve discussão de contagem de prescrição em ação indenizatória levantada pela White Martins Gases Indústrias Ltda., a qual sustentou que no processo administrativo instaurado pelo CADE foi apurada a formação de cartel com a prática de sobrepreços desde o ano de 1998 ao ano de 2003. Em virtude desse fato e por ter a ação coletiva sido ajuizada somente no ano de 2013, ou seja, 10 (dez) anos

os efeitos da prescrição, mas sim, como uma atitude consentânea e compatível com o sistema do processo coletivo”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 – p. 189.

⁵³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009 – p. 392.

⁵⁴ “Isso porque em razão da ampliação *ope legis* do objeto litigioso do processo coletivo, com a extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva ao plano individual, serão afetados os titulares do direito individual independentemente de terem proposto demanda em nome próprio até o momento; os efeitos serão muitos similares ao da sentença penal condenatória, bastando a liquidação e execução dos valores eventualmente aferidos”. DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*, v. 4, 10ª ed., Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016 – p. 298.

⁵⁵ Código Civil: “Título IV - Da Prescrição e da Decadência - Capítulo I - Da Prescrição - Seção II - Das Causas que Impedem ou Suspendem a Prescrição. Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”.

⁵⁶ TJSP, AI nº 2075742-75.2015.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sérgio Alfieri, j. 25.8.2015

⁵⁷ Idem.

após as apurações realizadas pelo CADE, estaria a indicada ação prescrita.

No entanto, o Tribunal interpretou que, tendo sido proposta ação penal⁵⁸ pelo Ministério Público Federal, em 2009, contra os representantes das empresas agravadas, para apuração de eventual formação de cartel no que tange à distribuição de gases industriais, o prazo prescricional para o caso em questão encontrava-se suspenso. Assim, tendo a ação penal sido proposta no ano de 2009 e julgada extinta em 2012, o prazo recomeçou a fluir. De qualquer forma, com o ajuizamento da ação coletiva pela agravante no ano de 2013, a discussão com relação à prescrição foi encerrada.

Neste mesmo sentido, é coerente a proposta legislativa defendida pelo CADE para que a abertura de procedimento administrativo investigatório tenha o condão de interromper a prescrição da ação reparatória de danos concorrenciais⁵⁹.

3.1.2.1 Ação Judicial De Protesto Interruptivo De Prescrição

Diante disso, o recomendável é ingressar com protesto interruptivo de prescrição próximo do termo final do transcurso do prazo de 3 anos (art. 206, §3º, inciso V do Código Civil) a contar da data da divulgação da celebração do Acordo de Leniência, na versão pública da Nota Técnica de instauração de processo administrativo pelo CADE⁶⁰.

⁵⁸ Ação penal nº 0004517-95.2009.403.6181.

⁵⁹ Este tema será tratado detalhadamente no Capítulo 6 – Reflexão para aumentar a repressão ao cartel.

⁶⁰ Exemplificativamente veja-se no Anexo II deste trabalho, ações judiciais de interrupção de prescrição no chamado Cartel Internacional dos Bancos (manipulação de taxas de câmbio): PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08700.004633/2015-04 (ref. Apartado Restrito nº 08700.006640/2015-32). Representante: Cade ex officio. EMENTA: Procedimento Administrativo. Acordo de Leniência. Suposta prática de condutas anticompetitivas no mercado de taxas de câmbio envolvendo a moeda brasileira Real e moedas estrangeiras. Instauração de Processo Administrativo, nos termos dos artigos 13, V, e 69 e seguintes, da Lei nº 12.529/11 c/c artigo 146 e seguintes do Regimento Interno do Cade. (...) Trata-se de Procedimento Administrativo iniciado da celebração, em 29 de junho de 2015, de Acordo de Leniência entre a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/CADE) e o Ministério Público Federal (MPF) com [ACESSO RESTRITO]. Por meio do referido acordo, os Signatários trouxeram ao conhecimento SG/CADE fatos relacionados à prática de condutas anticompetitivas consistentes na manipulação de taxas de câmbio no mercado de câmbio envolvendo moedas estrangeiras (“Foreign Exchange Market”/“Forex”/FX”[1]) – especificamente no mercado de câmbio à vista (“FX Spot market”[2]) – e no mercado de câmbio envolvendo a moeda nacional brasileira Real (BRL) – incluindo produtos financeiros chamados de Contratos a Prazo com Liquidação Financeira (“Non-Deliverable Forwards Real”/“BRL NDF[3]”) – e de condutas anticompetitivas consistentes na manipulação de índices de referência de mercado de câmbio, tais como os do WM/Reuters[4], do Banco Central Europeu e do Banco Central do Brasil (“PTAX”), condutas estas com efeitos no Brasil, com vistas a obter, em contrapartida, os benefícios referidos nos artigos 86 e 87 da Lei n. 12.529/2011 e no Regimento Interno do CADE (Resolução n. 1, com alterações da Resolução n. 5/2013). Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?a6_--38uSff0w6rIBdBW1VVbWwwwmOW7xmF6zCMe31m0BGvCLE6BvrMI--Ytd2pbVB5CD16YnjzJxZeYFYkFjfxA>. Acesso em 27 de fevereiro de 2017.

Até mesmo porque, dada a complexidade dos casos de cartel, é pouco provável que em 3 anos o CADE profira julgamento do processo.

O protesto interruptivo⁶¹ viabiliza a extensão do prazo para propositura da ação de reparação de dano concorrencial e neste interregno é possível que sobrevenha decisão condenatória do CADE.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA APLICÁVEL AO ILÍCITO CONCORRENCIAL

A responsabilidade civil⁶² é a obrigação que a lei impõe a toda e qualquer pessoa de se reparar o dano que vier a gerar a outrem (Código Civil, art. 927 *caput*).

Mas a responsabilização não é automática na medida em que sua configuração requer a demonstração de elementos essenciais, os quais variam conforme o ilícito praticado.

Em regra, a responsabilidade civil tem como pressuposto a demonstração de: (i) ato ilícito, (ii) dano, (iii) culpa ou dolo e (iv) relação de causalidade.

No entanto, o parágrafo único, do mesmo art. 927 do Código Civil indica que, nos casos em que a lei assim determinar, não haverá necessidade de configuração de culpa⁶³.

É a chamada responsabilidade objetiva, na qual não há que se falar em culpa. É esse o caso do ilícito concorrencial, uma vez que a Lei de Defesa da Concorrência (art. 36)

⁶¹ Código Civil - Seção III - Das Causas que Interrompem a Prescrição: Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II - por protesto, nas condições do inciso antecedente; III - por protesto cambial; IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor. Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

⁶² “A responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa na outra”. Malaurie e Aynés. Cours de droit civil: les obligations. Cit. n .10 apud PEREIRA, Caio Mário da Silva, Responsabilidade Civil. Atualizador Gustavo Tepedino. GZ editora. 10ª edição. rev. atual. Rio de Janeiro, 2012. p. 11

⁶³ Código Civil. “TÍTULO IX - Da Responsabilidade Civil - CAPÍTULO I - Da Obrigação de Indenizar. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. **Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei,** ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

prevê expressamente que sua configuração independe de culpa⁶⁴.

3.3.1 Reparação De Danos Gerados Pelo Cartel (Ato Ilícito, Dano E Nexo Causal)

Ainda que para a reparação de danos concorrenciais não seja necessária configuração de culpa, precisam ser demonstrados outros elementos, não menos importantes: (I) ato ilícito, (II) dano e (III) relação de causalidade (chamado “nexo causal”)⁶⁵ abordados individualmente a seguir.

3.3.1.1 Ato Ilícito

O ato ilícito nesse caso é a conduta que configura cartel. A demonstração pode ser feita mediante a condenação pelo CADE ou, na sua ausência, de forma independente diretamente nos autos do processo judicial indenizatório.

A conduta ilícita pode ser reconhecida em Acordo de Leniência ou TCC homologado pelo Tribunal do CADE.

Esses instrumentos configuram prova relevante na busca da reparação dos danos decorrentes de cartel.

Além de Acordo de Leniência ou TCC para condenar a prática de cartel, o CADE utiliza também como meio de prova: atas de reuniões, e-mails, escutas telefônicas, mensagens trocadas entre concorrentes entre outras.

3.3.1.2 Dano

O dano é o prejuízo sofrido pelos agentes que atuam no mercado no qual houve

⁶⁴ Lei nº 12.529/11 (LDC): “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, **independentemente de culpa**, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: ...”

⁶⁵ “(...) verifica-se que tanto a Lei nº 8.884/1994 no caput do seu art. 20 quanto a Lei nº 12.529/2011 em seu art. 36 contemplam a **responsabilidade objetiva** por ilícitos concorrenciais, sendo desnecessário perquirir a intenção ou a existência de culpa da pessoa jurídica envolvida bastando, a **comprovação donexo causal** da conduta feita em nome desta e a **existência do cartel**. (...)” (CADE, PA nº 08012.000030/2011-50, 2.12.2014 - NOTA TÉCNICA Nº 10/2015/CGAA9/SGA2/SG/CADE - Atuação concertada em licitação da Secretaria de Estado da Saúde e Defesa Civil do Rio de Janeiro para manutenção de frota de veículos - Lucas Freire Silva, Coordenador(a)-Geral e Diogo Thomson de Andrade, Superintendente-Adjunto) - Representadas: Toesa Service Ltda.; Troiakar Danaren Oficina Multimarcas Ltda.; Peça Oil Distribuidora Ltda.; Scar Rio Peças e Serviços Ltda. e Multi Service de Duque de Caxias Comércio e Locação de Veículos Ltda.

cartel. Em termos gerais, dano é uma lesão a bem ou a interesse, seja patrimonial ou moral.

O Código Civil define dano como toda e qualquer ofensa. E, toda lesão gera o dever de indenizar, ou seja, todo o dano deve ser reparado.

O direito antitruste se expressa pelo interesse difuso característico do direito econômico, o qual protege tanto os individuais homogêneos quanto os direitos individuais em sentido estrito.

Com isso, os danos gerados neste sentido, não são danos decorrentes da relação privada (embora possam existir também na relação contratual). Neste caso, são danos que decorrem de condutas praticadas nas relações econômicas, marcadas pelo poder do infrator, cujas práticas ilícitas são direcionadas para obtenção de uma vantagem em prejuízo dos agentes que também atuam no mercado de determinado produto ou serviço.

Desta forma, os prejuízos são praticados na esfera da concorrência, mas são materializados no agente econômico que sofre o dano de forma individualizada.

Assim, o dano gerado pela prática de cartel faz nascer o direito à indenização para ressarcimento desses prejuízos, constitucionalmente garantidos, tal qual sua instrumentalidade⁶⁶.

Segundo estimativas da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20%⁶⁷ comparado ao preço em um mercado competitivo, ou seja, ao chamado “preço de mercado”.

O preço de mercado ou preço de equilíbrio é o preço livremente formado pela concorrência, oferta e demanda, de determinado produto. Nota-se, assim, que o ponto central da conduta do cartel é justamente o preço, ou melhor, o seu aumento.

Essa é a causa dos danos aos consumidores. Entendendo o termo consumidor aqui adotado como sendo qualquer adquirente de produto ou serviço (não se trata do conceito que atrai a aplicação do Código de Defesa do Consumidor).

Assim, a obrigação de indenizar do infrator pode decorrer tanto da responsabilidade contratual quanto da extracontratual, ou seja, ainda que não haja relação

⁶⁶ **Constituição Federal:** Art. 5º, V e XXXV.

⁶⁷ **Cartilha do CADE.** p. 15. Item 3 – O que é Cartel.

contratual, mas desde que seja configurada a violação da lei (do dever jurídico).

Além disso, é importante ressaltar que o cartel decorre de conduta plúrima de agentes que descumprem a LDC, portanto, neste caso, há litisconsórcio passivo facultativo decorrente da responsabilidade solidária dos réus. Diante disso, confere-se ao autor da ação a faculdade de escolher contra quem pretende litigar.

3.3.1.3 Nexo Causal

Esse é o aspecto crucial na responsabilização civil: nexo causal. Mesmo havendo ato ilícito e dano pode não haver obrigação de indenizar se não houver relação de causalidade ou o chamado “nexo causal”⁶⁸.

O nexo causal é a vinculação jurídica da causa (ato ilícito) com o efeito (dano), pelo qual não basta identificar o dano e a conduta ilícita, é preciso que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita⁶⁹.

É um elemento tão essencial que assume uma dupla função⁷⁰. É através da configuração do nexo causal que se identifica:

- I. *limitação do que será indenizado: danos indenizáveis. Isto porque só é indenizável o dano decorrente da conduta ilícita;*
- II. *causador do dano: responsável pela reparação – aquele que praticou o ato ilícito. Isto porque não se pode litigar contra quem não deu causa ao dano.*

Portanto, é o nexo causal e não a culpa que define a extensão do dano⁷¹. Tanto é assim, que pode haver o dever de indenizar mesmo sem culpa (responsabilidade objetiva –

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 12ª edição. São Paulo. Atlas, 2015. p. 66. LOPEZ, Teresa Ancona. Nexo Causal e Produtos potencialmente nocivos – a Experiência Brasileira do Tabaco – São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 22.

⁶⁹ “Não há erro mais perigoso do que confundir o efeito com a causa.” NIETZSCHE, Friedrich in SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 52.

⁷⁰ MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. A responsabilidade civil por presunção de causalidade. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010. p. 57.

⁷¹ CRUZ, Gisela Sampaio da. O Problema Do Nexo Causal Na Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 14.

como é o caso aqui), mas não há obrigação de reparar sem nexos causal⁷².

Assim, tem-se que, somente mediante a identificação do nexo causal será possível identificar os danos objeto do pedido de reparação, bem como quem será legitimado a figurar no polo passivo da ação judicial.

No entanto, não se trata da relação de causa e efeito das leis naturais. Há uma ligação jurídica cujos limites são impostos pelo sistema de direito⁷³, até porque pode haver várias causas concorrendo para determinado efeito e é preciso identificar qual é a causa real do evento⁷⁴.

A identificação do nexo causal é realizada caso a caso, com base em elementos de fato e em circunstâncias específicas, mediante a aplicação dos princípios da probabilidade e da razoabilidade.

3.3.1.3.1 Presunção do Nexo Causalidade pela Participação de Mercado (Market Share Liability)

Nos Estados Unidos, no caso *Sindell v. Abbot Laboratories*, julgado em 1980, pela Suprema Corte do Estado da Califórnia, foi aplicada a presunção de nexo causal no qual não se poderia identificar com certeza qual laboratório (fabricante do medicamento DES) foi o causador do dano a determinado prejudicado. Nesse caso, a Suprema Corte responsabilizou os fabricantes de DES pelos danos causados com base em sua participação de mercado consumidor americano (*Market Share Liability*).

Essa solução substituiu as respostas às questões que não tinham como ser provadas. Nesse caso, não era possível provar que determinada indústria farmacêutica havia sido responsável pelo dano causado a determinada pessoa. E, não fosse a aplicação desse critério, os infratores continuariam impunes.

⁷² Sob este aspecto não se pode deixar de mencionar o contraste com o disposto no parágrafo único do art. 944, do Código Civil, que indica a possibilidade de redução do valor da indenização baseada na conduta ilícita e não na configuração do nexo causal. Esse conceito não tem coerência com a lógica de que devem ser indenizados todos os danos gerados pela conduta ilícita (princípio da reparação integral). A aplicação desse dispositivo legal implica em dizer que caberá à vítima suportar seu próprio prejuízo se a culpa do agente for “pequena” em comparação ao dano gerado.

⁷³ STJ, REsp 719.738/RS, 1ª Turma.

⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 12ª edição. São Paulo. Atlas, 2015. p. 67.

Especificamente com relação ao tema de cartel aqui no Brasil houve um julgado em ação coletiva proposta pelo Ministério Público Federal para indenização decorrente de cartel de GLP (gás de cozinha), confirmado pelo Tribunal Regional Federal – 4ª região⁷⁵, no qual utilizou-se exatamente esse critério.

Nesse caso, os réus (Agipliquigás; Supergasbrás; Gás Butano; Minasgás; Ultragás e Pampagás) foram condenados ao valor total de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) – identificado como valor da causa, o qual foi rateado com base no percentual correspondente à participação de mercado de cada infrator na época da infração.

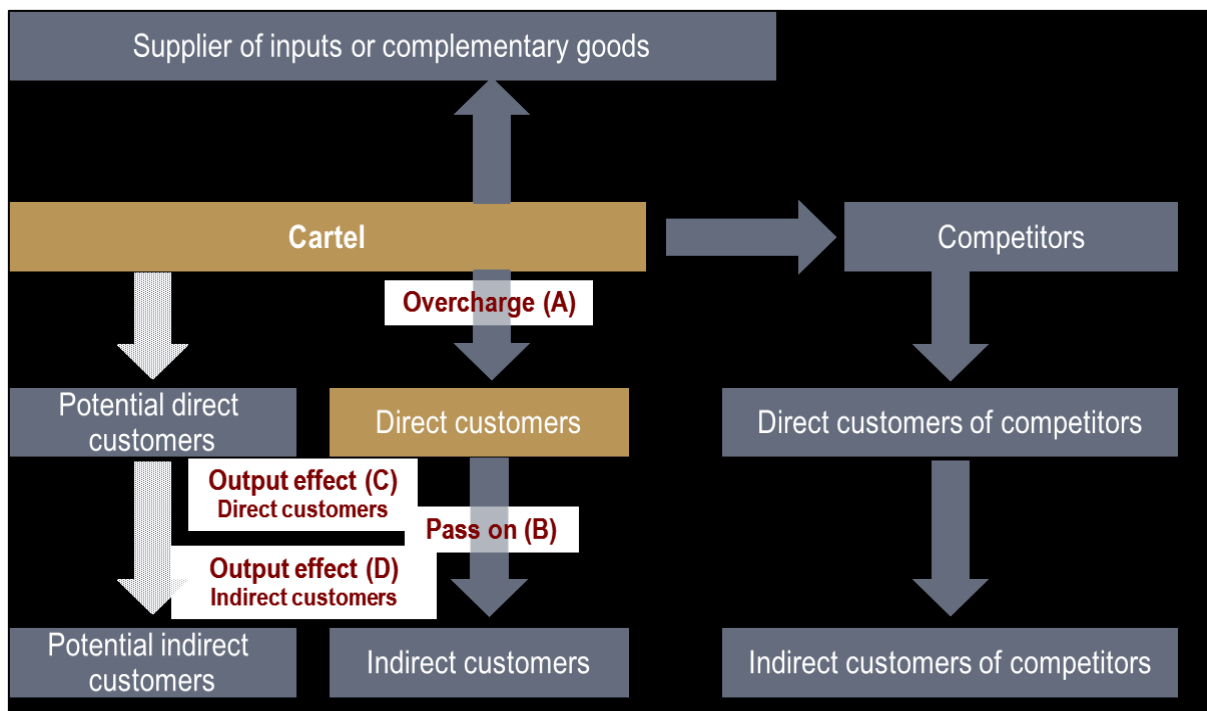
Os casos acima são exemplos de *hard cases* nos quais não há como fazer prova da causalidade, por isso, encontrou-se uma solução para viabilizar a responsabilização dos réus, combatendo a impunidade.

3.3.1.3.2 Repasse Do Sobrepreço Ao Consumidor Final (Pass Through Or Pass-On)

O quadro demonstra que o cartel gera um sobrepreço na cadeia produtiva. Assim, para minimizar esse efeito negativo em seu custo, é possível o adquirente direto tente aumentar o preço do seu produto final, especialmente quando o adquirente indireto é o consumidor final⁷⁶.

⁷⁵ TRF4: Apelação Cível nº 5021730-87.2011.404.7100/RS. - Relator: Fernando Quadros da Silva.

⁷⁶ Directorate For Financial And Enterprise Affairs - Competition Committee - OCDE - Organisation for Economic Co-operation and Development - DAF/COMP(2011)25 - 27-Nov-2012 - Quantification Of Harm To Competition By National Courts And Competition Agencies – disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2011\)25&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2011)25&docLanguage=En)>. Acesso em 12 de outubro de 2017.



Source: Based on Friederiszick and Röller (2010)⁷⁷

Essa hipótese pode criar dificuldade na configuração do nexo causal e consequentemente na quantificação dos danos objeto da indenização.

É extremamente difícil identificar se o sobrepreço foi ou não repassado ao consumidor final. De qualquer forma, este acaba sendo um dos argumentos utilizados pelos réus nas ações indenizatórias com o objetivo de demonstrar que não deveriam ser obrigados a desembolsar o valor integral do sobrepreço e sim apenas o valor que ficar demonstrado que não foi repassado (*pass through or pass-on*).

Em ações civis, os réus podem argumentar que o autor perdeu a totalidade ou parte da sobrepreço, buscando assim reduzir o montante de indenização. Neste aspecto, há um risco de a prática de cartel ficar impune sob o aspecto civil, até porque o consumidor final dificilmente recorrerá ao pedido de indenização, considerando que o prejuízo visto de forma isolada tenderia a ser de baixo valor, não havendo, portanto, incentivo para propositura de ação indenizatória.

⁷⁷ As illustrated in Figure 1, besides the direct customers there are several other parties affected by a collusive agreement. First, there are indirect customers who are negatively affected by the pass-on effect (B). Indirect customers also forgo the benefit of additional consumption at the collusive price level in the form of lost consumer utility (labelled D in Figure 1).

Quanto a este tema, vale destacar que a propositura de ações indenizatórias decorrentes de cartel tem crescido muito na Holanda.⁷⁸ Nesses processos, têm aparecido a discussão sobre os limites do argumento de defesa *pass-on*. No entanto, já houve reconhecimento de redução do valor da indenização proporcionalmente ao valor repassado a consumidores indiretos⁷⁹.

Na União Europeia, há uma indicação de que a não aceitação deste argumento de defesa (desde que devidamente comprovado) poderia configurar enriquecimento ilícito por parte daqueles compradores que repassaram o preço ao consumidor final.

De qualquer forma, não se pode esquecer que o aumento artificial dos preços acima do nível comum de competição, pode fazer com que os consumidores, coletivamente, passem a comprar menos produtos. Além disso, pode afetar até mesmo a produção, forçando sua redução devido à retração das compras.

3.4 LEGITIMIDADE ATIVA DA AÇÃO INDENIZATÓRIA (“OS PREJUDICADOS”)

Inicialmente deve-se lembrar que os danos aqui tratados não são decorrentes de direitos frutos de relação privada (embora possam ocorrer também na relação contratual). Em regra, os danos concorrenciais não resultam do descumprimento de obrigação contratual, mas sim são danos resultantes de condutas em relações econômicas definidas diretamente pelo poder nas quais os infratores se aproveitam de determinada condição para obtenção de lucro indevido prejudicando interesses individuais ou individual homogêneo⁸⁰.

Os prejudicados, legitimados a exigir a reparação de danos dos agentes praticantes de cartel são todas as pessoas que direta ou indiretamente atuaram naquele mercado e que sofreram prejuízos decorrentes da conduta de fixação, manipulação, combinação, aumento de

⁷⁸ “Isso se verifica, dentre outras razões, porque a decisão final da autoridade holandesa (Dutch Competition Authority – ACM) e da Comissão Europeia constituem prova prima facie do ilícito no âmbito dos tribunais, devendo o autor da ação provar apenas o quantum do dano e o nexa causal. [139] Trata-se de instrumento que facilita a obtenção do ressarcimento pelas partes lesadas e, portanto, acaba por fomentar o enforcement privado. Exemplos de ações civis em curso que utilizam a decisão final da ACM como prova do dano envolvem os cartéis dos mercados de carga aérea[140], elevadores[141] e clorato de sódio[142].” NOTA TÉCNICA Nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE.

⁷⁹ “Nota 143 - Tribunal Recursal de Arnhem-Leeuwarden, 2 de setembro de 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766. O Tribunal Recursal declarou que se o autor da ação civil (consumidor direto) embutiu o aumento de preços para os seus consumidores (consumidores indiretos), os danos devem ser reduzidos proporcionalmente a esse repasse”. NOTA TÉCNICA Nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE.

⁸⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio: “Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira” in Revista de Defesa da Concorrência, nº 2, novembro de 2013, p. 17 e 21-22.

preços ou qualquer outro ato englobado na prática de cartel.

A ação para exigir indenização dos danos causados pode ser proposta individual ou coletivamente.

Importante conhecer o art. 47 da LDC para que se possa entender quão específica é a ação judicial aqui tratada. Embora tenha suas similaridades com a ação indenizatória geral, sua finalidade e especificidade vão muito além de uma ação indenizatória comum:

LDC - Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11)

TÍTULO V - DAS INFRAÇÕES DA ORDEM ECONÔMICA

CAPÍTULO V - DO DIREITO DE AÇÃO

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990⁸¹, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”. (grifos nossos)

O disposto no art. 47 que a LDC protege a coletividade sem descuidar da proteção dos interesses individuais e individuais homogêneos. Ou seja, a LDC tutela ao mesmo tempo a coletividade e os direitos individuais – todos que de alguma forma tenham sido prejudicados pela infração à ordem econômica.

Além disso, a defesa dos interesses individuais e individuais homogêneos não está limitada à reparação de danos.

Note que o prejudicado está legitimado a pleitear judicialmente a cessação das práticas que constituam infração da ordem econômica. Essa é a primeira medida de urgência em casos de relação jurídica continuada.

Além da cessação da prática, o prejudicado poderá então pleitear judicialmente a reparação do dano que tenha sofrido em decorrência do ilícito concorrencial.

Destaque-se que se trata de ação judicial específica e independente, que não

⁸¹ A ação coletiva citada no art. 47 será tratada no subitem 3.4.1 a seguir.

depende de inquérito ou processo administrativo do CADE.

No entanto, não se pode olvidar que maior eficiência poderá ser obtida na ação judicial se a mesma vier a ser proposta após decisão do processo administrativo pelo CADE.

Isto porque a causa de pedir dessa ação judicial é justamente a infração à ordem econômica (neste caso: formação de cartel), bem como a prática indevida de sobrepreços (*overcharge*), que constitui justamente a especialidade do CADE.

Assim, sempre que possível, é recomendável que na propositura da ação judicial sejam apresentados a decisão do CADE (descrevendo as condutas), eventual Acordo de Leniência ou TCC (nos quais consta o reconhecimento da conduta), bem como documentos que comprovem as operações realizadas no respectivo mercado.

Vale destacar que o prejudicado poderá requer à Superintendência-Geral ou o Conselheiro-Relator do CADE a intervenção no processo administrativo que investiga a prática de cartel, na qualidade de terceiro titular de direito ou interesse que possa ser afetado pela decisão a ser proferida pelo CADE, conforme faculta do art. 50, I da LDC. Tal intervenção também é facultada aos legitimados à propositura de ação civil pública (art. 50, II da LDC).

Essa intervenção pode propiciar ao prejudicado acessos às informações e aos documentos que poderão ser utilizados na ação judicial indenizatória.

No entanto, ainda que o prejudicado consiga as informações e demonstrações necessárias para a descrição da conduta e a verificação de houve prática de cartel, isso não é suficiente. O prejudicado deverá demonstrar a existência do dano e o nexo causal com o ato ilícito, bem como o aspecto mais polêmico: quantificação do dano.

Para cálculo do dano, é recomendável a apresentação de um parecer econômico ou, então, que seja requerida realização de uma perícia econômica.

Além disso, considerando que o objetivo central desta ação judicial é obter o ressarcimento danos gerados pelo cartel, o CADE assume papel de destaque neste contexto, na medida em que no curso da investigação o CADE terá acesso a documentos e informações das condutas ilícitas que lhe permitirão estimar a vantagem auferida pelo cartel.

Sendo certo que cabe ao CADE ao proteger a coletividade, esse órgão irá focar a análise das consequências não apenas nas pessoas que consumiram produtos ou serviços com sobrepreços, mas também naquelas que reduziram seu consumo em razão do sobrepreço e

ainda naquelas que eventualmente podem até mesmo ter deixado de consumir, por conta do aumento indevido do preço.

A identificação da vantagem auferida é muito importante para viabilizar o cálculo do prejuízo sofrido pelos agentes que atuaram no respectivo mercado. Especificamente a identificação do sobrepreço.

Tomando-se por base os dados da vantagem auferida pelo cartel é possível definir premissas e identificar metodologias de cálculo que viabilizem a obtenção de uma estimativa de cálculo dos danos emergentes que corresponderá ao montante do sobrepreço praticado no período do cartel⁸².

Justamente por isso, é importante que, o CADE, sempre que tenha condições, fomente a responsabilização em todas as esferas (penal, administrativa e civil), pois isso pode funcionar como desestímulo à prática do ilícito.

O impacto financeiro da reparação de danos há de ser persuasivo, uma vez que o infrator não tem como estimar previamente o valor desta responsabilização devido à quantidade indeterminada das pessoas lesadas e do prejuízo que pode ter sido gerado durante todo o período da prática do cartel.

3.4.1 Ação Coletiva

O art. 47 da LDC menciona também como legitimados à propositura da ação judicial de reparação de danos, as instituições referidas no art. 82⁸³ do Código de Defesa do Consumidor, entre os quais constam Ministério Público e as Associações.

A ação coletiva em questão visa a defesa de direitos individuais homogêneos, para a reparação de danos causados a pessoas indeterminadas, independentemente da

⁸² IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – 22º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. Painel 3 – Mock Trial. Audiência 2 – Ação Reparatória – “Danos” - Bruno Lanna Peixoto em 20 de outubro de 2016.

⁸³ TÍTULO III - Da Defesa do Consumidor em Juízo. Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. § 2º (Vetado). § 3º (Vetado).

individualização dos prejuízos.

Os direitos coletivos foram classificados pelo Supremo Tribunal Federal - STF, no Recurso Extraordinário nº 163231-3 (relator o Ministro Maurício Correia), julgado em 26/02/1997, em três sub-espécies: a) *Interesses difusos*: aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato; b) *Interesses coletivos*: aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e c) *Direitos ou Interesses Homogêneos*: são os que têm a mesma origem comum, constituindo-se em subespécie de direitos coletivos (art. 81, III, da Lei nº 8.078/90)⁸⁴.

Assim, os direitos coletivamente protegidos não são apenas os direitos difusos e coletivos, mas também os individuais homogêneos que alcançam várias pessoas. É esse o centro da proteção originada nas *class actions for damages*, ações de reparação de danos à coletividade do direito norte-americano”.⁸⁵

No Brasil, a lei da ação civil pública menciona expressamente o tema das infrações à ordem econômica citando a respectiva ação judicial de responsabilidade por danos morais e patrimoniais. (Lei nº 7.347/85, art. 1º, inciso V).

Os legitimados à propositura da ação civil pública podem requer à Superintendência-Geral ou o Conselheiro-Relator do CADE a intervenção no processo administrativo que investiga a prática de cartel, na qualidade de terceiro interessado. (art. 50, II da LDC). Esse acesso poderá ajudar-lhe a obter informações e documentos que serão úteis na preparação da ação civil pública.

Nessa ação coletiva de direitos individuais homogêneos, havendo procedência do pedido, o efeito será de coisa julgada *erga omnes*.

Além disso, a propositura da referida ação coletiva interrompe o prazo de prescrição para propositura de ações individuais sobre o mesmo tema.

⁸⁴ Novos Direitos: A Tutela Coletiva Dos Direitos Individuais. Alexandre Antonio Bruno da Silva e Ana Isabel Modena - Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010 – p. 6511.

⁸⁵ Novos Direitos: A Tutela Coletiva Dos Direitos Individuais. Alexandre Antonio Bruno da Silva e Ana Isabel Modena - Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010 – p. 6511.

Na ação coletiva, não se identifica quem sofreu o dano, mas sim quem gerou o prejuízo, cujos valores da condenação poderão ser individualizados e o recurso destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos⁸⁶.

Aparentemente as decisões judiciais têm enfrentado com mais facilidade a condenação do dano causado (ações coletivas) do que a apuração do prejuízo sofrido (ações individuais).

Quando se trata de direito individual homogêneo, ou seja, decorrente de origem comum, as Associações ajuízam ação para reparação dos danos sofridos por seus associados.

3.4.1.1 Ação Coletiva – Limites Subjetivos (STF – Re 612.043 PR)

Em 10/05/2017, foi julgado com repercussão geral no STF, o Recurso Extraordinário - RE 612043 PR⁸⁷ (Relator Ministro Marco Aurélio), que trata de ações coletivas propostas por associações civis, discute os limites subjetivos em sede de ação coletiva proposta por Associação. No entanto, ainda não houve trânsito em julgado, uma vez que pendente de publicação o respectivo Acórdão e sujeito à Embargos de Declaração.

O ponto de dúvida é entender qual a extensão dos efeitos no tocante à territorialidade.

A tese de repercussão geral fixada foi a de que: “A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes de relação juntada à inicial do processo de conhecimento”.

O referido RE discute basicamente duas controvérsias:

- I. *Definição dos efeitos da sentença em relação aos associados da entidade que demandou o Poder Judiciário, com indicação do momento em que os associados devem*

⁸⁶ LDC - Art. 28. Constituem receitas próprias do CADE: (...) §3º O produto da arrecadação das multas aplicadas pelo CADE, inscritas ou não em dívida ativa, será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos de que trata o art. 13 da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e a Lei no 9.008, de 21 de março de 1995.

⁸⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342977>>. Recorrente: Associação Dos Servidores Da Justiça Federal No Paraná – ASSERJUSPAR. Recorrido: União

comprovar a sua filiação (“delimitação temporal”);

- II. *A inconstitucionalidade do art. 2º-A, da Lei nº. 9.497/1997, inserido pela Medida Provisória nº. 2.180-35, de 2001, cujo teor estabelece: “A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.*

O referido art. 2ºA gera confusão entre o conceito de competência (como critério da legislação para definir a repartição da jurisdição) e o efeito decorrente da decisão judicial que é uma em todo o território nacional⁸⁸.

Delimitação Temporal

No julgamento prevaleceu, por maioria de votos, o entendimento do Relator Ministro Marco Aurélio, no sentido de que o art. 2º-A é constitucional, destacando: *(i) instituto da representação e (ii) autorização expressa e específica dos membros.*

De acordo com o julgado a atuação de Associações decorre do instituto da representação, com base no art. 5º, XXI, da Constituição Federal, e não da substituição processual (Ações Cíveis Públicas e nos Mandados de Segurança Coletivos), prevista nos arts, 5º, LXX e 8º, III, da Constituição Federal. Portanto, se faz necessária autorização expressa e específica dos associados, ainda que mediante autorização por meio de assembleia. Além disso, a enumeração dos associados até o momento imediatamente anterior ao do ajuizamento tem por finalidade atender o princípio do devido processo legal. Com isso, será a relação nominal que viabilizará o direito de defesa, o contraditório e a ampla defesa.

Eficácia Territorial

Outro aspecto importante é eficácia territorial da sentença coletiva, na medida em que o referido art. 2º-A, da Lei 9.494/1997 restringe a coisa julgada coletiva aos substituídos que tiverem “na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

⁸⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 4, p. 412.

No caso em questão, apesar de não constar no aspecto que foi reconhecido com repercussão geral, o RE 612.043-PR abordou esse tema.

De acordo com o entendimento do Relator Ministro Marco Aurélio a questão da eficácia territorial do pronunciamento judicial é resolvida a partir da jurisdição do órgão julgador, quando se tratar de ação plúrima submetida ao rito ordinário.

Esse mesmo enfoque seria observado se ajuizada a ação, diretamente, pelos próprios beneficiários do direito, não havendo tratamento diverso atuando a associação como representante.

O voto do Relator foi acompanhado pela maioria dos Ministros, a exceção dos Ministros Alexandre de Moraes, que defendeu que a limitação territorial abrange a competência territorial de jurisdição do tribunal que julgar a demanda, bem como Ricardo Lewandowski, único a sustentar a inconstitucionalidade do artigo 2º-A.

Ora, se mantido tal entendimento, haverá severa limitação da tutela coletiva no nacional, uma vez que os efeitos territoriais da decisão ficarão limitados à jurisdição do órgão julgador.

Com isso, para que as ações judiciais propostas por associações possam ter efeito nacional é recomendável que sejam propostas na Seção Judiciária do Distrito Federal, sempre que o tema assim permitir. Isso porque, de acordo com o disposto no art. 109, §2º da Constituição Federal, a Seção Judiciária do Distrito Federal possui jurisdição nacional⁸⁹.

De todo modo, em decorrência do julgado em questão, é recomendável que além de ser proposta ação judicial em Brasília, é importante que seja proposta por entidade associativa que tenha âmbito nacional e, sempre que possível, que seja contra a União.

3.4.1.2 Ação Coletiva Decorrente de Cartel – Jurisprudência Brasileira

Note que existem diversas ações propostas pelo Ministério Público e por Associações buscando reparação de danos concorrenciais⁹⁰, conforme alguns casos mencionados abaixo:

⁸⁹ Ag. Int. no R. Esp. 1382473/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, DJe 30/03/2017.

⁹⁰ Vide neste trabalho: Anexo II – Jurisprudência – Ação Coletiva.

▪ Cartel dos Gases Hospitalares e Industriais

No caso do Cartel dos Gases Hospitalares e Industriais, no qual houve condenação pelo CADE⁹¹, em 2010, das empresas AGA S.A., Linde Gases Ltda., Air Liquide Brasil Ltda., Air Products Brasil Ltda., Indústria Brasileira de Gases Ltda. e White Martins Gases Industriais Ltda. As multas aplicadas às infratoras totalizaram aproximadamente R\$ 3 Bilhões (três bilhões de reais).

O conselheiro relator Fernando Furlan chegou a mencionar que os valores das multas poderiam parecer inatingíveis para o cidadão comum, mas não para as empresas condenadas. Segundo ele, a gravidade da infração é máxima, já que o cartel é o pior ato ilícito de defesa da concorrência e, além disso, os infratores teriam auferido altas vantagens com esse ilícito que, de acordo com o processo administrativo do CADE, era praticado desde 1998⁹².

Buscando reparação de danos sofridos por seus associados/filiados, diversas Associações/Sindicatos de Hospitais ingressaram com ação coletiva⁹³:

- I. *FEHOSP – Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de SP*
- II. *FEHOSPAR – Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de Saúde do Estado de Paraná*
- III. *AHOPAR – Associação dos Hospitais do Paraná*
- IV. *Associação dos Hospitais de Minas Gerais*
- V. *Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Paraná*

Vale observar que o processo administrativo para investigação do CADE com relação a este cartel foi iniciado em 2003, sendo que a condenação das empresas infratoras ocorreu em setembro/2010 e as ações referidas ações judiciais foram ajuizadas a partir de 2013. E, até o momento, nenhum desses processos judiciais de reparação de danos

⁹¹ Processo Administrativo 08012.009888/2003-70 – conselheiro relator Fernando Furlan.

⁹² Notícia disponibilizada no G1 em 09/09/2010 - CADE Impõe Multa Recorde De R\$ 3 Bi Em Caso De Cartel De Gases Industriais - Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/09/cade-impoe-multa-recorde-em-caso-de-cartel-de-gases-industriais2.html>>. Acesso em 01/03/2017.

⁹³ Vide Anexo II deste trabalho - Jurisprudência: Mapeamento Dos Casos Processos Judiciais Em Andamento – Quadro Resumo.

concorrenciais teve decisão procedente com trânsito em julgado.

O *enforcement* civil neste caso está com eficiência zero.

- Cartel de Gás de Cozinha – GLP

Outro caso que merece destaque o cartel de gás de cozinha (GLP) - conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro – Julgado pelo CADE em 12/03/2014, tendo sido apreciados Embargos em 25/02/2015 com a conselheira Relatora dos Embargos Ana Frazão⁹⁴ nos quais foi mantida a condenação.

Nesse caso, antes da referida decisão do CADE, já havia sido proposta e julgada em 1ª instância, a Ação Civil Pública, cuja sentença, favorável aos consumidores, condenou os réus ao pagamento de indenização em R\$ 1 mm (um milhão de reais), a qual foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região (RS, SC e PR)⁹⁵.

No entanto, a indenização foi negada, por unanimidade, pela Primeira Turma do STJ (RESP 1.390.0875/RS)⁹⁶. Na ocasião, o STJ concluiu que não houve cartel, pois considerou o fato de haver tabelamento de preços à época, o que, na visão do STJ, inviabilizaria a prática de cartel, pois o preço do produto seria definido pelo governo e não combinado entre as empresas.

Esse caso ilustra o desencontro de opiniões entre o Poder Judiciário o órgão de Defesa da Concorrência.

Mais um caso em que não houve eficiência no *enforcement* civil.

- Cartel de Metrô e CTPM de São Paulo⁹⁷

Em maio de 2014, o Ministério Público de São Paulo propôs ação civil pública⁹⁸, demandando indenização de R\$ 2,5 bilhões para as empresas acusadas por formação de cartel

⁹⁴ Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?YUA0YCp7bCCqELfVpzqJtz1rR4j-yCSLLJGRvwsD-YBMTq2gothvsjXrn6HEc-UcRvgAKeA_Kl8Em0bRGZ7B5A>. Acesso em 13 de outubro de 2017.

⁹⁵ TRF4: Apelação Cível Nº 5021730-87.2011.404.7100/RS. - Relator: Fernando Quadros Da Silva.

⁹⁶ Julgado em 09/06/2015 - STJ - RESP.1.390.0875/RS. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1385910&num_registro=201301933523&data=20150619&formato=PDF> – acesso em 01/03/2017

⁹⁷ CADE – PA nº 08700.004617/2013-41

⁹⁸ ACP nº 105105875.2014.8.26.0053, 4ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo/SP.

e superfaturamento de contratos para reformas de 98 trens no metrô de São Paulo.

No entanto, devido ao sigilo decretado nos autos, não é possível se obter muitas informações sobre este processo.

O que se pode observar é que o processo foi distribuído logo após à formalização do acordo de leniência firmado pela empresa Siemens, ou seja, muito antes do prazo de prescrição de 3 anos.

3.5 LEGITIMIDADE PASSIVA DA AÇÃO INDENIZATÓRIA (“OS INFRATORES”)

O primeiro aspecto a ser considerado quando se trata de polo passivo é a possibilidade de pluralidade de sujeitos.

- Solidariedade dos Administradores:

O art. 32 da LDC prevê que juntamente com a responsabilização da empresa infratora, haverá, solidariamente, responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores (art. 32 da LDC).

No entanto, a responsabilidade do administrador está condicionada à comprovação de culpa ou dolo (art. 37, III da LDC).

- Solidariedade No Mesmo Grupo Econômico:

As empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, responderão de forma solidária quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica (Art. 33 da LDC).

- Solidariedade Passiva em geral:

Por essência, a conduta que configura cartel é sistêmica, ou seja, sempre terá mais de um infrator, já que conceitualmente, a conduta pressupõe acordo ou conluio, tácito ou explícito, entre concorrentes, para aumentar indevidamente seus lucros, prejudicando a livre concorrência em determinado mercado.

Nesse caso, se aplica a regra da responsabilidade solidária⁹⁹ prevista no art. 942 do Código Civil: “... se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

Portanto, havendo mais de um causador do dano a ser reparado, haverá responsabilidade solidária entre eles. Desta forma, todos estão vinculados à obrigação de ressarcimento integral do dano que foi gerado. Cabendo à vítima escolher se exigirá a reparação de todos ao mesmo tempo ou apenas de um dos infratores¹⁰⁰.

Assim, no caso de cartel, tem-se litisconsórcio passivo facultativo. De forma que a ação indenizatória poderá ser proposta, seja contra apenas um dos infratores, seja contra todos os infratores que tenham praticado conduta que configure infração contra a ordem econômica.

Importante destacar que a obrigação solidária se aplica inclusive ao signatário de Acordo de Leniência, uma vez que os benefícios legais não abrangem a responsabilidade civil.

A essência da solidariedade é justamente a possibilidade de exigir o cumprimento da obrigação de qualquer um dos infratores que responda pelo prejuízo todo (art. 264, do Código Civil).

Desta forma, não configura excludente de responsabilidade a alegação do infrator de que não estabeleceu relação jurídica diretamente com o prejudicado, apoiando-se na indicação de que não teria auferido lucro indevido mediante atividade econômica exercida por aquele determinado prejudicado que está litigando contra ele¹⁰¹.

Note-se que esse racional é irrelevante para configuração da responsabilidade do infrator.

Ora, se o infrator agiu em conluio objetivando a obtenção de “lucros coletivos”, ou seja, se atuou configurando ilícito que sabe, por essência, ter mais de um autor, ele assumiu o risco de ser responsabilizado pelo todo (dano coletivo) e deve, portanto, assumir todas as

⁹⁹ OMETTO, Rosália T. V. **Código Civil Interpretado**. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (coord.). 6ª ed. Barueri: Manole, 2013, p. 713

¹⁰⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Código Civil Comentado**. PELUSO, Cezar (coord.). 4ª ed. São Paulo: Manole, 2010, p. 941.

¹⁰¹ Em outras palavras, o infrator pode tentar construir o seguinte racional: “se não recebi valor indevido da empresa x, por que teria que ressarcir-la?” Ou ainda: “se não ‘recebi’ o valor da empresa x, por que tenho que ‘ressarcir’ algo que não recebi?”.

consequências do ato ilícito que praticou.

Com isso, o prejudicado pode livremente optar por litigar apenas contra um dos infratores exigindo-lhe o cumprimento do todo e este terá direito de regresso (art. 934 do Código Civil)¹⁰² com relação aos demais infratores, podendo inclusive apresentar chamamento ao processo requerendo o ingresso dos demais infratores¹⁰³.

Neste caso, a sentença de procedência terá natureza jurídica de título executivo em favor do infrator (réu) que arcar com dívida, para que possa exigi-la, integralmente, do devedor principal, ou, de cada um dos codevedores, a sua quota, na proporção que lhes tocar, na forma prevista no art. 132 do Código de Processo Civil vigente.

3.6 FORO COMPETENTE PARA PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL INDENIZATÓRIA

É competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano, nos termos do art. 53 do Código de Processo Civil vigente¹⁰⁴ (correspondente ao art. 100, v, “a” do Código de Processo Civil de 1973).

Assim, na ação indenizatória que busca a reparação dos danos decorrentes da prática de cartel o autor terá a opção de escolher se prefere propô-la em seu domicílio ou no local do dano¹⁰⁵.

Caso o dano tenha ocorrido em mais de um local, o foro competente será qualquer um deles. Havendo qualquer conflito neste sentido, poderá ser superado pela regra de prevenção do juízo¹⁰⁶.

¹⁰² Código Civil. TÍTULO IX - DA RESPONSABILIDADE CIVIL. Capítulo I - Da Obrigação de Indenizar. Art. 934: Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

¹⁰³ CAPÍTULO III - DO CHAMAMENTO AO PROCESSO. Art. 130. É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu: (...) III - dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum”.

¹⁰⁴ Art. 53. É competente o foro: (...) V - de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves.

¹⁰⁵ É neste sentido que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo – Ag. Rg. no Agravo Em Recurso Especial Nº 435.750 - RS (2013/0386593-1).

¹⁰⁶ Art. 58. A reunião das ações propostas em separado far-se-á no juízo prevento, onde serão decididas simultaneamente. Art. 59. O registro ou a distribuição da petição inicial torna prevento o juízo.

3.7 A PARTICIPAÇÃO DO CADE NA AÇÃO JUDICIAL DE REPARAÇÃO DE DANOS À CONCORRÊNCIA

Nas ações judiciais de reparação de danos à concorrência, a intimação do CADE é obrigatória, no entanto, sua participação é facultativa.

Com relação a este aspecto, embora a LDC mencione a participação do CADE como “assistente”, na realidade não é este o papel do CADE. Isto porque o CADE não tem interesse jurídico em nenhum dos polos processuais, ou seja, não irá participar para defender qualquer direito. Não há para o CADE direito próprio ou mesmo qualquer direito que dependa da relação jurídica que se encontra judicializada¹⁰⁷.

Assim, a participação do CADE nos processos judiciais é na realidade na qualidade de *Amicus Curiae*.

O *Amicus Curiae* (expressão em latim que significa "amigo da Corte") é o terceiro interessado no processo (sem que seja parte processual), que atua auxiliando na análise de informações importantes para o julgamento do litígio. A função do *Amicus Curiae* é contribuir na discussão do processo, bem como esclarecer consequências e repercussões, mediante a apresentação de pareceres especializados, documentos informativos, artigos e memoriais¹⁰⁸.

Além disso, nada obsta que o próprio CADE peça ingresso no feito como *Amicus Curiae* para auxiliar com a apresentação de esclarecimentos técnicos .

A participação do CADE nessas ações judiciais tende a ser muito contributiva, dada a expertise do referido órgão, bem como em razão das informações que o CADE possa ter tido acesso no curso da investigação da conduta de cartel.

Importante notar ainda que, em casos específicos, o Departamento de Estudos Econômicos do CADE, chega a calcular o sobrepreço praticado pelo cartel, como base para identificar a vantagem auferida.

Esse cálculo pode auxiliar muito na identificação do cálculo do dano, a depender da metodologia que tenha sido aplicada.

¹⁰⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro – Um terceiro Enigmático*. 3ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2011 – p. 314-315.

¹⁰⁸ Fonte: STF – Supremo Tribunal Federal – Glossário Jurídico – Verbete “amicus curiae” - Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>>. Acesso em 14 de março de 2017.

3.8 LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO DE VALOR

Na ação coletiva é possível que a liquidação seja por arbitramento, ou seja, quando for determinado pela sentença ou convencionado pelas partes ou, ainda, quando a natureza do objeto a exigir.

Na liquidação por arbitramento, o juiz intimará as partes para a apresentação de pareceres ou documentos elucidativos e então arbitrará o valor da sentença condenatória.

Caso o juiz não possa decidir de plano, nomeará perito, observando-se, no que couber, o procedimento da prova pericial (art. 510 do Código Civil).

Vale destacar na União Europeia, a Diretiva 2014 prevê presunção relativa indicando que os cartéis causam danos. Com isso, são os tribunais locais que estimam os danos¹⁰⁹.

3.9 LIQUIDAÇÃO POR PROCEDIMENTO COMUM

A liquidação da reparação do dano será realizada pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo¹¹⁰.

Para o dano individual, não pode ser aplicado o arbitramento, uma vez que, se adotadas certas premissas, seria possível, liquidar o dano mediante cálculo em sede de perícia.

Não se pode perder de vista, a situação na qual há impossibilidade da vítima demonstrar os fatos ensejadores do prejuízo, seja pela natureza das circunstâncias ou mesmo por não ter acesso às informações que são restritas ao próprio infrator.

Nesses casos, há se buscar uma forma de viabilizar a reparação dos danos, sob

¹⁰⁹ CADE – Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE: referência “[88] **segundo** o Relatório OCDE 2015, p. 7, a Diretiva estabelece uma presunção relativa segundo a qual cartéis causam danos e permite que os tribunais estimem tais danos. Tal presunção auxilia os consumidores lesados na difícil tarefa de provar e quantificar os danos sofridos”. Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Processo nº 08700.007888/2016-00 - p. 9 de 38. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg,%20-%20_ftn137>. Acesso em 15/01/2017

¹¹⁰ Código de Processo Civil. **Capítulo Xiv - Da Liquidação De Sentença** Art. 511. Na liquidação pelo procedimento comum, o juiz determinará a intimação do requerido, na pessoa de seu advogado ou da sociedade de advogados a que estiver vinculado, para, querendo, apresentar contestação no prazo de 15 (quinze) dias, observando-se, a seguir, no que couber, o disposto no Livro I da Parte Especial deste Código.

pena do prejudicado não ter como recuperar seus prejuízos, gerando com isso a premiação do infrator com a impunidade¹¹¹.

Esse entendimento reforça que, dada a peculiaridade da apuração dos danos decorrentes de cartel, se faz necessário adotar-se determinadas premissas, uma vez que haverá provas que o prejudicado não será capaz de produzir decorrente da própria essência oculta de cartel.

Em outras palavras, é mister entender que se o cartel se caracteriza por acordo oculto entre concorrentes, os documentos capazes de demonstrar as premissas da vantagem gerada pelo cartel certamente não estarão disponíveis para os prejudicados.

¹¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 12ª edição. São Paulo. Atlas, 2015. p. 176.

CAPÍTULO 4: REPARAÇÃO DOS DANOS À CONCORRÊNCIA E SUA QUANTIFICAÇÃO

4.1 O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL

A ação indenizatória visa recompor o patrimônio do prejudicado e não tirar vantagem do infrator.

Essa é a regra que vigora no ordenamento jurídico brasileiro¹¹².

No Brasil, reparar o dano significa restabelecer o *status quo ante*, ou seja, o prejudicado precisar ser colocado na posição em que estaria se o dano não tivesse existido¹¹³.

É o chamado *princípio da reparação integral*, devendo a indenização corresponder à medida do dano, conforme prevê o art. 944 do Código Civil (*A indenização mede-se pela extensão do dano*).

O princípio da reparação integral visa restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico rompido pelo dano, recolocando o prejudicado na situação anterior à ocorrência do dano (*status quo ante*), como se o dano nunca tivesse ocorrido (princípio da *restitutio integrum*). Para tanto, a indenização deve ser fixada na proporção do dano.¹¹⁴

E, para que a indenização seja definida, ou seja, para o que dano seja reparado, é imperioso definir-se a valoração do prejuízo integral sofrido pelo prejudicado.

Assim, no Brasil, é indispensável calcular o valor que corresponderá à reparação integral do prejuízo gerado pelos danos concorrenciais, sob pena de impor às próprias vítimas

¹¹² Rafael de Freitas Valle Dresch explica que segundo Richard Posner o direito busca determinar responsabilidades entre as pessoas participantes de interações de modo a maximizar o valor total de bens e serviços como caminho para que o direito seja considerado justo: "... o instituto de responsabilidade civil tem por finalidade a distribuição eficiente dos custos decorrentes dos prejuízos oriundos de um acidente, dos custos de prevenção e, dos custos com processos para determinar estes custos. O princípio geral da responsabilidade civil nessa análise, portanto, é de que os custos sejam suportados pela parte que poderia evitar ou minimizar os riscos dos referidos acidentes, sempre com vistas a maximizar o valor comum de bens e serviços, ou seja, garantir eficiência econômica". DRESCH, Rafael de Freitas Valle Dresch. *Análise econômica do Direito: uma análise exclusiva ou complementar?* in *Direito e Economia*, org. Luciano Benetti Timm. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 195.

¹¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Volume 4: responsabilidade civil*. 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 429.

¹¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12ª edição. São Paulo. Atlas, 2015. p. 28-29.

que suportem as consequências do ilícito¹¹⁵, ao invés dos infratores. No Brasil, a indenização é realizada pela extensão do dano, com exceção dos casos em que há valoração da culpa, nos quais poderá haver redução, mas não elevação.¹¹⁶

Art. 944. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Em regra, nos Estados Unidos, os prejudicados por danos concorrenciais recebem tripla indenização (“*treble damages*”), bem como os custos do processo e honorários advocatícios razoáveis.

No entanto, para John M. Connor e Robert H. Lande¹¹⁷ isso acontece apenas na teoria, porque na prática seria apropriado descrever o nível das indenizações concorrenciais como uma porcentagem média das recuperações bem-sucedidas que na realidade são viabilizados através de acordo nos autos do processo.

Nesse estudo, Connor e Lande explicam que, se houver uma condenação judicial determinando a indenização dos danos concorrenciais, os valores são automaticamente triplicados. Com isso, infratores/réus que não querem correr o risco de ter os valores exigidos de forma triplicada (pior cenário), possuem grande incentivo em firmar acordo para eliminar esse risco. Além disso, há uma forte política judiciária em favor do acordo nas ações coletivas (“*class action*”).

Contudo, mesmo sendo obrigatório, as cortes americanas geralmente se recusam a aplicar a indenização triplicada quando há proposta de acordo dentro da ação judicial. E, mesmo que as propostas sejam de valor muito abaixo dos danos gerados, raramente são

¹¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 12ª edição. São Paulo. Atlas, 2015. p. 175.

¹¹⁶ PÜSCHEL, Flavia Portella. A **Função Punitiva Da Responsabilidade Civil No Direito Brasileiro: Uma Proposta De Investigação Empírica**. Revista Direito GV. [S.l.], v. 3, n. 2, p. 17-36, jan. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35180>>. Acesso em: 27 jan. 2017. Nota 51 – p. 34-35.

¹¹⁷ CONNOR, John M. and LANDE, Robert H. Not Treble Damages: Cartel Recoveries Are Mostly Less Than Single Damages (July 1, 2015). Iowa Law Review, Vol 100, pp. 1997-2023, July 2015; University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper n° 2015-26. – p. 1999 - 2001 - Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2548712> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2548712>>. Acesso em 04/03/2017.

rejeitadas pelos juízes, deturpando o instituto (“*treble damages*”)¹¹⁸.

O referido estudo, realizado nos Estados Unidos, se baseou em uma amostra de 71 (setenta e um) casos de cartel identificados de 1990 a meados de 2014¹¹⁹, dos quais apenas 2 (dois) tiveram decisão judicial condenatória definitiva: os casos de cartel do “e-books” e de importações de vitamina C da China¹²⁰.

O estudo identificou que 57 dos 71 casos, receberam menos que o valor do prejuízo, sendo que 04 dos 71 casos receberam menos de 1% do valor do prejuízo e 12 dos 71 casos receberam menos de 10% do valor do prejuízo. Apenas 14 dos 71 casos receberam o valor do prejuízo ou mais, sendo que apenas 7 dos 71 casos, ou seja, 10% receberam mais que o dobro do prejuízo.

Os acordos representaram, em média, o recebimento de 37% do valor prejuízo. Se considerada a média não ponderada dos acordos, o recebimento representou 66% do valor do prejuízo (considerando o mesmo peso para os cartéis que operaram em grandes e pequenos mercados).

No entanto, considerando que os prejudicados tendem a ser relativamente mal indenizados nos casos maiores, a média ponderada representou apenas 19% do valor do efetivo prejuízo (pesos dos acordos de acordo com as operações de venda do cartel).

Destacam ainda que a porcentagem de recuperação para a média e a média ponderada foi maior nos 36 casos em que houve ação penal prevista na lei antitruste americana.

As conclusões mostram, entre outras coisas, a disparidade muito grande entre as indenizações de maior e de menor valor (66% do valor *versus* 19% do valor).

¹¹⁸ Christopher R. Leslie, **De Facto Detrebeling: The Rush To Settlement In Antitrust Class Action Litigation**, 50 ARIZ. L. REV. 1009, 1012–13 (2008) in CONNOR, John M. and LANDE, Robert H., Not Treble Damages: Cartel Recoveries Are Mostly Less Than Single Damages (July 1, 2015). Iowa Law Review, Vol 100, pp. 1997-2023, July 2015; University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper n° 2015-26. Note 34 – page 2006 - Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2548712> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2548712>>. Acesso em 04 de março de 2017.

¹¹⁹ Foram aplicadas estimativas acadêmicas para identificação dos efeitos comerciais e dos sobrepreços, comparando as indenizações recebidas nas ações reparatórias ajuizadas com a quantidade de casos de cartel.

¹²⁰ CONNOR, John M. and LANDE, Robert H., Not Treble Damages: Cartel Recoveries Are Mostly Less Than Single Damages (July 1, 2015). Iowa Law Review, Vol 100, pp. 1997-2023, July 2015; University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper n° 2015-26. – Note 8 - p. 2000 - Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2548712> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2548712>>. Acesso em 04 de março de 2017.

Importante ressaltar que a realidade encontrada nos Estados Unidos é diferente do que ocorre no Brasil, onde até o momento, existem pouquíssimas ações judiciais discutindo o tema e praticamente não se identifica negociação de acordo para reparação desses danos.

4.2 ADOÇÃO DE PREMISSAS PARA QUANTIFICAÇÃO DO DANO – SOBREPREÇO

A depender da conduta específica de cada cartel é possível que o cálculo do dano seja de difícil identificação¹²¹, impondo-se, nessas hipóteses a adoção de premissas que permitam a quantificação.

É certo que existem diversos métodos disponíveis para se estimar o dano sofrido. Embora os valores possam não ser os correspondentes exatos do prejuízo sofrido, a estimativa por meio de métodos econômicos seria capaz de identificar valores bem próximos aos danos que realmente tenham sido gerados.

Em regra, tratando-se de casos de cartel, a quantificação decorre de uma análise hipotética¹²². Ou seja, é necessário que sejam simulados cenários para se entender qual o valor do sobrepreço praticado pelos infratores.

Essa análise hipotética leva em conta algumas variáveis que só podem ser identificadas em cada caso prático, tais como: verificação do tempo de duração do cartel, qual o preço praticado pelo cartel e qual a quantidade vendida pelo cartel.

O fato é que todas as metodologias visam apurar o sobrepreço para mensurar o prejuízo sofrido. O que é sempre um grande desafio considerando que os dados necessários para tanto, em regra, não estão disponíveis.

¹²¹ Nesse sentido, o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos não deve ser entendido como um sucedâneo de uma mera compensação pecuniária – indenização como forma complementar de ressarcimento –, mas como um meio de tornar o prejudicado indene diante do uso abusivo de poder econômico no mercado relevante estruturalmente definido: o valor protegido é a competitividade, a liberdade de escolha do prejudicado. Nesse caso, o chamado sobrepreço, na ocorrência de conduta colusiva (cartel), é um referencial quantitativo para apurar o dano por abuso de poder econômico. Mas a apuração de sobrepreço (overcharge effect) não é um prius no tempo, podendo vir após a condenação pela conduta abusiva. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio: “Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira” in Revista de Defesa da Concorrência, nº 2, novembro de 2013, p. 23

¹²² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio: “Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira” in Revista de Defesa da Concorrência, nº 2, novembro de 2013, p. 23-24.

▪ Cartel do GLP (Gás Liquefeito De Petróleo) No Estado Do Pará

Neste caso, o voto¹²³ da conselheira Cristiane Alkmin menciona que o cartel hard em geral não ocorre em um único mês ou ano, mas em um espaço de tempo, maior do que um ano.

Desta forma, o dano causado também varia em função do seu tempo de duração, que pode ser maior ou menor do que um ano.

Justamente por isso, muitas metodologias de cálculo buscam o chamado “*preço contrafactual*” mediante aplicação das variáveis “tempo do cartel”, “preço estabelecido pelo cartel” e “quantidade vendida pelo cartel”.

O preço contrafactual, também chamado de “*but-for-price*”, é o “preço benchmark” ou “preço de comparação”, ou seja, é a busca pelo preço que deveria ter sido aplicado, se o cartel não tivesse existido.

A respeito das metodologias que podem ser aplicadas para apuração do sobrepreço veja-se o voto da conselheira Cristiane Alkmin, que traz a aplicação da teoria econômica praticada na Europa e nos Estados Unidos, conforme John Connor¹²⁴.

Segundo o referido voto, proferido em dezembro/16, o sobrepreço pode ser estimado por pelo menos 9 (nove) métodos diferentes¹²⁵:

1. Método Baseado Em Custo: diferença entre produto e custo marginal (commodity).

2. Método Antes-E-Depois: compara preços antes e durante o período de cartel.

¹²³ CARTEL GLP – ESTADO DO PARÁ. PROCESSO ADMINISTRATIVO no 08012.002568/2005-51. Representados: Liquigás Distribuidora S/A (ex-Tropigas), Supergasbras (ex-Minasgás Distribuidora de Gás Combustível Ltda) e Paragás Distribuidora Ltda. Relator: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt - Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?mqIIKVyCdNWNd8VjNjBH_JYzcmZ-hjeAcg8hg6plI38_c1pslOXyjprobx87f9a5bU2mfr5dSxyOMNqqFiTysQ. Acesso em 04 de março de 2017.

¹²⁴ Dentre as metodologias utilizadas para se estimar o sobrepreço, pela teoria econômica e pela prática norte-americana e europeia (Anexo I), Connor[51] indica quatro métodos: a) baseado em custo; b) antes-e-depois; c) comparado (yardstick approach) e d) econométricos, ainda que haja diversas outras formas mais rudimentares”. – Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?mqIIKVyCdNWNd8VjNjBH_JYzcmZ-hjeAcg8hg6plI38_c1pslOXyjprobx87f9a5bU2mfr5dSxyOMNqqFiTysQ,#_Toc469490124>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

¹²⁵ Processo Administrativo Nº. 08012.002568/2005-51 - Cartel de GLP Estado Do Pará – 15 de dezembro de 2017. (Supracitado).

3. Método Do Produto Comparado: *compara o preço do produto do cartel com o preço de produto similar para o mesmo mercado relevante geográfico.*

4. Método intermediário 1: *(entre antes-e-depois e produto comparado): constrói uma série de preços para o próprio produto (antes ou depois do cartel)*

5. Método Da Região Comparada: *compara os preços de um mesmo produto em duas regiões distintas (onde houve cartel, com região onde não houve cartel).*

6. Método Intermediário 2: *utiliza o mesmo produto relevante e calcula o sobrepreço em cada período de tempo, em uma região cartelizada com outra não-cartelizada.*

7. Método De Cournot: *define a relação “preço-número de empresas no mercado em questão”.*

8. Métodos Econométricos: *estimar demanda-oferta do produto em uma dada região.*

8.1. Método Difference In Difference: *é uma técnica estatística para medir o efeito da mudança gerada pelo cartel em determinado período e certa região.*

No entanto, Conselheiro João Paulo de Resende, em seu voto em dezembro/16, neste cartel de GLP do Estado do Pará, não utilizou nenhuma metodologia de cálculo para estimar o sobrepreço. Ao revés disso, optou por calcular por estimativa considerando que o dano predeterminado é de 10% sobre o preço.

Além disso, o referido conselheiro indicou que é necessário identificar o volume de vendas do cartel. Para tanto, sugeriu que: a) fosse solicitado ao beneficiário de Acordos de Leniência ou aos Compromissários de TCC; b) fossem firmados acordos de cooperação com a Receita Federal do Brasil – RFB que dispõe de informações das empresas; c) no caso de mercados regulados, que as informações fossem buscadas nas Agências Reguladoras que dispõem de informações relevantes; d) se a conduta ocorrer em um mercado upstream (não diretamente ao consumidor final) seria possível oficiar as empresas adquirentes do insumo para que informem a quantidade adquirida e preços pagos durante o período da conduta.

- Cartel Internacional do Perborato de Sódio

Veja-se, por exemplo, o voto do conselheiro João Paulo de Resende no caso do Cartel internacional do Perborato de Sódio¹²⁶ no qual foi calculado, para aplicação à representada Solvay, um sobrepreço de 8% e uma vantagem auferida¹²⁷ de R\$ 5,8 MM¹²⁸:

“147. Naturalmente, nunca será possível definir com exata precisão a vantagem auferida ou pretendida, o que não significa que não seja possível estimar um valor razoavelmente próximo, dadas as informações disponíveis, e que seja útil para parametrizar a pena e conferir a ela seu caráter dissuasório. Não por outro motivo a Lei 12.529/2011, quando se referiu à vantagem auferida como parâmetro mínimo para aplicação da multa, muito sabidamente recorreu à expressão “quando for possível a sua estimação”, e não “quando for possível o seu cálculo” (inciso I do art. 37). No presente caso, conforme discutido anteriormente, entendo existirem informações que permitiram uma estimação suficientemente segura da vantagem pretendida. Assim, a definição de um valor razoável e proporcional para a multa partirá da estimativa de vantagem auferida, servindo o faturamento para demonstrar que o valor definido se encontra dentro dos limites estabelecidos pela Lei”. Cartel internacional. Perboratos de sódio. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende.

Para o conselheiro do CADE João Paulo de Resende, a multa adequada é aquela que combina vantagem auferida com fator de detecção. No caso do cartel internacional de Perboratos de Sódio, julgado em fevereiro/2016, o referido conselheiro aplicou um fator de detecção de três vezes o valor da vantagem auferida, para que, segundo ele, a multa cumprisse seu papel dissuasório. *“Ao se avaliar os custos e os benefícios de uma infração à ordem*

¹²⁶ CARTEL INTERNACIONAL. PERBORATOS DE SÓDIO - Processo administrativo nº 08012.001029/2007-66 acesso em 07/03/2017.1 Representante: Secretaria de Direito Econômico ex officio. Representados: Evonik Degussa GmbH, Solvay S.A., Heinz Von Zur Muehlen, Jean Marie Demoulin e Eric Degroote - Relator: Conselheiro João Paulo de Resende – 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?8r4xnUtN8D-n1QcMCzDOIJ2ODr0wIUx-Z71mK_u3M0h9qGDCv8yN8yid0X3Z3fD17CSXAvnerWRvoB-sn5hm1w>. Acesso em 20 de outubro de 2017.

¹²⁷ “Já foi constatado que um infrator ao planejar a realização de um ato ilícito, leva em conta muito mais a probabilidade de ser descoberto do que a pena aplicada em si. Isso não significa, contudo, que as penalidades aplicadas não sejam levadas em consideração. Especialmente no caso de cartéis, é imprescindível que as penalidades superem as vantagens auferidas pelo agente em função da prática engendrada; caso isso não ocorra, mesmo que o cartel seja descoberto e punido, ainda assim terá válido a pena, uma vez que os efeitos líquidos para os agentes cartelizados foram positivos”. – grifos nossos. ROSENBERG, Barbara. Introdução Ao Direito Antitruste – Investigação De Cartéis – Fundação Getúlio Vargas – FGV, 2005 – p. 31-32.

¹²⁸ Processo Administrativo Nº 08012.001029/2007-66 - Relator: Conselheiro João Paulo De Resende - Cartel Internacional. Perboratos De Sódio (Supracitado) - 24/02/2016.

econômica, os agentes levam em consideração não só o retorno financeiro que poderão obter com a conduta, mas também a probabilidade de serem descobertos pela autoridade antitruste – o chamado fator de detecção. Nesse sentido, para que a multa seja, de fato, dissuasória, é importante que extrapole a vantagem auferida ou pretendida com a conduta ilícita e represente um múltiplo desse valor com a probabilidade de ser descoberto”.

Embora existam vários votos proferidos com uma estimativa da vantagem auferida, que representa um grande passo na repressão à conduta de cartel¹²⁹, ainda não há unanimidade no Tribunal do CADE a este respeito.

- Cartel do Leite

No caso do Cartel do Leite, veja-se abaixo voto contrário indicando a limitação com relação ao cálculo da vantagem auferida. O Conselheiro Gilvandro Araújo considera que os métodos para calcular a vantagem auferida possuem restrições que poderiam diminuir a confiabilidade da fixação da multa efetivamente dissuasória.

Voto Gilvandro Araújo130

“ITEM 6. Da Sanção Pecuniária

6.1. Das Estimativas de Vantagem Auferida Realizadas

52. Como já ressaltado pelo Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior no julgamento do Processo Administrativo 08012.002568/2005-51 na sessão de julgamento ocorrida em 07/12/2016:

“A utilização de métodos de vantagem auferida tem limitações conceituais e técnicas que, a meu ver, diminuem a segurança jurídica e prejudicam a fixação de uma multa efetivamente dissuasória. Além do problema basilar acerca da disponibilidade e da confiabilidade dos dados utilizados e utilizáveis em uma determinada estimativa e da dificuldade de se manejar sobrepreços que variem ao longo do

¹²⁹ “Se você está cometendo cartel, ou seja lá o que **for, tem** que receber punição maior que aquilo que está ganhando, essa é uma agenda que pretendo tocar”, diz Alkmin, que atuou na Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda nos idos dos anos 2000. ‘Quando o CADE está calculando sanção deveria ser pelo menos maior que o dano, que é igual à vantagem auferida pelo grupo, para ressarcir a sociedade’. ... Até hoje, as empresas multadas pelo CADE têm sua pena calculada com base no próprio faturamento e não nos danos causados pelo cartel”. grifos nossos. Multa do CADE deve ser maior que prejuízo causado por cartel, diz conselheira - Publicado 15 de Outubro, 2015. Por Iuri Dantas – Brasília - editor@jota.info - Fonte: <http://jota.uol.com.br/multa-do-cade-devem-ser-maiores-que-prejuizo-causado-por-cartel>.

¹³⁰ CADE - Processo Administrativo nº 08012.010744/2008-71. Disponível: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?Iw6llVnySUiBvyhgVhVwYpQ-xGQ8jmZXa8wMhIoCG7X3-IMdP4pRPiMsCxyMS_5e67t12ai2eMsxVis47y30SA>. Acesso em 20 de outubro de 2017.

tempo, entendo que há preocupações adicionais que devem ser tomadas nas tentativas de estimação em condutas anticompetitivas. Esse raciocínio ficou consignado no presente caso pelo Parecer do Departamento de Estudos Econômicos no sentido de que ‘havendo disponibilidade de dados adequados, a utilização dos métodos apropriados juntamente com análises de robustez possibilita estimar valores confiáveis para o dano do cartel. Entretanto, o trabalho necessário para chegar à especificação mais adequada – que inclui a escolha do cenário contrafactual, do período do cartel e das variáveis explicativas do modelo – não é trivial’ (SEI 260624)”.

53. Em consonância com a transcrição suso apontada, a falta de dados para realização de uma estimativa crível de prejuízos sociais é vislumbrada no presente caso. Aliás, tal mensagem foi trazida pela própria Conselheira-Relatora (vide parágrafos 190[15], 209[16] e 213[17]). Tal aspecto, por si só, já impediria valer-se de um cálculo fidedigno apto a sancionar agentes econômicos a partir do critério de vantagem auferida.

54. Ademais, a escolha do método de estimação da vantagem auferida, metodologia de “antes-e-depois”, não me parece pertinente. Segundo a Conselheira-Relatora, a metodologia utilizada foi a seguinte: “Tomou-se, então, a média dos preços dados pelas Cosulati e Elegê, durante e após o cartel (não havia série para as duas antes do cartel), e encontrou-se um sobrepreço de 7,7%” (vide parágrafo 210[18]). Ora, como não há nos autos provas de que o cartel encerrou em agosto de 2004 (parágrafo 192[19]), como fazer então uma afirmação, para efeito de pena, de que a conduta acabou naquele momento? Por que não antes? Ou depois? A delimitação temporal não pode fugir da análise do arcabouço probatório.

Nesse mesmo caso, o conselheiro João Paulo de Resende aplicou o percentual mínimo predeterminado para sobrepreço de cartel, ou seja, 10 % (dez por cento) como base para dosimetria da pena, tendo a relatora do caso calculado um sobrepreço em média de 7,7%:

Dosimetria no caso concreto

11. Por convenção, como já é sabido, o percentual predeterminado que tenho adotado em todos os casos tem sido de 10%, e não há razões para que seja diferente neste caso do cartel do leite, principalmente tendo em vista que a C. Relatora encontrou, em média, um sobrepreço de 7,7% com base em suas próprias estimativas de sobrepreço. Para além disso, é necessário definir o valor do volume de vendas afetado pelo cartel. Com base em dados trazidos no voto-relator, como consumo per capita de leite fluido, população da microrregião de Pelotas, percentual do leite tipo C sobre os demais tipos de leite comercializados e preços médios da região, foi possível estimar esse valor em torno de R\$ 4,6 milhões em

litros de leite contaminados pelo cartel. Aplicando-se o sobrepreço predeterminado e atualizando-se pela SELIC a valores atuais, uma multa proporcional, na minha opinião, para todo o cartel seria de aproximadamente R\$ 2 milhões (memória de cálculo anexa).¹³¹

Em resumo, nos votos do Cartel do Leite (Elegê – BRF Brasil Foods e Cosulati) foram apresentadas três maneiras diferentes de calcular o sobrepreço praticado pelo cartel, baseado em diferentes aspectos: (i) insegurança jurídica da decisão do CADE, (ii) estatística da OCDE e (iii) método de cálculo:

- I. ***Insegurança Jurídica da Decisão do CADE: Conselheiro Gilvandro Araújo: não calculou o sobrepreço - entendeu que não havia dados disponíveis e confiáveis nem mesmo prova da data do encerramento do cartel e em razão disso, não seria possível utilizar nenhuma das metodologias de cálculo de sobrepreço do cartel sob pena de diminuir a segurança jurídica da multa e, com isso, expor a decisão do CADE a questionamento judicial;***
- II. ***Estatística: Conselheiro João Paulo de Resende: utilizou os dados estatísticos indicados pela OCDE - Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico e determinou o sobrepreço no percentual de 10%, admitindo que seria o percentual mínimo predeterminado nos casos de cartel em geral;***
- III. ***Método de Cálculo: Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt: utilizou uma das metodologias aceitas para cálculo do dano decorrente de cartel e encontrou o percentual de 7,7% estimando o sobrepreço pelo método antes-e-depois com base na média de preços durante e após o cartel considerando que o cartel se encerrou em agosto/2004.***

¹³¹ **Processo Administrativo 08012.010744/2008-71** – CARTEL DO LEITE - Representante: Departamento de Polícia Federal de Pelotas/RS - Representados: Elegê Alimentos S.A. (atual BRF Brasil Foods S.A.); Cooperativa Sul-Rio Grandense de Laticínios Ltda.; Cooperativa dos Pequenos Agricultores e Produtores e Leite da Região Sul; Indústria de Laticínios Santa Silvana Ltda. – ME; Thurmer & Leitzke Ltda.; Sindicato da Indústria de Laticínios e Produtos Derivados do Estado do Rio Grande do Sul; Alex Sander Guarnieri Ramos; Michele Correa Laydner; Edemar Xavier Silveira; Osmar Krause; Everson Daniel do Amaral Nunes; Manoel Gonçalves; Jorge Luiz Almeida da Silva; Jorge Antônio Vallejos Arnez; Arno Alfredo Kopereck; Enilton Sell Wolter; Adilson Uarthe; Maura Thurmer Leitzke e Paulo César Leitzke - Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt - VOTO VOGAL: João Paulo de Resende - Brasília, 18 de janeiro de 2017. **Disponível em:** <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?uBWIhKxKxW5pZOL5_O3IPSdm8Z23EiClrwCQnHPhL0ly0V1Abz4Or41-Dp4zEjyooJzMhH8u1sMriHMhFS1hg>. Acesso em 05/03/2017

- Transportadores Rodoviários de Cargas a Granel

Note-se que, nesse outro caso, a conselheira Cristiane Alkmin¹³², ao analisar conduta relacionada ao transporte rodoviário de carga a granel e de fertilizantes, identificou o método para estimativa de sobrepreço (a diferença entre o preço cartelizado e o preço que seria praticado sem o cartel) e utilizou os valores informados no processo. Além disso, o valor encontrado foi atualizado pela Selic, que seria o custo de oportunidade do dinheiro:

“276. Embora não exista uma definição legal de sobrepreço, pode-se defini-lo como sendo ‘a diferença entre o preço pago durante o período da conduta e preço que prevaleceria na ausência da mesma’.

277. Em geral, é necessário encontrar o preço contrafactual para calcular-se a receita extra das empresas, dificuldade maior neste tipo de estudo. Neste caso, em particular, tanto o sobrelucro como o preço base foram retirados dos autos. As quantidades importadas de fertilizantes no porto de Santos, por sua vez, foram retiradas dos dados públicos, disponíveis no site da ANDA. Desta forma, o cálculo pode ser feito facilmente, apenas com o uso de uma tabela Excel, como se pode ser observado nas quatro Tabelas abaixo.

277. Comparando ditas tabelas, pode-se notar que, para os dados de preço, tomou-se como base R\$ 30/ton (valor constante nos autos do Processo) e quatro percentuais diferentes de sobrepreço, cujas ordens de grandeza se equiparam àquelas que estão juntadas nos autos do Processo (72% e 120%), quais sejam: 50%, 67%, 83% e 117%. Com estas duas hipóteses, chegou-se aos valores absolutos de preços acima do “justo”, quais sejam: R\$ 45/ton, R\$ 50/ton, R\$ 55/ton e R\$ 65/ton”.

¹³² Processo Administrativo n. 08012.000504/2005-15 - Representante: SDE ex officio - Representados: ACTA – Associação Comercial dos Transportadores Autônomos e SINDGRAN – Sindicato dos Transportadores Rodoviários de Cargas e Granel de Santos - Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt – Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?IIH69HSOejY18UiU66wVjYlr3gKM7YbsHwNHwiab8qkbbpJodtGG-49hd5w7AoJpC19BsQlUA3O3rmcmn0_h5g>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

4.2.1 Sobrepreço - Atuação Do Cade E Descentralização Do Cálculo

O CADE poderia exigir do proponente ao Acordo de Leniência, bem como TCC, que apresente os elementos necessários para cálculo da vantagem auferida pela empresa infratora.

O custo individual para se identificar a vantagem auferida é muito elevado e pode ser um impedimento para a busca de reparação dos danos.

Além disso, ainda sobre a prática do sobrepreço importante mencionar estudo realizado por Connor e Lande, em 2005, no qual mapearam diversos cartéis ao longo da história (desde 1780), separando-os entre nacionais e internacionais.

O estudo mostra que até a década de 1990, os cartéis internacionais eram em média 133% mais eficazes em aumentar os preços do que os cartéis "nacionais" (ou domésticos), já que aqueles que fixavam os preços em determinado país eram as empresas apenas daquele país, ao passo que os cartéis internacionais conseguem atrair empresas que controlam o mercado de determinado produto em diversas regiões do mundo.

Além disso, o estudo explica que os cartéis internacionais, por sua própria natureza, tratam de commodities comercializáveis internacionalmente, na maioria intermediários homogêneos de produtores com custos de transporte de longa distância relativamente baixos.

O referido estudo concluiu que em média os cartéis nacionais geraram sobrepreço entre 17-19% enquanto os cartéis internacionais geraram sobrepreço que varia de 30-33%.

Veja-se quadro resumo do estudo com a média do sobrepreço praticado pelos cartéis, por ano e por tipo de cartel¹³³:

¹³³ Lande, Robert H. and Connor, John M. How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Reform of the Antitrust Sentencing Guidelines; American Antitrust Institute Working Paper No. 01-04. Available at SSRN: No período de 1990 a 2005, o poder de precificação superior dos regimes internacionais diminuiu. A sobrecarga mediana caiu para uma baixa histórica de 24,4%. Numa ruptura acentuada dos primeiros cinco períodos, as sobrecargas dos cartéis internacionais atingiram em média apenas 16% mais do que as nacionais. As razões para a convergência de margens nacionais e internacionais de cartel são difíceis de. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=787907> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.787907>>. Acesso em 11 de outubro de 2017.

Table 4. Median of Average Cartel Overcharges, by Year and Type

Cartel Episode End Date	Membership		Legal Status		Bid-Rigging		All Types
	Nacional	International	Found Guilty	Legal or Unknown	Primary Conduct	Other	
-							-
1780-1891	22	41	32	22	16	24	23,5
1891-1919	21	48	25	35	37	28	30,4
1920-1945	18	36-37	45	32	34	34	34
1946-1973	14	26	13	23	13	15	15
1974-1990	18-20	40-43	22	25	21	25-26	24
1991-2004	17-18	25	24-25	20	22	25	24
All Years	17-19	30-33	23-25	28	21	25-29	25

Fonte: Connor e Lande (2005)

Veja-se que no voto proferido em 07/12/2016, pelo conselheiro do CADE João Paulo de Resende¹³⁴, no cartel do GLP no Estado do Pará, foi definido 10% (dez por cento) para estimativa de sobrepreço, o que representa um percentual bem conservador, se comparado com o referido estudo de Connor e Lande:

Ou seja, são inúmeras as evidências, científicas ou anedóticas, de que o dano é, na grande maioria do caso, de no mínimo 10%, e na maioria dos casos, de muito mais. Assim, considerando esse o melhor conhecimento existente sobre sobrepreços em casos de cartéis, a utilização de um percentual conservador de 10% como referência para o sobrepreço é algo absolutamente razoável, proporcional e condizente com as melhores práticas mundiais.

Outra forma de se identificar o sobrepreço é utilizar os dados disponíveis dos documentos apresentados pelos investigados no processo administrativo do CADE.

De qualquer forma, não cabe apenas ao CADE o auxílio na busca do cálculo do sobrepreço.

É importante que outros agentes também sejam capacitados para contribuir com o desenvolvimento de técnicas que possam elucidar o cálculo de indenização na busca pela

¹³⁴ Voto-vogal: Conselheiro João Paulo de Resende - CARTEL GLP – ESTADO DO PARÁ. PROCESSO ADMINISTRATIVO no 08012.002568/2005-51. Representados: Liquegás Distribuidora S/A (ex-Tropigas), Supergasbras (ex-Minasgás Distribuidora de Gás Combustível Ltda) e Paragás Distribuidora Ltda. Relator: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt – Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?88PkK-WANKtqpl_M2yYlhrpbPpzU6h7JUQLTHu265r1yOdG2GEcc9DmFS5QuUOwfkG1UpO73ScA3-GQ1h5d-jw>. Acesso em 05 de março de 2017.

reparação dos danos.

Neste tema, o papel principal é dos próprios prejudicados que têm a função de buscar apoio com os escritórios de advocacia e consultorias econômicas especializadas para que possam aprofundar a discussão desse tema e buscar formas de calcular e viabilizar a reparação dos danos.

Além disso, o Ministério Público poderia avançar no fomento das ações civis públicas, uma vez que a busca pelo cálculo do sobrepreço na esfera coletiva poderia auxiliar na forma de cálculo da indenização ao particular.

A forma mais eficaz para avançar neste tema é trata-lo de forma descentralizada.

4.3 Liquidação Do Valor Do Dano Nas Ações Judiciais

Para dar efetividade à responsabilidade civil é preciso converter a obrigação de indenizar em valor, ou seja, transformar os itens da condenação em sua correspondência matemática¹³⁵.

Qualquer sentença condenatória que não contenha a indicação do valor da indenização a ser paga pelo devedor, deverá ser liquidada, obedecendo as modalidades indicadas no Código de Processo Civil: (i) por arbitramento; (ii) por procedimento comum.

Não será necessário seguir com o processo de liquidação de sentença se “*a apuração do valor depender apenas de cálculo aritmético*” (art. 509, §2º do Código de Processo Civil). Neste caso, é possível propor de imediato a ação de execução, ou seja, o cumprimento da sentença.

Na fase de liquidação, o Código Civil veda a rediscussão da lide, bem como a modificação da sentença que a julgou (art. 509, §2º).

De qualquer forma a apuração do valor dos danos deve obedecer ao disposto no art. 402 e seguintes do Código Civil¹³⁶ que impõem a obrigação de indenizar não apenas o que

¹³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. Atualizador Gustavo Tepedino. GZ Editora. 10ª edição. rev. atual. Rio de Janeiro, 2012. p. 404.

¹³⁶ Código Civil. **Capítulo III** - Das Perdas e Danos. Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

o prejudicado perdeu, mas também aquilo que ele, razoavelmente, tenha deixado de ganhar em consequência do evento danoso.

Além disso, nos termos do arts. 404 e 405 do Código Civil¹³⁷, deverá ser acrescentado ao valor calculado a atualização monetária e juros¹³⁸.

Assim, além da apuração do valor base da condenação, a liquidação deve contemplar também o cálculo dos juros¹³⁹ e a correção monetária¹⁴⁰ que integram qualquer pedido, aplicando-se a taxa SELIC, conforme determinado pelo art. 406 do Código Civil.

- Cartel de Gás de Cozinha – GLP

Importante destacar aqui a ação civil pública¹⁴¹ do caso do Cartel de Gás de Cozinha (GLP)¹⁴². Neste caso, o Ministério Público propôs que o sobrepreço fosse considerado o acréscimo de R\$ 0,10 (dez centavos de real) por botijão de gás comercializado. Neste caso, o Tribunal manteve a condenação que determinou a indenização no valor da causa, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) atualizado desde a propositura da ação (outubro/1997) pelos índices normalmente admitidos na Justiça Federal (UFIR e, a partir de 1º de janeiro de

¹³⁷ Código Civil. Capítulo III - Das Perdas e Danos. Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional. Parágrafo único. Provas que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar. Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.

¹³⁸ STJ - Súmula 54: Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual. (grifo nosso).

¹³⁹ Na falta de estipulação, calculam-se os juros pelo Código Civil, isto é, 'segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional' (art. 406). Discute-se qual o índice aplicável aos juros legais. Por um lado, defende-se a incidência da taxa Selic – índice de remuneração de títulos da dívida federal estabelecido pelo Comitê de Política Monetária (Copom) – em função do art. 84 da Lei nº 8.981/1995. De outra parte, afirma-se que se aplica a taxa de 1% ao mês prevista pelo Código Tributário Nacional (art. 161, §1º). A despeito das controvérsias doutrinárias, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça entendeu aplicável a taxa Selic (STJ, R. Esp. 727.842, Corte Especial, Rel. Teori Albino Zavascki, julgado em 08.09.2009). PEREIRA, Caio Mário da Silva, Responsabilidade Civil. Atualizador Gustavo Tepedino. GZ Editora. 10ª edição. rev. atual. Rio de Janeiro, 2012 – p. 406.

¹⁴⁰ STF – Supremo Tribunal Federal – “Súmula 562: Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, dos índices de correção monetária”. grifos nossos – Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em 12 de outubro de 2017. “Em matéria de liquidação das obrigações oriundas da responsabilidade civil, o valor das perdas e danos é considerado como dívida de valor, e sendo assim, é sujeito à correção monetária”. PEREIRA, Caio Mário da Silva, Responsabilidade Civil. Atualizador Gustavo Tepedino. GZ Editora. 10ª edição. rev. atual. Rio de Janeiro, 2012 – p. 409.

¹⁴¹ ACP nº 105105875.2014.8.26.0053, 4ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo/SP.

¹⁴² CADE ainda não havia julgado o cartel (j. 12/03/2014) quando a ACP foi distribuída (02/10/1997)

2001, IPCA-E), acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, a contar da publicação da sentença, devendo cada empresa ré arcar com o percentual correspondente a sua participação de mercado na época¹⁴³.

- Cartel dos Gases (hospitalares e industriais) – ação coletiva ¹⁴⁴

Nessa ação coletiva proposta por algumas Associações de Hospitais e Estabelecimentos de Saúde do Estado de Paraná, foi apresentada a percepção de que os produtos subiram em cerca de 25% em razão do cartel.

Houve o deferimento de pedido de tutela antecipada para que as empresas rés se abstivessem de impor sobrepreço mediante a adoção de tabela de valor mínimo previamente combinada e divisão prévia de mercado. Além disso, foi determinado que as empresas rés providenciassem o fornecimento dos gases medicinais praticando os preços vigentes antes do período de cartelização, apenas alterados pela atualização monetária apoiada em índices oficiais.

- Cartel dos Gases (hospitalares e industriais) – ação individual - Hospital de caridade de Erechim¹⁴⁵

Nesse caso, foi deferida perícia contábil requerida pelo autor para analisar o preço do GLP, comparando-o com similares e desdobrando seus componentes para entender a precificação, levando-se em consideração principalmente o lucro auferido, tendo sido indicado haver indícios de sobrepreço de 72% na medida em que o que era até então, vendido por R\$ 3,01 e, após o processo judicial, passou a ser oferecido para a autora por R\$1,75.

- Cartel de Vergalhões de Aço (siderúrgicas produtoras)¹⁴⁶ - ação individual - Cobraco Serviços Ltda., Cobraco Comercial Brasileira de Aço Ltda

¹⁴³ “Cumprir frisar, nesse estágio, que referentemente à indenização em razão dos danos, a tendência, tendo em vista a sua natureza e escopo – bem como a extensão das ofensas – é fixar-se quantias expressivas, de modo a constituir-se em cabal maneira de desestímulo a novas lesões”. (petição inicial item 1.2)

¹⁴⁴ Autos nº 0041466-96.2013.8.16.0001 – 1ª Vara Cível de Curitiba-PR

¹⁴⁵ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ – RS) - 19ª Câmara Cível - AI n. 0475465-52.2014.8.21.7000

¹⁴⁶ Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) - 11ª Câmara Cível - AI nº 1.0024.06.984815-8/001

Houve deferimento de tutela antecipada para as empresas rés fornecessem vergalhões com preços compatíveis com o período de duração da parceria firmada entre as partes – para que passassem a comercializar nos mesmos preços que comercializavam com seus centros de distribuição, a fim de evitar prática anticoncorrencial.

Os preços cotados para clientes independentes que não compõem a carteira fixa destas siderúrgicas são acima dos praticados para os clientes e distribuidoras fixos, aparentando controle de mercado.

CAPÍTULO 5: REFLEXÃO PARA AUMENTAR REPRESSÃO AO CARTEL

5.1 TEORIA DO DESESTÍMULO APLICADA AOS CASOS DE CARTEL

Na maximização racional a presunção adotada é a que de as pessoas calculam como poderão alcançar os maiores benefícios com menores custos¹⁴⁷.

Nos casos de cartel, os agentes econômicos, racionalmente avaliam se haverá ganho e se será maior ou menor do que o custo imposto à prática do ilícito¹⁴⁸.

Toda escolha é racional, ou seja, reflete uma avaliação de custo de oportunidade justamente porque os recursos são escassos.

Os autores Decio Zylberstajn e Rachel Sztajn¹⁴⁹ explicam que a teoria da escolha racional aplicada do Direito está relacionada à forma de pensar que considera os prêmios e as punições.

Com relação ao cartel, a observação é voltada para a definição dos preços praticados, uma vez que as empresas tendem a maximizar seus lucros, ou seja, racionalmente as empresas calculam o maior lucro possível (maior benefício) com o menor grau de consequências negativas, ou seja, menor responsabilização (menor custo).

Assim, o conceito de maximização racional pode ser muito proveitoso, se bem utilizado, na medida em que atua como instrumento de identificação de condutas previsíveis:

A premissa metodológica de maximização racional pode ser útil porque o comportamento racional é em geral previsível, enquanto o comportamento irracional, em regra, é aleatório (ou seja, randômico)”.¹⁵⁰ - grifos nossos.

A metodologia da maximização racional pode auxiliar na definição das premissas necessárias para realização do cálculo do dano.

¹⁴⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito E Economia: **Textos Escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23.

¹⁴⁸ “Em termos econômicos, o agente racional avalia se o ganho decorrente da prática de determinada conduta é maior ou menor do que o custo em que incorrerá”. MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise Econômica Da Responsabilidade Civil: O Dano E Sua Quantificação**. São Paulo, Atlas, 2012. p. 18.

¹⁴⁹ ZYLBERSTAJN, Decio. Direito e Economia. Decio Zylberstajn e Rachel Sztajn – Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. Capítulo 4 – Law and Economics. Rachel Sztajn. p.82.

¹⁵⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25.

Além disso, devem ser levados em conta a eficiência¹⁵¹ e os incentivos da conduta do cartel, para que se identifique qual seria a punição adequada que realmente atue como desincentivo desse ilícito. Em regra, os preços dos produtos seguem o parâmetro da análise custo-benefício (racional do incentivo), de forma que, um indivíduo terá que abrir mão de alguma coisa, ou seja, a alternativa será deixada de lado (*trade off*), conforme explica Bruno Meyerhof Salama¹⁵².

Com isso, pode-se considerar que o conceito de desestímulo pode ser viabilizado através do *enforcement* da reparação civil, fazendo com que os infratores efetivamente desembolsem o valor dos danos que o cartel tenha gerado aos demais agentes econômicos do respectivo mercado¹⁵³.

Isto porque o instituto de responsabilidade civil não tem apenas finalidade reparadora ou reintegrativa - proporcionando uma compensação à vítima, mas também possui função preventiva e sancionatória¹⁵⁴, ou seja, punitiva.

Neste sentido, Francisco Manuel Pereira Coelho, explica que a responsabilidade sempre teve uma função preventiva objetivando impedir ou desencorajar a prática de novos ilícitos tanto pelo próprio agente infrator quanto por outras pessoas. Ou seja, a finalidade¹⁵⁵ preventiva sob dois aspectos (i) individual e (ii) prevenção geral¹⁵⁶.

¹⁵¹ “Comum aos estudos de Law and Economics é a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando a torná-las cada vez mais eficientes”. (“Eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função. Não se confunde com eficácia que é a aptidão para produzir efeitos”). ZYLBERSTAJN, Decio. Direito e Economia. Decio Zylberstajn e Rachel Sztajn – Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. Capítulo 4 – Law and Economics. Rachel Sztajn. p. 75 e 83.

¹⁵² SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito E Economia: **Textos Escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25.

¹⁵³ “No modelo de responsabilização, uma medida judicial compensatória que componha os danos do autor depois do fato – ou seja, que compense o autor na exata medida dos custos (do dano em si) sofrido pelas ações do réu – induz o réu a tomar o necessário grau de cuidado, uma vez seja ele racional e eficientemente bem informado”. David D. Haddock, Fred S. McChesney e Menahem Spiegel. Um **Fundamento Econômico Ordinário Para Sanções Legais Extraordinárias In** SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010 – p. 149

¹⁵⁴ COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Enriquecimento E O Dano**. Livraria Almedina. Coimbra, 1999. p. 28 e 31.

¹⁵⁵ “A política pública é eminentemente finalística, isto é, está eminentemente voltada à consecução de fins concretos. Sua legitimidade, portanto, prende-se não apenas aos procedimentos seguidos para a sua feitura, mas também à plausibilidade de que os efeitos pretendidos possam ser de fato alcançados.” PARGENDLER, Mariana e SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito **E Consequência No Brasil**: em busca de um discurso sobre o método. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 114, jan./abr. 2013.

¹⁵⁶ BENACCHIO, Marcelo. A Função Punitiva Da Responsabilidade Civil No Código Civil. p. 649. In LOTUFO, Renan; Giovanni Ettore Nanni; Fernando Rodrigues Martins, coordenadores. **Temas Relevantes Do Direito Civil Contemporâneo: Reflexões Sobre Os 10 Anos Do Código Civil**. São Paulo, Atlas, 2012.

Com relação à função sancionatória da norma, Norberto Bobbio¹⁵⁷ ensina que para atingir seu objetivo repressivo, ou seja, para evitar uma conduta não desejada pela sociedade, o ordenamento efetua operações de três tipos e graus, considerando que existem basicamente três formas de impedir uma atuação indejada:

- *torná-la impossível;*
- *torná-la difícil;*
- *torná-la desvantajosa.*

Assim, a desvantagem ou, em outras palavras, o desestímulo em um ordenamento repressivo, é a técnica típica por meio da qual se realizam as medidas indiretas.

Com isso, pode-se considerar que o efeito financeiro negativo da reparação de danos concorrenciais pode funcionar como uma medida indireta relacionada à finalidade de tornar a prática de cartel desvantajosa e, portanto, desestimulá-la.

No entanto, para se atingir tal finalidade, o desembolso pelo infrator tem que ser efetivo. Não basta ter previsão legal se na prática os prejudicados não chegarem a ser indenizados.

A repressão só pode ser aferida nos casos concretos e ainda existem poucas ações judiciais para reparação de danos concorrenciais no Brasil.

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

Com esse racional de tornar a prática desvantajosa é que a responsabilidade civil

¹⁵⁷ “... Com efeito, o papel do direito na sociedade é comumente considerado do ponto de vista da sua função predominante, que sempre foi aquela, mais passiva que ativa, de proteger determinados interesses mediante a repressão dos atos desviantes. Não há dúvida de que a técnica das sanções negativas é a mais adequada para desenvolver esta função, a qual é, ao mesmo tempo, protetora em relação aos atos conformes e repressiva em relação aos atos desviantes. Em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípuo impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes. ... Em um ordenamento repressivo, o desencorajamento é a técnica típica por meio da qual se realizam as medidas indiretas. Em um ordenamento promocional, a técnica típica das medidas indiretas é o encorajamento...” grifos nossos BOBBIO, Norberto. Da Estrutura à Função. Novos Estudos de Teoria do Direito. Editora Manole. São Paulo. 2007. p. 23-24 e 15-18.

acaba atuando também como mecanismo de controle conduta¹⁵⁸.

E essa mensagem pode ser associada ao conceito de desestímulo à prática de cartel. No sentido de se utilizar o *enforcement* do impacto financeiro da responsabilidade civil para desencorajar a prática de cartel.

Isso quer dizer que a efetiva indenização, ou seja, o desembolso do valor da reparação, não apenas recompõe o patrimônio do prejudicado, como também descoraja a conduta ilícita¹⁵⁹.

No entanto, no caso de indenização decorrente de cartel as funções, preventiva e sancionatória, estão intimamente ligadas à efetividade do recebimento da indenização (*enforcement*).

Note que existem ações judiciais em curso, mesmo que ainda sem trânsito em julgado, que estão prestes a cumprir a função sancionatória.

▪ Cartel dos Vergalhões

Veja-se, exemplificativamente, o caso do cartel dos vergalhões¹⁶⁰ de ação (siderúrgicas produtoras) com relação ao qual a empresa Cobraço, propôs ação reparatória de danos concorrenciais contra a empresa Belgo em razão de cartel com as empresas Gerdau e a Siderúrgica Barra Mansa (Grupo Votorantim).

Nesse caso, houve deferimento de tutela antecipada pela 22ª Vara Cível de Belo Horizonte, confirmada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, determinando que a siderúrgica Belgo Mineira (Grupo Arcelor) reduza os preços do vergalhão de aço para

¹⁵⁸ “A responsabilidade civil, assim como a estrutura criminal, atua como mecanismo de controle social que tem por propósito o alívio da tensão criada pela prática de uma ação que não corresponde a uma expectativa, em um determinado sistema social, visando restabelecer o equilíbrio deste e assim preservar sua integridade e funcionamento. À semelhança da esfera penal, a responsabilidade civil possui uma função que não se restringe ao ofensor e à vítima: ela também transmite uma mensagem subliminar à sociedade.” - AGUIAR, Roger Silva. Responsabilidade Civil: a culpa, o risco e o medo. São Paulo. Atlas, 2011. p. 214.

¹⁵⁹ “Tratando-se de responsabilidade objetiva, se a indenização equivale exatamente ao prejuízo, as partes têm incentivos corretos para adotar medidas de precaução, sendo induzidas a fazê-lo se e apenas se os custos forem inferiores à respectiva redução nos danos esperados. Em sentido contrário, fixando-se indenização inferior ou superior ao prejuízo, as medidas de precaução tenderão a ser insuficientes ou excessivas.” MENDONÇA, Diogo Naves. Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação. São Paulo, Atlas, 2012. p. 94.

¹⁶⁰ CADE - Processo Administrativo nº 08012.004086/2000-21 Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva – j. 29/03/2006

construção civil, em favor do grupo Cobraço.

A decisão obriga a Belgo a vender vergalhões com preços compatíveis com o período de duração da parceria firmada entre as partes – para que passe a comercializar nos mesmos preços que comercializa com seus centros de distribuição, a fim de evitar prática anticoncorrencial. Os preços cotados para clientes independentes que não compõem a carteira fixa destas siderúrgicas são acima dos praticados para os clientes e distribuidoras fixos, aparentando controle de mercado¹⁶¹.

No entanto, é complexa essa decisão porque pode ser observado que os preços para os distribuidores tendem a ser menores que os preços para comprador final (*end-user*), considerando a margem para revenda. Nesse caso, seria necessário identificar primeiramente se houve algum tipo de abuso na definição diferenciada de preço.

Parece que para esses casos de consumo continuado de produto, o melhor caminho seria aplicar metodologia econômica para encontrar o preço contrafactual¹⁶² e determinar que o infrator o aplicasse incluindo apenas a correção monetária incorrida no transcurso do tempo.

- Cartel Internacional Dos Compressores

Vale destacar também a condenação imposta pelo CADE¹⁶³ com relação ao cartel no mercado internacional de compressores para refrigeração, em 16/03/2016, no qual participaram as empresas Household Compressors Holding S.p.A (antiga ACC – Appliances Components Companies S.p.A.), Danfoss A/S e Panasonic Electric Works Co. Ltd. (antiga Matsushita Electric Works, Ltd.), além de três pessoas físicas pertencentes a empresas dos grupos Tecumseh e Whirlpool/Embraco por formação de cartel no mercado internacional de

¹⁶¹ Justiça aponta cartel e manda siderúrgica reduzir preço - 4 de outubro de 2006 – disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI30952,91041-Justica+aponta+cartel+e+manda+siderurgica+reduzir+preco>>. Acesso em **07 de março de 2017**.

¹⁶² “128. O preço contrafactual é também chamado de “but-for-price”, “preço benchmark” ou “preço de comparação”. É o preço que deveria ter sido adotado, caso não houvesse o cartel. Essa é a variável contrafactual que não se sabe a priori”. - CARTEL GLP – ESTADO DO PARÁ. PROCESSO ADMINISTRATIVO no 08012.002568/2005-51. Representados: Liquegás Distribuidora S/A (ex-Tropigas), Supergasbras (ex-Minasgás Distribuidora de Gás Combustível Ltda) e Paragás Distribuidora Ltda. Relator: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt – Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_exter_na.php?mqllKVyCdNWNd8VjNjBH_JYzcMZ-hjeAcg8hg6pI38_c1pslOXyjprobx87f9a5bU2mfr5dSxyOMNqqFiTysQ>. Acesso em **04 de março de 2017**.

¹⁶³ Processo Administrativo 08012.000820/2009-11. **Disponível em:** <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-cartel-no-mercado-internacional-de-compressores-para-refrigeracao>>. Por Assessoria de Comunicação Social Publicado: 16/03/2016 17h00 - Última modificação: 22/03/2016 12h21.

compressores herméticos para refrigeração.

Com relação a este cartel também há ação indenizatória proposta pela Eletrolux do Brasil S.A., contra Whirpool S.A. e Brasmotors S.A. para obtenção de reparação de danos causados por prática de cartel na venda de compressores que tiveram seus preços aumentados artificialmente¹⁶⁴.

Mesmo sem decisão condenatória com trânsito em julgado, nota-se uma evolução (ainda que tímida) na quantidade de ações judiciais reparatórias de danos concorrenciais, que vêm obtendo decisões favoráveis.

5.1.1 A Função Punitiva Da Responsabilidade Civil

A reparação civil pode funcionar como inibidor a prática de cartel, na medida em que representa não apenas uma compensação ao prejudicado, como também pode assumir a função punitiva ao infrator, sem que seja necessário utilizar o conceito de *punitive damages* tal qual aplicado nos Estados Unidos.

Importante notar que nos Estados Unidos vigora a regra denominada “*treble damages*” que significa que os prejudicados por infrações anticoncorrenciais deverão ser restituídos pelo triplo do valor dos danos que tenham sofrido.

Vale notar ainda que, na prática, a maioria dos casos dos Estados Unidos não chega a ser indenizado por três vezes o valor do prejuízo.

Na realidade são realizados acordos com os infratores viabilizando a recuperação de 10% a 18% do valor total do prejuízo¹⁶⁵.

No entanto, no Brasil quando se trata reparação de danos decorrentes de cartel, não necessariamente se trata do conceito original de *punitives damages*. Aqui utiliza-se o

¹⁶⁴ Trata-se do julgado do STJ – Superior Tribunal de Justiça (R. Esp. nº 1.554.986 – SP j. 08/03/2016), referente à abertura do sigilo do Acordo de Leniência.

¹⁶⁵ “In other antitrust cases, recovering 10% of the total price charged – you’re doing well. Recovering 15% to 18%, you’re doing very well. Recovering a third of the total price charged – is extraordinary ...” (quoting attorney Michael Hausfeld)”. CONNOR, John M. and LANDE, Robert H., Not Treble Damages: Cartel Recoveries Are Mostly Less Than Single Damages (July 1, 2015). Iowa Law Review, Vol 100, pp. 1997-2023, July 2015; University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper nº 2015-26. – p. 2018 – note 93 - 2001 - Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2548712> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2548712>>. Acesso em 04 de março de 2017.

efeito punitivo em sentido genérico e secundário decorrente da própria imputação de responsabilidade, sem que para tanto seja necessário alterar o valor do dano sofrido.

Com isso, a própria condenação no valor do prejuízo sofrido, sem qualquer regra de multiplicação, já seria, em tese, elemento suficiente para desencorajar novas condutas¹⁶⁶.

Mas, para tanto, é necessário reduzir a impunidade, tomando medidas que favoreçam a efetividade do recebimento de indenizações, seja judicialmente¹⁶⁷ ou através de acordos extrajudiciais.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior explica que o racional econômico do prejuízo faz com que a indenização assuma característica de pena na legislação antitruste. Em razão disso, a jurisprudência internacional vem seguindo a tendência de solicitar às autoridades concorrenciais a estimativa do dano gerado pela conduta anticompetitiva. No entanto, no Brasil, embora o CADE esteja obrigado a prestar informações sobre o andamento das investigações no âmbito dos processos judiciais, cabe ao agente privado (prejudicado pelo cartel) quantificar o valor do prejuízo para viabilizar o recebimento da indenização.

5.2 MEDIDAS PARA AUMENTO NO “ENFORCEMENT” DA REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS

5.2.1 Medidas Imediatas

Há uma série de medidas que podem ser implementadas de imediato, sem necessidade de alteração legislativa.

Primeiramente é importante comentar os aspectos de cada uma das esferas e o que vem sendo feito para reprimir a prática de cartel:

- I. *Esfera administrativa: o CADE vem apurando e punindo os infratores. Neste tema, as celebrações de Acordo de Leniência e de TCCs assumem papel de destaque, porque acabam permitindo a abertura de*

¹⁶⁶ PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. Revista Direito GV, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 17-36, jan. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35180>>. Acesso em: 27 jan. 2017. Nota 6 – p. 31.

¹⁶⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio: Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira. in Revista de Defesa da Concorrência, nº 2, novembro de 2013, p. 25

fiscalizações que sequer seriam possíveis sem os relatos e documentos ali apresentados.

- II. *Esfera criminal: cuja tipificação de crimes às pessoas físicas acaba motivando a celebração de Acordo de Leniência com benefício da extinção da punibilidade desses crimes.*
- III. *Esfera civil: a efetividade da reparação de danos ainda é incipiente no Brasil e não impõe aos infratores nenhum tipo de sanção efetiva.*

Diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, onde a condenação de cartel imposta pelos tribunais é seguida por uma ação indenizatória bem-sucedida que resulta no ressarcimento aos prejudicados.

O estudo¹⁶⁸ realizado pelo CADE apontou três razões para o difundido uso das ações indenizatórias nos Estados Unidos:

- I. *as 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;*
- II. *a limitação da responsabilidade dos beneficiários de Acordos de Leniência que cooperam em sede das ações indenizatórias, por meio do não ressarcimento triplicado por danos concorrenciais (“treble damages”) e pela não responsabilidade solidária com os autores da conduta anticompetitiva;*
- III. *a existência de prazos prescricionais favoráveis aos autores das ações indenizatórias.*

Assim, o objetivo é aumentar a efetividade da esfera civil, contando com questões que o CADE poderá passar a adotar de imediato no âmbito do seu Programa de Combate à Cartel.

Essas medidas visam fomentar a reparação de danos concorrenciais como uma forma de desestímulo à prática de cartel.

¹⁶⁸ Nota Técnica Nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE

5.2.1.1 Acesso Aos Termos Do Acordo De Leniência

Assim para fomentar os acordos no Brasil, visando viabilizar as negociações de forma que sejam mais eficientes para os prejudicados, ajudaria na estratégia de recebimento de valor, se o CADE permitisse o acesso aos termos do Acordo de Leniência pelas pessoas qualificadas como prejudicadas nos termos do art. 47 da Lei do CADE.

Certamente aqui há de ser ponderado em que momento e em que termos se daria este acesso para não prejudicar as investigações das infrações contra a ordem econômica.

A sugestão é que o CADE crie um procedimento autônomo, pelo qual o requerente legitimado (aquele que apresentar qualificação para propor ação de reparação por danos concorrenciais - prejudicado) poderia requerer o acesso aos termos do Acordo de Leniência logo após a sua celebração.

Esse acesso se daria com a finalidade única e exclusiva de recuperar danos sofridos em decorrência do ilícito, seja judicial ou extrajudicialmente e, qualquer desvio estaria sujeito reparação dos danos gerados.

O objetivo é propiciar ao prejudicado conhecimento do conteúdo, para que possa, o quanto antes, identificar as condutas do infrator e demais participantes do cartel, de forma a viabilizar seu entendimento a respeito da autoria e da conduta e, com isso, preparar a documentação para demonstrar o nexo causal e a quantificação dos danos sofridos.

Considerando, ainda, que a questão do sigilo do Acordo de Leniência está relacionada ao início da data contagem do prazo de prescrição, é importante que esse acesso seja obtido o mais rápido possível.

De toda forma, o CADE tem a prerrogativa de negar acesso nos casos em entender que o deferimento irá prejudicar investigações em curso (*enforcement público*).

Nesses casos, não haverá como fomentar a recuperação pela via extrajudicial, restará ao prejudicado a alternativa de ingressar com ação judicial e requer a intimação do CADE para que apresente cópia do Acordo de Leniência em juízo, bem como para que participe na qualidade de *Amicus Curiae* e colabore com o feito.

Na União Europeia as informações são classificadas por categoria de criticidade dos dados. Existem as informações com:

- I. *proteção total (black list)*;
- II. *proteção temporária (“grey list”)*;
- III. *sem necessidade de proteção (white list)*.

O estudo¹⁶⁹ do CADE neste sentido explica que a categoria de proteção total (“*black list*”) abarca as declarações do signatário do acordo de imunidade e de leniência (“*leniency statements*”) e as demais submissões de caráter voluntário e auto-incriminatórias (“*settlement submissions*”). Nos termos da Diretiva 2014, tais documentos da “*black list*” não podem nunca e em nenhuma hipótese ser divulgados, ainda que sob ordem judicial, mesmo após encerradas as investigações da autoridade.

Em analogia com o processo do CADE no Brasil, os documentos da *black list* equivaleria ao chamado “Histórico da Conduta”, que detalha a conduta anticompetitiva com base nos documentos e informações voluntários e auto-incriminatórios apresentados pelo colaborador.

Segundo o referido estudo do CADE, a justificativa dessa proteção absoluta está no fato de que esses documentos não existiriam ou nunca poderiam ser obtidos pela autoridade concorrencial se não fosse pelo Programa de Leniência.

A categoria de proteção temporária (“*grey list*”) abrange documentos e informações trocados entre a autoridade da concorrência e as partes investigadas no processo, tais como as respostas a pedidos de informação, os *statements of objections* e as análises preliminares da Comissão Europeia. Na visão do CADE, esses documentos seriam análogos, no Brasil, às respostas aos ofícios, às notas técnicas de instauração, saneamento, e final da Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade) e demais manifestações interlocutórias.

Na Comissão Europeia, os documentos classificados na *grey list* só seriam divulgáveis mediante ordem judicial, após a autoridade antitruste ter proferido decisão final

¹⁶⁹ **Nota Técnica** Nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Processo nº 08700.007888/2016-00 - Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg,%20-%20_ftn137>. Acesso em **15 de janeiro de 2017**.

sobre o caso. A justificativa dessa proteção temporária seria evitar a disponibilização, no curso das investigações, de documentos produzidos que possam resultar em interferências externas negativas ao andamento do processo administrativo.

Por fim, a categoria indicada como sem proteção necessária (“*white list*”) abrange documentos e informações em posse da autoridade da concorrência que não se enquadra em nenhuma das demais categorias e desde que sejam pré-existentes, não preparados no âmbito da investigação (por exemplo: contratos escritos, textos de e-mails e atas de reuniões). A justificativa para essa ausência de proteção decorre do fato de que esses documentos poderiam ser obtidos de outro modo que não exclusivamente por meio da colaboração das partes nos acordos de imunidade e leniência (por exemplo, por meio de buscas e apreensões).

5.2.1.2 Fomento Às Ações De Reparação Por Danos Concorrenciais Pelo CADE

A minuta de Resolução que o CADE colocou em consulta pública, em 07/12/2016, traz estímulo à celebração de TCC mediante concessão de um desconto na multa se o proponente provar que pagou indenização às pessoas prejudicadas, seja ressarcimento judicial ou mesmo extrajudicial, no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais:

Seção III

Do Fomento às Ações de Reparação por Danos Concorrenciais

Art. 15. A Superintendência-Geral do Cade e o Plenário do Tribunal do Cade poderão considerar, no momento da negociação de TCC, ou no momento da aplicação das penas previstas nos arts. 37 e 38 da Lei nº 12.529/2011, uma redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa com relação aos participantes da infração concorrencial que comprovarem o ressarcimento judicial ou extrajudicial no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, considerada nos termos do art. 45 da Lei 12.529/2011. grifos nossos.

A referida redução pode ser aplicada também no momento da imposição das penalidades sobre infração contra a ordem econômica, previstas nos arts. 37 e 38 da LDC.

Na respectiva Exposição de Motivos, o CADE ressalta que na avaliação da redução da contribuição pecuniária priorizará o ressarcimento espontâneo, ou seja,

extrajudicial¹⁷⁰.

Essa medida é de extrema importância, uma vez que poderá representar uma redução significativa dos custos incorridos pelo prejudicado em busca do ressarcimento do dano sofrido.

O CADE menciona ainda que medidas semelhantes foram adotadas pelas autoridades antitruste na União Europeia, Reino Unido e na Alemanha¹⁷¹.

Pode-se tomar como exemplo positivo o ressarcimento extrajudicial que ocorreu na Alemanha, pelo qual a Deutsche Bahn AG (maior empresa alemã no setor ferroviário) já recebeu aproximadamente R\$ 660 milhões (200 milhões de euros) por ter sido prejudicada pelos participantes do cartel de produtores e ofertantes de trilhos após investigação que decorreu de celebração de Acordo de Leniência:

“... observa-se a existência de ações exitosas, tais como aquela movida pela Deutsche Bahn AG, maior empresa alemã no setor ferroviário, que iniciou uma ARDC em face dos participantes do cartel de produtores e ofertantes de trilhos após investigação iniciada a partir de um Acordo de Leniência. Por meio de acordos não judiciais, a Deutsche Bahn já recebeu ressarcimento de pelo menos duas empresas, totalizando cerca de 200 milhões de euros. Em onze casos nos quais não se obteve acordos, a empresa iniciou ações civis em diferentes jurisdições da Europa e nos Estados Unidos”.¹⁷²

No Brasil, não há histórico de negociação de acordo extrajudicial para esse tipo de ressarcimento. E a quantidade de processos judiciais é muito pequena. Além disso, não foi

170 “Desnecessário descrever aqui às inúmeras externalidades negativas do cartel que justificam a atuação do Estado e, portanto, validam o teorema de Coase na busca de um resultado eficiente: ‘Por vezes, o Estado pode, de fato, ter que intervir para obrigar à internalização da externalidade e essa intervenção pode levar ao resultado eficiente’.” RODRIGUES, Vasco. Capítulo II – Externalidades e propriedade. *Análise Econômica do Direito: Uma introdução*. Coimbra, Almedina, 2007, p.44-45 in REGO, Cristiane Roberta Franco da Cruz. *Reparação de danos como desestímulo a cartéis - Uma análise econômica do Direito* – Fonte: JOTA publicado em 01/12/2016. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/repacao-de-danos-como-desestimulo-carteis-01122016>>. **Acesso em 10 de outubro de 2017.**

171 EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS – Consulta Pública nº 05/2016 – p. 11 de 16. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELoqh rOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg>. **Acesso em 22 de fevereiro de 2017.**

172 Nota Técnica Nº 24/2016/Chefia Gab-Sg/Sg/Cade. Processo Nº 08700.007888/2016-00 Articulação Entre As Perseguições Pública E Privada A Condutas Anticompetitivas: Estudo Da Experiência Internacional E Brasileira E Propostas Regulamentares, Legislativas E De Advocacy A Respeito Das Ações De Reparação Por Danos Concorrenciais (Ardc) E Do Acesso A Documentos De Acordos De Leniência E De Termos De Compromisso De Cessação (Tcc) No Brasil. P. 8 De 38. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg,%20-%20_ftn137>. acesso em 15 de janeiro de 2017.

identificado ainda nenhum ressarcimento definitivo.

E é justamente este ponto que requer toda a atenção.

Se for possível implementar medidas que sirvam de incentivo aos infratores para indenizar os prejudicados, o reflexo automático será o desestímulo à prática de cartel.

5.2.1.3 Participação Do CADE Como “Amicus Curiae” Nas Ações Reparatórias De Danos Concorrenciais Complexos

De acordo com o art. 118 da LDC é obrigatória a intimação do CADE nos processos judiciais referentes à LDC. No entanto, a participação do CADE nessas ações judiciais é facultativa.

Essa faculdade deveria se fomentada pelo próprio CADE, por meio de Resolução, que poderia indicar a participação mandatória nas ações indenizatórias complexas que demandem apoio do CADE¹⁷³.

A participação do CADE como *Amicus Curiae*, nesses casos, possibilitaria a análise de dados concorrenciais importantes para a solução do litígio, seja através de esclarecimentos, pareceres, documentos, memoriais, permitindo que o juiz tenha acesso ao conhecimento técnico do órgão concorrencial referente a determinadas metodologias aplicáveis a este tipo de ação judicial.

Importante ainda mencionar que a participação do CADE deve acontecer na primeira instância, preferencialmente antes do início da fase de instrução do processo, para viabilizar a produção de documentos, laudos e pareceres para auxiliar na fase probatória.

Especialmente com relação ao cálculo do dano, o CADE tem muito a contribuir na medida em que, tem acesso a documentos e informações que o prejudicado não tem.

¹⁷³ CAPÍTULO V - DO AMICUS CURIAE - Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecurável, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

5.2.1.4 Estimativa Da Vantagem Auferida Pelo CADE Como Premissa Para Cálculo Do Dano

Embora não seja mandatório, sempre que o CADE tiver condições de estimar a vantagem auferida e o sobrepreço, é importante que o faça.

Isto porque a estimativa da vantagem auferida pode auxiliar o prejudicado no cálculo do dano.

No item 4.2. que trata do cálculo do dano e da vantagem auferida, foram mencionadas algumas metodologias existentes para se estimar o sobrepreço praticado pelo cartel, as quais já foram aplicadas pelo CADE em casos específicos.

É certo que nos casos mais simples nada obsta que o próprio prejudicado assuma esse ônus.

A dificuldade está justamente nos casos mais complexos, nos quais ou, o CADE auxilia na quantificação do sobrepreço ou, garante acesso do prejudicado aos documentos que a viabiliza para que ele mesmo providencie o cálculo do dano.

Nesses casos, em especial, dada sua complexidade, o prejudicado precisa estimar o pedido de indenização antes da propositura da ação judicial tendo em vista a necessidade prévia de se avaliar custo *versus* benefício a ser auferido na demanda.

Diante disso, pode-se considerar algumas medidas que o CADE pode implementar de imediato:

- I. O CADE pode exigir como condição da assinatura do TCC que o participante do cartel informe as bases para estimativa da vantagem auferida. De forma, se o CADE concordar com as bases para estimativa do sobrepreço poderá calcular a vantagem auferida com base no faturamento do participante referente ao segmento do produto objeto do cartel. O valor identificado como vantagem auferida poderia ser descontado do valor da multa a ser imposta pelo CADE, a qual ficaria sujeita à comprovação de efetivo pagamento aos prejudicados dentro do prazo prescricional de propositura de ação judicial para reparação desses danos. Este caminho poderá fomentar a cultura da negociação de acordo extrajudiciais o que dar efetividade ao recebimento das indenizações ainda que seja mediante redução do valor devido.

- II. O próprio CADE pode calcular a vantagem auferida mediante exigência de apresentação de dados financeiros nas defesas dos infratores. Nos casos mais complexos, o CADE poderia exigir que na manifestação de cada representado fossem apresentados dados financeiros e de faturamento segregado com relação ao segmento do produto objeto de investigação. Além disso, o CADE poderia notificá-los para exigir a documentação complementar que entender necessário para estimar a sobrepreço, ou seja, a vantagem auferida pelos infratores. A referida documentação teria como objetivo identificar resultado financeiro e margem de lucro, antes, durante e após o período estimado do cartel, bem como taxa de retorno, custo de produção, preço contrafactual e demais dados que permita a aplicação de mais um método de cálculo para verificação do sobrepreço. Assim, ainda que no referido caso não haja TCC, o próprio CADE poderia, nos casos mais complexos, estimar a vantagem auferida com base nos documentos disponíveis nos autos.

O cálculo da vantagem auferida realizado pela CADE auxilia na mensuração do prejuízo sofrido.

Assim, no ingresso nessas ações complexas como *Amicus Curiae*, o CADE poderia apresentar toda a documentação pertinente, bem como as metodologias já aplicadas ao caso.

Já há algum tempo o CADE vem dando atenção a este tema, embora até hoje não haja unanimidade de opiniões neste aspecto¹⁷⁴.

¹⁷⁴ “No caso de cartel, por exemplo, a jurisprudência do Cade tem enfrentado essa questão com especial atenção, reconhecendo que 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”, e com o objetivo de dar maior transparência a atuação do Cade propôs que “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” (CADE: PA nº 08012.000283/2006-66, p. 34-35) - Representante: Secretaria de Direito Econômico - SDE ex **officio representadas**: Sociedade dos Mineradores do Rio Jacuí Ltda. - SMARJA; Aro Mineração Ltda.; Sociedade Mineradora Arroio dos Ratos - SOMAR; e Comprove - Consultoria e Perícia Contábil Cível S/C. Advogados: Léo Iolovitch, Joel Picinini, Letícia Brossard Iolovitch, Antônio Henrique de Oliveira Braga Silveira e outros. Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo – j. 17/12/2008. Conduta: “No bojo desse inquérito, foram obtidos indícios de que as empresas Aro, Somar e Smarja estariam praticando cartel no mercado de extração de areia, em certa área do Rio Grande do Sul, por meio da fixação paritária de preços, em função da compensação de custos relativos às distâncias entre as jazidas e os depósitos de areia localizados na região de Porto Alegre”.

Até porque que, não se pode esquecer que a LDC¹⁷⁵ determina que a multa a ser imposta pelo CADE não pode ser inferior à vantagem auferida e se o CADE deixa de calcular a vantagem auferida e decide pela imposição da multa presumindo os danos gerados e, ainda considerando a premissa da OCDE de que o sobrepreço do cartel é entre 10% e 20% do preço de mercado, pode-se concluir que nos casos em o CADE impõe a multa máxima para os infratores a premissa da vantagem auferida pelo cartel seria de 20% acima do preço de mercado.

Adotar a vantagem auferida pelos infratores como premissa no cálculo do dano sofrido pelo prejudicado é aderente à regra de indenização vigente no sistema jurídico brasileiro¹⁷⁶, podendo ser enquadrada como uma sanção extraordinária.

Só para que não se esqueça que se trata aqui de dano proposital, ou seja, intencional. O cartel constitui um ilícito pelo qual os infratores maximizam seus lucros com total consciência de que tal conduta está gerando incontáveis prejuízos para inúmeras pessoas.

A respeito da aplicação de sanções extraordinárias veja-se as ponderações de David D. Haddock, Fred S. McChesney e Menahem Spiegel¹⁷⁷:

“As leis eficientes buscam o nível ótimo de dissuasão. Algumas vezes, isso irá requerer que os réus sejam postos na situação anterior ao dano de uma perspectiva ex ante. Nestes casos, o sistema legal irá tentar retirar todo e qualquer benefício que o réu esperava obter das suas ações – objetivo este que geralmente pede a aplicação de sanções extraordinárias e ‘punitivas’. Quando uma interação entre o réu e o autor altera o nível da riqueza acumulada na sociedade, retornar a vítima à situação anterior ao dano não é igual a retornar o réu à situação anterior”.

No entanto, se o CADE realizasse este cálculo¹⁷⁸, ainda que fosse apenas dos casos complexos, os custos para busca da reparação individual dos prejudicados poderiam ser

¹⁷⁵ Vide item 1.3 deste trabalho.

¹⁷⁶ Vide item 5.1 deste trabalho.

¹⁷⁷ David D. Haddock, Fred S. McChesney e Menahem Spiegel. Um fundamento econômico ordinário para sanções legais extraordinárias. in SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010 – p. 149

¹⁷⁸ “Antes de prosseguir, é importante salientar que a estimação do dano é uma tendência internacional e não há razão para o Brasil não avançar neste quesito. Não por menos, em 2010, a Comissão Europeia produziu um amplo e detalhado documento sobre o assunto”. Fonte: **Mesa Sobre Cálculo De Dano Do Encontro IBRAC De 2015**

reduzidos, o que, conseqüentemente funcionaria como um estímulo para ingresso de ações indenizatórias¹⁷⁹.

Além disso, o enquadramento de metodologias definidas pelo CADE para cada um dos casos poderia propiciar um padrão de cálculo a depender da conduta ilícita, do produto e do respectivo mercado.

Esse padrão daria maior segurança jurídica para estimativa de *claims* semelhantes, uma vez que o prejudicado iria poder se apoiar em precedentes do próprio CADE.

5.3 TRATATIVAS PARA ACORDOS EXTRAJUDICIAIS

Atento com a promoção da Política de Defesa da Concorrência e buscando experiência internacional para equilibrar o *private enforcement* ao *public enforcement* o CADE realizou estudo sobre a experiência internacional e a brasileira no qual analisa como as jurisdições estrangeiras estão tratando as ações de reparação de danos concorrenciais como uma forma de combate à prática de cartel (NOTA TÉCNICA Nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE).

O CADE identificou que internacionalmente a utilização da chamada “esfera civil” vem crescendo de forma expressiva, não apenas judicialmente, mas principalmente no aspecto extrajudicial. E, muito deste crescimento tem sido devido a uma atuação diferenciada do órgão antitruste local.

Neste sentido, merece destaque a experiência que tem acontecido na Holanda¹⁸⁰.

A Holanda criou, em 2005, um sistema alternativo para solução coletiva de conflito como forma de motivar a busca pelo ressarcimento dos danos pelos prejudicados, por

¹⁷⁹ Importante ressaltar que a conselheira do CADE, Cristiane Alkmin, pensa nesse sentido: “Se você está cometendo cartel, **ou seja**, lá o que **for, tem** que receber punição maior que aquilo que está ganhando, essa é uma agenda que pretendo tocar”, diz Alkmin, que atuou na Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda nos idos dos anos 2000. “Quando o Cade está calculando sanção deveria ser pelo menos maior que o dano, que é igual à vantagem auferida pelo grupo, para ressarcir a sociedade (...). Até hoje, as empresas multadas pelo CADE têm sua pena calculada com base no próprio faturamento e não nos danos causados pelo cartel” CADE - Análise Econômica em cálculo de danos de cartéis - Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt - 21º Seminário Internacional do IBRAC - São Paulo, 16 e 17 de outubro de 2015. P.20 Fonte: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/21SeminarioConcorrencia/Apresenta%C3%A7%C3%B5es/Cristiane%20Alkmin%20Junqueira%20Schmidt.pdf>>. Acesso em 11 de outubro de 2017.

¹⁸⁰ Nota Técnica Nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Processo nº 08700.007888/2016-00 - p. 9 de 38 – Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg,,%20-%20_ftn137>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

via extrajudicial.

Essa forma de resolução de conflito em ação coletiva é viabilizada pela celebração de acordo extrajudicial que é submetido à homologação pelo Judiciário.

Esse sistema é chamado de *opt-out*, isto porque o consumidor que não optar por sair do polo ativo da discussão dentro de um prazo estipulado ficará vinculado ao resultado do acordo e não poderá reabrir a discussão individualmente.

Esses acordos coletivos na Holanda têm gerado muito resultado. Segundo o Relatório da OCDE 2015, já foram recuperados EUR 5 Bilhões (cinco bilhões de euros)¹⁸¹ aproximadamente R\$ 16,5 Bilhões¹⁸² em cinco acordos homologados pelo Judiciário de Amsterdã¹⁸³.

Neste sentido, é positiva a minuta de Resolução colocada pela CADE¹⁸⁴ em consulta pública a qual prevê que será possível a redução de multa no âmbito da negociação do TCC (Termo de Cessação de Conduta) se o infrator comprovar o ressarcimento judicial ou extrajudicial no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais.

Com relação à possibilidade de ressarcimento mediante acordo entre infratores e prejudicados é preciso ter em mente que na maioria dos casos os infratores são empresas ou conglomerados mais poderosos do que os prejudicados.

Essa disparidade gera um desequilíbrio nas tratativas de eventual acordo, uma vez que são os infratores que impõem suas condições e possuem poder para paralisar as negociações quando assim desejarem.

¹⁸¹ Professor Hovenkamp notes a key starting point in the analysis: “Most lawsuits settle when each party has some prospect of winning or losing. The settlement discounts these probabilities into a certain agreement immediately rather than an uncertain outcome later.” Herbert Hovenkamp, *The Rule of Reason and the Scope of the Patent*, SAN DIEGO L. REV. (forthcoming 2015) in CONNOR, John M. and LANDE, Robert H., *Not Treble Damages: Cartel Recoveries Are Mostly Less Than Single Damages* (July 1, 2015). *Iowa Law Review*, Vol 100, pp. 1997-2023, July 2015; University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper No. 2015-26. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2548712> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2548712> - acesso em 04/03/2017.

¹⁸² Considerando-se a cotação do Euro em R\$ 3,30.

¹⁸³ **Nota Técnica** Nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. **Processo nº 08700.007888/2016-00** - Referência [147]: “Relatório OCDE 2015, p. 31. Esse sistema tem se mostrado bastante exitoso, tendo em vista que seis acordos coletivos foram ajuizados perante o Tribunal Recursal de Amsterdã. Desses, cinco foram declarados de efeito vinculante e seus valores alcançam o montante de EUR 1 bilhão por acordo, a exemplo do que ocorreu no caso dos produtos de investimento Dexia”. p. 30 de 38.

¹⁸⁴ A referida minuta de Resolução do CADE é tratada neste trabalho no item 2.1.2.1 - Fomento às ações de reparação por danos concorrenciais pelo CADE.

Além disso, os infratores controlam fatores que influem na qualidade do acordo, tais como as contratações de escritórios de advocacia que normalmente são remunerados por hora, enquanto os escritórios dos prejudicados apenas receberão se e quando conseguirem efetivar o recebimento de indenização, seja mediante acordo ou condenação judicial.

Essa situação, além de gerar um desincentivo para negociação do acordo, ainda desestimula os grandes escritórios de atuarem na defesa dos prejudicados, uma vez que maior remuneração decorrerá da prestação de serviços aos infratores do que aos prejudicados.

Veja no Brasil, como exemplo, o cartel internacional dos Bancos¹⁸⁵ (manipulação da taxa de câmbio – Forex), no qual há 48 representados considerando pessoas jurídicas e físicas. Neste caso, os Bancos contrataram 48 dos maiores escritórios do Brasil (sendo um para cada pessoa física diferente do escritório que atua para a pessoa jurídica a ela relacionada). Trata-se de estratégia para gerar conflito para os maiores escritórios, que desta forma, estarão impedidos de advogar na defesa de interesse de qualquer prejudicado.

Além disso, esses fatores podem induzir a um leilão, em sentido inverso¹⁸⁶, no qual os valores dos lances vão diminuindo (ao invés de aumentar), provocado pelos escritórios dos prejudicados que possuem menores valores a receber e que tenham iniciado primeiro o diálogo para negociação, fazendo com que os prejudicados detentores de valores menos relevantes tenham êxito no recebimento da indenização através de acordo, enquanto os maiores prejudicados terão que enfrentar longos anos no curso de uma ação judicial se sujeitando ao risco de conseguir efetivar o recebimento de seu crédito, ainda que se obtenha

¹⁸⁵ **Processo Administrativo Nº 08700.004633/2015-04** (ref. Apartado Restrito nº 08700.006640/2015-32). Representados: 1) Banco Standard de Investimentos S.A. (“Banco Standard de Investimentos”), 2) The Bank of TokyoMitsubishi 3) UFJ, LTD (“Bank of TokyoMitsubishi UFJ”), 4) Barclays Plc (“Barclays”), 5) Citicorp (“Citigroup”), 6) Credit Suisse AG (“Credit Suisse”), 7) Deutsche Bank S.A. Banco Alemão (“Deutsche Bank”), 8) HSBC Bank PLC (“HSBC”), 9) JP Morgan Chase & CO (“JP Morgan”), 10) Merrill Lynch, 11) Pierce, 12) Fenner & Smith Incorporated (“Merril Lynch”), 13) Banco Morgan Stanley S.A. (“Morgan Stanley”), 14) Nomura International Plc (“Nomura”), 15) Royal Bank of Canada (“RBC”), 16) Royal Bank of Scotland P.Ltd.Co. (“RBS”), 17) Standard Chartered Bank (“Standard Chartered”), 18) UBS AG (“UBS”); 19) Alexandre Gertel Nogueira, 20) Alexandre Santos, 21) Christoph Durst, 22) Christopher Ashton, 23) Colin Devereux, 24) Daniel Evans, 25) Daniel Yuzo Shimada Kajiya, 26) Eduardo Hargreaves, 27) Fábio Ramalho, 28) Felipe Leitão, 29) Fernando Pais, 30) Frank Cahill, 31) James Witt, 32) James Wynne, 33) John Erratt, 34) José Aloisio Teles Junior, 35) Marco Christen, 36) Mark Clark, 37) Martin Tschachtli, 38) Matthew John Gardiner, 39) Michael Weston, 40) Niall O’Riordan, 41) Pablo Frisanco Oliveira, 42) Paul Nash, 43) Renato Lustosa Giffoni, 44) Ralf Klonowski, 45) Richard Gibbons, 46) Richard Usher, 47) Rohan Ramchandani e 48) Sergio Correa Zanini.

¹⁸⁶ Em sentido semelhante veja-se: John C. Coffee, Jr., *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, 95 COLUM. L. REV. 1343 – 1354 (1995) in CONNOR, John M. and LANDE, Robert H., *Not Treble Damages: Cartel Recoveries Are Mostly Less Than Single Damages* (July 1, 2015). Iowa Law Review, Vol 100, p. 1997-2023, July 2015; University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper No. 2015-26. Note 21 – p. 2003. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2548712> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2548712>>. Acesso em 04 de março de 2017.

uma decisão condenatória para ressarcimento dos danos sofridos.

Acrescente-se a isso o fato de que a demora no litígio¹⁸⁷ beneficia os infratores e potencializa os prejuízos dos autores da demanda¹⁸⁸ que despendem valor considerável com contratação de estudos econômicos e pareceres em geral para entender o funcionamento de operações que os infratores, por óbvio, conhecem muito melhor.

Diferente do que ocorre nos Estados Unidos e na Europa onde já existem escritórios especializados em recuperação de valores dos prejudicados, os quais constituem fundos de investimento que adquirem o direito ao recebimento do crédito (direito à indenização) mediante precificação e deságio e perseguem o ressarcimento dos valores despendidos e do lucro para os fundos, via acordo ou ação judicial contra os infratores.

Esses fundos de investimento possuem maiores chances de êxito no recebimento do valor uma vez que são constituídos por grandes bancas de dispõem de milhares de advogados especializados nas mais diversas áreas com vasta experiência em litígios, bem como contam com grande número de economistas e profissionais da área financeira, capazes de montar o *claim* mais adequado e completo contra cada tipo de infrator.

5.4 ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE DEMANDAS INDENIZATÓRIAS DECORRENTE DE CARTEL

Em regra, a busca da reparação de danos concorrenciais tem seguido o caminho

¹⁸⁷ Representa um dos fatores que estimulam a prática de cartel ao invés de reprimi-la. Neste sentido: "18. Além disso, do lado do próprio judiciário, o tempo prolongado que os apelos podem levar dentro do Judiciário brasileiro e a falta de familiaridade dos juízes com o antitruste contribuem fortemente para desencorajar ações por danos. Vale ressaltar também que, devido a essas características de ser um longo processo que requer complexa análise jurídica e econômica, as ações particulares por danos podem ser extremamente onerosas para as partes". Tradução livre de: "18. Also, on the side of the judiciary itself, the prolonged time that appeals can take within the Brazilian judiciary and judges' lack of familiarity with antitrust strongly contribute to discourage actions for damages. It is also worth mentioning that due to these characteristics of being a lengthy process requiring complex legal and economic analysis, private actions for damages can be extremely costly for the parties". OCDE - Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Trecho extraído do artigo que reproduz uma contribuição escrita do Brasil enviado para o Item III da reunião 121 do Grupo de Trabalho nº 3 para a Cooperação e Execução em 15 de Junho de 2015. Organisation for Economic Co-operation and Development. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee - **Relationship Between Public And Private Antitrust Enforcement** -- Brazil -- 15 June 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2011\)25&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2011)25&docLanguage=En)>. Acesso em 01 de março de 2017.

¹⁸⁸ CONNOR, John M. and LANDE, Robert H., Not Treble Damages: Cartel Recoveries Are Mostly Less Than Single Damages (July 1, 2015). Iowa Law Review, Vol 100, p. 1997-2023, July 2015; University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper No. 2015-26. p. 2004 – 2006 - Notes 28 – 30. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2548712> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2548712> - acesso em 04 de março de 2017.

judicial. No entanto, a solução poderia ser obtida por via arbitral nas discussões baseadas em contrato que contenham cláusula de solução arbitral.

Esse caminho garantia o sigilo da demanda impedindo que informações sensíveis, sob o ponto de vista comercial, pudessem ser acessadas por concorrentes.

Além disso, a arbitragem garante a opção de se escolher os árbitros que tenham conhecimento técnico adequado ao pedido da arbitragem.

Com relação à utilização da arbitragem para as demandas indenizatórias concorrenciais, Daniela Monteiro Gabbay e Ricardo Ferreira Pastore pontuam que, inclusive no âmbito internacional, a arbitragem muitas vezes é escolhida, até mesmo por muitas vezes os contratantes se encontrem em países diferentes, as quais pretendem evitar o risco de litigar no poder judiciário estrangeiro¹⁸⁹.

5.5 LEGE FERENDA

5.5.1 Prescrição – Alteração Do Prazo E Definição Do Início Da Contagem

Com relação à prescrição, no estudo que CADE realizou para conhecer a experiência internacional é possível observar que em todos os países que foram objeto do estudo, o tema prescrição mereceu destaque, por constituir um dos elementos essenciais para viabilizar a reparação de danos decorrentes de práticas anticoncorrenciais.

Vale destacar os Estados Unidos, que contêm prazos favoráveis aos autores e não aos réus.

Estados Unidos:

10. São apontadas três razões para o difundido uso das ARDC nos Estados Unidos: (a) as regras de amplo discovery[29], 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; (b) a limitação da responsabilidade dos beneficiários de Acordos de Leniência que cooperam em sede das ARDC, por meio do não ressarcimento triplicado por danos concorrenciais (“treble damages”) e pela não responsabilidade solidária com os autores da conduta anticompetitiva; e (c) a existência de prazos prescricionais favoráveis aos autores das ARDC.

¹⁸⁹ GABBAY, Daniela Monteiro Gabbay e PASTORES, Ricardo Ferreira. **Arbitragem E Outros Meios De Solução De Conflitos Em Demandas Indenizatórias Na Área De Direito Da Concorrência**. RBA N° 43 – Jul. - Set/2014 – Doutrina Nacional.

União Europeia:

[89] Segundo o Relatório OCDE 2015, p. 7, para que o ressarcimento ocorra de maneira mais rápida e de modo mais barato, será possível adotar modos alternativos de resolução de conflitos. A Diretiva prevê a suspensão do prazo prescricional se houver processos judiciais em curso para permitir aos consumidores lesados tempo suficiente para alcançar um acordo consensual sem o risco de perder os direitos processuais nesse meio tempo¹⁹⁰.

Diante das especificidades que o tema requer não se pode encarar a ação reparatória de danos concorrenciais como se fosse uma ação indenizatória comum, que contém prazo de 3 anos de prescrição.

Ao longo deste trabalho certamente foi possível identificar que a reparação de danos concorrenciais é uma ação judicial complexa, que requer do legislador um olhar diferenciado sob pena de sequer ser utilizada pelo prejudicado, se mantidas as mesmas regras das ações indenizatórias em geral.

Assim, sob o ponto de vista instrumental, o primeiro aspecto que temos que analisar é a necessidade de definição expressa do início da contagem do prazo de prescrição, sem prejuízo de propositura de ação judicial antes de tal marco, considerando independência entre as esferas administrativa e judicial nos termos do art. 47 da LDC:

Art. 46-A. Prescreve em 3 anos a ação por perdas e danos prevista no art.47, contados da ciência inequívoca da infração à ordem econômica, que ocorrerá a partir publicação da decisão final do Tribunal do CADE no Diário Oficial da União, sem prejuízo da possibilidade de ajuizamento de ação de reparação em momento anterior, conforme dispõe o artigo 47”.

§1º Em conduta anticoncorrencial a ser apurada no juízo criminal, a prescrição somente correrá após o trânsito e julgado da sentença penal definitiva, nos termos do art. 200, do Código Civil.

§2º A propositura de uma ação coletiva interrompe a prescrição para a ação individual.

¹⁹⁰ Nota Técnica Nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. **Processo nº 08700.007888/2016-00** – Referência [89] – Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg,%20-%20_ftn137>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

A sugestão acima visa conferir maior segurança jurídica na defesa do direito do prejudicado, sem por outro lado, criar qualquer tipo de prejuízo ao investigado.

A proposta se refere à data inicial da contagem do prazo de prescrição, mantendo, de forma expressa, a garantia de ajuizamento da ação judicial a qualquer momento, independentemente do inquérito ou processo administrativo em trâmite no CADE.

A data inicial da contagem da prescrição a partir ciência inequívoca da infração à ordem econômica considerada como a publicação da decisão final do Tribunal do CADE no Diário Oficial da União, além de gerar maior segurança ao prejudicado na definição de contra quem irá litigar, também equilibra a posição do signatário do Acordo de Leniência com os demais participantes do cartel.

Isto porque os prazos de prescrição descasados como se tem hoje, que dependem conceitualmente da ciência do dano e da autoria (o que normalmente acontece em datas diferentes) acaba deixando o signatário do Acordo de Leniência mais exposto à propositura de ações reparatórias, em razão da responsabilidade solidária.

Ao revés disso, a criação de prazo único de prescrição, pode induzir à propositura somente após a condenação do CADE, viabilizando o ingresso de ação judicial contra todos os infratores condenados pelo CADE e não apenas contra a pessoa que confessou o ilícito, ao firmar Acordo de Leniência ou TCC.

A segunda sugestão de redação visa apenas deixar expresso na LDC a regra que já vigora no Código Civil (ar. 200), para suspender a contagem do prazo prescricional, se houver apuração de crime na esfera criminal, a qual somente correrá após o trânsito em julgado da sentença penal definitiva.

A terceira e última sugestão legal, visa preservar o direito do particular quando houver litígio coletivo, de forma que a propositura de ação coletiva interromperá a prescrição da ação individual.

5.5.2 Análise Do Projeto De Lei Do Senado Nº 283/2016

Segue a reprodução da íntegra do texto do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 283/2016¹⁹¹, que será ponto a ponto analisado na sequência:

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 283/2016

Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, para tornar a multa à prática de cartel por empresa ou grupo econômico, proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica; instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os réus que assinarem acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, além de outros incentivos ao acordo de leniência, desde que este seja feito mediante apresentação de documentos que permitam ao CADE estimar o dano causado; determina a sustação do termo da prescrição durante a vigência do processo administrativo; e torna a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 37 da Lei nº 12.529, de 30 de dezembro de 2011, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.37

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo bem como nos demais exercícios de efetiva atuação do cartel, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

.....” (NR)

Art. 2º O art. 47 da Lei nº 12.529, de 30 de dezembro de 2011, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.47.

¹⁹¹ Tramitação: Esse PLS foi apresentado em 06/07/2016 na CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Autoria: Senador Aécio Neves - Assunto: Jurídico - Direito comercial e econômico. Relator atual: Antonio Anastasia. Último local: 23/11/2016 - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania). Último estado: 23/11/2016 - MATÉRIA COM A RELATORIA. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>>. Acesso em 14 de outubro de 2017.

§ 1º Os prejudicados terão direito ao ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas no art. 36, §3º, I e II, sem prejuízo das eventuais sanções aplicadas na esfera administrativa e penal.

§2º Não se aplica o disposto no §1º aos coautores de infração à ordem econômica que tenham assinado acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática cujo cumprimento tenha sido declarado pelo CADE, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados.

§3º A aplicação do benefício previsto no §2º fica condicionada à entrega, pelo signatário do acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, de documentos que permitam ao CADE a estimação do dano decorrente da infração à ordem econômica.

§4º Os signatários do acordo de leniência e termo de compromisso de cessação de prática são responsáveis apenas pelo dano que causaram aos prejudicados, não incidindo sobre eles responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica. ” (NR)

Art. 3º O art. 93 da Lei nº 12.529, de 30 de dezembro de 2011, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.93.

Parágrafo único. A decisão do Plenário do Tribunal é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente nas ações previstas no art. 47 desta Lei. ” (NR)

Art. 4º Acrescente-se ao art. 46-A da Lei nº 12.529, de 30 de dezembro de 2011, introduzido pelo art. 4o do Projeto de Lei do Senado no 283, de 2016, os seguintes parágrafos §1º e §2º:

“Art.46-A.

§ 1º Prescreve em 05 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 desta Lei, iniciando-se a sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito.

§ 2º Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito, quando da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo CADE ou, alternativamente, quando do desfecho da ação penal.” (NR)

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

5.5.2.1 Tornar A Multa Proporcional Ao Tempo De Duração Do Cartel

Atualmente a multa a ser aplicada pelo CADE pela prática de cartel, no caso de empresa, varia de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado auferido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração.

A proposta do PLS 283/2016 é manter a mesma porcentagem sobre o faturamento, no entanto, passaria a incidir a partir o último exercício anterior à instauração do processo administrativo até o último exercício que houve a prática de cartel, mantida a aplicação sobre o ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração.

Além disso, fica mantido o pressuposto de que a multa nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. Até porque é coerente o que o aumento da quantidade de anos de faturamento seja justamente para atender a este pressuposto.

Afinal, na legislação atual, ainda que o infrator receba a multa máxima (20% de apenas um ano de faturamento), se pensarmos na premissa da OCDE que o sobrepreço do cartel é estimado entre 10% e 20% acima do preço de mercado, como poderia ter auferido uma vantagem inferior à multa imposta se o cartel tivesse perdurado por 10 (dez) anos?¹⁹²

Isto porque quando a multa é muito inferior à vantagem auferida, não cumpre sua função de desestímulo ao ilícito.

Por outro lado, o aumento da sanção pecuniária, pode fazer com que os agentes de mercado que já praticam o ilícito, ou que estejam propensos a fazê-lo, reavaliem se o ilícito realmente “compensa”.

Em outras palavras, tal medida pode realmente atingir o efeito repressivo desejado pelo CADE em sua Política de Combate ao Cartel, considerando que essa alteração legislativa tende a tornar a conduta ilícita financeiramente desvantajosa¹⁹³.

¹⁹² O CADE abriu processo para apurar cartel no mercado de autopeças, considerando que 28 empresas atuam neste mercado compartilhando informações comerciais e concorrencialmente sensíveis. Esse cartel pode ter tido atuação efetiva por um período de 13 (treze) anos. “As práticas teriam sido implementadas por e-mails, contatos telefônicos e planilhas, além de reuniões presenciais realizadas periodicamente nas dependências das empresas e em restaurantes. Tais condutas anticompetitivas teriam ocorrido, possivelmente, entre os anos 2003 e 2016, informa o CADE”. Data 29/09/2016 – disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4730071/cade-abre-processo-para-apurar-cartel-no-mercado-de-pecas-automotivas>>. Acesso em 02 de março de 2017.

¹⁹³ BOBBIO, Norberto. Da Estrutura à Função. **Novos Estudos de Teoria do Direito**. Editora Manole. São Paulo. 2007. p. 23-24 e 15-18.

[46] Há um Projeto de Lei do Senado, no 283/2016 que, dentre outras coisas, sugere a alteração do artigo 37. Entendo que, ainda que a motivação tenha sido a de ampliar os anos de sanção para fins da base de cálculo, a redação poderia ser aprimorada. Primeiro porque há dois parâmetros a ser considerados: a extensão do mercado e os anos da conduta. O ideal seria ajustar os dois e não apenas um deles. Ou seja, seria adequado diminuir o escopo de “ramo de atividade” para “mercado relevante” e, concomitantemente, aumentar o período para o relativo à conduta ilegal. No caso do Projeto, apenas o período foi alterado. Além disso, a conduta não necessariamente findou no ano anterior à instauração do processo. O melhor seria considerar o “faturamento no período efetivo da conduta”. Mais ainda. A proposta menciona a palavra cartel, restringindo o artigo 37, que deve abarcar qualquer conduta anticompetitiva e não somente cartel. Portanto, uma sugestão de redação poderia ser: “no caso de empresa, a sanção pecuniária terá que ser maior do que o dano causado ao mercado. Caso o dano não possa ser estimado, a multa passaria a ser de 0,05% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido no período da conduta e no mercado relevante onde ocorreu a infração”.¹⁹⁴

Vale destacar que, em muitos casos, o ano anterior ao da abertura do processo investigatório no CADE pode não ter qualquer relação com a conduta ilícita.

Importante observar ainda, que estranhamente o PLS 283/2016, foi redigido de forma a limitar a aplicação da nova base de cálculo à conduta de cartel, ao invés de manter-se como regra geral de aplicação para qualquer infração à ordem econômica.

Note que esse trecho do PLS contradiz sua própria justificativa, a qual indica que o objeto dessa alteração é tornar proporcional ao seu tempo de duração o cálculo da multa decorrente da “infração a ordem econômica” (e não apenas ao cartel)¹⁹⁵.

¹⁹⁴ CARTEL GLP – ESTADO DO PARÁ. **Processo Administrativo n.º 08012.002568/2005-51**. Representados: Liquegás Distribuidora S/A (ex-Tropigas), Supergasbras (ex-Minasgás Distribuidora de Gás Combustível Ltda) e Paragás Distribuidora Ltda. Relator: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. EMENTA: Processo Administrativo. Mercado de distribuição de gás liquefeito de petróleo (GLP) no Estado do Pará. Cartel hard core, fixação de preços de revenda e recusa de contratar. Pareceres da SDE, da ProCade e do MPF pela condenação de todas as representadas. Celebração de TCCs com Liquegás e Supergasbras. Condenação da representada Paragás. Imposição de multa, nos termos do art. 37, I, da Lei 12.529/2011. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?mqllIKVyCdNWNd8VjNjBH_JYzcMZ-hjeAcg8hg6pII38_c1pslOXyjprobx87f9a5bU2mfr5dSxyOMNqqFiTysQ> Acesso em 04 de fevereiro de 2017.

¹⁹⁵ **PLS 283/16** – “JUSTIFICACÃO: (...) Neste sentido, o presente projeto prevê a alteração do art. 37, I da Lei n. 12.529/2011 que tem como objetivo tornar o cálculo da multa decorrente da infração a ordem econômica

Essa aplicação geral está contemplada na sugestão de texto abaixo, para que a base ampliada da multa seja aplicada, sem qualquer distinção, às condutas ilícitas previstas na LDC:

Art. 37:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido durante o período de duração da infração no ramo de atividade empresarial em que esta ocorreu, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa.

5.5.2.2 Ressarcimento Em Dobro Aos Prejudicados, Ressalvados Os Casos De Leniência E TCC

Nesse trecho, o PLS traz diversas inovações. A primeira delas é a criação do ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica, mantidas as sanções aplicadas na esfera administrativa e penal.

No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não tem relação com esta regra. Veja-se:

À luz dessas vertentes, apesar de consistir tema arenoso, não aparece ser apropriada a adoção da linha oriunda da common law para aplicação de danos punitivos ou ditos punitive damages no direito brasileiro, porque essa fórmula não representa um comparativo ao sistema jurídico prático.

Os punitive damages são aplicados em situações específicas que não se confundem com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais que se conhece no direito codificado, cuja figura análoga no direito anglo-saxão são os actual damages ou compensatory damages.

Logo, não é coerente nem adequado que uma figura de exceção do direito anglo-saxão, como são os punitive damages, seja transformada em regra geral do direito brasileiro.¹⁹⁶

proporcional ao seu tempo de duração. A vantagem auferida pelos autores da infração não pode ser superior à multa, pois do contrário sempre existirá um incentivo ao dano. A alteração no cálculo da multa pretende coibir tal estímulo, tornando ainda mais grave a penalidade prevista em caso de condutas ofensivas à economia”. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>>. Acesso em 02 de março de 2017.

¹⁹⁶ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento Sem Causa**. São Paulo. Saraiva, 2004. P. 352.

Corroborando a isto, basta notar que sequer há efetividade no ressarcimento do valor integral do prejuízo¹⁹⁷. Então, como seria factível imaginar que receber o dobro seria mais fácil do que receber o valor integral do dano?

A justificativa do PLS menciona ainda que esta regra não seria inédita no Brasil considerando o disposto no art. 940 do Código Civil e art. 42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que ambos os dispositivos tratam de cobrança indevida de dívida, ou seja, tratam de valor de cobrança conhecido, tanto pelo autor quanto pelo réu, cuja aplicação representa simplesmente uma espécie de indenização com valor preestabelecido.

No entanto, não é o caso aqui.

Na reparação de danos concorrenciais o prejuízo ainda será apurado, ou seja, não há valor conhecido pelo prejudicado, nem pelo infrator.

Outra inovação ainda dentro deste tema, é excetuar o beneficiário do Acordo de Leniência e o signatário do TCC, os quais, ao invés de responder em dobro pela indenização, ficariam obrigados a reparar somente os prejuízos causados.

Nesse caso, partindo da premissa que a condenação em dobro com se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro não há diferença entre as consequências dos demais infratores e dos signatários do Acordo de Leniência e TCC, no âmbito da responsabilidade civil.

O PLS menciona ainda que tal benefício somente seria aplicado se entregassem ao CADE documentos que permitam a estimação do dano¹⁹⁸ decorrente da infração à ordem econômica.

Esse aspecto é positivo se verificado da ótica do prejudicado (*enforcement*

¹⁹⁷ Veja neste trabalho: item 5.2: **O Princípio Da Reparação Integral.**

¹⁹⁸ Com relação a este tema, o Estudo de experiência Internacional do CADE traz exemplo da Jurisdição dos Estados Unidos na nota de referência: “[67] Entende-se que o beneficiário coopera se: (I) fornece um relato completo de todos os fatos de seu conhecimento que possam ser relevantes para a ação civil; (II) fornece todos os documentos ou outros materiais potencialmente relevantes para ação civil que estejam sob sua posse, custódia ou controle, onde quer que estejam localizados; e (III) envida seus melhores esforços para garantir e facilitar entrevistas, depoimentos ou testemunhos de funcionários que sejam beneficiários da leniência em conexão com a ação civil. Os coautores permanecem responsáveis por danos triplicados de forma solidária, conforme a pergunta 20 do FAQ do DOJ”. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9I4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZc pqBftsU_mXg,,%20-%20_ftn137>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

privado). No entanto, pode dificultar a assinatura de Acordo de Leniência e TCC (*enforcement público*) uma vez que pode funcionar como um desestímulo para a proponente de Acordo de Leniência e TCC.

Neste racional, se mostra muito mais efetivo a proposta de Resolução do CADE que prevê desconto no valor da multa se os proponentes comprovarem o pagamento de reparação de danos aos prejudicados seja através de via judicial ou extrajudicialmente.

Ademais, a redação vigente do art. 47 e do art. 37, I da LDC já vem sendo aplicada ao menos em parte pelo CADE neste sentido, na medida em que em alguns casos o CADE vem realizando a estimativa de cálculo da vantagem auferida, com base em documentos e informações dos próprios proponentes.

Por fim, neste tema o PLS cria outra nova regra para indicar que os signatários do Acordo de Leniência e TCC não assumirão responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica.

Embora mereça ser ponderado o *enforcement público*, na medida em que faz sentido aplicar-se algum aspecto motivador para criar uma desigualdade entre o signatário do Acordo de Leniência e os demais participantes do cartel, este aspecto prejudica o *enforcement privado*.

A solidariedade é um dos pilares que ainda motiva o diálogo extrajudicial, uma vez que a notificação de um infrator, na prática acaba provocando o chamamento dos demais para rateio do impacto financeiro no ressarcimento dos danos.

5.5.2.3 Novo Prescricional E Data Inicial Da Contagem

De acordo com a proposta de alteração legislativa, o prazo de prescrição passará a ser de 5 (cinco) anos.

Esse prazo parece ser demasiadamente longo, o que pode dificultar a localização de dados e provas após um período tão longo.

Por outro lado, o aspecto positivo da alteração legislativa é indicação expressa de qual será o termo inicial para contagem do prazo de prescrição: - publicação do julgamento final do processo administrativo do CADE.

Isso criaria maior segurança jurídica e assertividade para ajuizamento das ações de reparação de danos concorrenciais.

Esse ajuste na legislação é capaz de resolver a polêmica da data inicial da contagem do prazo prescrição ao mesmo tempo em que equilibra a exposição entre o signatário do acordo de leniência e os demais infratores.

Isto porque o signatário do acordo de leniência somente ficaria vulnerável à ação judicial indenizatória ao mesmo tempo que os demais infratores que respondem solidariamente pelo dano.

5.5.2.4 Decisão Do CADE Apta A Fundamentar A Concessão De Tutela Da Evidência

A concessão da tutela de evidência indica alta probabilidade de existência do direito. Embora a decisão do CADE traga a descrição da conduta ilícita e a indicação da autoria, não se pode esquecer que a estimativa do dano depende das operações realizadas por cada prejudicado, o que não consta na decisão do CADE.

Assim, no momento da propositura da ação judicial, não se pode utilizar apenas a decisão do CADE, é preciso entender que serão necessários outros elementos, tais como nexo causal e cálculo do prejuízo.

Em razão disso, não há necessidade de dispositivo legal que mencione a tutela de evidência, cujos elementos já estão descritos no Novo Código de Processo Civil¹⁹⁹.

¹⁹⁹ **Código de Processo Civil - TÍTULO III - DA TUTELA DA EVIDÊNCIA.** Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

CONCLUSÃO

A finalidade mais comum do cartel é aumentar os preços para gerar maior lucro entre concorrentes, em detrimento dos adquirentes de produtos e serviços. O prejuízo dos adquirentes é o lucro adicional indevido dos participantes do cartel, que é potencializado nos mercados onde há baixo ou nenhum poder negociação de preço pelos compradores.

Além dos diversos fatores de mercado que favorecem a formação do cartel, como por exemplo, concentração de mercado, demanda estável, homogeneidade de produto, inexistência de poder de barganha dos adquirentes, há outra condição que estimula a prática de cartel: falta de punição severa.

No entanto, é possível notar que a cada ano há um aumento significativo na quantidade de investigações do CADE sobre conduta de cartel e esse crescimento traz a discussão sobre a busca da reparação dos danos das pessoas que foram prejudicadas.

De qualquer forma, ainda existem vários aspectos que devem ser discutidos para a sua efetivação.

O primeiro deles é a necessidade de integração da atuação pública com a atuação privada, para que deixem de ser antagônicas e passem a ser complementares em prol do objetivo comum: desestimular a prática de cartel.

Essa integração é fundamental para *enforcement* do tema. Isto porque, tanto o *public enforcement* pode auxiliar o *private enforcement*, quanto o contrário. Desde que, haja colaboração mútua, especialmente para que se encontre um equilíbrio com relação aos incentivos para assinatura de acordo de leniência e o momento, bem como a forma de expor as informações para viabilizar a busca da reparação de danos.

Neste sentido, uma das iniciativas que merece destaque é a Resolução do CADE, que está em vias de ser emitida. Essa Resolução trará maior transparência com relação à tramitação do programa de acordo de leniência e poderá auxiliar, especialmente, no acesso às informações.

Considerando que o cartel pressupõe conduta oculta e de difícil comprovação é importante que o CADE possa, de alguma forma, permitir o acesso do prejudicado às provas contidas no âmbito do processo administrativo, com o objetivo de subsidiar a defesa do interesse pela busca privada de reparação dos danos, sem, ao mesmo tempo, desestimular a

formalização de acordos de leniência.

Outro aspecto importante é a polêmica que existe em torno da data de início da contagem do prazo de prescrição.

O desafio aqui é buscar identificar o evento pelo qual se inicia a contagem do prazo de prescrição de 3 anos para propositura desta ação judicial. Isto porque, embora o dano ocorra no momento em que se adquire o produto majorado artificialmente pelo cartel, a ciência do dano e sua autoria pode acontecer somente anos depois.

A questão polêmica é justamente essa: quando é que o prejudicado toma conhecimento do dano, de suas consequências e de sua autoria?

Considerando que o art. 47 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11) garante aos prejudicados a busca pelo recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, as ações individuais e coletivas visando reparação de danos podem ser iniciadas mesmo na pendência do processo administrativo.

Neste contexto, o termo de abertura de investigação do CADE que descreve, ainda que superficialmente, a conduta, poderá ser considerada como data inicial para contagem do prazo prescricional.

Assim, considerando que há um risco de o Poder Judiciário entender que a contagem da prescrição teve início com o termo de abertura da investigação pelo CADE, o mais seguro sob o aspecto do prejudicado é propor a ação judicial para interromper a prescrição, até porque não se sabe quando o processo será julgado pelo CADE, o que pode levar mais de 3 anos.

No entanto, é preciso entender que a homologação de eventual acordo de leniência e de TCC, bem como a condenação dos infratores ocorre somente no julgamento final do processo administrativo do CADE.

Diante disso, somente a publicação do referido julgamento traz a ciência inequívoca do ilícito. Portanto, esse seria o evento que deveria constar expressamente na legislação. No entanto, isso somente será possível mediante alteração legislativa (PLS nº

283/2016 contém proposta de texto neste sentido²⁰⁰).

Para endereçar as questões acima e compatibilizar o momento do acesso às informações necessárias para a propositura da ação com o incentivo ao programa de leniência do CADE, podem ser considerados conjuntamente novos caminhos:

- Na decisão que homologar o acordo de leniência ou o TCC, o CADE poderia passar a descrever com mais detalhes a conduta e demais dados que possam parecer essenciais para o *enforcement* privado;
- Ao mesmo tempo deveria haver a alteração legislativa para que a contagem do prazo prescricional passe a ser expressamente a data da publicação da decisão final do CADE.

Esses dois caminhos combinados, seriam capazes de:

- Reduzir a exposição desigual no qual o signatário do acordo de leniência se encontra hoje em relação aos demais infratores. Isto porque, todos passariam a ficar expostos à ação indenizatória no mesmo momento, acabando com a exposição antecipada que o signatário do acordo de leniência enfrenta atualmente;
- Eliminar a incerteza com relação ao início da contagem do prazo prescricional;
- Fortalecer a integração entre a atuação pública e a privada;
- Aumentar o incentivo à formação de acordos de leniência e TCCs;
- Eliminar a discussão com relação à dificuldade de acesso à informação que existe hoje quando o prejudicado se propõe a preparar ação indenizatória.

Considerando superadas as questões acima, haverá ainda mais um aspecto a ser enfrentado pelo prejudicado: a falta de definição com relação à forma ou ao critério de

²⁰⁰ § 2º Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito, quando da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo CADE ou, alternativamente, quando do desfecho da ação penal.” (NR)

quantificação dos danos.

Embora existam diversas metodologias possíveis para realização desse cálculo, há uma insegurança grande com relação a qual metodologia utilizar em cada caso, aliado ao fato de que o Judiciário não está familiarizado com este tema e, além disso, não existe nenhum precedente julgado por Tribunais Superiores.

Aliado a dificuldade de se eleger a metodologia de cálculo, a própria mensuração do dano é um desafio, uma vez que haverá que se abandonar a regra tradicional, até então focada na forma de indenização medida pela extensão do dano. No entanto, no cálculo do prejuízo decorrente de cartel há diversas teorias econômicas disponíveis utilizando, muitas vezes, situações hipotéticas ou cálculo de valores estimados.

Além de todos esses aspectos, há de ser considerando que ainda existem pouquíssimos escritórios de advocacia especializados na defesa dos prejudicados, o que dificulta muito a instrumentalidade das ações judiciais de reparação de danos.

Importante ter em mente ainda que, na ação judicial de reparação de danos, o prejudicado pode requer a intimação do CADE para participar na condição de “*Amicus Curiae*” e ainda o próprio CADE pode requerer esse ingresso no processo. A participação do CADE pode auxiliar, especificamente nos casos relevantes, nos quais a mensuração do dano pode ser mais complexa. Especialmente se o CADE tiver aplicado nesses casos uma metodologia específica para cálculo da multa baseado na estimativa do sobrepreço, a qual poderá ser utilizada para estimar o prejuízo sofrido pelo prejudicado.

O último obstáculo que merece destaque é como provar o dano. Considerando que os documentos necessários para perícia se encontram em poder dos infratores a realização de perícia é praticamente inviável. Para viabilizar essa prova é importante buscar o apoio da disposição do Novo Código de Processo Civil (art. 373, §1º), que permite ao juiz a distribuição dinâmica do ônus da prova. Nesses casos, o juiz deve determinar que causadores do dano façam a prova, considerando que o ônus da prova cabe a quem tem melhores condições de produzi-la.

Além de tudo isso, não se pode esquecer que, normalmente o infrator é fornecedor direto de produtos ou serviços consumidos pela empresa que foi vítima. Nesses casos, é possível buscar uma solução amigável, ou ainda, por via da mediação ou da arbitragem.

A superação desses obstáculos impostos ao *enforcement privado* podem ser alcançados com o apoio da atuação do *enforcement público*, não apenas através do CADE, mas dos diversos entes que podem fomentar esse tema, seja Ministério Público, Consultores Econômicos, Escritórios de Advocacia etc.

Com a participação dos mais diversos agentes, a reparação de danos poderá enfim se tornar efetiva no Brasil e então funcionar como um desestímulo para a prática de novas infrações de cartel.

ANEXO I: LEGISLAÇÃO: PRAZOS DE PRESCRIÇÃO NO BRASIL E EM OUTRAS JURISDIÇÕES²⁰¹

PROPOSITURA DE AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS	PRAZO DE PRESCRIÇÃO	INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL	HIPÓTESE DE SUSPENSÃO OU INTERRUPTÃO DO PRAZO
BRASIL	3 (três) anos (Código Civil: Art. 206. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) V - a pretensão de reparação civil.) Há decisões judiciais aplicando prazo de prescrição de 10 anos previsto no art. 205 do Código Civil sob o fundamento de que inexistente previsão expressa de prazo inferior que abarque este tipo tão específico de ação judicial. Entendendo, portanto, que não cabe aplicação do art. 206, por não se tratar de reparação civil em geral. Vide neste trabalho: Anexo II – Jurisprudência	A partir da ciência inequívoca do dano e sua autoria (Jurisprudência STJ).	Processo criminal (contra pessoas físicas) – até sua conclusão
ESTADOS UNIDOS	4 (quatro) anos	A partir da cessação da conduta no caso de infrações continuadas	Processo administrativo ou processo criminal – até sua conclusão
UNIÃO EUROPEIA	5 (cinco) anos no mínimo	A partir da cessação da conduta	Processo administrativo (public enforcement proceeding)
REINO UNIDO	6 (seis) anos	A partir da ciência da violação ou de quando se pode razoavelmente supor ciência sobre a conduta	-
ALEMANHA	3 (três) anos	A partir da ciência da violação (conhecimento efetivo). Jurisprudência aponta a divulgação da nota à imprensa da decisão final do Bundeskartellamt como termo inicial da contagem do prazo de prescrição.	-
ALEMANHA	10 (dez) anos	Após a ocorrência da violação	-
HOLANDA	5 (cinco) anos	A partir do dia seguinte em que se conhece o dano e o autor (conhecimento inequívoco)	-
HOLANDA	20 (vinte) anos	A partir da data em que o dano foi praticado, independentemente da ciência do dano	-

²⁰¹ Nota Técnica Nº 24/2016/chefia gab-sg/sg/cade. **Processo nº 08700.007888/2016-00** articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas: estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ardc) e do acesso a documentos de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessação (tcc) no Brasil.

AUSTRÁLIA	6 (seis) anos	A partir da verificação da causa da conduta (conhecimento positivo)	-
CANADÁ	2 (dois) anos	Contados a partir do dia em que a violação tiver ocorrido (embora haja controvérsias em relação ao termo inicial aplicável para condutas continuadas), ou a partir do dia em que todos os processos criminais relacionados ao caso tenham transitado em julgado – o que ocorrer por último.	Pendência de sanção criminal

ANEXO II: JURISPRUDÊNCIA: MAPEAMENTO DOS PROCESSOS JUDICIAIS EM ANDAMENTO - PROTESTO INTERRUPTIVO DE PRESCRIÇÃO

Dados	FORO CENTRAL CÍVEL – São Paulo 1ª VARA CÍVEL Autos nº 1110554-20.2016.8.26.0100	2ª VARA CÍVEL REGIONAL DE SANTO AMARO – São Paulo Autos nº 1051986-14.2016.8.26.0002 Juiz(a) de Direito: Paulo André Bueno de Camargo
DATA DA DISTRIBUIÇÃO	Outubro/2016	Outubro/2016
AUTOR	CSN - COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL	TAM LINHAS AÉREAS S.A.
NATUREZA DA PRETENSÃO	INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL	INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL
CARTEL	Cartel dos Bancos (Internacional) manipulação de taxas de câmbio (Forex) INVESTIGAÇÃO EM ANDAMENTO PELO CADE	Cartel dos Bancos (Internacional) manipulação de taxas de câmbio (Forex) INVESTIGAÇÃO EM ANDAMENTO PELO CADE
ACORDO DE LENIÊNCIA	UBS Celebrado em 29/06/2015	UBS Celebrado em 29/06/2015
Requeridos	- BARCLAYS PLC (1 Churchill Place, London, E14 5HP, United Kingdom) - UBS AG (Bahnhofstrasse 45, Zurich, Switzerland) (intimação por representantes no Brasil)	- BARCLAYS PLC (1 Churchill Place, Londres, Inglaterra) (intimação via carta rogatória)
NOTA TÉCNICA DO CADE – Abertura do processo administrativo	Assinada eletronicamente em 02/07/2015 Procedimento Administrativo nº 08700.004633/2015-04	Assinada eletronicamente em 02/07/2015 Procedimento Administrativo nº 08700.004633/2015-0402/07/2015
REPRESENTADOS	Banco Standard de Investimentos S.A. (“Banco Standard de Investimentos”), Tokyo-Mitsubishi UFJ Líder Fundo de Investimento Referenciado DI (“Banco Tokyo-Mitsubishi UFJ”), Banco Barclays S.A. (“Barclays”), Banco Citibank S.A. (“Citigroup”), Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S.A. (“Credit Suisse”), Deutsche Bank S.A. Banco Alemão (“Deutsche Bank”), HSBC Bank Brasil S.A. (“HSBC”), JPMorgan Chase Bank (“JP Morgan Chase”), Bank of America Merrill Lynch Banco Multiplo S.A. (“Merrill Lynch”), Banco Morgan Stanley S.A. (“Morgan Stanley”), Nomura International Plc – Banco Itaú S.A. (“Nomura”), Royal Bank of Canada (“RBC”), Royal Bank of Scotland P.Ltd.Co. (“RBS”), Standard Chartered Bank (Brasil) S.A. (“Standard Chartered”), UBS AG (“UBS”); Alexandre Junior da Silva Nogueira, Alexandre Santos, Christoph Durst, Christopher Ashton, Colin Devereux, Daniel Evans, Daniel Yuzo Shimada Kajiya, Eduardo Hargreaves, Fábio Ramalho, Felipe Leitão, Fernando Pais, Frank Cahill, James Witt, James Wynne, John Erratt, José Aloisio Teles Junior, Marco Christen, Mark Clark, Martin Tschachtli, Matthew John Gardiner, Michael Weston, Niall O’Riordan, Pablo Frisanco Oliveira, Paul Nash, Renato Lustosa Giffoni, Ralf Klonowski, Richard Gibbons, Richard Usher, Rohan Ramchandani, Sergio Harrison Zanini. Representados: Banco Standard de Investimentos S.A. (“Banco Standard de Investimentos”), Tokyo-Mitsubishi UFJ Líder Fundo de Investimento Referenciado DI (“Banco Tokyo-Mitsubishi UFJ”), Banco	(Idem)

	<p>Barclays S.A. (“Barclays”), Banco Citibank S.A. (“Citigroup”), Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S.A. (“Credit Suisse”), Deutsche Bank S.A. Banco Alemão (“Deutsche Bank”), HSBC Bank Brasil S.A. (“HSBC”), JPMorgan Chase Bank (“JP Morgan Chase”), Bank of America Merrill Lynch Banco Multiplo S.A. (“Merril Lynch”), Banco Morgan Stanley S.A. (“Morgan Stanley”), Nomura International Plc – Banco Itaú S.A. (“Nomura”), Royal Bank of Canada (“RBC”), Royal Bank of Scotland P.Ltd.Co. (“RBS”), Standard Chartered Bank (Brasil) S.A. (“Standard Chartered”), UBS AG (“UBS”); Alexandre Junior da Silva Nogueira, Alexandre Santos, Christoph Durst, Christopher Ashton, Colin Devereux, Daniel Evans, Daniel Yuzo Shimada Kajiya, Eduardo Hargreaves, Fábio Ramalho, Felipe Leitão, Fernando Pais, Frank Cahill, James Witt, James Wynne, John Erratt, José Aloisio Teles Junior, Marco Christen, Mark Clark, Martin Tschachtli, Matthew John Gardiner, Michael Weston, Niall O’Riordan, Pablo Frisanco Oliveira, Paul Nash, Renato Lustosa Giffoni, Ralf Klonowski, Richard Gibbons, Richard Usher, Rohan Ramchandani, Sergio Harrison Zanini.</p>	
<p>DANO</p>	<p>Prática de condutas anticompetitivas consistentes na manipulação de taxas de câmbio no mercado de câmbio envolvendo moedas estrangeiras (“Foreign Exchange Market”/“Forex”/“FX”)especificamente no mercado de câmbio à vista (“FX Spot market”) – e no mercado de câmbio envolvendo a moeda nacional brasileira Real (BRL) – incluindo produtos financeiros chamados de Contratos a Prazo com Liquidação Financeira (“Non-Deliverable Forwards Real”/“BRL NDF”) – e de condutas anticompetitivas consistentes na manipulação de índices de referência de mercado de câmbio, tais como os do WM/Reuters, do Banco Central Europeu e do Banco Central do Brasil (“PTAX[6]”), condutas estas com efeitos no Brasil.</p> <p>Período: A conduta envolvendo o mercado de câmbio de moeda nacional brasileira Real (BRL) (por meio do "Grupo Interbancário BRL") durou, pelo menos, de 2009 a 2011. Já a conduta que envolveu o mercado de câmbio de moedas estrangeiras (por meio dos "Grupos Interbancários estrangeiros", por vezes autodenominados como "o cartel" e "a máfia") se iniciou, possivelmente, em 2007, tendo durado, pelo menos, até 2013.</p>	<p>(Idem)</p>
<p>PRAZO DE PRESCRIÇÃO</p>	<p>Menciona informações de que foram instauradas investigações, no âmbito do CADE, bem como por autoridades e órgãos reguladores de outras jurisdições, para apurar a formação de um cartel de escopo global com efeitos substanciais no mercado brasileiro, constituído pelos bancos internacionais – entre eles os Requeridos – para manipular as taxas de câmbio (benchmankings ou taxas de referência globais), bem como elevar artificialmente seus lucros ou spread bancário resultante, além de</p>	<p>(Idem)</p>

	<p>outras condutas ilícitas, em prejuízo aos seus clientes e os contratantes de operações cambiais.</p> <p>Menciona ainda a celebração de um acordo de leniência entre um dos bancos investigados e em face da gravidade das condutas delatadas, o CADE instaurou processo administrativo para apurar a prática de infrações à ordem econômica, haja vista que referidas infrações acarretam severos prejuízos às empresas brasileiras que necessitam realizar operações de câmbio para consecução de suas atividades, bem como à economia nacional.</p>	
INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO	<p>Não menciona na petição inicial</p>	<p>Não menciona na petição inicial</p>

ANEXO III: AÇÕES COLETIVAS

CARTEL	CARTEL DOS GASES (hospitales e industriais) Condenação pelo CADE	CARTEL DOS GASES (hospitales e industriais) Condenação pelo CADE	CARTEL DOS GASES (hospitales e industriais) Condenação pelo CADE	CARTEL DE GÁS DE COZINHA (GLP) CADE ainda não havia julgado o cartel (j. 12/03/2014) quando a ACP foi distribuída (02/10/1997)
PODER JUDICIÁRIO	Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ – SP) (27ª Câmara de Direito Privado) AI nº 2075742-75.2015.8.26.0000 Relator Des.: Sérgio Alfieri, j. 25.8.2015) Des. Campos Petroni (Presidente) Des. Ana Catarina Strauch	1ª VARA CÍVEL DE CURITIBA-PR Autos nº 0041466-96.2013.8.16.0001	STJ Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 332.865 – MG (2013/0120915-8) Relator: Ministro Humberto Martins Ministros: Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques (Presidente), Eliana Calmon e Castro Meira TJMG nº 1.0024.09.709934-5/004 (j. 04/05/2012) – unânime - 13ª Câmara Cível – Relator Des. Alberto Henrique Des. Luiz Carlos Gomes da Mata Des. José de Carvalho Barbosa	STJ RESP nº 1.390.875-RS (2013/0193352-3) Primeira Turma Relator: Napoleão Nunes Maia Filho – Ministros: Benedito Gonçalves, Sergio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa e Olindo Menezes TRF – 4ª Região Apelação Cível 502173087.2011.404.7100/RS - Relator Des.: Fernando Quadros da Silva 2ª Vara Federal do Estado do Rio Grande do Sul – ACP nº 97.00.21424-9 (distribuída em 02.10.1997)
Julgamento	Unanimidade	Primeira instância	Unanimidade	Unanimidade
DATA	j. 25/8/2015	j. 16/01/2014	j. 06/08/2013	j. 09/06/2015
AUTOR	FEHOSP – Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de SP	FEHOSPAR – Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de Saúde do Estado de Paraná SINDICATO DOS HOSPITAIS E ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE DO ESTADO DO PARANÁ AHOPAR – Associação dos Hospitais do Paraná	Associação dos Hospitais de Minas Gerais	Ministério Público Federal Ministério Público Estadual – RS
TERCEIRO INTERESSADO	-	CADE	-	Assistente: CADE ANP – AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS
NATUREZA DA PRETENSÃO	AÇÃO COLETIVA para defesa de interesses individuais e homogêneos	AÇÃO CIVIL COLETIVA para tutela de direito individual homogêneo - pede indenização e cessação	AÇÃO COLETIVA – em virtude de prática de cartel por empresas que atuam no comércio de gases hospitalares e industriais, consistente	Ação Civil Pública – indenização dos danos causados aos consumidores, difusamente considerados

		de infrações à ordem econômica	em imposição de sobrepreços ao mercado, com abuso do poder econômico e violação do princípio da livre concorrência.	
INFRATOR	1) White Martins 2) Linde Gases 3) Air Liquide Brasil 4) Air Products Brasil 5) Ind. Brasileira de Gases 6) IBG Ind. Brasileira de Gases	1) White Martins 2) Linde Gases 3) Air Liquide Brasil 4) Air Products Brasil 5) IBG Ind. Brasileira de Gases	1) Air Liquide Brasil Ltda. 2) White Martins Gases Industriais Ltda.	1) Agipliquigás 2) Supergasbrás 3) Gás Butano 4) Minasgás 5) Ultragás 6) Pampagás
DANO	Sobrepreço no fornecimento de produto de uso hospitalar (sobrepreço nos anos de 1998 a 2003)	Sobrepreço para os Hospitais do Paraná - Formalização de cartelização no fornecimento de gases medicinais: nitrogênio, oxigênio, dióxido de carbono e ar comprimido medicinal	Deferida tutela antecipada para impedir as empresas requeridas de cobrarem sobrepreços dos seus produtos – determinando obediência aos preços da concorrência.	Método comercial uniforme gerando preços excessivos aos consumidores, causando danos de difícil determinação
Decisões proferidas	Definido que o processo não está prescrito pela aplicação da regra do art. 200 do Código Civil. (ação penal proposta suspendeu o prazo prescricional).	Houve o deferimento de pedido de tutela antecipada para que as empresas rés se abstivessem de impor sobrepreço mediante a adoção de tabela de valor mínimo previamente combinada e divisão prévia de mercado. Além disso, foi determinado que as empresas rés providenciassem o fornecimento dos gases medicinais praticando os preços vigentes antes do período de cartelização, apenas alterados pela atualização monetária apoiada em índices oficiais.	-	STJ julgou a ACP improcedente por entender que não houve cartel por haver tabela de preço determinada pelo poder público, indicando que a atuação das distribuidoras é imune ao controle antitruste, uma vez que a atividade é regulada e fiscalizada.
Decisão judicial anulando a decisão do CADE	Decisão judicial que anulou decisão do CADE não acarreta inépcia da inicial	-	<i>“... o fato de aquela decisão do CADE ter sido suspensa pela Justiça Federal, não vincula as decisões da justiça comum.”</i>	-

ANEXO IV: AÇÕES INVIDIDUAIS

CARTEL	Cartel dos Gases (hospitais e industriais) CONDENAÇÃO PELO CADE	Cartel dos Gases (hospitais e industriais) CONDENAÇÃO PELO CADE	Cartel de vergalhões de aço (siderúrgicas produtoras) CONDENAÇÃO PELO CADE
-	<p>Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ – RS) (15ª Câmara Cível)</p> <p>AI nº 0053119-07.2016.8.21.7000</p> <p>Relator Des.: Vicente Barroco de Vasconcellos</p>	<p>Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ – RS) (19ª Câmara Cível)</p> <p>AI n. 0475465-52.2014.8.21.7000</p> <p>Relator Des.: Voltaire de Lima Moraes Des. Mylene Maria Michel Des. Eduardo João Lima Costa</p>	<p>Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) (11ª Câmara Cível)</p> <p>AI nº 1.0024.06.984815-8/001</p> <p>Relator Des: Marcelo Rodrigues</p>
Julgamento	Decisão monocrática	Unanimidade	-
DATA	j. 13/07/2016	j. 19/03/2015	j. 06/09/2006
AUTOR	Santa Casa de Caridade de Dom Pedrito	Hospital de caridade de Erechim	Cobracos Serviços Ltda Cobracos Comercial Brasileira de Aço Ltda e outros
NATUREZA DA PRETENSÃO	AÇÃO INDIVIDUAL Declaratória, inibitória e reparatória	AÇÃO INDIVIDUAL Indenizatória por danos morais e materiais	AÇÃO INDIVIDUAL
INFRATOR	1) White Martins 2) Linde Gases 3) Air Liquide Brasil 4) Air Products Brasil 5) Ind. Brasileira de Gases	White Martins	Belgo Siderurgia S/A em razão de cartel com as empresas Gerdau e a Siderúrgica Barra Mansa (Grupo Votorantim).
DANO	Sobrepreço no fornecimento de produto de uso hospitalar	Sobrepreço no fornecimento de produto de uso hospitalar	-
DISCUSSÃO DO SOBREPREGO	-	<p>Nesse caso, foi deferida perícia contábil requerida pelo autor para analisar o preço do GLP, comparando-o com similares e desdobrando seus componentes para entender a precificação, levando-se em consideração principalmente o lucro auferido, tendo sido indicado haver indícios de sobrepreço de 72% na medida em que o que era até então, vendido por R\$ 3,01 e, após o processo judicial, passou a ser oferecido para a autora por R\$1,75.</p>	<p>Houve deferimento de tutela antecipada para as empresas réis fornecessem vergalhões com preços compatíveis com o período de duração da parceria firmada entre as partes – para que passassem a comercializar nos mesmos preços que comercializavam com seus centros de distribuição, a fim de evitar prática anticoncorrencial. Os preços cotados para clientes independentes que não compõem a carteira fixa destas siderúrgicas são acima dos praticados para os clientes e distribuidoras fixos, aparentando controle de mercado.</p>
PRAZO DE PRESCRIÇÃO	10 anos - Art. 205 – CC Inexistência de prazo inferior que abarque as pretensões declaratórias, inibitórias e secundariamente reparatórias. Sendo que a procedência dos pedidos indenizatórios está vinculada aos pleitos	3 anos – art. 206, §3º, V do Código Civil Houve decisão no sentido de que não se configurou relação de consumo, portanto, inaplicável o prazo prescricional de 5 anos (art. 27 do Código de Defesa do Consumidor).	-

	<p>declaratórios e inibitório. Não se trata de demanda que busque essencialmente reparação civil. Inaplicável o prazo de 3 anos previsto no art. 206, §3º, V do Código Civil.</p>		
<p>INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO</p>	<p>Ciência da violação do direito. No caso concreto, começou a correr a partir da publicação da decisão do CADE que reconheceu o cartel no fornecimento de gases medicinais, em 26.09.2008.</p>	<p>Ciência da violação do direito (na data da rescisão do contrato – início de 2013)</p>	-

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade Civil: A Culpa, O Risco E O Medo**. São Paulo. Atlas, 2011.

BENACCHIO, Marcelo. **A Função Punitiva Da Responsabilidade Civil No Código Civil**. In LOTUFO, Renan; Giovanni Ettore Nanni; Fernando Rodrigues Martins, coordenadores. **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo, Atlas, 2012.

BUCHAIN, Luiz Carlos. **O Poder Econômico E A Responsabilidade Civil Concorrencial**. Porto Alegre: Nova Prova. 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro – Um terceiro Enigmático**. 3ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2011.

CADE, P.A. nº 08012.000030/2011-50, j. 2.12.2014

CARTILHA DO CADE. **Análise De Condutas Lesivas À Concorrência**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf/view>>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa De Responsabilidade Civil**. 12ª edição. São Paulo. Atlas, 2015.

COASE, Ronaldo H. **O Problema Do Custo Social (Publicado No Journal Of Law And Economics – Outubro, 1960b) In Direito E Economia: Textos Escolhidos**. Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Enriquecimento E O Dano**. Livraria Almedina. Coimbra, 1999.

CONNOR, John M. and LANDE, Robert H., Not Treble Damages: **Cartel Recoveries Are Mostly Less Than Single Damages (July 1, 2015)**. Iowa Law Review, Vol 100, pp. 1997-2023, July 2015; University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper No. 2015-26. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2548712> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2548712> - acesso em 04/03/2017.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema Do Nexo Causal Na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DANTAS, Iuri. **Multa Do CADE Deve Ser Maior Que Prejuízo Causado Por Cartel**. diz conselheira - Publicado 15 de Outubro, 2015. – Brasília - editor@jota.info - Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/multa-do-cade-devem-ser-maiores-que-prejuizo-causado-por-cartel>>. Acesso em 10 de setembro de 2017.

DIDIER Jr, Fredie. **Considerações Sobre A Confissão**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/consideracoes-sobre-a-confissao/>>. Acesso em 14 de setembro de 2017.

DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso De Direito Processual Civil**, v. 4, 10ª ed., Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle Dresch. **Análise Econômica Do Direito: Uma Análise Exclusiva Ou Complementar?** in Direito e Economia, org. Luciano Benetti Timm. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio: “**Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira**” in Revista de Defesa da Concorrência, nº 2, novembro de 2013.

GABBAY, Daniela Monteiro Gabbay e PASTORES, Ricardo Ferreira. **Arbitragem E Outros Meios De Solução De Conflitos Em Demandas Indenizatórias Na Área De Direito Da Concorrência**. RBA N° 43 – Jul-Set/2014 – Doutrina Nacional.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Código Civil Comentado**. PELUSO, Cezar (coord.). 4ªed. São Paulo: Manole, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 4: Responsabilidade Civil**. 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 2010.

Guia Do Programa De Leniência Antitruste Do Conselho Administrativo De Defesa Econômica (CADE). <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em 14 de janeiro de 2017.

LANDE, Robert H. and CONNOR, John M., How High Do Cartels Raise Prices? **Implications for Reform of the Antitrust Sentencing Guidelines**. American Antitrust Institute Working Paper No. 01-04. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=787907> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.787907>>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

LEAL, António Luiz da Câmara. **Da Prescrição E Da Decadência: Teoria Geral Do Direito Civil**. Edição 4. ed. Atual. Rio de Janeiro : Forense, 1982.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Nexo Causal E Produtos Potencialmente Nocivos – a Experiência Brasileira do Tabaco** – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. **Obstáculos Às Ações Privadas De Reparação De Danos Decorrentes De Cartéis**. **Dissertação** (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - São Paulo: 2017.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise Econômica Da Responsabilidade Civil: O Dano E Sua Quantificação**. São Paulo, Atlas, 2012.

MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade Civil Por Presunção De Causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer, Direito, **Livre Concorrência e Desenvolvimento**. Lex Editora. SP.

NORONHA, Fernando. **Direito Das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. volume 1.

Nota Técnica Nº 24/2016/Chefia Gab-Sg/Sg/Cade. **Processo Nº 08700.007888/2016-00**. Articulação Entre As Perseguições Pública E Privada A Condutas Anticompetitivas: Estudo Da Experiência Internacional E Brasileira E Propostas Regulamentares, Legislativas E De Advocacy A Respeito Das Ações De Reparação Por Danos Concorrenciais (ARDC) E Do Acesso A Documentos De Acordos De Leniência E De Termos De Compromisso De Cessação (TCC) No Brasil. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg,%20%20_ftn137>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development. Working Party nº 3 on Co-operation and Enforcement. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee - Relationship Between Public And Private Antitrust Enforcement – Brazil – 15 June 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2011\)25&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2011)25&docLanguage=En)>. Acesso em 01 de março de 2017.

OMETTO, Rosália T. V. **Código Civil Interpretado**. MACHADO, Antonio Cláudio da Costa (coord.). 6ª ed. Barueri: Manole, 2013.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva, **Direito Concorrencial**. Caio Mário da Silva Pereira Neto, Paulo Leonardo Casagrande. São Paulo. Saraiva, 2016. p.109

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualizador Gustavo Tepedino. GZ Editora. 10ª edição. rev. atual. Rio de Janeiro, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro. Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Teoria Geral de Direito Civil**. 28ª edição. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2015.

PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. Revista Direito GV, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 17-36, jan. 2007. ISSN 2317 6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35180>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2017.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: Uma introdução. Coimbra, Almedina, 2007.

ROSENBERG, Barbara. **Introdução ao Direito Antitruste – Investigação de Cartéis – Fundação Getúlio Vargas** – FGV, 2005.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito E Economia: Textos Escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Condutas Tendentes À Dominação Dos Mercados - Análise Jurídica**. Tese apresentada para concurso de professor titular de direito comercial. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001.

SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. **Análise Econômica Em Cálculo De Danos De Cartéis (CADE)** - 21º Seminário Internacional do IBRAC - São Paulo, 16 e 17 de outubro

de 2015. Fonte: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/21SeminarioConcorrenca/Apresenta%C3%A7%C3%B5es/Cristiane%20Alkmin%20Junqueira%20Schmidt.pdf>>. Acesso em 17 de outubro de 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas Da Responsabilidade Civil: Da Erosão Dos Filtros Da Reparação À Diluição Dos Danos**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

SIMÃO, José Fernando. **Prescrição E Decadência: Início Dos Prazos**. Editora Atlas, São Paulo, 2013.

TARTUCE, Flavio. Parecer: Prescrição. **Conceito E Início. Actio Nata Em Sua Faceta Subjetiva**. Parecer publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil, edição número 70 de janeiro e fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.academia.edu/24299063/Prescri%C3%A7%C3%A3o._Conceito_e_in%C3%ADcio._Actio_nata_em_sua_faceta_subjetiva>. Acesso em 09 de janeiro de 2017.

THEODORO JR, Humberto. **Comentários Ao Código De Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v 3, t 2.

USHISIMA, Roberto. **Empresas e Mercados**. Disponível em: <<http://empresasmercados.blogspot.com.br/2009/09/origem-do-wacc.html>>. Acesso em 15 de outubro de 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela De Direitos Coletivos E Tutela Coletiva De Direitos**. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ZYLBERSTAJN, Decio. **Direito e Economia**. Decio Zylberstajn e Rachel Sztajn – Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.