

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO**

FREDERICO BASTOS PINHEIRO MARTINS

**OBSTÁCULOS ÀS AÇÕES PRIVADAS DE REPARAÇÃO DE DANOS
DECORRENTES DE CARTÉIS.**

São Paulo

2017

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO**

Frederico Bastos Pinheiro Martins

**OBSTÁCULOS ÀS AÇÕES PRIVADAS DE REPARAÇÃO DE DANOS
DECORRENTES DE CARTÉIS.**

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

*Campo de conhecimento:
Direito dos negócios e Direito Antitruste*

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

São Paulo

2017

Martins, Frederico Bastos Pinheiro.

Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis / Frederico Bastos Pinheiro Martins. - 2017.

129 f.

Orientador: Caio Mário da Silva Pereira Neto

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

1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Brasil). 2. Concorrência. 3. Direito econômico - Brasil. 4. Trustes industriais. 5. Direito antitruste. 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)

Frederico Bastos Pinheiro Martins

**OBSTÁCULOS ÀS AÇÕES PRIVADAS DE REPARAÇÃO DE DANOS
DECORRENTES DE CARTÉIS.**

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

*Campo de conhecimento:
Direito dos negócios e Direito Antitruste*

**Data de aprovação:
17/04/2017**

Banca Examinadora:

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

Prof. Dra. Daniela Monteiro Gabbay
FGV-Direito SP

Prof. Dr. Marcos Paulo Veríssimo
USP - Direito

Prof. Dr. Bruno de Luca Drago
USP - Direito

Resumo

O presente estudo aborda com detalhes obstáculos ao ajuizamento de ações privadas de reparação de danos de cartéis no Brasil, notadamente mediante análise dos institutos de direito envolvidos, comparação do tratamento dado a eles em outras jurisdições, análise da interpretação que as cortes brasileiras têm dado a eles nas poucas ações privadas de ressarcimento contra cartéis ajuizadas até o momento, bem como entrevistas de autoridade do CADE para trazer à pesquisa o ponto de vista da autoridade concorrencial, sobretudo no que diz respeito ao compartilhamento de documentos do processo administrativo. Ao final da abordagem de cada tema, buscou-se oferecer soluções propositivas para a superação dos referidos obstáculos e, com isso, fornecer substratos para desenvolvimento das ações privadas de ressarcimento de danos decorrentes de cartéis.

Palavras-chave: concorrencial, cartel, ações de reparação de danos, *private enforcement*, CADE.

Abstract

The present study addresses in detail the obstacles to private enforcement of cartels in Brazil, through the analysis of the applicable legal principles, comparing the treatment given to them in other jurisdictions, and analyzing the interpretation that Brazilian courts have given to them in the few private lawsuits for compensations of cartel damages filed in Brazil so far. Interviews with the Brazilian antitrust authority were also conducted in order to bring its point of view to the research, especially regarding the sharing of documents of the administrative proceeding. Concluding each topic of the study, we tried to offer propositive solutions to overcome these obstacles and, with this, to provide tools for the development of private enforcement of cartels in Brazil.

Keywords: antitrust, cartel, damages, *private enforcement*, CADE.

Sumário

1. Introdução	8
1.1. Metodologia	10
2. Prescrição	12
2.1. Contexto legal e fundamentos da prescrição.....	12
2.2. Controvérsia relativa à definição do termo inicial e contagem do prazo prescricional.....	17
2.3. O termo inicial da prescrição da pretensão de reparação de danos	21
2.3.1. Impedimentos legais à fluência do prazo prescricional	21
2.3.2. Impedimentos fáticos à fluência do prazo prescricional.....	24
2.4. Criação de novo impedimento legal à fluência do prazo prescricional	29
2.5. Protesto interruptivo de prescrição	32
3. Assimetria de informação	35
3.1. Métodos de quantificação de danos	38
3.2. Provas em poder do cartelista	40
3.3. Provas em poder do CADE.....	44
3.3.1. Acesso judicial a provas em poder da autoridade antitruste	47
3.3.2. A experiência europeia com acesso de terceiros a documentos de leniência.....	52
3.3.3. Posicionamento do CADE sobre o acesso judicial a documentos de investigações.....	55
3.4. Produção antecipada de provas.....	58
3.4.1. A produção antecipada de provas no Novo Código de Processo Civil	58
3.4.2. Produção antecipada de provas para comprovação e quantificação de danos de cartel	61
3.4.3. Viabilidade da produção antecipada de prova como instrumento de superação da assimetria de informação	64
3.5. Resolução do CADE sobre acesso a documentos oriundos de acordo de leniência, TCC e busca e apreensão	65
3.6. Tutela legislativa ao programa de leniência e TCC	73
4. Ausência de incentivos ao ajuizamento de ações	79
4.1. Ação coletiva	82
4.2. <i>Double damages</i>	85
5. Conclusão	88
Referências Bibliográficas	92
Anexo 1 – Roteiros de entrevista das autoridades do CADE	97
Anexo 2 – Ações privadas analisadas para elaboração do trabalho	118
Anexo 3 – Proposta de emenda ao Projeto de Lei do Senado n. 283/2016	129

1. Introdução

O artigo 47¹ da Lei n. 12.529/2012 (“Lei Antitruste”) estabelece o direito dos prejudicados de ingressarem em juízo para obter a cessação de práticas que constituam infração à ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos em razão delas, prática conhecida internacionalmente como “*private enforcement*”.

Idêntica previsão já estava contida na legislação que antecedeu a atual (artigo 29 da Lei n. 8.884/1994), sendo consentânea com as prerrogativas constitucionais de direito de ação, livre concorrência e repressão ao abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na repressão e dissuasão de condutas ofensivas à ordem econômica (*public enforcement*) é crescente. O balanço² sobre a atuação do Conselho divulgado em janeiro de 2017, revela que, desde a entrada em vigor da nova Lei Antitruste, o Tribunal Administrativo do CADE aplicou multas na ordem de R\$ 4.297.272.422,00 (quatro bilhões e duzentos e noventa e sete milhões e duzentos e setenta e dois mil e quatrocentos e vinte e dois reais) em 121 (cento e vinte e uma) novas condenações em processos administrativos. No mesmo período o CADE reporta ter firmado 38 (trinta e oito) acordos de leniência, 9 (nove) leniências *plus*, e 211 (duzentos e onze) termos de compromisso de cessação de prática.

Não obstante a intensa atuação da autoridade antitruste brasileira, as ações privadas para ressarcimento de danos oriundos de tais condutas ainda são incipientes no Brasil³, o que revela um descompasso entre a atuação pública e atuação privada de repressão e dissuasão das condutas ofensivas à ordem econômica.

¹ Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

² BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Balanço 2016**. Janeiro de 2017. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf/@_download/file/Apresenta%C3%A7%C3%A3o-Balan%C3%A7o%20-%202016..pdf > Acesso em 2016-03-01.

³ MARTINEZ, Ana Paula. ARAUJO, Mariana Tavares. **Private Damages in Brazil: Early Beginnings, Big Stumbling Blocks**. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/private-damages-in-brazil-early-beginnings-big-stumbling-blocks/>>. Acesso em 2016-01-18.

Documento recente publicado pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE⁴, em que foram realizadas análises econométricas dos danos decorrentes de um cartel específico, revelou que o valor da multa aplicada pelo CADE se aproxima ao valor do dano perpetrado pelo cartel. Considerando-se, por sua vez, que a política de repressão de cartéis tem os objetivos de prevenção do ilícito e recuperação dos prejuízos, a multa com o valor aproximado do dano alcança apenas um desses objetivos⁵.

A prática forense revela obstáculos que, se não impedem, desestimulam o ajuizamento de ações privadas de ressarcimento pelos prejudicados, em especial:

- (i) **prazo prescricional:** a falta de uma regra específica gera extrema incerteza quanto ao termo inicial de fluência do prazo prescricional de três anos para exercício da pretensão indenizatória (artigo 206, §3º, V do Código Civil de 2002);
- (ii) **assimetria de informações:** o caráter oculto das práticas anticoncorrenciais, o tempo decorrido entre o início delas e seu desvelamento público, bem como as regras de sigilo de informação no âmbito do processo administrativo resultam em dificuldade na produção de provas do dano percebido pelos prejudicados e/ou acesso às provas produzidas no âmbito do processo administrativo, prejudicando a defesa dos interesses dos prejudicados no juízo cível; e
- (iii) **ausência de incentivos ao ajuizamento de ações:** a incerteza jurídica quanto à ocorrência ou quantificação dos danos geradas pelos dois obstáculos anteriores acaba servindo como medida de desestímulo ao ajuizamento das ações indenizatórias. A parte prejudicada pode, ainda, temer que a continuidade da sua relação comercial com a parte que incorreu na prática anticoncorrencial gere represálias na eventualidade do ajuizamento de ação judicial, sobretudo em casos de cartel, em que todos ou quase todos os potenciais substitutos também se encontram envolvidos na prática. A falta de medidas concretas que estimulem o ajuizamento de ações acaba por manter tal panorama e, conseqüentemente, a incipiência das ações dessa natureza.

⁴ LUCINDA, Claudio; SEIXAS, Renato. **Prevenção Ótima de Cartéis: O Caso dos Peróxidos no Brasil.** Departamento de Estudos Econômicos – DEE, Brasília: maio de 2016.

⁵ *Para que o sistema possa atender aos dois objetivos, de prevenção e recuperação das perdas é necessário aumentar o valor do prejuízo percebido pela empresa que se envolve no cartel. No contexto brasileiro, em que há dupla punição possível (uma administrativa pelo CADE e outra pelo judiciário), este aumento precisa ser pensado em conjunto nas duas esferas* (LUCINDA, *op. cit.* p. 39)

O presente estudo aborda com mais detalhes os referidos obstáculos mediante análise dos institutos de direito envolvidos, comparação do tratamento dado a eles em outras jurisdições, análise da interpretação que as cortes brasileiras têm dado a eles nas poucas ações privadas de ressarcimento contra cartéis ajuizadas até o momento, bem como entrevistas de autoridade do CADE para trazer à pesquisa o ponto de vista da autoridade concorrencial, sobretudo no que diz respeito ao compartilhamento de documentos do processo administrativo.

Ao final da abordagem de cada tema, buscou-se oferecer soluções propositivas para a superação dos referidos obstáculos e, com isso, fornecer substratos para desenvolvimento das ações privadas de ressarcimento de danos decorrentes de cartéis.

1.1. Metodologia

Introdutoriamente cumpre ainda um breve esclarecimento acerca da metodologia de pesquisa utilizada para o presente trabalho. Além da revisão bibliográfica, a pesquisa ainda contou com levantamento de decisões judiciais debatendo os temas ora em análise bem como entrevistas com autoridade do CADE.

As decisões judiciais foram obtidas através de levantamento realizado pelo Comitê de Contencioso Econômico do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. No ano de 2016, o IBRAC fez um mapeamento de decisões judiciais de segunda instância proferidas por todos os tribunais brasileiros envolvendo matérias de direito da concorrência⁶. O resultado da pesquisa, aliado ao acervo processual que o autor da presente pesquisa teve acesso quando atuou como advogado em ações privadas de reparação de danos serviram de referência à análise de precedentes judiciais realizada no presente trabalho.

Além do estudo dos casos identificados, a pesquisa ainda contou com a entrevista de autoridades do CADE, mediante a utilização de relatório semi-estruturado de entrevista (Anexo 1), com formulação de questionamentos voltados à levantar o entendimento da autoridade acerca do tema abordado na presente pesquisa, bem como medir o nível de contribuição que a autoridade antitruste estaria hoje disposta a trazer para as ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis.

⁶ 22º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, 2016. **O papel do Judiciário no direito da concorrência**. Campos do Jordão: Grande Hotel. 21 de outubro de 2016.

2. Prescrição

O primeiro obstáculo que contribui para a incipiência de ações privadas de ressarcimento de danos decorrentes de cartéis no Brasil é a incerteza quanto ao termo inicial de fluência do prazo prescricional de três anos para exercício da pretensão indenizatória.

O prazo prescricional da pretensão de reparação civil é de três anos, consoante definido no artigo 206, §3º, V do Código Civil⁷, porém, em razão do caráter oculto do cartel, as ações indenizatórias são, em geral, ajuizadas apenas quando ele é tornado público pela autoridade antitruste, o que ocorre, em geral, muitos anos após a conduta (embora atualmente esta tendência de demora na detecção e persecução do cartel esteja diminuindo, principalmente em razão da ampla utilização do acordo de leniência e termo de compromisso de cessação).

Em virtude deste lapso temporal, surge a controvérsia usualmente endereçada nas ações desta natureza e que reside em definir se o prazo prescricional para exercício da pretensão indenizatória começa a fluir (a) da data em que ocorreu a violação do direito; ou (b) da ciência inequívoca dos efeitos do ilícito (e a partir de quando esta ciência poderia ser presumida). Resta dúvida, ainda, se (c) aplicável às ações indenizatórias o óbice à fluência do prazo prescricional imposto pelo artigo 200 do Código Civil Brasileiro, quando a prática do cartel também seja alvo de investigação no juízo criminal.

À míngua de uma norma expressa ou um acerto jurisprudencial pacífico sobre tal controvérsia, paira incerteza sobre a possibilidade da pretensão indenizatória ser considerada prescrita pelo juiz da causa, o que acaba impondo morosidade às ações, além de servir como medida de desestímulo ao seu ajuizamento.

No presente capítulo, será realizada uma análise da controvérsia acerca do prazo prescricional da pretensão indenizatória para, ao final, recomendar-se soluções propositivas a tal impasse, sendo uma decorrente da exegese das normas vigentes e outra a partir da proposta de alteração legislativa constante do Projeto de Lei do Senado n. 283/2016 de autoria do Senador Aécio Neves e da minuta exposição de motivos de resolução do CADE submetida à consulta pública em dezembro de 2016.

2.1. Contexto legal e fundamentos da prescrição

⁷ Art. 206. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...)V - a pretensão de reparação civil.

A regra geral do artigo 189 do Código Civil consagra a teoria da *actio nata* ao estabelecer que “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”. O artigo 47 da Lei de Defesa da Concorrência, por sua vez, autoriza que os prejudicados por infrações à ordem econômica ingressem em juízo para obter a cessação da prática “bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo”.

A interpretação literal dos referidos dispositivos pode induzir à conclusão que o termo inicial da pretensão de reparação civil seria a data de início do cartel, afinal, a partir daquele momento o direito da parte lesada teria sido violado, sendo igualmente autorizado ao prejudicado ingressar em juízo a qualquer momento para obter a reparação pelos danos percebidos.

De fato, nas ações analisadas para o presente estudo, constata-se ser recorrente nas defesas a tese de prescrição utilizando-se a data de lesão do direito como o termo inicial do prazo prescricional. A resolução de tal controvérsia demanda melhor compreensão dos fundamentos do instituto.

A prescrição é um instituto jurídico universal que constitui causa de extinção da eficácia de pretensão não exercida dentro de um determinado tempo. Sua finalidade principal é a de atribuir certeza e estabilidade às relações jurídicas, por não ser possível, no convívio humano, perpetuar-se situações de incerteza e insegurança⁸. Neste sentido, o instituto garante que, após o lapso de determinado tempo, uma situação de fato prepondere sobre uma situação de direito⁹.

Cuida-se, portanto, da convalidação de uma situação de fato em razão do decurso do tempo, sendo, igualmente, uma forma de penalidade à negligência do titular do direito, pois através de sua inércia protraí-se no tempo o estado antijurídico, ofensivo à paz social. CÂMARA LEAL extrai da doutrina romana os fundamentos da prescrição, identificando o

⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao direito e parte geral do código civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 734.

⁹ *É, então, na paz social, na segurança da ordem jurídica que se deve buscar o seu verdadeiro fundamento. O direito exige que o devedor cumpra o obrigado e permite ao sujeito ativo valer-se da sanção contra quem quer que vulnere o seu direito. Mas se ele se mantém inerte, por longo tempo, deixando que se constitua uma situação contrária ao seu direito, permitir que mais tarde reviva o passado é deixar em perpétua incerteza a vida social* (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. V.1 Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 684.)

interesse público, estabilização do direito e o castigo à negligência como a causa, fim e meio do instituto:

Como se vê, é a doutrina romana que ressurge, na pureza cristalina de sua profunda filosofia jurídica. Aí estão os três fundamentos romanos da prescrição: o interesse público, a estabilização do direito, o castigo à negligência; representando o primeiro o motivo inspirador da prescrição; o segundo, a sua finalidade objetiva; o terceiro, o meio repressivo de sua realização. Causa, fim e meio, trilogia fundamental de toda instituição, devem constituir o fundamento jurídico da prescrição¹⁰.

Em síntese, os fundamentos que justificam o instituto da prescrição são: o interesse social em que as relações jurídicas não permaneçam incertas; a presunção de quem não persegue seu próprio direito não tem interesse em conservá-lo; a punição da inércia; e “a ação deletéria do tempo que tudo destrói”¹¹.

A prescrição pode, portanto, ser definida como “a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas”¹². De tal conceito extrai-se quatro as condições elementares da prescrição: “(a) existência de uma ação exercitável; (b) inércia do titular da ação pelo seu não-exercício; (c) continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo; (d) ausência de causas preclusivas de seu curso”¹³.

As referidas condições revelam que não basta a existência de uma pretensão e o decurso do tempo para que se ultime a prescrição. O ordenamento jurídico exige, ao revés, que esteja configurada a inércia consciente do titular do direito, além de não existirem causas que impeçam ou suspendam o curso do prazo prescricional. A inércia, ou inação não interrompida do titular do direito¹⁴, constitui, assim como o decurso do tempo, um elemento fundamental da prescrição, não sendo crível que um prazo prescricional tenha seu início sem que o titular do direito tenha conhecimento da violação, ou esteja impossibilitado de exercer a pretensão.

A norma do artigo 189 do Código Civil, portanto, deve ser conjugada com a existência de causas impeditivas à fluência do prazo prescricional, pois não basta que o direito

¹⁰ LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 16.

¹¹ CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

¹² LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Op. cit.** p. 12.

¹³ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Op. cit.** p. 20.

¹⁴ CAHALI, Yussef Said. **Op. cit.** p. 39.

tenha sido violado para que se inicie a contagem do prazo prescricional, sendo necessário também que a parte interessada possa exercer sua pretensão em juízo de forma consciente e sem obstáculos¹⁵.

Se a prescrição constitui um castigo à negligência do titular do direito, não é possível que se configure a prescrição sem a negligência, sendo igualmente certo que não existe negligência se a inércia do titular é decorrente de sua ignorância quanto à violação de seu direito¹⁶.

Contrariaria o preceito de garantia da segurança jurídica e estabilidade das relações sociais inerente do instituto da prescrição, a penalidade ao titular do direito que, por inação culposa, não exerce em juízo sua pretensão. Neste sentido, não soa racional, tampouco justo, que a fluência do prazo prescricional tenha início antes que o titular do direito tenha ciência da violação, ou em qualquer momento no qual ele esteja impossibilitado de exercer a pretensão.

Nas ações que nascem do não cumprimento de uma obrigação, denominadas pessoais, porque o direito do titular recai sobre atos do sujeito passivo, que se obrigara a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, não pode o titular ignorar a violação ao seu direito, uma vez que essa consiste na falta de cumprimento da obrigação, e, por isso, o início da prescrição, nas ações pessoais, coincide com o momento em que a obrigação devia ser cumprida e não o foi. Mas, nas ações que nascem da transgressão da obrigação geral-negativa de respeito ao direito do titular, a que todos estão sujeitos, pode dar-se a violação do direito, sem que dela o titular tenha imediato conhecimento, podendo, mesmo, sua ignorância prolongar-se por muito tempo, como, geralmente, sucede, quando o titular do direito violado se acha ausente do lugar da violação, e não tem ali preposto ou representante que o ponha à corrente dos fatos. Todavia, a ignorância não se presume, pelo que ao titular incumbe provar o momento em que teve ciência da violação, para que possa beneficiar-se por essa circunstância, a fim de ser o prazo prescricional contado do montante da ciência, e não da violação¹⁷.

¹⁵ O assunto é delicado, e a regra há de aplicar-se tanto para a contagem dos prazos de prescrição propriamente dita, como ainda de decadência. Não se pode a rigor dizer que principia um prazo de prescrição no momento em que o sujeito deixa de exercer o seu direito, pois nem sempre isto é verdade, já que nem sempre a falta de exercício pode ser tachada de inércia do titular. A doutrina alemã dá-nos uma palavra e uma regra: inicia o prazo de prescrição, como o de decadência, ao mesmo tempo em que nasce para alguém uma pretensão acionável (*Anspruch*), ou seja, no momento em que o sujeito pode, pela ação, exercer o direito contra quem assumiu situação contrária, já que *action nondum nata non praescribitur* (PEREIRA, Cario Mário da Silva. **Op. cit.** P. 695.)

¹⁶ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Op. cit.** p. 23.

¹⁷ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Op. cit.** p. 23-24

A propósito, toda a lógica subjacente às causas que impedem ou suspendem a fluência do prazo prescricional está relacionada à ideia de impossibilidade de extinção de uma pretensão em momento em que o titular do direito está impossibilitado de agir, na melhor acepção da regra do *contra non valentem agere non currit praescriptio*¹⁸. Segundo tal regra¹⁹, é impossível o transcurso do prazo prescricional se o titular estava impossibilitado de resistir à lesão ao seu direito, pois, nesta hipótese, não haveria inércia a ele imputável²⁰.

Tal interpretação da teoria da *actio nata*: a de que o nascimento da pretensão está associado à ocorrência da lesão e plena ciência da violação e sua extensão pelo titular do direito, está mais alinhada, portanto, à finalidade de segurança jurídica e estabilização das relações sociais atinente ao instituto da prescrição.

A compreensão de tais fundamentos da prescrição é essencial para a correta aplicação do instituto no contexto de ações reparação de danos decorrentes de cartel, e está em sintonia com o entendimento doutrinário e jurisprudencial que defende, em casos de responsabilidade civil extracontratual, que o prazo prescricional apenas se inicia quando o titular da pretensão toma ciência do dano²¹.

Em razão da natureza essencialmente oculta do cartel, o titular do direito subjetivo violado, via de regra, não deterá plena ciência da violação de seu direito ou da extensão dos danos perpetrados pelo cartel, no exato momento da lesão. A data de celebração de um contrato ou entrega da mercadoria em uma transação realizada entre a parte lesada e o integrante do cartel, portanto, pode não constituir o termo inicial da prescrição da pretensão indenizatória, pois, a rigor, nesta ocasião ela não é exercitável.

Resta, ainda, controverso qual seria o evento apto a cientificar o titular da lesão ao seu direito, a partir do qual a pretensão poderia ser livremente exercida e, portanto, iniciaria a fluência do prazo prescricional. Esta controvérsia está refletida nas ações de reparação de danos decorrentes da formação de cartel ajuizadas no Brasil, e ainda demanda pacificação na jurisprudência pátria, conforme será exposto a seguir.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Op. cit.** p. 698.

¹⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 603.

²⁰ NEVES, Gustavo Kloh Muller. **Prescrição e decadência no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 31.

²¹ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 199.

2.2. Controvérsia relativa à definição do termo inicial e contagem do prazo prescricional.

A controvérsia relativa ao termo inicial do prazo prescricional da pretensão indenizatória cinge-se em definir se o prazo tem fluência a partir da prática do ilícito, da decisão condenatória do CADE que reconhece a existência do cartel, ou em qualquer outro evento anterior apto a cientificar o titular da violação de seu direito subjetivo.

Para ilustrar a referida controvérsia, recorre-se a dois casos concretos emblemáticos em que o Judiciário adotou parâmetros distintos para definição do termo inicial do prazo prescricional da pretensão de reparação de danos decorrentes de cartel.

O primeiro caso, *Cobraço v. ArcelorMittal*²², cuida-se de ação ajuizada por um distribuidor independente de vergalhões de aço para construção civil contra um fabricante do referido produto após o CADE ter condenado tal fabricante por formação de cartel e discriminação de clientes no mercado nacional de vergalhões de aço para construção civil²³.

A autoras alegam que a ré, em conjunto com as demais integrantes do cartel, teria realizado a divisão do mercado bem como praticado discriminação de preços voltada a inviabilizar a atuação de distribuidores independentes no mercado de vergalhões de aço, objetivando, assim, desviar sua clientela e receita, permitindo, por fim e com a saída do distribuidor do mercado, maior controle dos preços dos produtos.

A decisão condenatória do CADE é de setembro de 2005, e a ação indenizatória foi ajuizada em janeiro de 2006. As autoras fundamentaram seu pedido indenizatório nas conclusões do CADE acerca da dinâmica do cartel, sustentando que a discriminação de preço aos distribuidores independentes era um método utilizado pelo cartel para eliminação deste intermediário, o que viabilizaria o aumento arbitrário dos preços dos vergalhões de aço pelos seus produtores.

A sentença proferida em 27 de abril de 2012, por sua vez, reconheceu que parte dos pedidos estaria prescrita, considerando como termo inicial da pretensão indenizatória a data em que as partes encerraram relação contratual de fornecimento do produto, por desacordo com

²² Processo n. 9848158-78.2006.8.13.0024 – 22ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG – Autores: Cobraço Comercial Brasileira de Aço Ltda. e Cobraço Serviços Ltda. Ré: Companhia Siderúrgica Belgo Mineira (ArcelorMittal Brasil S.A)

²³ Processo Administrativo n. 08012.004086/2000-21 – Relator: Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe – Data de Julgamento: 23/09/2005.

relação ao preço praticado. A sentença consignou expressamente que “o termo inicial da prescrição é o momento da ocorrência da lesão do direito, consagração universal do princípio da *actio nata*”.

Devolvida a matéria do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em sede de apelação, manteve-se o entendimento acerca da prescrição, por considerar que “as autoras tiveram ciência dos supostos atos ilícitos quando da rescisão do termo do acordo operacional para corte e dobra de aço datado de 06 de abril de 2001”²⁴.

Neste caso, portanto, não obstante a ausência de conhecimento das autoras com relação ao conluio entre os fabricantes de vergalhões de aço para lesar o mercado, os julgadores consideraram a rescisão de contrato comercial decorrente de desentendimento quanto ao preço evento apto a iniciar a fluência do prazo prescricional da ação prevista no artigo 47 da Lei Antitruste.

O segundo caso emblemático que ilustra a controvérsia acerca do prazo prescricional, *FEHOSP v. Cartel dos Gases*²⁵, trata-se de ação coletiva ajuizada por uma federação de hospitais, em substituição processual dos hospitais e estabelecimentos de saúde a ela associados, em face de fabricantes de gases medicinais condenados pelo CADE²⁶ pela prática de cartel.

O CADE, em setembro de 2010, reconheceu em seu julgamento que as representadas teriam incorrido nas seguintes infrações à ordem econômica: a formação de cartel e divisão de mercado e de clientes, fraude em licitações e concorrências privadas, com vistas à imposição e cobrança ilícita de sobrepreços para o fornecimento de gases medicinais. A condenação do referido cartel impôs uma das maiores multas já aplicadas pelo CADE na história, no valor de R\$ 2,3 bilhões.

A ação coletiva foi ajuizada em setembro de 2013 em que se requereu, dentre outros pedidos, a prolação de sentença genérica condenando as réis ao pagamento de competente

²⁴ TJMG - Apelação Cível n. 1.0024.06.984815-8/033, Relatora: Des^a. Mariza Porto, 11^a Câmara Cível, Data de Julgamento: 29/06/2016.

²⁵ Processo n. 1065317-65.2013.8.26.0100 – 18^a Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – Autora: FEHOSP – Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de São Paulo; Réis: White Martins Gases Industriais Ltda.; Air Liquide Brasil Ltda.; Linde Gases Ltda.; Air Products Brasil Ltda.; IBG – Indústria Brasileira de Gases Ltda.

²⁶ Processo administrativo n. 08012.009888/2003-70 – Relator Conselheiro Fernando Magalhães Furlan – Data de julgamento: 01/09/2010.

indenização aos hospitais em razão dos prejuízos por eles incorridos e decorrentes das infrações à ordem econômica constatadas pela autoridade de defesa da concorrência.

Em sede de defesa, as rés levantaram diversas teses acerca da prescrição da pretensão indenizatória. A primeira tese defende que o termo inicial do prazo teria começado a fluir na data indicada como de início do cartel. A segunda admite a hipótese de fluência do prazo a partir da ciência do titular do direito acerca da lesão, mas defende que tal ciência teria ocorrido da data da operação de busca e apreensão ocorrida no contexto da investigação do cartel perpetrada pelo CADE, ostensivamente noticiada na mídia. Na eventualidade de tal evento não ser admitido como apto a cientificar o titular da lesão de seu direito, as rés lançaram mão de uma terceira tese que sustenta que a data de instauração do processo administrativo no CADE (também ostensivamente noticiada na mídia) seria um evento apto a iniciar a fluência do prazo prescricional.

A autora, por sua vez, defende que apenas a decisão condenatória seria apta a cientificar o titular com certeza da lesão ao seu direito, considerando que qualquer inação sua em momento anterior à decisão do CADE não configuraria inércia culpável passível de iniciar a fluência do prazo prescricional. Sustenta, ainda, a aplicação, na espécie, da norma do artigo 200²⁷ do Código Civil, pois os fatos que embasam a pretensão indenizatória também foram investigados no juízo criminal, o que impediria a fluência do prazo prescricional da pretensão indenizatória até o trânsito em julgado da sentença na ação penal.

Em despacho saneador, o juízo de primeira instância acolheu²⁸ a tese de incidência da norma do artigo 200 do Código Civil no caso, afastando a preliminar de prescrição, pois a sentença na ação penal transitou em julgado março de 2012, apenas dez meses antes do ajuizamento da ação indenizatória. Devolvida a matéria ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em sede de agravo de instrumento, o Tribunal afastou expressamente a tese de que o prazo prescricional teria fluência a partir da data indicada como de início do cartel, mantendo

²⁷ 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.

²⁸ *Rejeito a preliminar de prescrição da pretensão do direito da parte autora. Fora demonstrado nos autos (fls. 1.035/1.041) a existência de sentença proferida na ação penal de nº. 0004517-95.2009.403.6181. Referido processo possuía como objeto a condenação dos réus por crime contra a ordem econômica. Visto que a sentença foi proferida em 19 de março de 2012 e seu trânsito em julgado ocorreu em 27 de março de 2012 há a inteligência do artigo 200 do Código Civil: "Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva."*

o entendimento de que no caso em questão seria aplicável o óbice à fluência do prazo prescricional previsto no artigo 200 do Código Civil²⁹.

Ambas as decisões dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e de São Paulo ainda não transitaram em julgado, sendo que recurso especial³⁰ interposto em face do acórdão proferido pelo tribunal bandeirante foi admitido e remetido ao Superior Tribunal de Justiça onde, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, aguarda julgamento pela Terceira Turma daquele tribunal.

As decisões ilustram com propriedade a controvérsia de entendimentos acerca do início da fluência do prazo prescricional da pretensão indenizatória, e como a incerteza sobre este prazo pode prejudicar a defesa em juízo do direito da parte prejudicada por um cartel.

Conforme será exposto a seguir, o ordenamento vigente já oferece uma espécie de solução à controvérsia, a partir dos fundamentos do instituto da prescrição esclarecidos em 2.1, embora ainda perdure alguma incerteza jurídica acerca da aplicação dessa solução à espécie. Um acerto jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no âmbito de uma ação de reparação de danos decorrentes de cartel seria capaz de atribuir maior certeza na definição do termo inicial da prescrição em casos análogos.

Além da solução de acordo com as normas vigentes, tramita no Senado Federal projeto de lei que pretende alterar a Lei Antitruste para, entre outras providências, estabelecer expressamente que o prazo prescricional da ação prevista no artigo 47 não flui durante a vigência de inquérito ou processo administrativo no âmbito do CADE. Proposta semelhante de alteração legislativa também está endereçada em minuta de exposição de motivos de resolução do CADE posta em consulta pública em dezembro de 2016.

²⁹ Não há que se falar na incidência da prescrição. A agravante sustenta que no processo administrativo instaurado pelo CADE teria sido apurada formação de cartel com 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 após as apurações realizadas pelo CADE, estaria a indicada ação prescrita. Todavia, esse entendimento não está correto. É certo que, de acordo com o presente recurso, foi proposta a Ação Penal nº 0004517-95.2009.403.6181 pelo Ministério Público Federal contra os representantes da empresa agravante, para apuração de eventual formação de cartel, no que tange à distribuição dos gases medicinais. A ação penal em tela foi proposta no ano de 2009 e julgada extinta no ano de 2012. Em razão disso, e em atenção ao art. 200 do Código Civil, o prazo prescricional para o caso em questão encontrava-se suspenso. Com o julgamento da ação penal e o trânsito em julgado da sentença, ocorridos no ano de 2012, o prazo recomeçou a fluir. Entretanto, com o ajuizamento da ação coletiva pela agravada FEHOSP no ano de 2013, colocou-se um fim na discussão quanto à questão da prescrição. Afasta-se, pois, a arguição de prescrição. (TJSP – Agravo de Instrumento n. 2066435-97.2015.8.26.0000 - Relator: Des. Sergio Alfieri; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 15/09/2015.)

³⁰ STJ – Recurso Especial n. 1.604.870/SP – Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze – Terceira Turma.

2.3. O termo inicial da prescrição da pretensão de reparação de danos

Conforme exposto em 2.1 para que se caracterize a prescrição de uma pretensão, é necessária a cumulação de quatro condições: “(a) existência de uma ação exercitável; (b) inércia do titular da ação pelo seu não-exercício; (c) continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo; (d) ausência de causas preclusivas de seu curso”³¹.

Considerando tais parâmetros, portanto, o início da fluência do prazo prescricional pressupõe a violação do direito e a inércia culpável de seu titular. A configuração da inércia é fundamental, pois não se admite que o titular de direito perca o direito de exercer sua pretensão mesmo na hipótese de impossibilidade jurídica de fazê-lo.

*Entende-se por inércia a inação, a passividade do titular do direito, ante a violação por este sofrida. E como seu dever seria exercitar a ação, para defesa de seu direito, a sua inércia se caracterizaria pela abstenção de exercício da ação. De modo que a inércia só se verifica desde que, violado o direito, seu titular, em vez de pôr imediatamente em movimento a sua ação, para protegê-lo, queda imóvel, inativo, deixando que a violação permaneça. Ela tem, pois, o seu início desde o momento em que a ação deveria ter sido exercitada, e não o foi*³².

Não haverá inércia do titular do direito se ele estiver impedido de exercer sua pretensão, sendo certo que as causas que impedem a fluência do prazo prescricional podem ser tanto de ordem legal (expressamente previstas na lei), ou de ordem fática, admitindo-se que podem existir obstáculos fáticos que impedem o exercício da pretensão, conforme o brocardo *contra non valentem agere non currit praescriptio*³³.

2.3.1. Impedimentos legais à fluência do prazo prescricional

A impossibilidade legal de fluência do prazo prescricional não levanta muitas dúvidas, eis que prevista expressamente nos artigos 197 a 200 do Código Civil. O impedimento legal mais relevante e controverso para a hipótese em análise é aquele previsto no artigo 200 do Código Civil que prevê o impedimento à fluência do prazo prescricional na constância de ação penal que investigue naquela esfera os fatos que geram a pretensão no juízo cível.

A controvérsia acerca da aplicação ou não de tal norma à pretensão de reparação de danos decorrentes de cartel recai no fato de a investigação criminal ser conduzida em face de

³¹ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Op. cit.** p. 20.

³² LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Op. cit.** p. 25.

³³ CAHALI, Yussef Said. **Op. cit.** p. 102.

peças físicas, ao passo que a pretensão indenizatória, em geral, é exercida em face de pessoas jurídicas. Não obstante, é imperioso admitir ser correto o entendimento jurisprudencial de que a existência de processo criminal acerca da prática de cartel impede a fluência do prazo prescricional da pretensão indenizatória decorrente de um cartel.

A distinção entre os réus da ação penal e os réus da ação civil não impede a aplicação da norma do artigo 200, pois a suspensão prevista pretende garantir que os fatos (e não os autores) que originam a ação civil sejam devidamente apurados no juízo criminal de forma a atribuir certeza e segurança sobre a materialidade do fato a ser deduzido como causa de pedir no juízo cível.

Em casos de investigação de cartel, os réus da ação penal são, em geral, funcionários das empresas envolvidas no ilícito concorrencial, e que no exercício de seu ofício, empreenderam as infrações à ordem econômica, em benefício e nome das suas companhias.

As referidas infrações, saliente-se, estão previstas tanto na Lei Antitruste, que prevê as sanções administrativas, quanto na Lei n. 8.137/1990 que prevê as sanções penais para as mesmas condutas e cuja redação, importante frisar, foi definida pela Lei Antitruste.

Os fatos que embasam o processo administrativo do CADE, a ação penal, e a ação indenizatória são os mesmos, sendo indiferente para a aplicação da norma do artigo 200 do Código Civil que nas ações na esfera penal e civil exista identidade de réus, sobretudo se considerado que subsiste a responsabilidade civil das participantes de um cartel pelos atos praticados por seus prepostos, de acordo com a norma do artigo 932, III do Código Civil³⁴, cuja interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça³⁵ é extremamente abrangente, bastando a prestação de serviço sob interesse e comando de outrem.

O que importa para aplicação da norma em referência, portanto, é a apuração na esfera criminal do fato que embasa a pretensão da esfera civil sendo inviável cogitar a fluência de prazo prescricional antes do trânsito em julgado da sentença penal, por ausência de certeza jurídica que pudesse justificá-la.

³⁴ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

³⁵ *A existência de processo criminal, no qual se apura a responsabilidade do motorista da empresa de transporte, é causa impeditiva da prescrição, nos termos do art. 200 do Código Civil: "quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva"* (STJ - EDcl no REsp 1178803/MG, Relator: Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Data de Julgamento: 21/08/2014).

Cumpra esclarecer, ainda, que a possibilidade de a ação civil poder ser ajuizada enquanto pendente o processo penal, não afasta a incidência da norma do artigo 200 do Código Civil, sendo, na verdade, consectário do princípio da independência das instâncias que nada influencia na questão de ordem prescricional endereçada pela referida norma.

Como bem observa CARLOS ROBERTO GONÇALVES, com a norma do artigo 200 do Código Civil:

*criou-se, assim, uma nova causa de suspensão da prescrição, distinta das mencionadas nos arts. 197 a 199. Essa inovação se fazia necessária em razão de o prazo para a prescrição da pretensão de reparação civil ter sido reduzido, no novo diploma, para apenas três anos (art. 206, § 3º, V)*³⁶.

Com efeito, em homenagem à boa-fé, a norma impõe que o fluxo do prazo prescricional da ação civil *ex delicto* não se inicie com a violação do direito subjetivo em si, mas a partir da apuração definitiva do fato no juízo criminal, pois “o ilícito civil é um *minus* em relação ao ilícito penal, de modo que a conduta pode não configurar ilícito penal, mas caracterizar ilícito civil”³⁷.

Em conclusão, se os fatos apurados nas instâncias administrativas e penal – a formação de cartel – são os mesmos os fatos que embasam a pretensão indenizatória, resta configurada a hipótese da norma do artigo 200.

Impende salientar que há diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça³⁸ no sentido de aplicar o impedimento legal do artigo 200 em casos cujos fatos são também apurados na esfera criminal. Também entendeu o STJ, em alguns casos, que o impedimento previsto no artigo 200 do Código Civil incide até mesmo quando apenas aberto o inquérito, não se fazendo necessária a apresentação de uma ação penal.

Quando a ação cível se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva, sendo irrelevante que a respectiva ação penal não tenha sido

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume I: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 525

³⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. Pág. 209.

³⁸ Neste sentido: STJ - REsp 1.135.988/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 17.10.2013; AgRg no AREsp 268.847/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 24.06.2013; AgRg no Ag 1.300.492/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe de 16.08.2010; REsp 1.148.469/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 17.05.2010

*proposta, se houve a abertura de inquérito policial posteriormente arquivado. Inteligência do art. 200 do atual Código Civil*³⁹.

Havendo, portanto, o impedimento de ordem legal à fluência do prazo prescricional, não haverá inércia culpável do titular do direito. De igual forma, pendente impedimento fático, não há que se falar em inércia que habilite a fluência do prazo prescricional.

2.3.2. Impedimentos fáticos à fluência do prazo prescricional

Dos impedimentos fáticos à prescrição, o mais relevante é a ignorância invencível do titular a respeito da lesão de seu direito. Novamente, recorre-se ao princípio do *contra non valentem agere non currit praescriptio* para justificar tal óbice à prescrição. Com efeito, a lei civil demanda certeza jurídica da violação do direito para que se inicie a contagem do prazo prescricional, e norma do artigo 200 do Código Civil, acima elucidada, é um exemplo cabal dessa exigência legal.

Tomando a certeza jurídica como baliza para definir-se o momento de início da inércia do titular e, conseqüentemente, da fluência do prazo prescricional, há de se concluir que nas hipóteses de ignorância do titular acerca da violação de seu direito haverá um impedimento fático à prescrição. Para que se configure a inércia do titular, é necessário que ele disponha de conhecimento dos fatos acerca do dano que lhe foi perpetrado⁴⁰.

Antes que o titular do direito detenha, portanto, ciência inequívoca da lesão ao seu direito, não há se cogitar inércia ou inação de sua parte apta a iniciar a fluência do prazo prescricional, pois, assim como na hipótese do artigo 200 do Código Civil, o ordenamento jurídico demanda, para o exercício da pretensão de reparação civil, que o titular detenha conhecimento da tríade configuradora da responsabilidade civil: ato ilícito, dano e nexo de causalidade.

³⁹ STJ - REsp 920.582/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/09/2008, DJe 24/11/2008. No mesmo sentido: REsp 1180237/MT, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 22/06/2012; REsp 1135988/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 17/10/2013.

⁴⁰ *Não nos parecer 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 a esta, certamente, não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação. Nosso Código Civil, a respeito de diversas ações, determina expressamente o conhecimento do fato, de que se origina a ação, pelo titular, como ponto inicial da prescrição. Exercitar a ação, ignorando a violação que lhe dá origem, é racionalmente impossível, e antijurídico seria responsabilizar o titular por uma inércia que não lhe pode ser imputada* (LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Op. cit.** p. 25.).

A jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros consagra tal tese. O Supremo Tribunal Federal já havia definido que o prazo prescricional da pretensão indenizatória tem início “na data em que os interessados tiveram ciência do ato contra o qual se rebelam”⁴¹. E o Superior Tribunal de Justiça⁴², a partir de 1988, manteve tal entendimento, assentando que “o surgimento da pretensão ressarcitória não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito, mas sim quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da violação e toda a sua extensão, bem como o responsável pelo ilícito”⁴³.

Tal entendimento jurisprudencial consolidado consagra a tese de que não é possível fluir o prazo prescricional sem inércia do titular do direito violado, e que tal inação apenas pode ser presumida com a existência de certeza jurídica acerca da violação do direito. O prazo prescricional, portanto, apenas terá fluência a partir da ciência inequívoca do ato lesivo e toda a sua extensão, sendo certo que a ignorância escusável acerca do ato, constitui impedimento fático à prescrição.

O instituto da prescrição tem por escopo conferir segurança jurídica e estabilidade às relações sociais, apenando, por via transversa, o titular do direito que, por sua exclusiva incúria, deixa de promover oportuna e tempestivamente sua pretensão em juízo. Não se concebe, nessa medida, que o titular do direito subjetivo violado tenha contra si o início, bem como o transcurso do lapso prescricional, em circunstâncias nas quais não detém qualquer possibilidade de exercer sua pretensão, justamente por não se evidenciar, nessa hipótese, qualquer comportamento negligente de sua parte. O surgimento da pretensão ressarcitória não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito, mas sim quando o titular do direito subjetivo 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 correlato direito de ação (pretensão). Compreensão conferida à teoria da actio nata (nascimento da pretensão) que encontra respaldo em boa parte da doutrina nacional e já é admitida em julgados do Superior Tribunal de Justiça, justamente

⁴¹ STF - RE 70896, Relator: Min. Thompson Flores, Segunda Turma, julgado em 24/05/1971.

⁴² Neste sentido: STJ - REsp 1354348/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26/08/2014, DJe 16/09/2014; REsp 1347715/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 04/12/2014; REsp 1400778/SP, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Terceira Turma, julgado em 20/02/2014, DJe 30/05/2014; REsp 781.898/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 01/03/2007, DJ 15/03/2007, p. 270; REsp 1116842/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03/09/2009, DJe 14/10/2009

⁴³ STJ - REsp 1347715/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 04/12/2014

por conferir ao dispositivo legal sob comento (art. 189, CC) interpretação convergente à finalidade do instituto da prescrição⁴⁴.

O precedente acima citado é extremamente relevante, tanto em razão da clareza do acerto de direito nele oferecido, quanto pelo fato de o relator ser o Ministro Marco Aurélio Bellizze que detém atualmente em seu acervo um recurso especial⁴⁵ que trata de prescrição da pretensão indenizatória em ação de reparação de danos decorrentes de cartel. Espera-se, portanto, que por coerência o julgador mantenha seu entendimento naquele recurso.

E na hipótese de danos decorrentes de cartel, a ciência da lesão e toda a sua extensão se dará, na maior parte dos casos, na ocasião em que for proferida decisão pelo Tribunal Administrativo do CADE reconhecendo a existência do cartel e seus efeitos, ou, ainda, a partir da divulgação de acordo de leniência e/ou termo de compromisso de cessação.

Neste ponto, comporta-se uma interpretação sistemática da Lei Antitruste. Com efeito, o artigo 9º, II⁴⁶ da Lei estabelece ser competência do Plenário do Tribunal Administrativo do CADE a decisão sobre a existência de infração à ordem econômica, constituindo, portanto, uma evidente escolha legislativa do CADE como a autoridade de detecção das infrações desta natureza. A autoridade da decisão do CADE em matéria de infrações à ordem econômica é, ainda, confirmada pelo Judiciário, que em revisão das decisões do Conselho, tende a manter o juízo fático realizado pela autoridade administrativa, atendo-se a analisar questões de ordem formal e de validade do ato administrativo⁴⁷.

O artigo 47 da Lei, por sua vez, prevê o direito do prejudicado de ingressar em juízo para obter a cessação da infração e o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos em razão dela. Considerando-se, pois, que cabe ao Plenário do Tribunal decidir sobre a existência da infração, antes de tal decisão não haveria certeza jurídica sobre a violação do direito, não havendo evento apto, portanto, para deflagrar a contagem do prazo prescricional. Tal certeza, repise-se, é confirmada quando analisada a taxa de confirmação das decisões do CADE pelo Judiciário.

⁴⁴ STJ - REsp 1347715/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 04/12/2014

⁴⁵ STJ – Recurso Especial n. 1.604.870/SP – Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze – Terceira Turma.

⁴⁶ Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

⁴⁷ O balanço da Procuradoria Federal Especializada do CADE divulga um êxito de 72% dos casos do CADE levados ao Judiciário.

Ressalte-se, portanto, que antes de uma decisão proferida pelo CADE ou divulgação de acordo não haverá certeza jurídica suficiente acerca da violação do direito de forma a configurar inércia do titular do direito. Não há, assim, coincidência temporal entre a prática do ilícito e o conhecimento de seus elementos que induzem a responsabilidade, constituindo-se, à luz dos precedentes citados, impedimento fático à fluência do prazo prescricional.

Cogita-se, entretanto, a hipótese em que a partir da instauração do processo administrativo e sua devida publicidade, os autos de acesso público contenham provas suficientes a cientificar o lesado da violação de seu direito e da extensão do dano. Seria um caso, por exemplo, em que consta dos autos um acordo escrito com a exata descrição da conduta, partes afetadas e até mesmo a extensão do dano. Em outro exemplo hipotético, a constatação da lesão do direito poderia se dar no mesmo momento de sua ocorrência, como no caso de uma venda casada. Em ambos os casos, pode-se cogitar do início da fluência do prazo prescricional em momento anterior à decisão do Tribunal do CADE, pois naquelas hipóteses o titular o direito teria elementos suficientes a configurar a certeza necessária ao exercício de sua pretensão indenizatória.

Na maioria dos casos de cartel (foco do presente trabalho), entretanto, não existe tal coincidência. O processo é instaurado a partir de uma denúncia, ou delação que é mantida secreta por boa parte da duração do processo administrativo, e as provas circunstanciais angariadas pela autoridade (se disponibilizadas nos autos públicos pela autoridade), são ostensivamente contestadas pelas partes representadas. Neste sentido, por prestígio ao princípio da presunção de inocência, não é possível atribuir certeza jurídica da violação do direito e sua extensão com a mera notícia da investigação ou busca e apreensão realizada pelo CADE. Ainda que a decisão do CADE apenas qualifique o fato, e não seja o fato lesivo em si, a autoridade que lhe é outorgada pelo artigo 9º, II da Lei Antitruste é que atribui à qualificação realizada pela decisão a certeza necessária à dar fluência ao prazo prescricional.

Ao contrário do que rotineiramente é sustentado em sede de defesa em ações de reparação de danos, portanto, admitir que a mera notícia da investigação ou busca e apreensão realizada pelo CADE seja evento apto a dar pleno conhecimento do ato lesivo e seus elementos constitutivos contraria os fundamentos do instituto da prescrição e atenta contra a presunção de inocência que também tutela o processo administrativo.

O fato de a ação privada prevista no artigo 47 da Lei Antitruste poder ser ajuizada independentemente do inquérito ou processo administrativo, consagra a independência das instâncias cível e administrativa, bem como o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Contudo, o ajuizamento da ação antes de uma decisão do Plenário do Tribunal do CADE deve ser tratado como uma faculdade do prejudicado e não uma obrigação. Do contrário estar-se-ia impondo ao litigante o risco e custo processual decorrente da possibilidade de, no curso da ação, o Plenário do Tribunal reconhecer que não houve infração, o que além de prejudicar o objeto da lide privada, imporia ao autor da ação o dever de arcar com todos os custos de sua sucumbência. Tal solução não nos parece justa. A independência das esferas cível e administrativa não pode ser invocada como uma forma de impor o ajuizamento de demandas prematuras. Se o titular da pretensão o fizer, ele deve assumir os riscos processuais de forma livre e consciente, e não de maneira impositiva.

Conforme mencionado, apenas na hipótese de haver, desde a instauração, prova inconteste acerca da violação do direito e sua extensão (ou em casos em que a ciência da lesão é coincidente com sua ocorrência) é que poderia se cogitar no início da fluência do prazo prescricional antes da decisão do Tribunal do CADE.

E nas hipóteses de o CADE não detectar a existência de um cartel, é justo concluir que o prazo prescricional da pretensão indenizatória não tem início, pois estarão ausentes os elementos elementares do instituto: ciência da lesão e inércia culpável. Pode-se criticar tal entendimento, reputando-se que a prova dos elementos de fato muitos anos após a ocorrência do ilícito poderia restar dificultada, o que o instituto da prescrição pretende evitar. Não nos parece justo, entretanto, que a dificuldade de produção de provas seja elemento apto a fulminar uma pretensão que estava impossibilitada de ser exercida em outro momento. Tal dificuldade pode ser apta a desvencilhar o prejudicado do exercício da pretensão, mas jamais impedi-lo de exercitar o seu direito.

As normas vigentes e o entendimento jurisprudencial delas decorrente, portanto, induzem à conclusão de que na grande maioria dos casos de cartel o termo inicial do prazo prescricional da pretensão de reparação de danos dele decorrentes é a ciência inequívoca da lesão e sua extensão, o que, em geral, se dá a partir da decisão condenatória proferida pelo Tribunal do CADE, autoridade competente para decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei. A controvérsia persistente em casos concretos, entretanto, deu azo a propostas de alteração legislativa, conforme exposto a seguir.

2.4. Criação de novo impedimento legal à fluência do prazo prescricional

O Projeto de Lei do Senado n. 283/2016 de autoria do Senador Aécio Neves pretende, mediante uma série de alterações na Lei Antitruste, “estimular o ajuizamento de ações privadas para cessação das infrações bem como ressarcimento dos danos dela decorrentes”⁴⁸.

No que diz respeito ao prazo prescricional, o projeto propõe a criação de um artigo 46-A à Lei Antitruste que prevê expressamente que o prazo prescricional da ação prevista no artigo 47 da lei não terá fluência na pendência de inquérito ou processo administrativo no CADE.

Art. 46-A. Quando a ação de indenização por perdas e danos se originar do direito previsto no art. 47, não correrá a prescrição durante a vigência do inquérito ou processo administrativo no âmbito do CADE.

Conforme consta da exposição de motivos do projeto, a criação deste impedimento legal à fluência do prazo prescricional foi inspirada na norma do artigo 200 do Código Civil e pretende encerrar a controvérsia acerca do termo inicial do prazo.

A inclusão do art. 46-A à Lei n. 12.529/2011 visa encerrar a indefinição acerca do início do termo inicial da pretensão reparatória decorrente da infração à ordem econômica. Inspirado na norma do artigo 200 do Código Civil, o artigo prevê que durante a vigência do inquérito ou processo administrativo do CADE para apuração da infração à ordem econômica não flui o prazo prescricional. O termo inicial do prazo prescricional, portanto, passa a ser a decisão que encerra o processo administrativo, resguardando-se ao prejudicado, portanto, a oportunidade de aguardar o encerramento do processo administrativo e uma decisão da autoridade antitruste para, enfim, exercer sua pretensão indenizatória.

De forma análoga, o CADE também sugere a alteração legislativa para criação de óbice à fluência do prazo prescricional da pretensão de reparação civil durante a vigência do procedimento para apuração da infração à ordem econômica pela Superintendência-Geral do CADE.

Em 07 de dezembro de 2016, o CADE submeteu a consulta pública minuta de resolução que visa regulamentar o procedimento de acesso a documentos provenientes de investigações antitruste (abordado em detalhe em 3.5), bem como fomentar ações de reparação

⁴⁸ BRASIL; SENADO FEDERAL; Projeto de Lei do Senado n. 283/2016; Autor: Senador Aécio Neves (MG). Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392> Acesso em: 10/07/2016.

de danos concorrenciais no Brasil. Para alcançar este último objetivo, uma das propostas sugeridas pelo CADE envolve a alteração da Lei Antitruste visando “sanar incerteza jurídica a respeito do prazo prescricional para o ajuizamento das⁴⁹” ações de reparação de danos.

A proposta sugerida pelo CADE consiste na inclusão de dois parágrafos ao artigo 47 da Lei Antitruste para determinar “a instauração de procedimento para apuração da infração contra à ordem econômica pela Superintendência-Geral do CADE seja considerada fator interruptivo do prazo prescricional para ajuizamento das ações de reparação de danos, e que o termo inicial da prescrição será a ciência inequívoca da infração à ordem econômica”⁵⁰.

Art. 47.....

§1º A instauração de procedimento para apuração da infração contra à ordem econômica pela Superintendência-Geral interrompe o prazo prescricional para ajuizamento das ações de que tratam o caput deste artigo.

§2º O prazo prescricional para a ação do caput deste artigo é contado da ciência inequívoca da infração à ordem econômica.

Segundo a exposição de motivos, a previsão de óbice à fluência do prazo prescricional da ação de reparação de danos durante a apuração da infração no âmbito do CADE estaria alinhada com a experiência internacional, conforme os parâmetros dos direitos norte-americano, europeu e alemão estudados para a elaboração da sugestão de alteração legislativa.

Com efeito, o parágrafo 1º que o CADE sugere seja incluído ao artigo 47 da Lei Antitruste tem finalidade semelhante ao art. 46-A sugerido no Projeto de Lei n. 283/2016: estabelecer de forma expressa que a investigação da infração à ordem econômica no âmbito do CADE constitui um óbice ao transcurso do prazo prescricional da ação civil de reparação de danos decorrentes de tal infração.

Enquanto o Projeto de Lei, entretanto, prevê uma hipótese de impedimento à fluência do prazo prescricional, a proposta do CADE fala em causa de interrupção do prazo prescricional, o que poderia manter a controvérsia atualmente existente. Isto porque, a interrupção do prazo reinicia a contagem do prazo, o que poderia levar à interpretação de que a

⁴⁹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta Pública n. 05/2016**. Exposição de Motivos da Resolução. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg,,> Acesso em 05-02-2017. p. 12.

⁵⁰ *Idem. Ibidem.*

instauração do processo administrativo reiniciaria o prazo de três anos para ajuizamento da ação indenizatória. Tal interpretação, entretanto, não é compatível com o §2º da proposta do CADE que ressalta que a fluência do prazo prescricional apenas teria cabimento a partir da ciência inequívoca do titular do direito acerca da infração à ordem econômica e consequente violação de seu direito

O referido parágrafo, ressalta-se, resta ainda inócuo se considerada a aplicação do óbice previsto no parágrafo anterior, sendo que a norma apenas encontraria aplicação na hipótese de uma conduta não ser investigada no âmbito do CADE. Considerando, contudo, que nesta hipótese a definição de “ciência inequívoca” continuaria a cargo da casuística, a norma prevista no parágrafo 2º não parece afastar a incerteza que hoje existe acerca de qual evento seria apto a atribuir ciência inequívoca ao titular do direito e, por consequência, configurar o termo inicial do prazo prescricional.

Por esta razão, a criação do impedimento à fluência do prazo prescricional do Projeto de Lei nos parece a solução mais apropriada para endereçar a controvérsia atualmente existente. Não obstante, as sugestões de alteração legislativa do projeto de lei e do próprio CADE não endereçam a hipótese de divulgação de acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática ainda durante a vigência do processo administrativo.

Conforme abordado em 2.3.2, a divulgação de um acordo de leniência ou TCC constituiria um evento apto a atribuir certeza jurídica suficiente acerca da violação do direito de forma a configurar inércia do titular do direito. Desta feita, em razão da expressa confissão de participação no ilícito constante de tais instrumentos, sua divulgação constituiria termo inicial para exercício de pretensão indenizatória em face de seu signatário e dos demais participantes citados, considerando que para a homologação do acordo o CADE realiza um juízo acerca da contribuição apresentada pelo signatário que nos parece atribuir a certeza necessária ao exercício da pretensão indenizatória.

O art. 46-A do projeto de lei e o parágrafo 1º do artigo 47 sugerido pelo CADE, entretanto, impediriam a fluência do prazo prescricional nesta hipótese, pois demandam o encerramento do processo administrativo no âmbito do CADE, o que constituiria uma hipótese de impedimento legal mesmo quando presente pretensão e inércia do titular do direito.

Para que não se contrarie os tão caros fundamentos do instituto da prescrição sugere-se no Anexo 3 – Proposta de emenda ao Projeto de Lei do Senado n. 283/2016, uma

proposta de emenda ao projeto de lei que altera a redação do proposto artigo 46-A, para englobar a hipótese de fluência do prazo prescricional no caso de divulgação de acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática:

Art. 46-A. Quando a ação de indenização por perdas e danos se originar do direito previsto no art. 47, não correrá a prescrição durante a vigência do inquérito ou processo administrativo no âmbito do CADE.

Parágrafo único. Na hipótese de divulgação de acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática firmado no âmbito do processo administrativo, a data da divulgação constituirá termo inicial da pretensão de reparação de danos.

Tal redação continua a prestigiar a existência de certeza jurídica e consequente inércia do titular do direito para que se flua o prazo prescricional, enquanto também resguarda os fundamentos ulteriores da prescrição: segurança jurídica e garantia da paz social.

2.5. Protesto interruptivo de prescrição

Enquanto prevalecer a indefinição acerca do termo inicial do prazo prescricional da pretensão indenizatória, seja por ausência de acerto jurisprudencial específico em casos de reparação de danos de cartel, ou por ausência de norma específica sobre a prescrição nestes casos, o titular da pretensão indenizatória poderá, por cautela, se valer do protesto judicial para afastar o risco da prescrição.

Com efeito, o artigo 202, II⁵¹ do Código Civil prevê que o protesto judicial constitui causa de interrupção de prescrição, podendo o prejudicado, portanto, se valer dessa ação específica para interromper o prazo prescricional e afastar a possibilidade de perecimento de sua pretensão indenizatória enquanto coleta os dados necessários para o ajuizamento da demanda.

Não se trata de uma hipótese de atuação jurisdicional, mas sim um processo de jurisdição voluntária em que o juiz apenas atesta os requisitos de admissibilidade do processo e ordena a intimação da parte protestada, sem adentrar no mérito da pretensão cujo prazo prescricional objetiva-se ser interrompido.

⁵¹ 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;

A única verificação que o juiz que despachar a ação de protesto deve realizar é se existente o legítimo interesse⁵² para a realização do protesto. Tal expressão estava contida no artigo 867 do Código de Processo Civil de 1973 e embora não tenha sido repetida no novo Código de Processo Civil nos artigos que regulam esse tipo de procedimento (arts. 726 a 729), a doutrina entende que a verificação do “legítimo interesse” deve continuar a ser realizada, para que o Judiciário não sirva de “instrumento de engodo ou para fim diverso do qual foi projetado”.

Através do levantamento de jurisprudência e ações realizado no âmbito da presente pesquisa, identificou-se 69 ações de protesto interruptivo de prescrição que pretendiam interromper o prazo prescricional de pretensões indenizatórias relacionadas a dois cartéis distintos.

A rigor, o legítimo interesse foi demonstrado nas referidas ações através da prova de investigação ou condenação do cartel no âmbito administrativo, e a prova de existência de relação comercial entre a requerente do protesto e a requerida cartelista.

O Judiciário, via de regra, defere tais pedidos de protesto. Com efeito, dos casos analisados constatou-se apenas uma decisão⁵³ que indeferiu o pedido de protesto. No referido caso, o requerente pretendia a interrupção de prazo prescricional da pretensão indenizatória havida contra o requerido, fabricante norte-americano de tubos de imagem para televisores e monitores (CRT).

O requerente alegou que adquiriu via importações os CRTs do requerido e foi posteriormente surpreendido com a notícia de condenação de um cartel no referido mercado no âmbito da comunidade europeia. Ciente de que havia investigação em curso perante o CADE, mas com receio de que fosse considerado iniciado o prazo prescricional da pretensão indenizatória, o requerente ajuizou a ação de protesto.

A juíza de primeira instância, entretanto, reputou que a jurisdição brasileira não seria competente para julgar a ação indenizatória, e indeferiu a petição inicial. A apelação interposta em face da sentença ainda se encontra pendente de recurso, mas até a presente data

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. v. 3. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 263.

⁵³ Protesto n. 1124215-03.2015.8.26.0100 – 16ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – Requerente: IGB Eletrônica S/A; Requerido: Hitachi America, Inc. Data de publicação: 12/02/2016.

é o único caso em que o protesto interruptivo de pretensão de reparação de danos de cartel foi indeferido.

Trata-se, portanto, de um importante instrumento do qual as partes podem se valer para afastar o risco de prescrição, enquanto não se definir melhor qual evento é capaz de iniciar, com certeza jurídica, a fluência do prazo prescricional. Por interromper a prescrição a partir da intimação do requerido, o protesto não resolve a controvérsia acerca do prazo, e sim atribui um novo período de três anos para o exercício da pretensão indenizatória. Pendente a controvérsia, entretanto, até que seja pacificada a questão pelo judiciário ou alterada a legislação, o protesto interruptivo de prescrição constitui uma boa medida paliativa para se evitar que a pretensão indenizatória seja reputada prescrita.

3. Assimetria de informação

O segundo grande obstáculo ao ajuizamento de ações privadas de ressarcimento de danos decorrentes de cartéis no Brasil diz respeito à capacidade dos prejudicados de produzirem, em juízo, as provas necessárias à demonstração da responsabilidade civil dos cartelistas⁵⁴.

A responsabilidade civil é essencialmente “a imputação do resultado da conduta antijurídica, e implica necessariamente a obrigação de indenizar o mal causado”⁵⁵. Ela está definida no artigo 927⁵⁶ do Código Civil onde encontram-se delimitados os elementos fundamentais à configuração da responsabilidade civil: (i) o ato ilícito; (ii) dano; (iii) nexos de causalidade entre eles e, em casos de responsabilidade subjetiva, (iv) culpa⁵⁷.

O caput do artigo 927 do Código Civil traz expresso como requisitos o ato ilícito e o dano, sendo que de modo implícito pode-se identificar o nexos causal, como terceiro elemento. O texto da lei deixa claro que a obrigação de reparação surge para aquele que pratica o ato ilícito em função do qual é causado o dano. Ou seja, a obrigação não recai sobre qualquer pessoa, mas sim sobre aquele cujo ato está vinculado ao dano. Esse vínculo é o nexos causal. O quarto elemento surge da leitura do parágrafo único do artigo, que ao excetuar alguns casos em que a culpa é dispensável para a caracterização da responsabilidade, reconhece que ela é necessária para todos os demais⁵⁸.

Comungamos do entendimento que a responsabilidade civil concorrencial adota a teoria do risco da atividade⁵⁹, e, a rigor do disposto na norma do artigo 32⁶⁰ da Lei Antitruste, os atos que constituem infração à ordem econômica independem da apuração de culpa para responsabilização dos seus agentes, sendo, portanto, hipótese de responsabilidade civil objetiva.

⁵⁴ CORDOVIL, Leonor, et. al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 137-138.

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Op. cit.** p. 660.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ CASELTA, Daniel Costa. **Op. cit.** p. 117.

⁵⁸ MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28012011-140203/>>. Acesso em: 2015-11-13. p.114.

⁵⁹ MAGGI, Bruno Oliveira. **Op. cit.** p. 175.

⁶⁰ Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

A responsabilização civil do cartelista dependerá da efetiva demonstração da conduta antijurídica, dano e nexo de causalidade entre os dois⁶¹. Apenas mediante a efetiva comprovação desses três elementos é que se configura a responsabilidade civil e, por consequência, o dever de indenizar do cartelista⁶².

Pelas regras tradicionais de distribuição do ônus da prova, cabe ao autor da ação indenizatória a prova do fato constitutivo de seu direito, e ao réu a prova de existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor⁶³. Neste sentido, a prova dos elementos configuradores da responsabilidade civil, a rigor, compete ao autor.

No caso de um cartel, o ato ilícito consiste no acordo firmado entre competidores no sentido de eliminar a concorrência entre eles para, em conjunto, determinarem preços e quantidades, dividir mercado ou fraudar certames⁶⁴. O dano, por sua vez, consiste nos prejuízos materiais e morais decorrentes do ato ilícito⁶⁵.

Enquanto a demonstração da conduta antijurídica na maior parte dos casos tende a seguir as conclusões de fato alcançadas pelo CADE, a comprovação do dano individual demanda a produção de uma série de provas que não são de livre acesso ao titular do direito individual.

Há de se considerar a existência uma evidente assimetria⁶⁶ entre as informações disponíveis ao prejudicado pela prática do cartel, ao cartelista e, em algumas hipóteses, à própria autoridade antitruste. O caráter oculto das práticas anticoncorrenciais, o tempo decorrido entre o início delas e seu desvelamento público, bem como as regras de sigilo de informação no âmbito do processo administrativo do CADE resultam em dificuldade na produção de provas do dano percebido pelos prejudicados e/ou acesso às provas produzidas no

⁶¹ *No caso dos cartéis, tem-se que o ato ilícito é o acordo entre os agentes de mercado, o dano é composto pelas alterações sofridas pelo mercado em razão das decisões do cartel e o efeito (prejuízo) é o pagamento pelos compradores de valor acima do que normalmente seria cobrado pelo bem, além dos demais efeitos relacionados à perda do mercado* (CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. **Revista do IBRAC**. v. 19, n. 21, jan./jul., p. 332-350, 2012.).

⁶² CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. **Revista do IBRAC**. v. 19, n. 21, jan./jul., p. 332-350, 2012.

⁶³ Código de Processo Civil: Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁶⁴ CASELTA, Daniel Costa. **Op. cit.** p. 119.

⁶⁵ CASELTA, Daniel Costa. **Op. cit.** p. 141.

⁶⁶ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 11-31, 2013. p. 26.

âmbito do processo administrativo, prejudicando a defesa dos interesses dos prejudicados no juízo cível.

Com efeito, para que a responsabilidade civil concorrencial desempenhe de forma satisfatória o seu propósito de ressarcimento dos prejuízos sofridos e desestímulo à reiteração de infrações, é necessário que as ações de indenização se revelem como um instrumento efetivo de responsabilização dos cartelistas⁶⁷. Tal efetividade depende do êxito da dilação probatória nas referidas ações, de forma que seja habilitado ao julgador apurar os danos reais e efetivos decorrente da conduta antijurídica e, por consequência, impor o dever de reparação⁶⁸.

Por outro lado, e relativamente às sigilosas provas produzidas no âmbito de acordo de leniência ou TCCs firmados no processo administrativo do CADE, o acesso irrestrito a tais provas pelo prejudicado pode resultar em um prejuízo ao *public enforcement* da lei antitruste. Com efeito, enquanto o acesso e utilização de tais provas facilitaria a comprovação dos elementos da responsabilidade civil, tal possibilidade também tem o condão de aumentar os custos da delação e, por consequência, desincentivar a celebração de acordos em razão do grau de exposição atribuído ao leniente às ações de responsabilidade civil⁶⁹.

A assimetria de informação ainda dificulta que o prejudicado possa averiguar a viabilidade de uma eventual demanda, o que acaba servindo como medida de desestímulo ao ajuizamento de uma ação de reparação de danos.

Neste capítulo, será endereçado o problema do acesso do prejudicado às provas que lhe permitam de forma efetiva comprovar o dano sofrido em razão da atuação do cartel. Serão relatados alguns casos em que tal acesso às provas já foi endereçado pelo Judiciário brasileiro, além de indicar soluções de ordem processual para o obstáculo da assimetria informacional.

Através de entrevistas com autoridades do CADE, buscou-se, também, assimilar o ponto de vista da autoridade no que diz respeito ao acesso das provas do acordo de

⁶⁷ GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. **Revista do IBRAC**. v. 21, n. 26, jul./dez., p. 135-154, 2014.

⁶⁸ Apenas quando se tem provas materiais da infração, tais como atas de reunião, testemunhos de pessoas envolvidas ou documentos assinados é que se pode fixar com certeza o período durante o qual vigorou o cartel; nos demais casos, o aumento dos preços é calculado com base nas alterações de mercado que indiquem um comportamento anormal de seus agentes ou dos preços, comparando-se esse mercado a ele mesmo em algum período no qual seu funcionamento era plenamente competitivo ou a outro mercado similar, não caracterizado, utilizado como referência. (MAGGI, Bruno Oliveira. **Op. cit.** p. 105.).

⁶⁹ MACHADO, Luiza Andrade. Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2, p. 114.132, 2015. p. 117.

leniência/TCC, bem como as expectativas acerca de como a autoridade poderia, em sua atuação, auxiliar os prejudicados no cálculo do dano perpetrado por um cartel. O ponto de vista da autoridade também será abordado através da análise da minuta de resolução do CADE submetida a consulta pública em dezembro de 2016 e que pretende fixar normas e procedimentos para acesso de terceiros a documentos oriundos de acordos de leniência, TCCs e busca e apreensão.

Por fim, são avaliadas as propostas de alteração da Lei Antitruste contidas no Projeto de Lei do Senado n. 283/2016 e que pretendem estabelecer o dever da parte signatária de acordo de leniência/TCC de apresentar documentos que permitam a aferição do dano decorrente da conduta ilícita.

3.1. Métodos de quantificação de danos

Cumpre, preambularmente, esclarecer que não constitui o escopo desta pesquisa a abordagem detalhada dos métodos econométricos de quantificação dos danos materiais decorrentes da atuação de um cartel.

Em geral, a doutrina jurídica nacional⁷⁰ que endereça a questão da prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial se concentra em tentar explicitar os métodos comparativos, métodos de análise financeira das firmas e métodos de simulação utilizados pela ciência econômica para quantificar danos desta natureza.

Conforme bem sintetizado por CASELTA⁷¹, os métodos de simulação utilizam dados de fontes não afetadas pelo cartel para estimar um cenário contrafactual e, assim, comparar tal cenário àquele verificado no mercado cartelizado. Os métodos de análise financeira das firmas, por sua vez, utilizam as demonstrações financeiras das empresas com o objetivo de estimar o sobrepreço. Por fim, os métodos de simulação, ou de adoção de hipóteses sobre estruturas de mercado, estimam o sobrepreço a partir de modelos teóricos de diferentes estruturas de mercado.

Enquanto os esclarecimentos acerca de tais métodos sejam relevantes para aumentar a familiaridade dos operadores do direito com o tema, é certo que a análise

⁷⁰ CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Op. cit.**; GALVANI, Marina Sampaio. **Op. cit.** CASELTA, Daniel Costa. **Op. cit.** REZENDE, Gustavo Madi; KIELBER, Solange; MADI, Maria Fernanda Caporale. Métodos de Mensuração das Indenizações Privadas em Casos de Cartel. **Revista do IBRAC**. ano 18, v. 20, 2011.

⁷¹ CASELTA, Daniel Costa. **Op. cit.** p. 148-151.

aprofundada de cada um dos métodos, bem como a sua adequação para determinar de forma apropriada os danos é tema afeto às ciências econômicas.

Além de nos faltar, portanto, profundidade científica adequada para endereçamento mais profundo dos métodos de quantificação de danos, a abordagem com maior densidade de tal tema no presente trabalho desvirtuaria o endereçamento do real obstáculo imposto ao titular do direito: o acesso às provas que permitam a apuração do dano.

Para a presente análise, e para o próprio julgador em uma ação de reparação de danos, cumpre saber que, na ausência de provas diretas, existem métodos científicos de quantificação de danos⁷² com rigor técnico suficiente para que o dano calculado não seja reputado hipotético. A escolha do melhor método será realizada pelo perito judicial, caso a caso, a partir dos dados que lhe estão disponíveis para realização do cálculo econométrico, importando saber, neste ponto, que os métodos de quantificação de sobrepreço e danos são compatíveis com o direito brasileiro⁷³.

Importante frisar que o juiz é o destinatário das provas produzidas no processo e é livre para apreciá-las e valorá-las conforme seu livre convencimento⁷⁴. Neste sentido, além do juiz fazer o seu próprio juízo acerca das provas diretas produzidas nos autos, a prova pericial econômica que quantificar os danos decorrentes de um cartel deverá ser capaz de convencer o juiz de que suas conclusões são as mais apropriadas para o caso específico, ou seja, deverá estar demonstrado que o cálculo possui razoabilidade⁷⁵, significância estatística apta a atestar o grau de confiabilidade da análise econométrica⁷⁶, o que está intrinsecamente relacionado à quantidade de dados sobre o mercado produzidos nos autos⁷⁷ e analisados pelo *expert*.

⁷² Os métodos de quantificação são distinguidos entre métodos comparativos e métodos de simulação. Os métodos comparativos buscam, mediante análise de dados reais, definir qual seria a situação da vítima não fosse o ilícito concorrencial, para determinação do valor dos danos sofridos. Já os métodos de simulação necessitam de menos dados reais sobre o mercado em análise, em consistem em utilizar modelos econômicos preconcebidos para simular qual seria o comportamento natural de mercado não fosse o ilícito concorrencial.

⁷³ CASELTA, Daniel Costa. **Op. cit.** p. 152.

⁷⁴ Código de Processo Civil: Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

⁷⁵ “Qualquer seja o método adotado, contudo, o cálculo do sobrepreço deve ser baseado em critérios objetivos, sendo imprescindível que haja sólida demonstração da razoabilidade das premissas adotadas, assegurando o contraditório”. (CASELTA, Daniel Costa. **Op. cit.** p. 156).

⁷⁶ “Há uma convenção econômica de que, se a significância for de pelo menos 95%, a análise será suficientemente confiável. Como afirmado pelo guia, esse índice percentual pode ser utilizado pelos tribunais para considerar satisfatória a prova do dano causado pelo ato ilícito concorrencial”. (GALVANI, Marina Sampaio. **Op. Cit.**)

⁷⁷ “A utilização de modelos econômicos pode mostrar-se eficiente para a definição dos danos causados por atos ilícitos concorrenciais, desde que os dados teóricos ou reais nele inseridos sejam de fato bastante próximos da situação do mercado onde ocorreu a infração. Se os pressupostos do modelo se distanciarem muito das características reais do mercado, o seu resultado pode ser distorcido”. (GALVANI, Marina Sampaio. **Op. Cit.**).

Portanto, o real problema da prova do dano nas ações de reparação de danos decorrentes de cartéis não é definir se e quais os métodos de quantificação de danos são ou não apropriados, mas, sim, a garantia de acesso do titular de direito às provas que permitam o cálculo do dano de forma apropriada e com significância estatística, de forma a convencer o magistrado da confiabilidade da análise econométrica a ser realizada em sede de perícia.

3.2. Provas em poder do cartelista

Apesar da produção da prova constitutiva de seu direito caiba ao prejudicado que ajuíza a ação de reparação de danos, em diversas ocasiões tal prova poderá estar na posse do réu cartelista. Embora o prejudicado possa deter a documentação relativa à sua relação contratual com o cartelista, a compreensão exata dos efeitos da conduta ilícita dependerá da análise de outros dados de mercado de posse do cartelista como, por exemplo, notas fiscais de vendas realizadas a outros adquirentes do produto, notas de aquisição de insumos, ou qualquer outro documento que auxilie na identificação do sobrepreço de cartel e quantificação dos danos percebidos pelo prejudicado.

Entretanto, estando tais documentos em posse do réu da ação de indenização, ele pode não estar disposto a produzi-los nos autos, como parte de uma estratégia processual de dificultar a comprovação do direito do autor, ou até mesmo de protelação da lide⁷⁸.

O Código de Processo Civil prevê procedimento de exibição de documentos em seus artigos 396 a 404, podendo o juiz ordenar que a parte exiba o documento que se encontre em seu poder, desde que tenha nexos com a causa subjacente⁷⁹ da lide. Tal pedido de exibição pode ser realizado tanto como incidente da fase de dilação probatória, ou antes do ajuizamento da demanda, como procedimento preparatório.

A rigor, a maior parte dos documentos do cartelista que possam interessar ao prejudicado na comprovação do dano são documentos que o cartelista possui obrigação legal de guarda (como notas fiscais, livros contábeis, por exemplo) e, portanto, não poderia se

⁷⁸ “Deve-se considerar, porém, que o grande volume de dados sobre o mercado necessário a essa combinação pode apresentar consideráveis dificuldades aos tribunais. Isso porque, em que pese a possibilidade de o juiz ordenar à parte que exiba documento que esteja em seu poder, conforme o disposto no art. 355 do CPC (atual art. 396), não pode ser descartada a possibilidade de o infrator da ordem econômica não se mostrar suficientemente proativo no fornecimento desses documentos, como parte de sua estratégia processual”. (GALVANI, Marina Sampaio. **Op. Cit.**).

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 479.

escusar⁸⁰ de exibi-los. Considerando, entretanto, que em geral, e em razão do caráter essencialmente oculto do cartel, há um grande lapso de tempo entre a época em que o ilícito foi praticado e o ajuizamento da demanda, é comum que o cartelista tente se escusar do dever de exibição de documento alegando que ultrapassado o prazo de prescrição de créditos tributários, ele não mais detém a obrigação de guarda de livros e documentos de escrituração comercial e fiscal, a rigor do disposto na norma do parágrafo único do artigo 195⁸¹ do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66).

Uma das ações de reparação de danos de cartel analisadas para o presente estudo ilustra muito bem a forma como o judiciário brasileiro já endereçou essa tentativa de escusa na exibição de documentos por parte de um cartelista.

No caso *Açomax v. Gerdau*⁸², as autoras, distribuidoras de vergalhões de aço supostamente prejudicadas pelo cartel reconhecido e condenado pelo CADE no referido mercado, requereram, durante a fase de dilação probatória, que a Ré Gerdau fosse compelida a exhibir: (i) notas fiscais de transferência dos vergalhões aos seus centros de distribuição, como forma de comprovar discriminação de preços realizada frente a distribuidores independentes como as autoras; e (ii) notas de exportação do mesmo produto, como forma de comprovar a prática de preço cartelizado no mercado brasileiro.

Apesar de o juízo de primeira instância ter acatado o pedido de exibição de documentos formulado pelas autoras, a Ré interpôs agravo de instrumento alegando ser não possuir o dever legal de guarda dos referidos documentos, pois na época do pedido de exibição já havia operado a prescrição tributária dos créditos decorrentes daquelas transações comerciais.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu, por sua vez, que embora na data do pedido de exibição já tivesse operado a prescrição do crédito tributário decorrente das transações relacionadas nas notas cuja exibição foi solicitada pelas Autoras, persistia o dever

⁸⁰ Código de Processo Civil: Art. 399. O juiz não admitirá a recusa se: I - o requerido tiver obrigação legal de exhibir;

⁸¹ Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

⁸² Processo n. 0600850-72.2010.8.13.0145 – 7ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora/MG – Autores: Comercial Mineira de Ferro e Aço Ltda. e Indústria e Comércio de Produtos Siderúrgicos Açomax Ltda. Réu: Gerdau S/A

guarda dos documentos devido ao fato de a Ré já estar ciente de investigação para apuração do ilícito concorrencial antes do advento da indigitada prescrição tributária.

A decisão pontuou que por existir ação ajuizada pela Ré no sentido de anular a decisão do CADE, na qual ela refuta a existência do cartel, seria um contrassenso que ela não mantivesse a guarda sobre tais documentos que comprovariam sua inocência, caso, de fato, não tivesse sido praticado qualquer ilícito⁸³.

A decisão, já transitada em julgada, se mostrou efetiva. Após o decurso do prazo assinalado pelo Tribunal para exibição dos documentos, a Ré apresentou a amostragem de notas requerida pelas autoras da ação, permitindo o prosseguimento da lide, com designação de *expert* para realização de prova pericial.

A incipiência de ações desta natureza, entretanto, resulta em falta de familiaridade dos julgadores com o tema e, conseqüentemente, a proliferação de decisões díspares, o que contribui para um panorama de incerteza acerca do êxito de uma estratégia de dilação probatória a ser adotada neste tipo de ação.

No caso *Mate Couro v. White Martins*⁸⁴, por exemplo, a Mate Couro, fabricantes de refrigerantes, pleiteia indenização por supostos danos percebidos em razão da atuação do cartel de gases industriais, da qual a White Martins teria feito parte. Com o objetivo de comprovar a dinâmica do cartel e danos percebidos, na fase de dilação probatória a Mate Couro requereu exibição de documentos fiscais relativos a clientes atendidos pela White Martins e demais fornecedores de gases industriais.

Tanto o juízo de primeira instância, quanto o Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁸⁵, entretanto, negaram tal pedido de exibição de documentos, por reputar que os documentos não

⁸³ “A análise sumária dos autos, nota-se que no ano 2000, a parte agravante foi notificada pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica, acerca do processo administrativo instaurado para coibir a prática de conduta anticompetitiva, em razão da representação realizada pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo em face da agravante e mais duas Companhias do setor siderúrgico. Assim, não é crível que diante das graves denúncias que vinha sofrendo e do processo que tramita na Justiça Federal para anular a condenação administrativa imposta pelo CADE, a parte agravante iria desfazer de documentos primordiais para apurar tais fatos. Neste sentido, é cediço que compete às partes serem diligentes e guardar os documentos, que poderão ser necessários, até o trânsito em julgado da ação e posterior exaurimento do prazo prescricional”. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0145.10.060085-0/001, Relator: Des. Estevão Lucchesi, 14ª Câmara Cível, julgamento em 13/08/2015.)

⁸⁴ Processo n. 3050070-07.2013.8.13.0024 – 30ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG – Autora: Mate Couro S/A; Ré: White Martins Gases Industriais Ltda.

⁸⁵ “Não há que se falar em determinação para que a agravada exhiba documentos seus e de seus fornecedores, tendo em vista que a produção de provas deve se limitar aos interesses das partes do processo. Ou seja, uma vez que não são relevantes as relações da agravada com suas fornecedoras ao deslinde do feito, já que nem fazem

guardavam relação com o objeto da lide, pois não se relacionavam com as transações comerciais operadas entre as partes no processo.

No caso *FEHOSP v. Cartel dos Gases*⁸⁶, a autora da ação coletiva requereu exibição de documentos buscando comprovar a divisão do mercado nacional de gases medicinais entre as integrantes do cartel, a alocação e repartição de clientes entre elas, assim como a imposição de sobrepreços de cartel. Os documentos cuja exibição foi requerida consistiam na relação de clientes por elas atendidos, no âmbito nacional, dividida por ano, a partir de 1998, contendo os preços praticados para cada cliente e corroborados com três notas fiscais por cliente atendido.

O pedido, entretanto, foi indeferido tanto em primeira instância quanto pelo Tribunal de Justiça de São Paulo⁸⁷ sob o argumento de que caso fosse necessária a análise de tal documentação pelo *expert*, ele poderia solicitar acesso a ela na sede das fabricantes de gases, sem a necessidade de sua apresentação nos autos.

Apesar de ambas decisões ainda não terem transitado em julgado, percebe-se que no caso *Mate Couro v. White Martins* foi adotado um prisma contratualista para a relação controvertida de forma que os documentos de mercado cuja exibição foi requerida foram reputados irrelevantes para o deslinde da controvérsia. Por outro lado, no caso *FEHOSP v. Cartel dos Gases*, mesmo reconhecendo a relevância da documentação, o tribunal considerou que não haveria necessidade de exibição naquele momento, pois o perito nomeado pelo juízo teria a possibilidade de realizar averiguação *in loco* da documentação.

Conforme já ressaltado, a ausência de um entendimento jurisprudencial uníssono sobre a possibilidade de exibição de documentos em ações de reparação de danos decorrentes

parte da relação processual, se mostra acertada a decisão que indeferiu o pedido de exibição de documentos". (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.13.305007-0/002, Relator: Des. Marco Aurelio Ferenzini, 14ª Câmara Cível, julgamento em 30/06/2016.)

⁸⁶ Processo n. 1065317-65.2013.8.26.0100 – 18ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – Autora: FEHOSP – Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de São Paulo; Rés: White Martins Gases Industriais Ltda.; Air Liquide Brasil Ltda.; Linde Gases Ltda.; Air Products Brasil Ltda.; IBG – Indústria Brasileira de Gases Ltda.

⁸⁷ “No que tange à questão da exibição de documentos, por ora não há razão para que os documentos indicados pela agravante venham para os autos. A documentação, se for necessária para a análise da formação de cartel e prática de sobrepreços, poderá ser examinada pelo perito judicial que for nomeado nos autos. O expert do Juízo terá, por força de sua nomeação, acesso à sede de todas as agravadas e a toda documentação que for necessária para a realização da prova pericial econômica. Em razão disso, caso o perito judicial entenda necessário verificar documento que por circunstâncias não tenha sido apresentado, poderá solicitar ao Juízo monocrático que determine às agravadas a apresentação da documentação indicada pelo perito judicial”. (TJSP – Agravo de Instrumento Cível 2074559-69.2015.8.26.0000, Relator: Des. Sergio Alfieri; 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 25/08/2015.).

de cartel contribui para um panorama de incerteza acerca do êxito de uma estratégia de dilação probatória a ser adotada, o que acaba sendo um fator de desestímulo ao ajuizamento de ações.

A solução processual que se propõe para contornar o óbice do acesso à prova será endereçada em 3.4, e se refere ao procedimento de produção antecipada de prova reformulado pelo Novo Código de Processo Civil.

3.3. Provas em poder do CADE

Há, ainda, a possibilidade de as provas que contêm os dados de mercado necessários ao cálculo do dano não estarem em poder dos cartelistas⁸⁸, mas sim da própria autoridade antitruste. Com efeito, pode ser relevante para o autor da demanda indenizatória que obtenha acesso às provas do processo administrativo, como, por exemplo, aquelas obtidas por meio de uma operação de busca e apreensão, mas, sobretudo, as provas angariadas no âmbito de um acordo de leniência ou TCC.

Embora a utilização de prova emprestada de outros processos seja plenamente possível no processo cível, o acesso e utilização das provas detidas pela autoridade de defesa da concorrência, sobretudo aquelas entregues pelo signatário de acordo de leniência ou TCC ainda é um ponto de calorosa discussão⁸⁹.

Com efeito, o acesso a documentos disponibilizados pelos signatários da leniência ou TCC, como, por exemplo, os termos de acordo, o Histórico da Conduta e evidências disponibilizadas para comprovar as alegações do leniente (como correspondência eletrônica, planilhas, etc), seriam de grande valia à ação de indenização a ser ajuizada pelo prejudicado pelo cartel, pois facilitariam a comprovação do ilícito, dos prejuízos dele decorrentes e o nexo de causalidade⁹⁰.

Por outro lado, entretanto, a divulgação de tais documentos pode prejudicar a atratividade do bem-sucedido programa de leniência, pois o acordo firmado com a autoridade antitruste não confere imunidade cível, o que poderia aumentar a possibilidade de o signatário

⁸⁸ GALVANI, Marina Sampaio. **Op. cit.**

⁸⁹ “De um lado, o acesso e a utilização de informações apresentadas por beneficiários da leniência facilita a comprovação da prática de cartel, dos danos por ele causados e de seu nexo de causalidade, elementos essenciais da responsabilidade civil concorrencial, permitindo que prejudicados sejam efetivamente indenizados. De outro lado, essa possibilidade aumenta os custos da delação e poderia desincentivar a celebração de acordos de leniência visto que os possíveis beneficiários passariam a ponderar sua maior exposição a ações de responsabilidade civil”. (MACHADO, Luiza Andrade. **Op. cit.** p. 117.).

⁹⁰ CASELTA, Daniel Costa. **Op. cit.** p. 185.

ser acionado para ressarcir todo o prejuízo do cartel (haja vista a responsabilidade solidária), colocando-o em uma situação mais desvantajosa que os demais integrantes do cartel⁹¹. E este aumento do grau de exposição do signatário de acordo de leniência ou TCC a uma ação cível pode significar uma medida de desestímulo à cooperação, comprometendo a própria utilidade dos acordos como medida de detecção de cartéis.

O evidente conflito de valores⁹² entre o interesse do prejudicado em ter acesso às provas que auxiliariam na evidenciação dos elementos da responsabilidade civil dos cartelistas, e o interesse institucional em preservar o programa de leniência, acaba por gerar um elemento de tensão entre o titular da pretensão reparatória e a autoridade antitruste, e que culmina na atual dificuldade de acesso às provas detidas pela autoridade.

A tensão, contudo, está relacionada à ausência de normas que versem sobre o acesso aos documentos e informações detidas pela autoridade antitruste pelo titular da pretensão indenizatória, em contraponto ao tratamento sigiloso que a Lei Antitruste e o Regimento Interno do CADE dão aos documentos e informações relativos a um acordo de leniência⁹³.

Não há dúvida, entretanto, que a autoridade antitruste reconhece a importância das ações privadas de reparação de danos como instrumento de dissuasão de infrações à ordem econômica. As entrevistas com as autoridades do CADE colhidas no âmbito da presente pesquisa⁹⁴, revelam como o *private enforcement* é entendido como instrumento importante para a política de defesa da concorrência. E a proposta de resolução do CADE colocada em consulta pública após a realização de tais entrevistas e que versa sobre o acesso de terceiros a documentos oriundos de acordos de leniência, TCCs e busca e apreensão chancela tal entendimento.

Perguntado sobre a importância das ações privadas de reparação de danos, o Presidente Interino do CADE ressaltou o caráter complementar das ações cíveis à pena imposta pela autoridade administrativa:

“A ação privada é extremamente importante, porque o CADE usa como pena no caso de cartéis multas que tradicionalmente são aplicadas sobre o faturamento bruto das empresas. Claro que esse é um fator de

⁹¹ CASELTA, Daniel Costa. **Op. cit.** p. 186.

⁹² CASELTA, Daniel Costa. **Op. cit.** p. 185.

⁹³ MACHADO, Luiza Andrade. **Op. cit.** p. 117.

⁹⁴ No dia 25 de agosto de 2016, foram entrevistadas as seguintes autoridades do CADE: (1) o Presidente interino à época, Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior; (2) o Superintendente-Geral, Eduardo Frade Rodrigues; e (3) o Procurador-Chefe, Victor Santos Rufino. O relatório das entrevistas está contido no Anexo 1 deste trabalho.

dissuasão importante. (...) Mas, havendo a possibilidade de as empresas que formam um cartel serem acionadas após o julgamento do cartel no CADE para a reparação de danos, eu acho que isso é um fator adicional de dissuasão, um incentivo a menos para a formação de cartéis”.

O Superintendente-Geral do CADE, ao responder a mesma indagação, ainda pontuou que as sanções impostas pela autoridade poderiam não compreender toda a extensão do dano perpetrado por um cartel, reforçando a importância da ação cível e a necessidade de o CADE incentivar o ajuizamento de tais ações:

“Eu sou a favor das ações de reparação de danos. É uma coisa que seria positivo crescer no Brasil como complementação à política de combate a cartéis, até porque, ao meu ver, as nossas sanções, muito embora sejam altas, elas ainda deixam a desejar no sentido de que, eu acho, que muitas vezes elas não cobrem o dano inteiro causado pelo cartel. (...) eu acho que a nossa sanção deixa a desejar quando você vê o lesado lá na ponta, né? Ou seja, ele não está tendo uma reparação daquilo, talvez ele não esteja recebendo uma quantia suficiente, a nossa sanção não esteja cobrindo isso, então, eu vejo como uma função da autoridade de defesa da concorrência no Brasil, inclusive incentivar ações de reparação de danos”.

Por outro lado, as autoridades também externaram a preocupação em resguardar o programa de leniência e TCC do CADE, e se encontrar um ponto de equilíbrio entre o fomento às ações privadas de indenização e a manutenção da estrutura de incentivos à colaboração do programa de leniência e programa de TCC. Neste sentido, o Superintendente-Geral pontuou:

“A opinião da SG, como de várias outras autoridades, é de que esse incentivo deve ser feito de forma responsável no seguinte sentido: têm que ser resguardados e mantidos os incentivos do programa de leniência e do programa de TCC. E tem que ser mantida a integridade das investigações. Então um pouco da necessidade que se tem neste momento é achar este equilíbrio”.

O Procurador-Chefe do CADE salientou, ainda, a importância do acordo de leniência como deflagrador de investigações de cartel, e ressaltou a postura adotada pela autoridade de refutar a entrega de documentos que instruem a leniência ou TCC como uma forma de mitigar a exposição do signatário:

“No estado das coisas hoje, o grande deflagrador de ações cíveis é a condenação do CADE em investigação de cartel. E o grande deflagrador de investigações é o acordo de leniência. No Brasil hoje não tem um jeito, uma forma clara, legal, formal de diferenciar na esfera cível, como é diferenciado na esfera penal e administrativa, o

sujeito que coopera do sujeito que não coopera. Então eu acho que tem que ter uma preocupação da política, e aí o CADE normalmente tem adotado posturas mais defensivas em relação à entrega de documentos, quando ele está entregando documentos de quem colaborou, para uma ação em que essa pessoa que colaborou vai ficar em uma posição de, não é nem de igualdade, mas de inferioridade com quem não colaborou”.

Percebe-se que a autoridade tem receio de que o acesso indiscriminado e não regulado aos documentos pelos prejudicados pelos cartéis em investigação no CADE, possa comprometer o programa de leniência ressaltado como maior deflagrador das investigações no âmbito do CADE.

Diante da ausência de norma específica que regule o acesso dos prejudicados aos documentos de leniência ou TCC, e, ao mesmo tempo, mitigue um risco de exposição do leniente e signatário do TCC, a tendência é que o CADE busque tutelar o seu programa de leniência impondo restrições ao acesso de terceiros aos documentos angariados no âmbito de acordos.

Com efeito, o Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do CADE consigna expressamente que para garantir a manutenção do Programa de Leniência, a Procuradoria do CADE irá intervir em ação judicial que vise a exibição dos documentos entregues pelo leniente, de forma a resguardar a confidencialidade das informações prestadas pelo leniente⁹⁵.

3.3.1. Acesso judicial a provas em poder da autoridade antitruste

A resistência do CADE em garantir acesso de terceiros aos documentos entregues no âmbito de um acordo de leniência ou TCC acaba remetendo ao judiciário este conflito entre o interesse do prejudicado e o da autoridade antitruste. Dois casos recentes abordam a questão

⁹⁵ “Na hipótese de o material apresentado voluntariamente pelos signatários do Acordo de Leniência ser solicitado por ordem judicial para embasar pretensão indenizatória no âmbito de uma ação de reparação de danos concorrenciais, a ProCADE, via de regra, irá intervir para garantir a manutenção da confidencialidade das informações e documentos apresentados pelo proponente da leniência enquanto a investigação do CADE estiver em curso. (...) Mesmo após o julgamento pelo Tribunal, o CADE envidará seus melhores esforços para a manutenção da confidencialidade dos documentos e informações submetidos voluntariamente pelo beneficiário do Acordo de Leniência que configurarem segredo comercial das empresas. Assim, com relação aos terceiros interessados (por exemplo, clientes e consumidores que se sentirem prejudicados pela infração noticiada), o CADE, via de regra, não confere acesso a informações e aos documentos voluntariamente apresentados no âmbito do Acordo de Leniência para além dos que já constam do voto público do Conselheiro Relator”. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Maio de 2016. Disponível em < http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf> Acesso em 11-11-2016. p. 52.)

da possibilidade de acesso aos documentos relacionados ao acordo de leniência ou TCC, e demonstram um indicativo de como o judiciário endereçará tal conflito de interesses no futuro.

O primeiro caso ocorreu após a divulgação, pela imprensa, do suposto cartel em licitações para aquisições de trens e construções de linhas de metrô no Estado de São Paulo, deflagrado por um acordo de leniência firmado pela empresa Siemens⁹⁶. Com o intuito de instruir ação de reparação de danos, o Estado de São Paulo pleiteou acesso aos documentos do acordo de leniência em diversas ações judiciais em foros distintos.

Inicialmente e em sede de mandado de segurança⁹⁷ interposto em face do CADE, o pedido de acesso em sede liminar foi indeferido, por entender o juízo que ainda que o sigilo aos documentos da leniência previsto no artigo 49 da Lei Antitruste pudesse ser mitigado, essa flexibilização da confidencialidade não poderia ocorrer em sede de juízo liminar, pois possuía caráter satisfativo. Tal decisão foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em juízo monocrático⁹⁸.

O Estado de São Paulo, por sua vez, também solicitou acesso aos documentos encartados em duas ações de busca e apreensão ajuizadas pelo CADE contra empresas investigadas no âmbito do cartel do metrô e que foram fundamentadas com base no próprio acordo de leniência que o Estado buscava acesso.

Tanto o juízo da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo⁹⁹, quanto o da 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo¹⁰⁰, onde tramitavam as ações de busca e apreensão, concederam ao Estado de São Paulo acesso aos documentos dos autos, dentre eles os documentos relacionados ao acordo de leniência. Ambas as decisões reconheceram a existência de sigilo legal sobre os documentos, contudo concluíram que em razão de o próprio CADE ter divulgado em seu *website* notícia com detalhes da investigação, o interesse social sobre a investigação passaria a predominar, sendo de interesse geral, sobretudo do Estado de

⁹⁶ CASELTA, Daniel Costa. **Op. Cit.** p. 192.

⁹⁷ Processo n. 41875-13-65.2013.4.01.3400 – 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal – Impetrante: Estado de São Paulo; Impetrado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

⁹⁸ TRF1 – Agravo de Instrumento Cível 0045454-81.2013.4.01.0000/DF, Relator: Des. Kassio Nunes Marques; 1ª Turma; Data de publicação: 16/08/2013.

⁹⁹ Processo n. 0010939-96.2013.4.03.6100 – 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo/SP – Requerente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; Requerido: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda e outros.

¹⁰⁰ Processo n. 0004196-28.2013.4.03.6114 – 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo/SP – Requerente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; Requerido: MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda.

São Paulo e do Ministério Público do Estado de São Paulo, o acesso e acompanhamento dos termos da leniência e documentos que a instruíram, para aprofundamento das investigações pertinentes e apuração de responsabilidades¹⁰¹.

O segundo caso, ainda mais emblemático para a presente pesquisa, por se tratar de ação privada, ocorreu no âmbito com caso *Electrolux v. Whirlpool*¹⁰². Na referida ação, a Electrolux pleiteia a reparação de danos percebidos em razão da atuação das requeridas no cartel de compressores herméticos para refrigeração. Ciente de que a Whirlpool havia firmado termo de compromisso de cessação de prática perante o CADE, a Electrolux requereu ao juízo da ação indenizatória que oficiasse o CADE para que apresentasse os documentos que instruíram o TCC. O pedido foi indeferido na primeira instância, sendo devolvido ao Tribunal de Justiça de São Paulo em sede de agravo de instrumento.

O agravo de instrumento, por sua vez, foi provido¹⁰³ deferindo-se que fosse oficiado o CADE para que apresentasse nos autos da ação de reparação de danos os documentos que instruíram o TCC, consignando a decisão que por ser o objeto da lide a reparação de danos decorrentes de infrações à ordem econômica, cujo combate cabe ao CADE, é adequada a solicitação de exibição de tais documentos, assegurado o sigilo dos documentos, mediante o trâmite do processo em segredo de justiça.

¹⁰¹ “É evidente que, a partir dessa informação repassada ao público, no que entendo que o CADE prestou contas de suas relevantes atividades -, o interesse social passa a predominar, inclusive em face das obrigações legais do Estado de controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas produzidas por seus órgãos e entidades (lei n. 12.527/2011). Decerto que a sociedade e, mais especificamente, o Estado de São Paulo e o Ministério Público Estadual, por exemplo, têm justificado interesse em ter acesso aos termos do acordo de leniência e demais documentos que acompanharam a petição inicial da medida cautelar, para aprofundamento das investigações e apurações cabíveis por parte dos competentes órgãos estatais. Em caso de eventuais crimes e atos de improbidade, por exemplo, os prazos prescricionais estão em pleno curso e já adiantados senão ultrapassados, justificando a urgência no acesso ao que consta dos autos judiciais”. (Processo n. 0004196-28.2013.4.03.6114 – 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo/SP – Requerente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; Requerido: MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda. Decisão publicada em 13/08/2013).

¹⁰² Processo n. 0116924-71.2012.8.26.0100 – 33ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – Requerente: Electrolux do Brasil S.A.; Requeridos: Whirlpool S.A., Brasmotor S.A, Tecumseh do Brasil Ltda. (Ação tramita em segredo de justiça).

¹⁰³ “Lembre-se que ainda que o escopo das medidas adotadas pelos órgãos integrantes do atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência seja aquele de combate às lesões de ordem difusa, oriundas dos atos de concentração, na medida que se discute, na presente demanda, prejuízos individuais delas supostamente decorrentes, adequada a solicitação dos aludidos documentos para a regular instrução do feito. Se houve ou não confissão das corrés quanto às práticas anticoncorrenciais no bojo dos processos administrativos e seus consectários, tal circunstância somente pode ser avaliada após a remessa e análise, pelo magistrado, dos documentos solicitados. Aliás, a providência de instrução é necessária até para que se possa examinar se são mesmo ‘falsas’ as afirmações da inicial, como alegam as agravadas. De resto, garantido e reiterado o segredo de justiça sobre os presentes autos e seus recursos, nenhum prejuízo ou ameaça ao necessário sigilo dos documentos cuja obtenção é anelada se vislumbra”. (TJSP – Agravo de Instrumento Cível 2034855-20.2013.8.26.0000, Relator: Des. Vito Guglielmi; 6ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 12/02/2014).

As fabricantes de compressores recorreram da decisão do TJSP ao Superior Tribunal de Justiça arguindo que o acordo firmado entre elas e o CADE é sigiloso, além de conter documentos relativos à sua estratégia empresarial e segredos de indústria e de negócios que não poderiam ser compartilhados com a autora da ação indenizatória, sua concorrente.

O relator do recurso no STJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze, não acolheu tais argumentos e confirmou o direito de acesso aos acordos por terceiros prejudicados pelo cartel¹⁰⁴. O Ministro salientou que, embora o sigilo inicial dos acordos tenha papel crucial no incentivo à colaboração por coautores dos cartéis e no sucesso das investigações conduzidas a partir do acordo, tal sigilo não pode ser absoluto e deve permanecer coerente com a razão de sua existência: resguardar o andamento e sucesso das investigações conduzidas pelo CADE.

Neste sentido, o Ministro Bellizze frisou que o sigilo previsto na Lei Antitruste está limitado às propostas de acordo de leniência, sendo que os demais atos e documentos relacionados ao acordo devem ser públicos em observância à regra geral de publicidade dos processos administrativos.

¹⁰⁴ “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DEVER DE COLABORAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ACORDO DE LENIÊNCIA. SIGILO. EXTENSÃO. LIMITES. OPOSIÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Ação de reparação de danos materiais proposta na origem, na qual se pretende a indenização por danos decorrentes de conduta de concerto de preços em mercado relevante, na qual se requereu a juntada de documentos obtidos por meio de acordo de leniência e inquérito policial. 2. No que tange à obtenção de documentos sob guarda de juízo criminal, a posterior apreciação da questão trazida sob a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC e interposição de novo recurso especial resulta na perda superveniente do interesse recursal, prejudicando o julgamento do recurso especial interposto por Electrolux do Brasil S.A. 3. O acordo de leniência é instituto destinado a propiciar a obtenção de provas da prática de condutas anticoncorrenciais, por meio do qual se concede ao coautor signatário benefícios penais e administrativos. 4. Nos termos da legislação, assegura-se o sigilo das propostas de acordo de leniência, as quais, eventualmente rejeitadas, não terão nenhuma divulgação, devendo ser restituídos todos os documentos ao proponente. 5. Aceito e formalizado o acordo de leniência, a extensão do sigilo somente se justificará no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos cujo segredo deverá ser guardado também em tutela da concorrência. 6. Todavia, ainda que estendido o sigilo, não se pode admitir sua protração indefinida no tempo, perdendo sentido sua manutenção após esgotada a fase de apuração da conduta, termo marcado pela apresentação do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo. 7. O dever geral de colaboração para elucidação dos fatos, imposto nos termos do art. 339 do CPC, somente é afastado por meio de regras expressas de exclusão, entre as quais o sigilo profissional calcado na necessidade precípua de manutenção da relação de confiança inerente a determinadas profissões, o que não se afigura razoável na hipótese dos autos em que a relação entre signatários do acordo e a entidade pública se vinculam por meio do exercício do poder de polícia. 8. Nos termos da Lei n. 12.529/11, art. 11, X, compete aos conselheiros do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica prestar informações e fornecer cópias dos autos dos procedimentos administrativos ao Poder Judiciário, quando requeridas para instruir ações judiciais, de modo que eventual sigilo do procedimento administrativo não pode ser oposto ao Poder Judiciário. 9. Recurso especial da Electrolux do Brasil S.A. prejudicado pela perda superveniente de objeto. Recurso especial de Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A. conhecido e não provido. Prejudicada a medida cautelar vinculada ao recurso especial”. (STJ – Recurso Especial n. 1554986/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 05/04/2016)

O relator ainda traçou um paralelo com a Lei de Combate a Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013), que define que o acordo de delação premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia na ação penal¹⁰⁵. Por considerar os acordos de delação premiada e leniência institutos ontologicamente idênticos, o Ministro concluiu que o sigilo do acordo de leniência deve prevalecer apenas durante a fase de apuração da conduta no processo administrativo, encerrando-se com a apresentação do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo do CADE.

O relator ressaltou que o intuito de evitar o livre acesso público ao conteúdo, documentos e informações dos acordos celebrados pelo CADE, além de não contar com amparo legal, mostra-se desproporcional, por impedir terceiros eventualmente lesados de buscar a devida reparação dos danos suportados em decorrência do cartel.

Ao endereçar o argumento da Procuradoria do CADE de que a resistência do CADE em apresentar os documentos tinha a finalidade de não colocar o signatário em posição mais gravosa que os demais investigados, ante ao aumentado grau de exposição à ação de indenização, o Ministro apontou que a lei apenas prevê benefícios ao signatário nas esferas administrativa e penal, não cabendo ao CADE a extensão dessas benesses.

O sigilo do acordo de leniência não pode se protrair no tempo indefinidamente, sob pena de perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao signatário do acordo de leniência favor não assegurado pela lei. A propósito, nesse diapasão, não se sustenta o esclarecimento da Procuradoria Federal que expressamente declina a finalidade da mencionada previsão regimental no sentido de evitar que o signatário tivesse situação mais gravosa que os demais investigados pelo CADE. Esse argumento se mostra extremamente falacioso, porquanto a 'premiação' àquele que adere ao programa de leniência é restrita às esferas administrativas e penais, sem nenhuma menção legal à pretensão cível de eventuais lesados pelas condutas praticadas contra o mercado¹⁰⁶.

Por fim, o Ministro pontuou que o dever de confidencialidade do CADE se exaure no momento em que concluídos os trabalhos de instrução do procedimento administrativo, impondo-se, após, o dever de prestar informações e fornecer documentos ao Poder Judiciário.

¹⁰⁵ Art. 7º. O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto. (...) §3º - O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

¹⁰⁶ STJ – Recurso Especial n. 1554986/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 05/04/2016

Eventual necessidade de atribuição de sigilo de parte dos documentos, como aqueles que guardarem segredos industriais, deverá ser pontualmente analisada pelo juízo competente.

A decisão é relevante, pois além de se tratar de um posicionamento externado pelo Superior Tribunal de Justiça, ela endereça diretamente esse conflito de interesses entre o dever de resguardar o sigilo das investigações, a atuação do CADE no sentido de proteger o programa de leniência e o interesse do prejudicado de reduzir a assimetria informacional e ter acesso aos documentos que podem ser fundamentais para a comprovação da responsabilidade civil do cartelista.

A minuta de resolução do CADE sobre acesso a documentos, abordada em detalhes em 3.5, diverge da solução adotada pelo STJ, por reputar que a divulgação dos documentos após o encerramento da instrução pela Superintendência Geral, poderia prejudicar o andamento do processo, colaborações e investigações conexas. Conforme trataremos no tópico específico, a possibilidade de se postergar para o final do processo administrativo o efetivo acesso aos documentos é viável e garantiria o necessário equilíbrio entre acesso aos documentos e tutela dos programas de leniência e TCC do CADE, desde que devidamente endereçada a questão do início da fluência do prazo prescricional. Ademais, a criação de uma categoria de documentos que jamais poderiam ser compartilhados, não nos parece compatível com a prerrogativa constitucional de publicidade dos atos processuais.

3.3.2. A experiência europeia com acesso de terceiros a documentos de leniência

O conflito de interesses endereçado pelo STJ, também já havia surgido no âmbito da União Europeia no chamado Caso Pfleiderer¹⁰⁷. O referido caso originou-se de uma decisão proferida em 21 de janeiro de 2008 pelo *Bundeskartellamt* que impôs multas de 62 milhões de euros a três fabricantes europeus e cinco indivíduos acusados de acordos colusivos no mercado de papéis de parede. Após a prolação da decisão, a Pfleiderer AG, adquirente direta de papéis de parede, submeteu ao *Bundeskartellamt* um pedido de acesso integral aos autos do processo que impôs as penalidades. A autoridade, entretanto, forneceu apenas a versão de acesso público dos autos que excluía documentos internos e aqueles que haviam sido voluntariamente entregues pelo signatário de acordo de leniência firmado no âmbito do processo.

¹⁰⁷ CAUFFMAN, Caroline. Access to Leniency Related Documents after Pfleiderer. **Maastricht Faculty of Law Working Paper**, n. 2012/3, p. 597-615, 2012.

A Pfleiderer ajuizou ação perante a corte local de Bonn (*Amtsgericht*) contestando a decisão do *Bunderskartellamt* de não conceder acesso integral aos autos do processo. Em 3 de fevereiro de 2009, o *Amtsgericht* proferiu decisão concedendo à Pfleiderer acesso integral aos autos do processo, pois, de acordo com a legislação alemã, ela seria uma parte prejudicada e teria legítimo interesse em obter acesso aos documentos que poderiam ser usados para instruir uma ação civil de reparação de danos.

Por cautela, entretanto, o *Amtsgericht* suspendeu a execução da sua decisão e submeteu à Corte de Justiça Europeia um questionamento a respeito da interpretação da legislação concorrencial da comunidade europeia no sentido de permitir que um terceiro prejudicado pela prática de um cartel pudesse ter acesso a documentos de leniência para instruir a sua ação de reparação de danos.

Em 16 de dezembro de 2010, o Advogado-Geral da Corte de Justiça Europeia proferiu decisão no sentido de que a princípio deve ser negado o acesso a documentos que contenham as declarações de confissão realizadas para fins da leniência, contudo, deve ser garantido aos prejudicados o acesso a outros documentos pré-existentes à leniência e entregues à autoridade. A Corte de Justiça Europeia entendeu que o acesso a tais documentos auxiliaria os prejudicados a comprovarem o ato ilícito, dano e nexos de causalidade no âmbito das ações de reparação de danos¹⁰⁸. A Corte ainda pontuou que na ausência de uma norma da Comunidade Europeia regulando o assunto, caberia aos Estados-membros estabelecer e aplicar normas nacionais sobre o direito de acesso a documentos de leniência por prejudicados pela prática do cartel.

Até o julgamento do caso, em 2011, portanto, a Comissão Europeia também não compartilhava documentos relativos à leniência, como método de diminuir o grau de exposição do signatário e resguardar o seu programa de leniência. A partir da decisão, entretanto, passou-se a discutir o tema da necessidade de articulação entre *public enforcement* e *private enforcement*, e o conflito entre a proteção dos programas de leniência e o direito de reparação de danos dos prejudicados¹⁰⁹. Entretanto, o fato de a decisão ter atribuído aos Estados-membros a solução da questão do acesso aos documentos, causou muita incerteza, pois a solução poderia ser distinta a depender do país onde fosse endereçada a controvérsia.

¹⁰⁸ VANDENBORRE, Ingrid; THOMAS, Soledad Blanco. European Court of Justice provides limited guidance on the disclosure of leniency documents. **European Competition Law Review**, v. 32, n. 10, 2011.

¹⁰⁹ MACHADO, Luiza Andrade. **Op. cit.** p. 118.

Com a finalidade de sanar a incerteza gerada pela decisão proferida no Caso Pfleiderer, o Parlamento Europeu aprovou a Diretiva 2014/104/EU que dispõe regras para tutelar as ações de reparação de danos decorrentes de infrações às normas de direito concorrencial dos Estados-membros e da União Europeia. Em resumo, a Diretiva busca disciplinar questões como “(i) o acesso a elementos de prova; (ii) efeitos das decisões nacionais; (iii) prazos prescricionais; (iv) responsabilidade solidária; (v) defesa baseada no repasse de custos e direito de adquirentes indiretos à reparação; (vi) quantificação de danos; e (vii) meios alternativos de resolução de conflitos”¹¹⁰.

A Diretiva determina que o acesso dos prejudicados às informações e documentos em posse dos réus ou terceiros (como a autoridade antitruste) deve ser assegurado, desde que fundamentado em pedido que demonstre a razoabilidade da pretensão indenizatória. E com relação aos pedidos de acesso a documentos de processo em curso perante a autoridade antitruste, são estabelecidos alguns critérios para deferimento do pedido e compatibilização com compartilhamento de provas com a investigação da autoridade antitruste.

De modo a não prejudicar o andamento das investigações pelas autoridades de defesa da concorrência, a Diretiva estabelece no artigo 6º, item 5, que determinados documentos somente poderão ser disponibilizados após o encerramento das investigações, tais como informações que tenham sido preparadas pelas partes ou terceiros especificamente para o procedimento em curso perante a autoridade concorrencial (por exemplo, defesas e depoimentos escritos de testemunhas) e informações que a autoridade concorrencial tenha redigido e enviado às partes no curso do procedimento (por exemplo, notas técnicas confidenciais contendo resumo dos fatos investigados e das evidências). Essa regra deve ser lida em conjunto com o artigo 10, item 4, da Diretiva, que estabelece que o prazo prescricional do pleito indenizatório deverá ser interrompido ou suspenso na pendência de investigação por parte de autoridade concorrencial. Desse modo, a disponibilização de determinadas informações somente após o encerramento das investigações não acarreta o risco de a pretensão indenizatória prescrever antes que os prejudicados possam ter acesso aos documentos¹¹¹.

Na esteira do exemplo europeu após a decisão do Caso Pfleiderer, a decisão do STJ que garantiu o acesso de prejudicados aos documentos entregues à autoridade pelo signatário de TCC possui o condão de provocar alteração de posicionamento da autoridade antitruste

¹¹⁰ MACHADO, Luiza Andrade. **Op. cit.** p. 119.

¹¹¹ CASELTA, Daniel Costa. **Op. Cit.** p. 188-189.

acerca do acesso a provas, e o surgimento de normas que regulem essa interação entre CADE e terceiros prejudicados por cartéis.

3.3.3. Posicionamento do CADE sobre o acesso judicial a documentos de investigações

As autoridades do CADE entrevistadas nesta pesquisa ressaltaram aspectos positivos do posicionamento do STJ, indicaram alguns pontos que merecem alteração e que foram objeto de embargos de declaração opostos pelo CADE e ainda pendentes de julgamento, e informaram que o CADE editaria resolução, como de fato editou, tratando especificamente do acesso de documentos do processo administrativo por terceiros.

O Superintendente-Geral do CADE indicou que considera importante a definição de parâmetros para descoberta de documentos do CADE, pois visa resguardar os direitos dos prejudicados, e ao mesmo tempo busca resguardar o programa de leniência.

Eu acho positivo o STJ estar dando certos parâmetros para o Discovery de documentos aqui no CADE. Eu acho positivo o cuidado para resguardar os direitos de pessoas que vão mover ações de reparação de danos. E eu achei bem interessante o cuidado, deu para ver que o STJ entendeu a preocupação de que tenha regras para não criar desincentivos ao programa de leniência, TCC, etc. Mas aí tem aquele sopesamento, uma das coisas que ficou é que, ao contrário do nosso regimento que manda que sejam abertos os documentos só ao final do processo, o STJ está ordenando que fosse logo o encerramento aqui na SG.

O Procurador-Chefe do CADE, por sua vez, apontou que a decisão do STJ seria omissa em alguns pontos importantes e que por isso foram opostos embargos de declaração em face dela. Ressaltou, contudo, ser uma decisão importante que evidencia como as ações de reparação de danos estão se desenvolvendo e chegando às instâncias superiores¹¹².

Todas as autoridades entrevistadas informaram que estava sendo editada minuta de resolução sobre o acesso de terceiros aos documentos de leniência. O Superintendente-Geral

¹¹² “A gente entrevistou, fez embargos de declaração porque tem uma certa ambiguidade e algumas omissões importantes. Se esse documento for (compartilhado) qual uso que pode ser dado a ele, entendeu?! Uma série de questões que a gente está levando para o STJ, essa decisão foi tomada em caso que não envolvia o CADE, ainda tem que ver como é que essa execução dessa decisão vai ser feita, o que é toda uma outra história, a gente ainda pode modificar essa decisão, então não é trivial. A gente está produzindo uma disciplina normativa para deixar mais clara cada uma dessas situações, essa disciplina normativa deve sair logo. Então, assim, essa decisão em si, ela não é nem o começo e nem o fim, ela na verdade ela é uma evidência de como esse tema está se desenvolvendo, está chegando às instâncias superiores, está tocando em temas sensíveis, mas ela é um passo da trajetória. Ainda vai ter muita coisa. É um passo importante, um passo relevante, um passo simbólico, mas ainda tem muita água para passar debaixo dessa ponte”.

esclareceu que a minuta estava sendo desenvolvida no âmbito da SG e que partiu de parâmetros internacionais sobre esse tipo de interação entre autoridade e terceiro prejudicado.

Só para contextualizar, a gente, por conta dessa acelerada nas discussões sobre as decisões judiciais, a gente começou a estabelecer uma política mais clara em relação a como auxiliar ou não auxiliar, quais regras daremos quando estivermos envolvidos, ou nossos casos, em ações de reparação de danos. Aqui na Superintendência estamos terminando de fazer uma minuta de resolução para essa interação. Fizemos um benchmark grande que acabou sendo produzido aqui pela unidade de leniências. Ficou um documento muito bom, mostrando como as outras autoridades fazem discovery de documentos e tal interação com reparação de danos e a partir disso estamos propondo uma minuta de resolução que está quase pronta para ser apresentada ao Tribunal.

As entrevistas evidenciaram, portanto, que a decisão do STJ já está gerando efeitos dentro do próprio CADE que pretende traçar normas para compatibilizar a prestígio ao programa de leniência com a interação com os prejudicados por cartéis. Tal pretensão ficou evidenciada em dezembro de 2016 quando o CADE tornou pública a proposta de resolução sobre procedimentos de acesso a documentos provenientes de investigações antitruste através da Consulta Pública n. 05/2016, e que será endereçada em maior grau de detalhe em 3.5.

Ao que os entrevistados indicaram, o regramento criado no âmbito do CADE seguiria os padrões internacionais para: limitar o acesso a determinados tipos de documentos criados exclusivamente para fins do acordo de leniência ou TCC e criar norma regimental que torne obrigatório que a versão pública do voto do Conselheiro Relator seja instruída com as provas utilizadas para a formação de seu convencimento. Neste sentido, indicou o Superintendente Geral:

Eu acho que a gente tenderia bastante a seguir a prática internacional, eu acho que o documento da Europa é um bom guia e, a princípio a ideia seria assim: coisas que a gente não abriria nunca: lá no guia da Europa tem, por exemplo, documentos produzidos a partir do relato das partes que não poderiam ter sido obtidos sem a existência da leniência em si. (...) No caso brasileiro eu acho que seria o histórico da conduta. Por outro lado, e acho que quando sair a minuta de resolução você vai ver, a gente tem que criar algum mecanismo para que as partes tenham acesso às provas principais que embasaram a decisão. Neste sentido, o que a gente está pensando em fazer é criar uma regra que o voto do conselheiro relator, o voto público dele, contenha de forma pública todas as provas utilizadas para o convencimento do Tribunal. Com isso, a parte não teria acesso ao histórico da conduta, mas, assim, o voto do relator vai ter todo o relato do cartel, semelhante ao que teria

no histórico da conduta, a parte relevante, e as provas utilizadas para o convencimento, o que, ao meu ver, seria mais que o suficiente para mover uma ação de reparação de danos, sem, contudo, abrir um documento sensível desta maneira, e que poderia ser utilizado lá fora e assim por diante.

Percebe-se, pois, uma tendência tanto do judiciário quanto do próprio CADE de endereçar o problema da assimetria de informação do prejudicado, buscando tutelar o direito do prejudicado à reparação de danos, mas, ao mesmo tempo, resguardar a bem-sucedida política de leniência e TCC que são, respectivamente, grande deflagrador de investigações de cartel e instrumento de eficiência da investigação e alocação de recursos da autoridade.

Na linha dos precedentes que garantiram acesso a documentos em posse de cartelistas e da própria autoridade, uma solução para o problema da assimetria de informação acaba perpassando pelo pedido judicial de exibição de documentos. E conforme será exposto em 3.4, a seguir, o procedimento de produção antecipada de provas, nos moldes como redesenhado pelo Novo Código de Processo Civil, se revela uma alternativa rápida para acesso à documentação antes mesmo do ajuizamento da ação indenizatória.

Para se compatibilizar, entretanto, o acesso dos prejudicados à documentação de suporte à sua ação indenizatória com a manutenção dos incentivos ao programa de leniência e TCC revela-se necessária alguma alteração legislativa que procure minimizar o grau de exposição do signatário à ação de indenização. A proposta de resolução do CADE abordada em detalhe em 3.5 pretende regular o acesso a documentos e, ao mesmo tempo, tutelar os programas de leniência e TCC.

Assimilando o ponto de vista externado pelas autoridades do CADE, não soa lógico, tampouco justo, que se garanta o franco acesso dos prejudicados aos documentos entregues à autoridade em sede de acordos de leniência e TCC, se tal garantia pode representar uma ameaça à colaboração dos cartelistas com o CADE. Com efeito, o programa de leniência tem sido um grande deflagrador de investigações de cartel, e devem ser garantidas condições para que ele continue a ser essa bem-sucedida ferramenta. *Public enforcement* e *private enforcement* de cartéis devem ser complementares um ao outro, não podendo a tutela de um, prejudicar o outro.

Conforme será exposto em 3.6, esta salvaguarda aos programas de leniência e TCC está, em grande parte, endereçada no Projeto de Lei do Senado n. 283/2016, além da própria minuta de resolução do CADE abordada em detalhe em 3.5, e que também sugere alterações legislativas.

3.4. Produção antecipada de provas

A assimetria de informação do prejudicado pela prática de cartel culmina em dificuldade e demora processual na comprovação e quantificação do dano decorrente do ilícito, o que serve até como uma medida de desincentivo ao ajuizamento de ações desta natureza. Uma alternativa para contornar tal dificuldade seria a utilização do procedimento de produção antecipada de prova, conforme redefinido pelo Novo Código de Processo Civil.

É certo que a incipiência de ações de indenização contra carteis redundam em desconhecimento das vítimas sobre as possibilidades de reparação¹¹³, uma falta de familiaridade do Judiciário com o tema, além da ausência de precedentes que possam ser utilizados como parâmetro para tais casos¹¹⁴. Contudo, a mudança do paradigma processual relativo ao direito à prova, que se consagrou como um direito autônomo, onde não apenas o juiz, mas também as partes são destinatárias da prova, viabiliza a comprovação e quantificação do dano antes mesmo do ajuizamento da ação indenizatória, o que poderá servir de instrumento de verificação de viabilidade de uma demanda e facilitador de sua composição entre as partes¹¹⁵.

Pontue-se que o ajuizamento da ação de produção antecipada de provas pressupõe que o titular tenha conhecimento da violação do seu direito, pois do contrário não saberia sequer qual prova produzir antecipadamente. Neste sentido, cogita-se o ajuizamento da referida ação no momento em que o titular do direito já poderia exercer a pretensão indenizatória, pois do contrário poderia lhe faltar até mesmo interesse de agir para o ajuizamento da referida ação. A utilidade do procedimento, pois, é antecipar uma fase crucial da ação indenizatória, possibilitando a verificação da viabilidade da demanda ou, até mesmo, a composição da lide entre as partes.

3.4.1. A produção antecipada de provas no Novo Código de Processo Civil

¹¹³ CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Op. cit.** p. 332

¹¹⁴ CASELTA, Daniel Costa. **Op. Cit.** p. 226.

¹¹⁵ GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. A produção antecipada de provas em litígios empresariais - reflexões sobre a estratégia. In: Elias Marques de Medeiros Neto; Adalberto Simão Filho. (Org.). **Direito dos Negócios Aplicados**. 1ed. São Paulo: Almedina, 2015, v. 1, p. 255-270

No contexto de um litígio de qualquer espécie, as provas possuem um papel fundamental, por constituírem o “*meio de se chegar à cognição do suporte fático das pretensões litigiosas*”¹¹⁶.

*O processo destina-se a solucionar o conflito (ou a aperfeiçoar um ato, na jurisdição voluntária), mediante a definição das normas jurídicas incidentes no caso. A produção probatória, como elemento adequado para a reconstrução dos fatos pretéritos (etapa imprescindível para se definir quais normas incidiram no caso), é uma importante etapa no exercício da função jurisdicional*¹¹⁷.

Com efeito, grande parte dos litígios privados são solucionados após a apreciação das questões de fato elucidadas pela produção probatória¹¹⁸, não sendo contraproducente que a própria prova anteceda o litígio, como medida de verificação de sua viabilidade ou mesmo de possibilidade de composição.

A evolução da teoria da prova em consonância com a evolução da própria teoria do processo revela que a busca da verdade real¹¹⁹ sucedeu a busca da verdade formal como finalidade do processo e fundamento da sentença¹²⁰. Neste sentido, o processo deixa de ser um mero meio de endereçamento dos litígios, para se revelar como um instrumento de pacificação social. A permissão de livre produção da prova e a demonstração de sua utilidade tanto para a parte e como para o juiz cumpre os desígnios máximos da pacificação social, o que orienta a prestação jurisdicional de forma justa e efetiva.

A substituição da verdade ficta pela verdade real, portanto, é consentânea com o movimento pendular de evolução da teoria geral do processo que atualmente se desloca do extremo formalismo para um processo mais instrumental que privilegia o resultado à forma. A

¹¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real**. Disponível em: < <http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-buscada-verdade-real>>. Acesso em 30-10-2016. p. 3.

¹¹⁷ TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova**. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova>> Acesso em: 2016-07-11.

¹¹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz. **MARINONI, Luiz Guilherme. O processo civil contemporâneo. Curitiba: Juruá**, p. 93-98, 1994.

¹¹⁹ “A adoção plena no processo civil do princípio da verdade real é uma conseqüência natural da modernidade publicística do processo. Assim, a par de não se admitir o princípio dispositivo rígido (...) cada vez mais aumenta a liberdade na investigação da prova, em face da socialização do Direito e da publicização do processo, razão que levou Lessona a afirmar que ‘em matéria de prova todo progresso está justamente em substituir a verdade ficta pela verdade real’”. (PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 199.)

¹²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Op. cit.** p. 8.

evolução cuida da tentativa de se obter um processo justo que, de fato, sirva de instrumento de pacificação social.

Dentro desta perspectiva, a possibilidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil de generalizar a produção antecipada de prova (e conseqüentemente a verdade real) revela-se como uma positiva novidade que quando regularmente utilizada possibilitará (i) a dissuasão da propositura de ações sem fundamento ou com diminutas chances de êxito; e (ii) o estímulo à composição de litígios, reduzindo seu tempo de tramitação.

Ressalta-se que o direito autônomo à prova e a possibilidade de sua produção antecipada, sem o requisito de urgência, já eram defendidos na doutrina antes da alteração legislativa.

Todos têm o direito de ir a juízo para pleitear a busca, a obtenção e a pré-constituição de certa prova, mesmo fora das hipóteses de urgência. Todos, enfim, têm o direito de demandar a antecipação da prova, ainda que não haja perigo. A isso se poderia até mesmo chamar de “direito à prova”, embora pareça preferível, analogamente ao que se passa com a ação, empregar, aqui, a expressão “direito de demandar a prova” ou “direito à administração da prova”¹²¹.

Com efeito, tal teoria foi consagrada pela legislação com inclusão das hipóteses previstas nos incisos II e III do artigo 381 do Novo Código de Processo Civil que confirmam a utilidade da antecipação da prova para além de seu tradicional uso cautelar:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

A medida, portanto, passa a ter a utilidade de instrumento de melhor conhecimento da realidade fática de determinada relação controvertida, e conseqüentemente das chances de êxito de uma eventual demanda principal, possibilitando que as partes tomem uma fundamentada decisão sobre o ajuizamento ou não do processo principal, ou, ainda, decidam

¹²¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.** São Paulo: Malheiros, 2009. p. 320.

compor a lide. Cinde-se, portanto, a tradicional noção de que o único destinatário da prova é o juiz, consagrando-se, ao revés, a compreensão de que a prova tem também as partes¹²² como destinatárias¹²³.

Essas novas utilidades do instituto de produção antecipada de provas que consagram o direito autônomo da parte à prova se revelarão extremamente úteis aos litígios estratégicos, haja vista essa possibilidade de verificação do êxito *ex ante* e estímulo à auto composição. Relativamente às ações privadas para reparação de danos oriundos de cartel, a medida poderá se revelar como alternativa para contornar a falta de familiaridade do judiciário brasileiro com este tipo de demanda, e os demais óbices de ordem processual (dentre eles a dificuldade de acesso a provas e, por consequência, assimetria informacional) que acabam por impor um ritmo lento e incerto a estes litígios o que, em última análise, desestimula seu ajuizamento.

3.4.2. Produção antecipada de provas para comprovação e quantificação de danos de cartel

A rigor, a parte prejudicada pela atuação de um cartel desconhece que lhe foi inculido dano até a revelação do cartel pela autoridade antitruste ou pelo próprio mercado. E mesmo após desvelado o cartel, o prejudicado, via de regra, desconhece a dimensão do dano percebido. Há, portanto, e conforme já exposto neste capítulo, uma evidente assimetria de informações entre as partes envolvidas nesta relação haja vista o caráter oculto do cartel, e a posição “inferior” que o prejudicado ocupa na relação comercial, não possuindo as informações comerciais que possibilitem a verificação do preço que lhe é cobrado.

Não possuindo o prejudicado todos os elementos de formação do preço que lhe é cobrado, ele não consegue, a partir do conhecimento da prática do cartel, estimar todo o dano que percebeu em razão da atuação dos cartelistas. A estimativa do dano, portanto, pressupõe necessariamente de um trabalho de economistas que tentariam apurar a diferença entre o que o

¹²² “O destinatário da prova passa a ser primeiro as partes, depois o julgador. Nesta visão evolutiva do processo e da prova, as partes deixam de direcionar seus esforços exclusivamente ao convencimento do terceiro imparcial. Buscam tentar influir a parte adversa acerca da viabilidade e a própria existência do seu direito, com a intenção de compor, isto é, evitar o litígio, reduzindo o tempo da discussão e, por óbvio, o custo financeiro e emocional do litígio”. (GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. **Op cit.**).

¹²³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 584.

prejudicado desembolsou e o que teria desembolsado em um cenário competitivo, ou seja, não cartelizado.

Os prejuízos seriam calculados pela estimativa da diferença entre o que a parte teria pago “se não fosse” o cartel (o contrafactual). Uma vez que não observamos a situação sem o cartel, alguma forma de estimativa deste contrafactual se faz necessária – e aí a contribuição do economista é fundamental. O economista vai tentar estimar este preço contrafactual (ou preço de referência), sendo aquele que prevaleceria na ausência de cartel – e qual seria a quantidade nesta eventualidade¹²⁴.

No contexto de uma ação de indenização em que não houver prova direta do dano, a comprovação e quantificação dos danos decorrentes de um cartel demandarão, necessariamente, da realização de prova pericial econométrica para (i) aferição do preço contrafactual; e (ii) quantificação do efetivo prejuízo percebido¹²⁵.

Não se pretende, neste trabalho, entrar em detalhes sobre os métodos adotados pelos economistas para aferição do preço contrafactual (embora tal debate seja relevante para esclarecer aos juristas a existência de métodos científicos para estimativa desta natureza). O que importa, entretanto, para o presente debate é que a antecipação de tal prova pericial pode ser extremamente útil para fomentar o ajuizamento de ações dessa natureza e reforçar a política de repressão contra carteis no Brasil.

Atualmente, o desconhecimento do efetivo prejuízo percebido pelo prejudicado é uma medida de desestímulo ao ajuizamento de ações indenizatórias, pois *ab initio* o prejudicado desconhece o potencial ganho que perceberia com o êxito da ação, não lhe sendo possível contrastar tal perspectiva de ganho com o gasto que incorrerá com advogados para o ajuizamento da lide e o desgaste que poderá vir a ter com seu fornecedor durante a longa tramitação do processo.

Dentro da dinâmica do código revogado, a prova pericial apenas é produzida após a fase postulatória e prolação do despacho saneador, onde, em geral são endereçadas diversas

¹²⁴ LUCINDA, Claudio; SEIXAS, Renato. **Prevenção Ótima de Cartéis: O Caso dos Peróxidos no Brasil**. Departamento de Estudos Econômicos – DEE, Brasília: maio de 2016. p. 15.

¹²⁵ “O cálculo para quantificação dos danos materiais causados por condutas anticompetitivas como o cartel, por exemplo, demanda a aplicação de técnicas referenciadas pelas doutrinas americana e europeia, tais como: (i) a da simulação de um ambiente competitivo; (ii) a da análise aprofundada dos registros financeiros das empresas; e (iii) a comparação com diferentes mercados. Ainda que essas técnicas sejam bastante eficientes no cálculo dos danos materiais acarretados por um ilícito antitruste, ainda não é um dos principais problemas enfrentados por nossos tribunais”. (CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Op. cit.** p. 348.).

questões preliminares que, caso submetidas a recurso, poderão impor um atraso ainda maior ao início da fase de dilação probatória¹²⁶.

A antecipação da produção da prova, por sua vez, poderá ter a utilidade de inverter o ônus da demora processual, viabilizando a verificação da extensão do dano antes do próprio ajuizamento da ação indenizatória, possibilitando ao prejudicado avaliar a viabilidade da demanda ou até mesmo buscar um acordo com o cartelista, na melhor acepção da norma do art. 381 do Novo Código de Processo Civil.

É evidente que a viabilização da prova pericial demandará um certo grau de compartilhamento das provas colhidas pelo CADE no seu processo administrativo com o judiciário. E conforme exposto em 3.3, tal tema, já foi parcialmente endereçado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça¹²⁷ que assentou que uma vez concluída a fase de investigação pela sua Superintendência-Geral, o CADE não pode impedir o acesso público ao conteúdo, documentos e informações de acordos celebrados no âmbito da autoridade antitruste. A exibição de documentos poderá se dar, inclusive, no próprio âmbito da ação autônoma em que se pretende a produção antecipada da prova pericial, haja vista a possibilidade de cumulação de pedidos probatórios¹²⁸.

De qualquer modo, a aludida produção antecipada de prova ilustra o direito autônomo da parte prejudicada pelo cartel à prova de seu dano, sem que ela esteja obrigatoriamente vinculada a um provimento declaratório¹²⁹, mas com uma nítida utilidade para contornar um obstáculo que hoje desestimula tal parte a ingressar em juízo.

¹²⁶ Três ações que pretendem o ressarcimento de danos causados pelo cartel dos gases medicinais a hospitais de Minas Gerais (ação n. 7099345-90.2009.8.13.0024 em curso perante a 28ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG); São Paulo (ação n. 1065317-65.2013.8.26.0100 em curso perante a 18ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP) e Rio Grande do Sul (ação n. 0004954-43.2013.8.21.0012 em curso perante a 2ª Vara de Dom Pedrito/RS) ilustram bem tal atraso. Na ação mineira, ajuizada em setembro de 2009, até a presente data não foi realizada a perícia econômica, sendo que ainda pendem no STJ dois recursos que abordam questões preliminares suscitadas na fase postulatória. A ação paulista, por sua vez, a despeito de ser mais recente, também segue com morosidade. Distribuída em setembro de 2013, ela teve a perícia autorizada pelo Tribunal de Justiça em agosto de 2015, porém até a presente data não foi sequer nomeado perito. Por fim, a ação gaúcha, ajuizada em dezembro de 2013, teve a sua tramitação suspensa em fevereiro de 2016 pelo prazo de um ano, para aguardar o resultado das ações anulatórias ajuizadas em face da decisão do CADE que condenou o indigitado cartel.

¹²⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1554986/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 05/04/2016.

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 318.

¹²⁹ GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. **Op cit.**

3.4.3. Viabilidade da produção antecipada de prova como instrumento de superação da assimetria de informação

A evolução da teoria do processo evidencia o direito autônomo da parte à prova, sendo ela, portanto, também destinatária da prova no processo. Tal direito autônomo, já debatido pela doutrina processual, foi consagrado pelo Novo Código de Processo Civil ao expressamente permitir a utilização do expediente de produção antecipada de prova para além da tradicional medida cautelar.

A busca pela verdade real pauta o processo civil moderno que coloca em segundo plano acepções formalistas para privilegiar a efetividade e, sobretudo, sua consagração com um processo justo. A produção probatória é uma etapa importantíssima para reconstituição dos fatos controvertidos e, conseqüentemente, definição do resultado da demanda. Neste sentido, a antecipação da prova permite que a parte realize a aferição de viabilidade da demanda, bem como da tentativa de conciliação.

A produção de prova pericial econômica é fundamental para aferição do prejuízo percebido pelo prejudicado pela atuação de cartel. A falta de conhecimento deste dano serve como medida de desestímulo ao ajuizamento de ações dessa natureza, pois a parte não consegue medir se o êxito da ação será superior ao gasto para patrocínio da causa e desgaste do seu relacionamento com fornecedor no curso de uma longa lide.

Como consequência da incipiência do *enforcement* privado de cartéis, conta-se que o *public enforcement* realizado pelo CADE não é suficiente para dissuadir os agentes econômicos das infrações à ordem econômica, sendo necessário aumentar o valor do prejuízo percebido pela empresa que se envolve no cartel.

Neste sentido, o instituto da produção antecipada de prova, como redefinido pelo Novo Código de Processo Civil, ao viabilizar a produção da prova do dano antes mesmo do ajuizamento da ação indenizatória, pode se revelar como uma medida de estímulo tanto ao *private enforcement* e à própria composição de litígios dessa natureza.

E considerando-se os precedentes que admitiram a exibição de documentos de posse do cartelista, ou até mesmo de posse do CADE, vislumbra-se que a utilização de tal expediente pelo prejudicado pelo cartel tem grandes chances de se revelar como instrumento importantíssimo para mitigar a assimetria de informações que possui e angariar as provas necessárias à comprovação da responsabilidade civil dos cartelistas.

O acesso a provas, entretanto, não pode prejudicar os programas de leniência e TCC do CADE, fundamentais à política de defesa da concorrência desempenhada pela autoridade. Neste sentido, a minuta de resolução do CADE e o próprio Projeto de Lei do Senado n. 283/2016 busca manter a estrutura de incentivos à colaboração, e, ao mesmo tempo, tutelar o direito de acesso a documentos pelo prejudicado.

3.5. Resolução do CADE sobre acesso a documentos oriundos de acordo de leniência, TCC e busca e apreensão

Em 07 de dezembro de 2016, o CADE submeteu à consulta pública minuta de resolução que pretende estabelecer regras para acesso de terceiros à documentos e informações provenientes de acordos de leniência, Termos de Compromisso de Cessação (TCC) e de operações de busca e apreensão no âmbito do CADE.

Na exposição de motivos da resolução¹³⁰, o CADE reconhece o acordo de leniência e TCC como os pilares da persecução pública a condutas anticompetitivas no Brasil, e que o crescimento da persecução privada de modo contundente no exterior e incidental no Brasil torna imperiosa a articulação entre ambas modalidades de persecução. A Nota Técnica da Superintendência-Geral elaborada como subsídio teórico à resolução também reforça a necessidade de se regular a interação de *private* e *public enforcement*¹³¹.

O CADE também destacou que a iniciativa da minuta de resolução vem na esteira da recente decisão do STJ no REsp n. 1554986/SP, que limitou o sigilo dos acordos firmados no âmbito do CADE e determinou a disponibilização de documentos e informações logo após o fim da instrução do processo e, portanto, antes da decisão final do CADE. A decisão do STJ

¹³⁰ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Consulta Pública n. 05/2016. Exposição de Motivos da Resolução. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpL Bdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg,,> Acesso em 05-02-2017.

¹³¹ “Embora o *private enforcement* possa auxiliar na promoção da política de defesa da concorrência, reconhece-se que a tendência crescente de ajuizamento de ARDC traz desafios aos programas de colaboração das autoridades antitruste no mundo e no Brasil, em especial aos Programas de Leniência. Por um lado, regras que favoreçam excessivamente o *private enforcement* podem prejudicar o *public enforcement*. Por outro, regras que sejam excessivamente restritivas às ARDC podem inviabilizar o ressarcimento da parte lesada pela infração à ordem econômica e inviabilizar parte significativa da função dissuasória do *enforcement antitruste*. Assim, busca-se avaliar em que medida os incentivos para que um participante de um cartel coopere no âmbito de um Acordo de Leniência podem ser reduzidos se tal cooperação o expor excessivamente ao impacto financeiro das ARDC”. (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica n. 24/2016/Chefia Gab-SG/SG/CADE. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj_4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg,,> Acesso em 05-02-2017)

vai de encontro à postura até então adotada pelo CADE, no sentido de não tornar públicos os acordos de leniência, termos de compromisso de cessação e documentos a eles relacionados, antes do julgamento do caso, e por isso é objeto de recurso interposto pelo próprio CADE no âmbito do STJ, conforme revelado pela autoridade nas entrevistas abordadas em 3.3.

Na visão do CADE elucidada na nota técnica e exposição de motivos da minuta de resolução, o acesso indiscriminado a esse material colocaria em risco as investigações e o próprio programa de leniência. E para tutelar, portanto, esses dois pilares da sua atuação, o CADE propôs a minuta de resolução que, embora se diga destinada a fomentar ações de reparação de danos concorrenciais no Brasil, tem como objetivo principal a limitação dos tipos de documentos que possam ser compartilhados com terceiros, bem como o estabelecimento do momento processual em que tal compartilhamento poderá ser realizado.

Ao enunciar a regra de publicidade dos documentos das investigações em seu artigo 1º¹³², a norma traz diversas exceções à regra de publicidade o que evidencia que a maioria dos documentos das investigações deve permanecer, na visão do CADE, com tratamento restrito.

O artigo 3º da resolução prevê a divulgação dos materiais de acesso restrito nas seguintes hipóteses: (i) expressa determinação legal; (ii) decisão judicial específica; (iii) autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC, com a anuência do Cade, sem que haja prejuízo à investigação; ou (iv) cooperação jurídica internacional.

O momento do compartilhamento de documentos é endereçado pela minuta de resolução com o objetivo de evitar o compartilhamento prematuro de documentos e, com isso, prejudicar investigações conexas que porventura estejam em andamento. Neste sentido, e diferentemente da decisão do STJ, as novas regras preveem o acesso por fase do processo administrativo e determinam que (1) na fase de negociação e celebração do acordo os documentos serão sempre sigilosos; (2) na fase de instrução apenas as versões públicas das notas técnicas proferidas pela Superintendência Geral do CADE serão disponibilizadas; e (3) após decisão final, os documentos passíveis de compartilhamento serão juntados em apartado

¹³² Art. 1º Serão públicos os documentos e informações oriundos de Acordo de Leniência, Termos de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão que não se enquadrem nas restrições previstas nos arts. 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011, nos arts. 22 e 23, VIII da Lei nº 12.527, de 2011, nos arts. 5º, §2º e 6º, I do Decreto nº 7.724, de 2012, nos arts. 52 a 55 e 179 a 210 do Regimento Interno do Cade, e nas decisões judiciais específicas, conforme fase processual da investigação no Cade, nos termos da Seção II desta Resolução.

restrito específico para este fim, cabendo ao CADE a avaliação dos requerimentos de acesso apresentados por terceiro.

A exposição de motivos da resolução justifica a manutenção do sigilo durante todas as fases do processo administrativo como medida de resguardar tanto a própria investigação quanto outras que possam dela surgir:

Essa manutenção da confidencialidade é justificável pois ainda há investigação em curso quando o Processo Administrativo se encontra em fase de instrução e, portanto, pendente de julgamento pelo Tribunal do Cade. Ademais, existe a possibilidade de que, concomitantemente ao Processo Administrativo original encaminhado ao Tribunal do Cade, ainda estejam em instrução na Superintendência-Geral outros Processos Administrativos subsequentes (i.e., os processos “filhotes”, tais como aqueles instaurados para investigar pessoas físicas estrangeiras de difícil notificação internacional). Logo, permitir a divulgação dessas informações antes do julgamento final pelo Plenário pode prejudicar as investigações conexas que se encontram em curso na Superintendência-Geral¹³³.

Para garantir que o compartilhamento do material seja realizado na fase processual que reputa mais apropriada, a resolução atribui à Procuradoria do CADE a possibilidade de intervir em ações judiciais que discutam o acesso a esses documentos e informações, bem como requerer a suspensão de medidas judiciais e extrajudiciais que possam comprometer acordos e investigações. Para auxiliar a Procuradoria na identificação de tais ações, a resolução obriga os signatários de acordos a informar o CADE da existência de quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais, no Brasil ou no exterior, que discutam o acesso a documentos oriundos de acordos firmados com o CADE.

Apesar da norma prever que, após a decisão final, o CADE poderá tornar públicos os documentos e informações considerados relevantes, isso não significa que eles serão compartilhados de forma ampla e irrestrita. Seguindo o exemplo da *Diretiva Sobre Ações de Ressarcimento de Danos Concorrenciais da União Europeia*, o CADE propõe que, mesmo após a decisão final do Tribunal no processo administrativo, alguns documentos e informações

¹³³ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta Pública n. 05/2016**. Exposição de Motivos da Resolução. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg,,> Acesso em 05-02-2017.

nunca poderão ser compartilhados com terceiros em razão dos riscos às atividades de inteligência, efetividade de investigações e atratividade dos programas de acordos do CADE.

Dentre os elementos que o CADE propõe manter em sigilo estão: (i) relatórios com histórico da conduta e seus aditivos; (ii) propostas de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessação; (iii) documentos e informações relacionados a estratégia empresarial e segredos de indústria e negócios; e (iv) documentos e informações protegidos por sigilo legal, como dados fiscais e bancários¹³⁴.

Segundo a exposição de motivos da resolução, a proteção à confidencialidade de tais documentos tem como objetivo impedir que o beneficiário da leniência ou TCC se encontre em uma posição de desvantagem em um potencial litígio civil, quando comparado com os demais coautores da conduta que não colaboraram com a autoridade.

A proteção da confidencialidade destes documentos e informações específicos supramencionados, mesmo após o julgamento do caso pelo Plenário do Tribunal do Cade, está em consonância com a experiência internacional. Cita-se, por exemplo, a Diretiva 2014 da União Europeia, que expressamente define que os documentos da “black list”, não podem nunca e em nenhuma hipótese serem disponibilizados, nem por ordem judicial.¹³ Se, do contrário, fosse dado acesso a todos os documentos apresentados pelo signatário do Acordo de Leniência e dos compromissários dos TCC, novamente aqueles que colaboraram com o Cade seriam mais prejudicados comparativamente aos demais coautores da conduta anticompetitiva¹³⁵.

Os documentos que eventualmente não se enquadrem nessas categorias, tais como provas da época da infração, como, por exemplo, uma troca de e-mails que ateste um ajuste

¹³⁴ Art. 13. (...) Parágrafo único. Serão mantidos como de acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade, e não poderão ser disponibilizados a terceiros em razão do risco à condução de negociações (art. 23, II da Lei nº 12.527/2011), às atividades de inteligência (art. 23, VIII da Lei nº 12.527/2011), e à efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade: I – o Histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do Cade com base em documentos e informações de caráter auto-incriminatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC, que não poderiam ter sido obtidos de qualquer outro modo senão por meio da colaboração no âmbito dos Programas de Leniência e de TCC; e/ou II – os documentos e informações: a) que se enquadrem nas restrições previstas nos arts. 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011; b) que constituam segredo industrial (art. 22 da Lei nº 12.527/2011); c) relativos à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724/2012); d) que constituam hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça (art. 6º, inciso I do Decreto nº 7.724/2012); e) que constituam hipóteses previstas nos arts. 52 a 54 do Regimento Interno do Cade.

¹³⁵ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta Pública n. 05/2016**. Exposição de Motivos da Resolução. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg,,> Acesso em 05-02-2017.

entre concorrentes, poderão, em tese, ser acessados por terceiros, porém apenas após a decisão final do CADE no processo administrativo e sua deliberação sobre a viabilidade do requerimento de acesso à prova.

Por fim, e com o intuito de fomentar a persecução privada a condutas anticompetitivas no Brasil, a resolução estabelece que os terceiros que pretendam obter provas para subsidiar o ajuizamento de ações de reparação de danos concorrenciais terão acesso prioritário aos documentos e informações de acesso restrito. E sem descuidar do possível impacto que ações de reparação podem ter sobre os incentivos para celebração de termos de compromisso de cessação, e buscando incentivar a adoção de instrumentos consensuais de resolução de conflitos, a proposta de resolução autoriza o CADE a conceder redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa imposta aos participantes da infração concorrencial que comprovarem o ressarcimento extrajudicial ou judicial do dano causado a terceiros decorrente de sua conduta.

O CADE também defende alterações na Lei de Defesa da Concorrência com vistas a esclarecer e pacificar temas centrais e polêmicos das ações de reparação. Na primeira proposta de alteração da lei, já abordada em 2.4, o CADE buscar estabelecer uma norma específica de prescrição para ações de reparação de danos concorrenciais, definindo que o prazo prescricional só começaria a fluir com a ciência inequívoca da infração e que ele seria interrompido pela instauração de investigação pelo CADE.

A segunda alteração legislativa sugerida pelo CADE busca reduzir o grau de exposição do signatário da leniência às ações de reparação de danos e evitar que ele fique numa posição mais desvantajosa que as demais partes que não colaboraram com a autoridade. Nesse sentido, o novo texto da lei definiria que (i) o signatário da leniência não responde solidariamente pelos danos decorrentes da infração noticiada em seu acordo, mas apenas pelos danos efetivamente causados aos seus consumidores e fornecedores; e (ii) que ao signatário não se aplica a repetição de indébito por valor em dobro prevista no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Considerando-se o rigor com que trata o acesso de terceiros a documentos e informações provenientes de acordos de leniência, TCCs e de operações de busca e apreensão, conclui-se que a resolução, apesar de indicar como seu objetivo o fomento às ações privadas de reparação de danos concorrenciais e criar harmonia entre persecução pública e privada das

infrações à ordem econômica, visa claramente proteger o bem-sucedido programa de leniência e TCC do CADE.

O fomento às ações privadas de reparação de danos, por sua vez, depende intrinsecamente de alterações legislativas voltadas a atribuir maior previsibilidade à questão da prescrição das ações, e menor exposição ao signatário da leniência, o que, entretanto, foge o escopo da resolução, e da própria atuação do CADE.

De forma isolada, portanto, as regras propostas possuem pequeno impacto sobre a persecução privadas das infrações à ordem econômica no Brasil. As alterações legislativas sugeridas na exposição de motivos da resolução, por sua vez, estão alinhadas com o Projeto de Lei do Senado n. 283/2016, abordado em 3.6, em tramitação no Congresso e que, provavelmente, será o foro legislativo onde serão endereçadas tais discussões.

No que diz respeito às normas da resolução que pretendem restringir o acesso aos documentos das investigações e, até mesmo, criar um sigilo perpétuo à determinada classe de documentos e informações, caso aprovadas, elas poderão vir de encontro às normas constitucionais e de leis ordinárias ora em vigor.

Ainda que a regra que pretende postergar para o final do processo administrativo o acesso aos documentos das investigações seja compatível com a necessidade de um equilíbrio entre ações privadas e a tutela aos programas de leniência e TCC do CADE, a criação de uma classe de documentos que jamais poderia ser compartilhada, não parece ser compatível com as demais normas vigentes no ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, a atuação do CADE deve se pautar pela regra constitucional de publicidade processual e, à míngua de uma lei específica, o procedimento de acesso à informação é aquele previsto na Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

O artigo 5º, LX prevê a regra geral de publicidade processual, salvo quando a defesa da intimidade ou o interesse social exigirem o contrário. O inciso XXXIII, por sua vez, prevê o direito fundamental de todos de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. A publicidade, portanto, é a regra geral que deve pautar a condução de um processo e a atuação da administração, sendo um fundamento do Estado Democrático de Direito, pois serve (i) à fiscalização pelo público dos atos

processuais/administrativo, de forma a evitar abusos, maledicências e suspeitas; e (ii) cumpre função educativa pela divulgação de ideias, incentivo ao interesse pela aplicação das leis e elevação da confiança do administrado na Administração.

A resolução, ao pretender disciplinar o procedimento de acesso aos documentos e às informações oriundas de acordo de leniência, TCCs e busca e apreensão, subverte a regra geral de publicidade, enumerando uma série de documentos que reputa de acesso restrito e que, conforme previsão do artigo 13, parágrafo único, serão assim mantidos, mesmo após a decisão final do Plenário do Tribunal do CADE.

Sem embargo à necessária tutela aos Programas de Leniência e TCC do CADE, pilares fundamentais à repercussão pública de infrações à ordem econômica no Brasil (e que restariam devidamente resguardados com a regra que posterga para o final do processo administrativo o momento de compartilhamento de documentos), a criação de uma vedação absoluta de acesso à documentos e, ainda, protrair indefinidamente o sigilo no tempo não é compatível com a regra geral de publicidade, além de contrariar a própria Lei de Acesso à Informação utilizada pela resolução para justificar a vedação absoluta de acesso à determinados documentos e informações.

Ao enumerar os documentos e informações que não serão compartilhados mesmo após a decisão final do Tribunal do CADE, o parágrafo único do artigo 13 da minuta de resolução se vale dos incisos II e VIII do artigo 23¹³⁶ da Lei de Acesso à Informação como fundamentos legais à tal vedação ao compartilhamento. O artigo 23 da Lei de Acesso à Informação, por sua vez, enumera as informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e que, portanto, poderão ser passíveis de classificação, ou seja, mantidas em sigilo. Neste artigo, portanto, o legislador visou tutelar as informações que garantam a segurança do aparelho estatal como um todo, e em qualquer das hipóteses nele previstas, o artigo 24¹³⁷ da lei prevê que a informação deverá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou

¹³⁶ Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: (...) II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; (...)VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

¹³⁷ Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada. § 1º Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no **caput**, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes: I - ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos; II - secreta: 15 (quinze) anos; e III - reservada: 5 (cinco) anos.

reservada, e cujos prazos máximos de restrição de acesso à informação variarão entre 25, 15 e 5 anos, respectivamente.

A Resolução, em sentido oposto, cria uma hipótese de manutenção de acesso restrito mesmo após a decisão final do Plenário, sem atribuir um prazo para que tais documentos sejam tornados públicos. A protração de tal sigilo no tempo subverte a lógica constitucional, bem como o procedimento previsto na Lei de Acesso à Informação, razão pela qual a Resolução proposta, na forma como redigida, pode ser reputada ilegal e seu conteúdo esvaziado, contribuindo para a criação de incerteza jurídica quanto ao tema por ela endereçado.

Para garantir que a legalidade do regramento proposto e, por consequência, da tutela aos programas de leniência e TCC do CADE, o ideal é que tais normas fossem introduzidas ao ordenamento por força de processo legislativo, e não por meio de resolução. E, ainda assim, questiona-se se a integralidade das normas propostas seria compatível com o ordenamento jurídico.

Enquanto a vinculação do compartilhamento de documentos à fase em que se encontra o processo administrativo seja coerente no sentido de resguardar o sigilo das investigações em curso no CADE, a criação de uma classe de documentos e informações que jamais poderá ser compartilhada com terceiros, não parece ser compatível com a regra geral de publicidade prevista na Constituição.

Se até os documentos e informações considerados imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado são passíveis de classificação apenas por um determinado período de tempo, não nos parece razoável que documentos de investigação do CADE estejam sujeitos a um sigilo infinito.

A atratividade do programa de leniência e TCC do CADE deve ser mantida a partir da criação de medidas de incentivo à colaboração que sejam compatíveis com o ordenamento jurídico. Considerando que o acordo firmado no âmbito do CADE possui reflexos nas esferas administrativa e penal, porém não na esfera cível, uma norma que, em última análise, crie um obstáculo à comprovação em juízo da responsabilidade civil do beneficiário da leniência ou compromissário no TCC parece extrapolar os limites de atuação do CADE, criando uma imunidade não prevista em lei.

O Projeto de Lei do Senado n. 283/2016 (assim como as alterações legislativas propostas na exposição de motivos da resolução do CADE) busca criar incentivos à colaboração, abordados em maior detalhe em 3.6 e 4.2, que limitam a responsabilidade civil da parte que colabora com a autoridade sem criar embaraços, entretanto, à efetiva comprovação de tal responsabilidade em juízo.

3.6. Tutela legislativa ao programa de leniência e TCC

Ante a possibilidade de acesso às provas em poder do CADE inaugurada pelo precedente do STJ no Recurso Especial n. 1.554.986/SP e a perspectiva de aumento das ações de reparação de danos decorrente da diminuição da assimetria de informações, surge a necessidade de criação normas que mantenham a estrutura de incentivos à colaboração do cartelista com a autoridade antitruste através do programa de leniência e TCC.

Esta foi uma preocupação externada pelas autoridades nas entrevistas conduzidas no âmbito dessa pesquisa, e que se revela como o fator gerador de tensão entre o interesse do prejudicado de ter acesso à documentação de suporte à sua pretensão e o interesse da autoridade de evitar que um elevado grau de exposição do leniente às ações de reparação de danos acabe servindo de desestímulo à colaboração com a autoridade.

A própria autoridade reconhece que, na hipótese de surgirem mais medidas de estímulo ao ajuizamento de ações de reparação de danos no Brasil, será necessária a criação de normas que tutelem expressamente o programa de leniência e TCC e preservem esse instrumento de detecção e combate de carteis¹³⁸, e a minuta de resolução da Consulta Pública n. 05/2016 visa justamente endereçar tal assunto, tomando como fonte a experiência internacional, sobretudo a europeia, consubstanciada na Diretiva 2014/104/UE.

¹³⁸ Neste sentido, se posicionou o Superintendente-Geral do CADE: “se for começar a ter isso no Brasil, a gente deveria criar incentivos legais do tipo *detrebeling*, não ter solidariedade para o beneficiário da leniência, e coisas desse tipo, ou seja, você não criar para o beneficiário da leniência um problema tão grande que ele deixe de vir para cá, né?! Um das coisas têm a ver com coisas desse tipo: *detrebeling*, ausência de solidariedade, etc. Outras coisas não têm a ver com isso, têm a ver com discovery em si. E isso eu acho que o CADE tem um poder muito maior de regulamentar e que seria fazer, semelhantemente ao que a Europa fez lá no seu *black paper*, *white paper*, *grey paper* e etc, de a gente ter regras mais claras para ficar claro para o beneficiário da leniência, mas também para os pleiteantes nas ações de reparação de danos, para saber que tipos de documentos se consegue no CADE, que tipo de prova consegue no CADE, e quando, em que momento. A gente poderia, eu acho que tem espaço para uma política para que a gente fale: ‘olha, nós vamos tornar público esses tipos de documentos. Esses outros tipos de documentos nós jamais tornaremos públicos’”.

Conforme abordado em 3.3.2, a Diretiva¹³⁹ da União Europeia editada após o Caso Pfleiderer buscou estabelecer normas para reger as ações de reparação de danos decorrentes de infrações concorrenciais, fixando também regras sobre o acesso à informação pelos prejudicados¹⁴⁰.

A Diretiva reconhece expressamente¹⁴¹, entretanto, a necessidade de tutelar o programa de leniência e colaboração da autoridade de defesa da concorrência, por ser importante ferramenta de detecção e investigação de infrações concorrenciais. Para evitar que o acesso aos documentos da leniência aumente o grau de exposições dos colaboradores a ações de indenização e persecução penal, o que reduziria os incentivos à delação, a Diretiva prevê em seu artigo 6º, 6 que os tribunais nacionais não podem em nenhum momento ordenar a uma parte ou a um terceiro a divulgação das “declarações de clemência e as propostas de transação”, o que no Brasil seria o equivalente à proposta de acordo e histórico da conduta.

Pontue-se, ainda que a Diretiva exclui da definição de acordo de leniência, as provas que já existiam independentemente da investigação ou da colaboração do signatário, cujo

¹³⁹ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2014:349:FULL&from=PT> Acesso em: 26/10/2016.

¹⁴⁰ “Considerando a assimetria de informações inerente às ações de indenização e a importância da obtenção de provas que, em sua maioria, não são suficientemente conhecidas ou acessíveis pelos demandados destas ações, a Diretiva propõe regras que assegurem o direito de acesso a informações detidas pelos demandados e terceiros, incluindo autoridades públicas e, em particular, a informações constantes em processos administrativos conduzidos pela autoridade da concorrência”. (MACHADO, Luiza Andrade. **Op. cit.** p. 119).

¹⁴¹ Considerando (26) da Diretiva: *Os programas de clemência e os procedimentos de transação são ferramentas importantes para a aplicação pública do direito da concorrência da União, uma vez que contribuem para a detecção e investigação eficiente das infrações mais graves ao direito da concorrência, e para a imposição de sanções contra tais infrações. Além disso, como muitas decisões das autoridades da concorrência em processos de cartéis se baseiam numa declaração de clemência e as ações de indemnização nos processos de cartéis decorrem, de um modo geral dessas decisões, os programas de clemência são igualmente importantes para a efetividade de ações de indemnização em processos de cartéis. As empresas poderão ser dissuadidas de cooperar com as autoridades da concorrência no âmbito de programas de clemência e procedimentos de transação, se forem divulgadas declarações autoincriminatórias, como sejam declarações de clemência e propostas de transação produzidas unicamente para efeitos dessa cooperação com as autoridades da concorrência. Tal divulgação implicaria o risco de expor as empresas cooperantes ou o seu pessoal de gestão à responsabilidade civil ou penal em condições mais desfavoráveis do que os coinfratores que não cooperam com as autoridades da concorrência. Para assegurar que as empresas continuem dispostas a apresentar voluntariamente às autoridades da concorrência declarações de clemência ou propostas de transação, esses documentos deverão ser excluídos da divulgação de elementos de prova. Tal isenção deverá aplicar-se também às citações literais de uma declaração de clemência ou de uma proposta de transação incluídas noutros documentos. Essas limitações em matéria de divulgação de elementos de prova não deverão impedir as autoridades da concorrência de publicarem as suas decisões em conformidade com o direito da União ou nacional aplicável. A fim de assegurar que esta isenção relativamente à divulgação não afete indevidamente o direito dos lesados à reparação, esta deverá limitar-se a tais declarações de clemência e propostas de transação voluntárias e autoincriminatórias.*

acesso pode ser garantido a terceiros¹⁴². Em razão da semelhança do sistema europeu com o sistema brasileiro, a Diretiva é um importante parâmetro para a criação de normas no Brasil que regulem o acesso de terceiros prejudicados aos documentos.

Conforme indicado em 3.5, a criação de normas regimentais para regular o acesso de terceiros a documentos e informações do processo administrativo não é suficiente para manter a estrutura de incentivos para a colaboração. Neste sentido, a exposição de motivos da resolução do CADE propõe também alterações legislativas aptas a garantir a atratividade do programa de leniência e TCC.

Sem limitar a responsabilidade do signatário da leniência, prejudica-se o public enforcement, já que o impacto financeiro decorrente do ajuizamento de tais ações, tanto em nível nacional quanto internacional, pode ser desincentivar a atratividade de signatários ao Programa de Leniência do Brasil¹⁴³.

Com o objetivo de reduzir o grau de exposição do signatário da leniência às ações de reparação de danos e evitar que ele fique numa posição mais desvantajosa que as demais partes que não colaboraram com a autoridade, o CADE propõe a inclusão de dois parágrafos ao artigo 47 da Lei de Defesa da Concorrência, com a seguinte redação:

Art. 47.....

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

§4º Não se aplica a repetição do indébito por valor em dobro prevista no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor ao signatário do Acordo de Leniência previsto no art. 86 desta Lei nº 12.529, de 2011.

O texto sugerido definiria, portanto, que (i) o signatário da leniência não responde solidariamente pelos danos decorrentes da infração noticiada em seu acordo, mas apenas pelos danos efetivamente causados aos seus consumidores e fornecedores; e (ii) que ao signatário não

¹⁴² MACHADO, Luiza Andrade. **Op. cit.** p. 120.

¹⁴³ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta Pública n. 05/2016**. Exposição de Motivos da Resolução. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg,,> Acesso em 05-02-2017.

se aplica a repetição de indébito por valor em dobro prevista no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Incentivos semelhantes são endereçados no Projeto de Lei do Senado n. 283/2016 que cria mecanismos para fomentar o ajuizamento de ações de reparação de danos, conforme será exposto com mais detalhes no tópico 4.2, e pretende ao mesmo tempo proteger o programa de leniência e TCC do CADE e resguardar a bem-sucedida política de detecção e combate de cartéis desenvolvida pelo CADE.

Neste sentido, o Projeto de Lei cria o direito de ressarcimento em dobro ao prejudicado pela prática de cartel, mas estabelece que tal direito não pode ser exercido contra o beneficiário de acordo de leniência e TCC, que responderá apenas pelo dano que causou ao prejudicado. O Projeto ainda prevê que o beneficiário de leniência ou TCC não será solidariamente responsável pelos prejuízos causados pelos demais integrantes do cartel. O artigo 47 da Lei Antitruste passaria a ter a seguinte redação:

“Art. 47.

§ 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)

Na exposição de motivos do projeto, consta a justificativa de que os parágrafos 2º e seguintes do artigo 47 foram incluídos com a finalidade de resguardar o programa de leniência do CADE.

O §2º incluído ao artigo 47, portanto, isenta os signatários da sanção civil prevista no §1º, evitando que a colaboração com a autoridade antitruste importe em sua penalização em dobro na esfera civil, pois entendo que tal isenção introduz um estímulo adicional para que o autor da infração colabore com a investigação do CADE, seja por meio do acordo de leniência, ou seja pelo termo de compromisso de cessação de prática.

O §3º incluído ao artigo 47, por sua vez, diminui ainda mais o grau de exposição do signatário da leniência ou termo de compromisso de cessação ao estabelecer que eles não são solidariamente responsáveis pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica, sendo responsáveis apenas pelos danos que efetivamente causaram.

Atualmente, não existe tal proteção ao agente que colabora com a investigação do CADE, havendo o risco de ser demandado por todo o dano imposto pelo cartel, em razão da solidariedade prevista no art. 32 da Lei n. 12.529/2011, bem como no artigo 942 do Código Civil. Tal risco serve de desestímulo à composição com a autoridade antitruste, sobretudo em um contexto de ressarcimento em dobro instituído pelo §1º do artigo 47.

A previsão do §3º pretende corrigir tal disfunção, prestigiando a figura do leniente e signatário do termo de compromisso de cessação, sem com isso, prejudicar o exercício da pretensão de reparação civil dos danos decorrentes da infração à ordem econômica¹⁴⁴.

Perceba-se que além de isentar os signatários da leniência ou TCC do dano em dobro, o projeto de lei também pretende eliminar a responsabilidade solidária da parte que colabora com as investigações do CADE, problema hoje existente e não endereçado pela legislação ordinária.

Atualmente, em razão da solidariedade, o signatário pode ser acionado a reparar o dano causado por todos os integrantes do cartel o que, certamente, o colocaria em uma situação de extrema fragilidade, caso as ações de indenização não fossem tão incipientes. A limitação da responsabilidade solidária¹⁴⁵ seria, portanto, um novo incentivo à colaboração, aumentando os custos de monitoramento do cartel e, ao mesmo tempo, tutelando os delatores de uma exposição decorrente de sua colaboração¹⁴⁶.

¹⁴⁴ BRASIL; SENADO FEDERAL; **Projeto de Lei do Senado n. 283/2016**; Autor: Senador Aécio Neves (MG). Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392> Acesso em: 10/07/2016.

¹⁴⁵ “Pode-se dizer que a limitação da responsabilidade solidária do delator seria uma alternativa viável ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente ao, simultaneamente, não impedir a obtenção da reparação de danos pelas vítimas do cartel e gerar um incentivo a mais à delação da prática. Necessário seria, portanto, a alteração da legislação concorrencial em vigor”. (MACHADO, Luiza Andrade. **Op. cit.** p. 123.).

¹⁴⁶ MACHADO, Luiza Andrade. **Op. cit.** p. 124.

O Projeto de Lei ainda vai além e estabelece um dever adicional de colaboração aos signatários que pretenda não ter a obrigação de reparar em dobro os danos perpetrados em razão de sua atuação no cartel.

A redação proposta ao §2º do artigo 47 condiciona o benefício de isenção de *double damages* à entrega de documentos que permitam ao CADE a realização do cálculo do dano decorrente da infração. O Projeto, portanto, não apenas cria uma medida de incentivo à colaboração, como pretende garantir que o colaborador contribua para o cálculo do dano decorrente de sua conduta. Trata-se de mais uma proposta voltada a endereçar a assimetria de informações e pretende garantir que o CADE será o órgão onde se concentrarão os documentos que permitirão ao terceiro prejudicado a aferição de seu dano.

Tal proposta já foi objeto de críticas¹⁴⁷, sobretudo do ponto de vista procedimental, ao entender que estar-se-ia criando um novo requisito para os acordos e que depende de verificação subjetiva por parte do CADE.

Entendemos, entretanto, que não há criação de um novo requisito, pois não é a assinatura do acordo que fica condicionada à entrega de documentos que permitam o cálculo, mas sim a limitação da responsabilidade civil decorrente do acordo. De toda forma, havendo limitações procedimentais à aplicação da norma sugerida no projeto, entendemos que ele mereça reparos, conforme será endereçado em 4.2.

É de se reconhecer, contudo, que as propostas sugeridas pelo Projeto de Lei pretendem manter a estrutura de incentivos à colaboração do cartelista com a autoridade antitruste. A limitação da responsabilidade civil (seja através da não imposição de *double damages* ou seja através da extinção da responsabilidade solidária), de fato, reduz o grau de exposição do signatário, o que, por consequência, mantém a atratividade do programa de leniência e TCC sem, por outro lado, impor um óbice à comprovação em juízo da responsabilidade civil dos colaboradores.

¹⁴⁷ GRINBERG, Mauro. **Mais e maiores punições para cartéis: polêmico projeto**. Disponível em: <http://jota.info/mais-e-maiores-punicoes-para-carteis-polemico-projeto> Acesso em 05/08/2016.

4. Ausência de incentivos ao ajuizamento de ações

O terceiro grande obstáculo ao ajuizamento de ações de reparação de danos decorrentes de cartéis diz respeito à ausência de incentivos para tanto no ordenamento jurídico brasileiro, aptos a contornar à incerteza jurídica decorrente da controvérsia acerca da prescrição e a assimetria informacional existente que, em última análise, dificulta a comprovação em juízo do direito do prejudicado. Tal incerteza pode ainda gerar no prejudicado o receio de que o ajuizamento da ação possa resultar em adoção de represálias por parte do cartelista, o que também pode desestimular o ajuizamento, caso não existam outros incentivos que fomentem ações dessa natureza.

A persecução privada de cartéis é essencial à efetiva dissuasão da infração à ordem econômica, e deve ser devidamente estimulada, pois apenas a persecução pública é incapaz de reparar todo o dano causado pelo ilícito. O presente capítulo apresenta algumas medidas que podem ser adotadas para fomentar as ações privadas e disseminar a sua utilização, contornando os receios que hoje acabam desvencilhando o prejudicado da possibilidade de ingressar com a ação de reparação de danos.

Com efeito, o prejudicado pela prática de um cartel deve estar disposto a (i) aguardar por diversos anos até a resolução de seu litígio pelo judiciário, (ii) incorrer em elevados custos para patrocínio da causa e comprovação de seu direito, e (iii) suportar eventuais represálias comerciais do cartelista que, a rigor, pode continuar a ser seu fornecedor ou parceiro comercial¹⁴⁸.

Em um contexto de incipiência de ações de reparação e, por consequência, de incipiência de jurisprudência acerca desse tipo de litígio, o grau de incerteza e insegurança do prejudicado é ainda mais elevado, o que pode desvencilha-lo do ajuizamento da lide, sobretudo se a percepção de uma represália comercial for entendida como mais provável que o recebimento de uma adequada indenização. Neste sentido, dissertou BARBER em estudo publicado em 1961:

Another factor to be considered by potential plaintiffs, the likelihood of retaliation by the discriminating seller, perhaps taking the form of a cessation of business relationships with the assertive buyer, must always be weighed in the balance, with its importance in any given situation obviously varying, depending, for one thing, on the

¹⁴⁸ LOEVINGER, Lee. Private Action-The Strongest Pillar of Antitrust. **The Antitrust Bulletin**, v. 3, p. 167-177, 1958. p. 170

availability of other sources of supply. But certainly where in the past actual instances of retribution have been reported, and where, prospectively, the chances for a successful outcome to a damage action are slight anyway, the risk of reprisal quite naturally can represent a significant additional deterrent¹⁴⁹.

Pontue-se, entretanto, que tal receio apenas é justificado em um contexto de incipiência de ações e incerteza jurídica acerca do êxito de uma ação de reparação de danos. Em caso de um cenário de maior previsibilidade acerca do acerto judicial a ser exercido, é até esperado que o prejudicado ingresse em juízo, seja por vislumbrar uma oportunidade de recuperar suas perdas, ou até mesmo por dever fiduciário para com seus acionistas, por exemplo. Neste sentido, é que concluem LANDES e POSNER:

In any event, the idea that purchasers are bashful about suing their suppliers is today unrealistic, almost quaint. Firms now bring antitrust suits at the drop of a hat – and are subject to severe criticism, and potentially to shareholders’ derivative actions, if they forgo an opportunity to bring a meritorious suit. Nor is it realistic to think that potential antitrust plaintiffs fear retaliation by sued supplier: retaliation would simply clinch the plaintiff’s original case as well as give him an additional antitrust cause of action. Empirical evidence on the alleged reluctance of purchasers to sue their suppliers is difficult to obtain. But the large number of private antitrust suits alleging price fixing that are brought each year, most of which are direct-purchaser suits, provides at least suggestive evidence in support of our view that direct purchasers are not reluctant to sue their suppliers¹⁵⁰.

A conclusão de LANDES e POSNER é um tanto quanto lógica, porém pressupõe a existência de incentivos ao ajuizamento de ações de reparação de danos. Nos Estados Unidos, país de origem dos autores, o ordenamento jurídico prevê uma regra básica à reparação de danos de cartéis bem distinta da regra brasileira¹⁵¹. A seção 4 do *Clayton Act* instituiu nos EUA a figura dos *treble damages* ao prever que a parte prejudicada por infrações à legislação antitruste deverá ser restituída pelo triplo dos prejuízos percebidos:

Except as provided in subsection (b) of this section, any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is

¹⁴⁹ BARBER, Richard J. Private Enforcement of the Antitrust Laws: The Robinson--Patman Experience. **George Washington Law Review**, v. 30, p. 181-230, 1961. p. 200.

¹⁵⁰ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick. **The University of Chicago Law Review**, v. 46, n. 3, p. 602-635, 1979. p. 614.

¹⁵¹ GABAN, Eduardo Molan. **Direito antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 352.

found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.

Os *treble damages* são, indubitavelmente, um importante fator de incentivo ao *private enforcement* de cartéis, sendo indicado como uma das principais razões da elevada quantidade de ações de reparação de danos de cartéis ajuizadas nos EUA¹⁵². E tamanho é o incentivo que a previsão de reparação em triplo gera ao ajuizamento de ações desta natureza, que parte da doutrina norte-americana critica o instituto, por reputar que ele gera a proliferação de ações infundadas e, conseqüentemente, um nível excessivo de prevenção¹⁵³.

Independentemente de gerar ou não *overdeterrence* atualmente, a conclusão que se chega é que os *treble damages* são responsáveis pela criação de uma cultura de *private enforcement* nos EUA que, certamente, superou o receio de eventuais represálias e confia nas ações de reparação de danos como instrumento complementar da política de detecção e prevenção de cartéis.

Ao contrário dos EUA, o Brasil não conta com tal incentivo ao ajuizamento das ações de reparação. O direito de ação¹⁵⁴ é assegurado pelo artigo 47 da Lei Antitruste que, entretanto, apenas reflete o direito de petição resguardado pela Constituição da República.

Não existem na lei antitruste, entretanto, medidas de incentivo ao ajuizamento de ações de reparação o que, aliado ao cenário de incerteza sobre prazo prescricional, e assimetria informacional (conforme abordado nos capítulos anteriores) apenas torna menos atraente a utilização de tal expediente.

Neste contexto, é natural que o prejudicado não tenha interesse ou até mesmo tenha receio de ajuizar a ação de reparação, pois teme que efetuará um dispêndio de recursos sem uma perspectiva certa de ganhos, além de correr o risco de sofrer uma represália comercial. Por tal razão, o sistema brasileiro necessita de medidas de incentivos que possam alterar essa cultura de incipiente persecução privada de cartéis.

Perceba-se que a mudança de cultura não significa um fomento ao ajuizamento de ações infundadas e a instalação de uma “*indústria da indenização*”¹⁵⁵, mas uma tutela ao

¹⁵² CASELTA, Daniel Costa. **Op. Cit.** p. 80.

¹⁵³ CASELTA, Daniel Costa. **Op. Cit.** p. 80.

¹⁵⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência: Comentários à Legislação Antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 288.

¹⁵⁵ GABAN, Eduardo Molan. **Op. Cit.** p. 353.

importante mecanismo complementar de detecção e prevenção de cartéis. Conforme conclusão traçada por estudo recentemente divulgado pelo Departamento de Estudos Econômicos¹⁵⁶, para que o sistema de defesa da concorrência possa alcançar seu objetivo de dissuasão das condutas e reparação dos prejuízos, é absolutamente imperativo que as esferas administrativa e cível estejam atuando.

No presente estudo se vislumbra três alternativas para incentivar o ajuizamento das ações de reparação de danos e garantir o pleno exercício do direito de ação pelo prejudicado: duas a partir do ordenamento jurídico já vigente, e uma outra de *lege ferenda* que se encontra endereçada no Projeto de Lei do Senado n. 283/2016.

A primeira proposta de *lege lata* é a utilização do expediente de produção antecipada de provas, conforme redefinido pelo Novo Código de Processo Civil e tratado com bastante detalhe em 3.4. Vislumbra-se que o prejudicado, ao ter acesso as provas e à quantificação do seu dano, possa tomar uma decisão mais consciente acerca da viabilidade e atratividade do ajuizamento de uma demanda desta natureza.

A segunda proposta de *lege lata*, e conforme será abordado a seguir em 4.1, é a utilização da ação coletiva como instrumento apto a proteger a identidade dos indivíduos prejudicados até a prolação de uma sentença genérica e início da fase de liquidação de danos individuais, o que, em tese, impediria a adoção de represálias durante a fase de conhecimento da ação coletiva de reparação de danos.

A proposta de *lege ferenda* que será abordada em 4.2, por sua vez, tenta estabelecer um sistema de restituição em dobro dos danos causados por um cartel o que, além de servir de medida de dissuasão à prática de cartel, pode ser o incentivo necessário para que o prejudicado ingresse em juízo e seja, enfim, superada a incipiência deste tipo de ações no Brasil.

4.1. Ação coletiva

A norma do artigo 47 da Lei Antitruste permite a aplicação subsidiária das normas gerais de processo coletivo definidas no Código de Defesa do Consumidor ao prever que os

¹⁵⁶ LUCINDA, Claudio; SEIXAS, Renato. **Op. Cit.** p. 40.

legitimados do artigo 82¹⁵⁷ do CDC poderão ingressar em juízo para a defesa de direitos individuais homogêneos.

Consigne-se que apesar de remeter aos legitimados dispostos na legislação consumerista, o ajuizamento da ação coletiva com fundamento em violação da legislação antitruste não pressupõe a existência de uma relação de consumo entre prejudicado e cartelista. Com efeito, consagrou-se entendimento na doutrina de que a defesa coletiva dos interesses homogêneos de origem comum independe de sua natureza.

Neste sentido, leciona o Ministro Teori Albino Zavascki em sua obra de referência sobre processo coletivo:

O modelo procedimental básico da ação coletiva se aplica não apenas às ações destinadas a tutelar os consumidores e as vítimas nas relações jurídicas decorrentes da Lei 8.078/90, mas também, no que couber às demais ações coletivas regidas pelo processo civil, cuja disciplina não esteja prevista pelo legislador, como é o caso das propostas por entidades associativas com base na legitimação do art. 5.º, XXI, da CF. Essa aplicação subsidiária se deve a duas razões. Em primeiro lugar, em decorrência da remissão que faz o art. 21 da Lei 7.347/85, estabelecendo que “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. Em segundo lugar, ainda que tal remissão expressa não tivesse havido, a adoção daquele rito seria decorrência natural do princípio da analogia, que, em matéria processual, impõe, para casos omissos, a adoção de procedimentos previstos para situações análogas e, se não houver, o procedimento comum.¹⁵⁸

Tal aplicação geral das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor é decorrente do disposto no artigo 21¹⁵⁹ da Lei n. 7.347/1985 que, com nova redação definida pelo artigo 117 do CDC, estabeleceu que as normas de processo coletivo da legislação

¹⁵⁷ 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.

¹⁵⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 177-178.

¹⁵⁹ Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

consumerista se aplicam de forma geral para tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A utilização do expediente da ação coletiva acaba se revelando uma alternativa para que os prejudicados, de forma coletiva, não entrem em enfrentamento com o fornecedor cartelista desde os momentos iniciais da ação reparatória e evitem eventuais represálias comerciais.

No processo coletivo, os prejudicados se valem de uma associação com representatividade adequada para ajuizar a ação e conduzi-la durante a fase de conhecimento, até a prolação da sentença genérica prevista no artigo 95¹⁶⁰ do Código Civil. Os prejudicados apenas deverão ser identificados após o julgamento de mérito da demanda, ocasião em que poderão, individualmente, proceder com a individualização e execução de seu dano.

Ao possibilitar que o titular do direito individual apenas se identifique na fase de liquidação e cumprimento de sentença, retira-se a possibilidade de o cartelista exercer sobre ele algum tipo de pressão comercial apta a desvencilhá-lo do ajuizamento da lide. Trata-se de uma medida paliativa que não cria um incentivo ao ajuizamento da ação de reparação de danos, mas sim uma espécie de proteção à identidade do prejudicado até a prolação da sentença.

No levantamento de ações realizado para esta pesquisa identificou-se a utilização do expediente da ação coletiva para a tutela privada de direitos individuais homogêneos decorrentes de violações à legislação antitruste em 07 casos¹⁶¹, o que equivale a 41% do total levantado de ações privadas de reparação de danos decorrentes de carteis.

¹⁶⁰ Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

¹⁶¹ (1) Ação coletiva n. 7099345-90.2009.8.13.0024 – 28ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG – Autora: AHMG – Associação de Hospitais de Minas Gerais; Rés: White Martins Gases Industriais Ltda.; Air Liquide Brasil Ltda; AGA S/A; Air Products Brasil Ltda; IBG Indústria Brasileira de Gases Ltda.; (2) Ação coletiva n. 1065317-65.2013.8.26.0100 - 18ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP – Autora: FEHOSP – Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de São Paulo; Rés: White Martins Gases Industriais Ltda.; Air Liquide Brasil Ltda.; Linde Gases Ltda.; Air Products Brasil Ltda.; IBG – Indústria Brasileira de Gases Ltda.; (3) Ação coletiva n. 0041466-96.2013.8.1.0001 – 1ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba/PR – Autoras: AHOPAR – Associação dos Hospitais do Paraná, SINDIPAR – Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Saúde do Paraná e FEHOSPAR – Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de Saúde do Estado do Paraná; Rés: White Martins Gases Industriais Ltda.; Air Liquide Brasil Ltda.; Linde Gases Ltda.; Air Products Brasil Ltda.; IBG – Indústria Brasileira de Gases Ltda.; (4) Ação coletiva n. 0011644-43.2014.8.26.0100 – 6ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – Autora: Associação dos Distribuidores dos Produtos Ambev do Estado de São Paulo e Região Sudeste -Adisc Sp; Rés: AMBEV – Companhia de Bebidas das Américas e CADE; (5) Ação coletiva n. 0034072-87.2013.8.07.0001 – 2ª Vara Cível de Brasília/DF – Autora: Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e Bebidas Não Alcoólicas; Rés: White Martins Gases Industriais Ltda.; Air Liquide Brasil Ltda; AGA S/A; Air Products Brasil Ltda; IBG Indústria Brasileira de Gases Ltda.; (6) Ação coletiva n. 0002825-05.2014.8.21.0053 – 2ª Vara Judicial da Comarca de Guaporé/RS - Autora:

Tal resultado demonstra que o expediente da ação coletiva é uma alternativa válida para contornar o receio de represálias comerciais, sobretudo se considerar que os litígios citados perduram por vários anos sem que neste ínterim tenham surgido denúncias de represálias ou pedidos de desistências decorrentes de eventual pressão comercial realizada pelos fornecedores cartelistas.

De todo modo, o expediente da ação coletiva, em si, não é suficiente para incentivar o ajuizamento da ação de reparação de danos, pois (i) para sua utilização é necessária que uma associação com representatividade adequada e constituída a mais de um ano aceite ser autora da ação; (ii) ela é incapaz de afastar as incertezas judiciais desse tipo de ação e, (iii) a rigor, ela tem um tempo de duração ainda maior que a ação individual, o que significa maior dispêndio de recursos com o processo.

Apesar, portanto, de ser um instrumento adequado a ocultar a identidade dos autores na fase de conhecimento e afastar, neste momento, o receio de represálias, a ação coletiva não constitui um incentivo apto a fomentar as ações de reparação de danos no Brasil e reverter o panorama de incipiência traçado no presente trabalho.

4.2. Double damages

Inspirado no direito norte-americano, cuja reparação em triplo dos danos decorrentes da infração à legislação antitruste criou uma cultura forte de litígios privados desta natureza, o Projeto de Lei n. 283/2016 pretende criar um incentivo semelhante no ordenamento jurídico brasileiro, ao pretender inserir o §1º no artigo 47 da Lei Antitruste:

§ 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.

A exposição de motivos do projeto atribui a instituição do ressarcimento em dobro à necessidade de reverter a tendência de incipiência de ações de reparação de danos decorrentes de cartéis, gerando um estímulo ao prejudicado para o ajuizamento de ação de reparação, e um

Associação Beneficiente Manoel Francisco Guerreiro; Rés: White Martins Gases Industriais Ltda.; Air Liquide Brasil Ltda.; Linde Gases Ltda.; Air Products Brasil Ltda.; IBG – Indústria Brasileira de Gases Ltda.; (7) Ação coletiva n. 2009.34.00.035755-7 – 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal – Autores: SINDUSCON/MG, SINDUSCON/GO; SINDUSCON/TAP; SINDUSCON/VALE; Rés: ArcelorMittal Brasil S.A.; Gerdau S.A.; Votorantim Siderurgia S.A.

fator adicional de dissuasão decorrente da perspectiva de maior prejuízo ao cartelista em caso de detecção da infração.

Inspirada na repetição de indébito já prevista no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 940¹⁶² do Código Civil e no parágrafo único do artigo 42¹⁶³ do Código de Defesa do Consumidor, a previsão do projeto pretende estabelecer uma sanção civil ao cartelista que, por má-fé, cobra e recebe quantia indevida do prejudicado, conforme disposto na exposição de motivos do projeto:

A inclusão do §1º ao art. 47 da Lei n. 12.529/2011 instituirá a figura do ressarcimento em dobro pelos prejuízos decorrentes da formação de cartel. Não se trata de medida inédita na legislação brasileira, tanto o Código Civil, quanto o Código de Defesa do Consumidor preveem o ressarcimento em dobro de danos em caso de repetição de indébito, em seus artigos 940 e 42, respectivamente. Paralelamente ao tratamento do parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, a inovação trazida pelo projeto, com o acréscimo do §1º do artigo 47 da Lei n. 12.529/2011, visa instituir uma sanção civil ao agente econômico que por má-fé (naturalmente decorrente da formação do cartel) cobra e recebe quantia indevida do prejudicado. A criação de tal sanção tem função dupla, pois gera um estímulo ao prejudicado para ajuizar a ação civil reparatória do dano, bem como possui caráter de dissuasão à prática de cartel¹⁶⁴.

Trata-se de uma medida válida que, de fato, geraria um incentivo ao ajuizamento das ações, pois a perspectiva de indenização seria em dobro, o que pode fazer compensar a incursão de custos para ajuizamento da lide e comprovação do dano em juízo.

Conforme retratado em 3.6, ao mesmo tempo em que cria o incentivo ao ajuizamento da ação, o projeto pretende tutelar o programa de leniência e TCC, isentando o signatário da referida sanção civil, após a declaração de cumprimento do acordo pelo CADE, conforme norma definida pelo proposto §2º do artigo 47:

§2º Não se aplica o disposto no §1º aos coautores de infração à ordem econômica que tenham assinado acordo de leniência ou termo de

¹⁶² Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

¹⁶³ Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

¹⁶⁴ BRASIL; SENADO FEDERAL; **Projeto de Lei do Senado n. 283/2016**; Autor: Senador Aécio Neves (MG). Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392> Acesso em: 10/07/2016.

compromisso de cessação de prática cujo cumprimento tenha sido declarado pelo CADE, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados.

Neste ponto, cumpre destacar uma dificuldade de ordem procedimental¹⁶⁵ à aplicação do benefício previsto no §2º. Com efeito, aguardar a declaração de cumprimento do acordo poderia gerar uma condição suspensiva à possibilidade de cobrança da sanção civil do signatário da leniência que não se coaduna com os preceitos de segurança jurídica.

Condicionar o benefício à declaração de cumprimento do acordo cria um custo de monitoramento ao prejudicado, além de uma indefinição legal que pode comprometer o arbitramento judicial da indenização na esfera civil. Com efeito, se o objetivo da concessão do benefício ao signatário de leniência ou TCC é garantir a manutenção dos incentivos à colaboração do cartelista com a investigação do CADE, é mais coerente que ele seja isentado da sanção civil a partir da homologação do acordo. É o que se sugere no Anexo 3 na proposta de emenda ao projeto de lei que altera a redação do proposto artigo 47, §2º para os seguintes termos:

§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 devidamente homologado pelo CADE, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados.

Apesar da necessidade de alguns reparos, o projeto soa promissor no sentido de criar um incentivo apropriado a criar uma cultura de ajuizamento de ações de reparação de danos além de minimizar o receio de represálias comerciais, em consonância com a experiência norte-americana com os *treble damages*.

¹⁶⁵ “Há aqui uma dificuldade procedimental, pois nenhuma sentença que não contenha a dobra do valor da indenização poderá transitar em julgado enquanto o CADE não declarar que determinado beneficiário de acordo cumpriu sua obrigação. Esse cumprimento de obrigação por vezes demora alguns anos, e aqui tratamos apenas das obrigações financeiras e estruturais (estas normalmente consistem em alienação de ativos). Se tivermos obrigações comportamentais, de prazos normalmente longos, a situação pode ser ainda pior”. (GRINBERG, Mauro. **Op. Cit.**)

5. Conclusão

Os obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis abordados no presente estudo, quais sejam, (i) prazo prescricional; (ii) assimetria de informações e (iii) ausência de incentivos aptos a fomentar o ajuizamento de ações de reparação de danos, estão, em grande parte, ligados à incipiência do ajuizamento dessas ações no Brasil; e a incipiência do ajuizamento de tais ações está, em grande parte, ligada à indefinição jurídica acerca dos obstáculos abordados na presente pesquisa.

A quebra deste círculo vicioso está endereçada nas soluções propositivas sobre cada um dos temas abordados contendo sugestões de *lege lata* e *lege ferenda* para resolver tal cenário de incerteza jurídica, fornecendo, com isso, substratos para desenvolvimento do *private enforcement* de cartéis no Brasil.

Caso as ações de indenização desta natureza fossem mais recorrentes no Judiciário brasileiro, a incerteza quanto ao termo inicial de fluência do prazo prescricional de três anos para exercício da pretensão indenizatória provavelmente já estaria pacificada por entendimento jurisprudencial. A matéria será analisada em breve pelo Superior Tribunal de Justiça onde constatou-se uma tendência a considerar a ciência inequívoca da lesão ao direito como o evento apto a iniciar a fluência do prazo prescricional, pois, do contrário, faltaria à espécie o elemento da inércia, ou inação culposa, do titular do direito, fundamental (em conjunto com o decurso do tempo) para configuração da prescrição.

A criação de uma norma que estabeleça expressamente um óbice legal à fluência do prazo prescricional da ação de reparação de danos concorrenciais dispondo que tal prazo não fluirá durante a vigência do inquérito ou processo administrativo ou, pelo menos, até a divulgação de um acordo de leniência ou TCC, visa atribuir uma certeza ainda maior à possibilidade do exercício do direito de ação para satisfação da pretensão indenizatória pelo prejudicado por um cartel. Tal elemento de certeza é fundamental para estimular o ajuizamento deste tipo de ação, sobretudo porque, via de regra, a percepção do dano não é contemporânea ao ajuizamento da ação, sendo fundamental que o exercício da pretensão indenizatória não seja reputado prescrito.

Enquanto a definição quanto ao termo inicial do prazo prescricional poderá garantir certeza quanto ao exercício da pretensão indenizatória, o acesso aos documentos e informações que comprovem o ilícito concorrencial bem como os danos deles decorrentes também é

essencial para que o prejudicado possa verificar a viabilidade e chances reais de êxito de sua demanda.

A utilização pelo prejudicado de expedientes processuais de exibição de documentos e/ou produção antecipada de provas visa reduzir a sua assimetria de informações ora existente e, com isso, possuir maiores substratos para o regular exercício da sua pretensão indenizatória ou, ao menos, medir a viabilidade da demanda ou a possibilidade de auto composição.

A criação de normas para tutelar o acesso dos prejudicados aos documentos oriundos de investigações no CADE, por sua vez, também visa diminuir essa assimetria de informações, necessitando, contudo, de mecanismos que mantenham a estrutura de incentivos à colaboração do infrator com as investigações da autoridade antitruste.

A criação de normas que orientem o procedimento de acesso aos documentos de investigações, sobretudo o momento de compartilhamento de tais evidências, é salutar, pois garante a manutenção do sigilo essencial à fase inicial da investigação, bem como resguarda a identidade e colaboração do signatário da leniência. Por outro lado, a criação de um rol de documentos cujo compartilhamento não deve ser viabilizado, nem mesmo ao final do processo administrativo no CADE, não parece se coadunar com o princípio constitucional de publicidade processual, tampouco com a vigente Lei de Acesso à Informação.

Um sigilo perpétuo sobre partes do processo administrativo não é compatível com a necessária transparência que deve ser atribuída aos atos administrativos, transparência esta que permite ao administrado fiscalizar tais atos, bem como cumpre um caráter educativo, ao divulgar o posicionamento da autoridade, inspirando interesse e confiança do administrado.

Neste sentido, a limitação da responsabilidade civil do leniente e signatário de TCC, seja pela isenção da sua responsabilidade solidária ou de indenizar em dobro o dano perpetrado em razão de sua participação no cartel, é uma medida capaz de manter a estrutura de incentivos à colaboração e, portanto, os programas de leniência e TCC do CADE, mas ao mesmo tempo sem impor um óbice à publicidade processual.

A criação de medidas de fomento ao ajuizamento de ações de reparação de danos poderá, igualmente, endereçar o problema da incipiência de ações, incerteza jurídica acerca do seu êxito e receio de adoção de represálias comerciais na hipótese de seu ajuizamento. A prática

internacional revela que em um cenário de maior previsibilidade sobre o acerto de direito a ser oferecido em casos dessa natureza, torna-se até esperado que o prejudicado ingresse em juízo para pleitear a reparação dos danos percebidos. Além disso, em um contexto em que, por exemplo, uma companhia de capital aberto é a prejudicada pelo cartel, seus administradores chegam a ter um dever fiduciário com os acionistas de pleitear a reparação de danos, não se justificando a sua inércia por prestígio a uma relação comercial.

A criação de incentivos legislativos ao ajuizamento dessas ações, como a criação da figura dos *double damages*, é capaz de cindir com o atual cenário de incipiência de ações, o que além de diminuir o receio de represálias, também ajudará a criar um cenário de maior certeza jurídica acerca do êxito de tais demandas. E mesmo sem o incentivo do dano em dobro, o expediente da ação coletiva tem se mostrado como exitosa medida paliativa para afastar um risco inicial de represálias comerciais por parte do réu na ação de reparação de danos concorrenciais.

Mediante a reversão do cenário de incerteza jurídica e consequente incipiência de ações, o *private enforcement* brasileiro poderá, no futuro, assumir um papel de importância na aplicação da lei antitruste. Como exposto no presente trabalho, é necessária uma convivência harmoniosa das persecuções pública e privada, para que se alcance de forma plena o caráter dissuasório da legislação, pois de forma isolada, nem a atuação do CADE, ou apenas o ajuizamento de ações privadas, são capazes de coibir condutas ou impor punições maiores que a vantagem auferida pelos cartelistas.

A superação dos obstáculos ao *private enforcement*, portanto, demanda a utilização de mecanismos que incentivem o ajuizamento de ações e enderecem a incerteza jurídica que hoje paira sobre questões jurídicas fundamentais ao deslinde de tais demandas. Ao mesmo tempo, devem ser mantidos os incentivos à exitosa política de persecução de cartéis desenvolvida pelo CADE, prestigiando o acordo de leniência e TCCs como instrumentos fundamentais à identificação e repressão de cartéis no Brasil.

As soluções propostas neste estudo têm este objetivo de incentivo ao *private enforcement* de forma harmônica com o bem-sucedido *public enforcement* brasileiro. Entende-se que o processo de disseminação de ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis será gradativo e vinculado à utilização exitosa dessas soluções, bem como de outras que possam surgir de outros trabalhos e autores.

Finalmente, a existência de duas iniciativas legislativas propostas com o intuito fomentar ações de reparação de danos concorrenciais, uma nascida no âmbito do Senado Federal e outra dentro do próprio CADE, revelam a premência do assunto e suscitam a expectativa de que a superação dos obstáculos ora estudados possa acontecer de forma mais rápida que o esperado.

Referências Bibliográficas

BARBER, Richard J. Private Enforcement of the Antitrust Laws: The Robinson--Patman Experience. **George Washington Law Review**, v. 30, p. 181-230, 1961.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz. **MARINONI. Luiz Guilherme. O processo civil contemporâneo. Curitiba: Juruá**, p. 93-98, 1994.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Balanco 2016**. Janeiro de 2017. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf/@@download/file/Apresenta%C3%A7%C3%A3o-Balan%C3%A7o%20-%202016..pdf> > Acesso em 2017-03-01.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta Pública n. 05/2016**. Exposição de Motivos da Resolução. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg,,> Acesso em 05-02-2017.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota Técnica n. 24/2016/Chefia Gab-SG/SG/CADE**. Dezembro de 2016. Disponível em: < http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg,,> Acesso em 05-02-2017.

BRASIL; SENADO FEDERAL; Projeto de Lei do Senado n. 283/2016; Autor: Senador Aécio Neves (MG). Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392> Acesso em: 10/07/2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Maio de 2016. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf> Acesso em 11-11-2016.

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. **Revista do IBRAC**. v. 19, n. 21, jan./jul., p. 332-350, 2012.

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

CAUFFMAN, Caroline. Access to Leniency Related Documents after Pfleiderer. **Maastricht Faculty of Law Working Paper**, n. 2012/3, p. 597-615, 2012.

CORDOVIL, Leonor, et. al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 11-31, 2013.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência: Comentários à Legislação Antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GABAN, Eduardo Molan. **Direito antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. **Revista do IBRAC**. v. 21, n. 26, jul./dez., p. 135-154, 2014.

GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. A produção antecipada de provas em litígios empresariais - reflexões sobre a estratégia. In: Elias Marques de Medeiros Neto; Adalberto Simão Filho. (Org.). **Direito dos Negócios Aplicados**. 1ed. São Paulo: Almedina, 2015, v. 1, p. 255-270

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume I: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick. **The University of Chicago Law Review**, v. 46, n. 3, p. 602-635, 1979.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LOEVINGER, Lee. Private Action-The Strongest Pillar of Antitrust. **The Antitrust Bulletin**, v. 3, p. 167-177, 1958.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

LUCINDA, Claudio; SEIXAS, Renato. **Prevenção Ótima de Cartéis: O Caso dos Peróxidos no Brasil**. Departamento de Estudos Econômicos – DEE, Brasília: maio de 2016.

MACHADO, Luiza Andrade. Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2, p. 114.132, 2015.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28012011-140203/>>. Acesso em: 2015-11-13.

MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINEZ, Ana Paula. ARAUJO, Mariana Tavares. **Private Damages in Brazil: Early Beginnings, Big Stumbling Blocks**. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/private-damages-in-brazil-early-beginnings-big-stumbling-blocks/>>. Acesso em 2016-01-18.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. **Prescrição e decadência no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Disponível em: <http://eur->

lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2014:349:FULL&from=PT Acesso em: 26/10/2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. V.1 Introdução ao Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 684.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

REZENDE, Gustavo Madi; KIELBER, Solange; MADI, Maria Fernanda Caporale. Métodos de Mensuração das Indenizações Privadas em Casos de Cartel. **Revista do IBRAC.** ano 18, v. 20, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao direito e parte geral do código civil.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RUFINO, Victor Santos. Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. **Revista de Direito Setorial e Regulatório,** Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004

TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova.** Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova>> Acesso em: 2016-07-11.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real.** Disponível em: < <http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-buscada-verdade-real>>. Acesso em 30-10-2016.

VANDENBORRE, Ingrid; THOMAS, Soledad Blanco. European Court of Justice provides limited guidance on the disclosure of leniency documents. **European Competition Law Review,** v. 32, n. 10, 2011.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.** São Paulo: Malheiros, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Anexo 1 – Roteiros de entrevista das autoridades do CADE

Roteiro de Entrevista Semiestruturado para Presidente do CADE

Entrevistado: Márcio de Oliveira Júnior

Cargo: Conselheiro e Presidente Interino do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Dados Acadêmicos e Profissionais:

Formação Acadêmica:

1. Graduação em Economia (UFMG - 1990)
 - a. Título: Função Social da Empresa e Livre Concorrência: um estudo de caso da aquisição da Varig pela Gol
2. Pós-graduação em Mercados de Capitais (FGV – 1993)
3. Mestrado em Economia da Indústria e da Tecnologia (UFRJ – 1995)
 - a. Título: A Trajetória Tecnológica do Segmento de Automação Bancária da Indústria Brasileira de Computadores e Periféricos na Década de 90: Impactos da Mudança da Estratégia de Automação dos Bancos e da Abertura do Mercado
4. Doutorado em Economia da Indústria e da Tecnologia (UFRJ – 2006)
 - a. Título: Aglomeração Industrial e Eficiência Industrial: um estudo da evolução da produtividade nos municípios brasileiros de 1970 a 1996
5. Graduação em Direito (UniCEUB – Brasília - 2012)

Formação Profissional:

1. Professor do Departamento de Economia da UFMG – 1996/1998
2. Professor Licenciado do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) – 2012
3. Técnico de Planejamento e Pesquisa no IPEA – 1998/2004
4. Consultor Legislativo no Senado Federal – 2004/2014
5. Conselheiro do CADE – Mandato: 16/01/2014 a 15/01/2017
6. Presidente Interino do CADE – Desde maio de 2016

Data: 25/08/2016 – 11h

Preparação: Esclarecer (i) objeto da pesquisa, (ii) familiaridade/experiência do entrevistador com o tema; (iii) objetivo das entrevistas com autoridades e (iv) panorama geral da entrevista.

1. Na sua opinião, qual a importância do *private enforcement* como instrumento de dissuasão de infrações à ordem econômica, em especial, a prática de cartéis?
2. Em que medida a incipiência de ações dessa natureza no Brasil contribui para o surgimento ou a prática reiterada dos ilícitos?
3. O CADE, em sua atuação, deveria/poderia prestar algum tipo de contribuição para facilitar ou fomentar o ajuizamento de ações indenizatórias por particulares?
4. A realização pelo CADE do cálculo da vantagem auferida para arbitramento da sanção pecuniárias poderia ser uma contribuição desta natureza?

5. Acerca do cálculo da vantagem auferida para cálculo da multa, considerando o atual posicionamento de alguns conselheiros, bem como o recente estudo divulgado pelo DEE sobre prevenção ótima de carteis, é possível esperar que o CADE adote tal parâmetro no futuro próximo? Existem impedimentos de ordem prática/estruturais que dificultem a adoção de tal parâmetro?
6. A adoção da vantagem auferida para cálculo da multa, em um *private enforcement* mais difundido (sobretudo se aprovado o PLS 283/2016 e instituídos os *double damages*), poderá fomentar a adoção de punições desproporcionais?
7. Quais os parâmetros hoje adotados pelo Conselho para autorizar/negar o acesso dos prejudicados aos documentos produzidos no âmbito do processo administrativo?
8. Na sua opinião, em que medida o acesso dos prejudicados aos documentos produzidos no âmbito do processo administrativo pode prejudicar o programa de leniência do CADE?
9. O recente precedente do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.554.986/SP (Whirlpool/Electrolux) possui condão de alterar o posicionamento do CADE quanto ao compartilhamento dos documentos apresentados em sede de acordo de leniência e TCC?
10. Na sua opinião, há algum documento que jamais poderia ser compartilhado com terceiros? Exemplificar com a Diretiva da Comissão Europeia que exclui a proposta de acordo dos documentos passíveis de compartilhamento.

As alterações previstas no Projeto de Lei do Senado n. 283/2016, principalmente no que diz respeito à não aplicação de *double damages* e responsabilidade solidária aos signatários de leniência e TCC que entreguem documentos que permitam a estimação do dano, poderá alterar o posicionamento do CADE quanto ao compartilhamento dos documentos?

Transcrição da Entrevista com o Presidente Interino do CADE

Entrevistado: Meu nome é Márcio Oliveira Júnior, eu sou Conselheiro do CADE e atualmente ocupo o cargo de Presidente Interino da Instituição.

Entrevistador: E estamos aqui com a Juliana que é a Assessora?

Entrevistado: Isso. Juliana Araújo é a Assessora Técnica da Presidência do CADE.

Entrevistador: Brasília, 25 de agosto de 2016, 11:08. Marcio, como estou falando de ações privadas neste trabalho, a gente sabe que há uma dualidade da função da ação privada, tanto a indenização (que talvez seja o principal, quanto o fator de dissuasão. Você como Conselheiro, qual a importância neste tipo de ação como fator de dissuasão de infrações à ordem econômica, em especial, a prática de cartéis?

Entrevistado: Eu acho que a ação privada é extremamente importante, porque o CADE usa como pena no caso de cartéis multas que tradicionalmente são aplicadas sobre o faturamento bruto das empresas. Claro que esse é um fator de dissuasão importante. Nós usamos outras medidas também, já usamos inclusive medidas estruturais, mas principalmente a multa sobre o faturamento bruto. Além disso, também, um fator importante de dissuasão no âmbito do CADE é a eventual condenação de pessoas naturais que tenham participado da conduta. Mas, havendo a possibilidade de as empresas que formam um cartel serem acionadas após o julgamento do cartel no CADE para a reparação de danos, eu acho que isso é um fator adicional de dissuasão, um incentivo a menos, vamos dizer assim, para a formação de cartéis.

Entrevistador: Em que você acha que a atual a incipiência de ações dessa natureza no Brasil contribui para o surgimento ou pelo menos a prática reiterada dessas infrações? Você acha que há alguma relação?

Entrevistado: Olha, eu acho que não há relação. Vou te dar uma visão de economista: a prática de cartel é bastante disseminada na economia brasileira. De onde surgiu isso? Da nossa própria história econômica. Nós tivemos um período muito grande na história econômica brasileira em que havia uma forte intervenção do estado na economia e, muitas vezes o Estado por meio de uma instituição chamada CIPE (Conselho Interministerial de Preços), coordenava os cartéis. Esse é um modelo que existia no Brasil até a década de 80. Com a abertura da economia no começo da década de 90 e com as reformas econômicas de cunho mais liberal, isso mudou, passou a prevalecer de fato o que estava previsto na Constituição de 88 que a livre iniciativa e a livre concorrência. Correto? Mas este é um movimento ainda recente, se formos parar para pensar este movimento tem 26 anos. Um quarto de século é muito pouco tempo para mudar uma cultura tão sedimentada que é a cultura de cartel, cultura de anticoncorrência. Certo? Bem, isso vem mudando, claro, pela própria mudança, pelas reformas econômicas que foram feitas ao longo desses 26 anos, mas vem mudando também porque tem uma instituição que atua para condenar esses cartéis, que é o CADE. Certo? Bem, eu acho que as ações privadas para reparação de danos seriam complementares à ação do CADE. O crescimento dessas ações tem, na minha opinião, o condão de ser um ponto adicional no combate a cartéis.

Entrevistador: Sem dúvida. E até para já te explicar um pouco melhor o trabalho: dos obstáculos a gente identifica obstáculos de ordem processual, que de certa forma contribuem muito para a incipiência deste tipo de ação, e informacional, e aí neste ponto é que a interação com o CADE fica mais presente. Há uma questão de assimetria, as ações de indenização, em

sua maioria, são muito calcadas nas decisões de condenação do cartel do CADE, porém, essas decisões, via de regra, são discutidas no Judiciário, e nos últimos anos a atuação do CADE está muito mais calcada na questão do acordo de leniência e do TCC do que na investigação tradicional, identificamos, portanto, uma dificuldade dos autores de fazerem prova em juízo. Então, neste sentido, como você acha que o CADE, em sua atuação institucional, poderia prestar algum tipo de contribuição para facilitar ou até mesmo fomentar o ajuizamento de ações indenizatórias por particulares?

Entrevistado: Deixa eu fazer uma resposta em dois pontos. Uma observação primeiro: essa política de leniência e consequentemente TCCs é uma política bem-sucedida do CADE, não é, aliás uma invenção do CADE, é uma política utilizada pelas principais agências de concorrência do mundo. Se for pegar o DOJ, FTC, mais de 90% dos casos são resolvidos por meio de acordos. Isto é extremamente interessante para a autoridade concorrencial e também para as empresas. Há um efeito dissuasório decorrente da contribuição pecuniária, um compromisso de cessar a prática, você tem a confissão de participação na conduta, você dá à autoridade a possibilidade de usar remédios adequados para combater aquela conduta e acompanhar o cumprimento daqueles remédios. Então, essa política é extremamente positiva e ela tem um efeito dissuasório. Muitas vezes pode parecer que há uma composição pela composição, mas não, há a composição mas há também a dissuasão.

Então, essa é uma parte. Agora, se entendi bem a pergunta, Frederico, você questiona como essa tendência de resolver a maior parte dos casos por meio de um acordo e não por meio do *law enforcement* pode alterar as ações privadas, não é isso?

Entrevistador: Nem tanto alteração. Porque acontece muito de ser questionado, até mesmo quando há condenação do cartel por uma decisão do CADE, que o standard probatório utilizado pelo CADE é diferente do standard probatório de uma ação indenizatória. Então a mera condenação não seria suficiente, por exemplo, para fazer prova de um dano. E a dificuldade tremenda que os autores têm é justamente de fazer prova deste dano. A forma de cálculo, por exemplo, eu nem vou chegar a abordar no trabalho, porque acho que dá para fazer um outro trabalho, inclusive muito mais da sua área do que da minha, mas a questão é: com relação a cartel, o fator oculto torna a prova difícil, o que me leva à próxima pergunta: a realização pelo CADE do cálculo da vantagem auferida pelo CADE ela poderia contribuir para o autor de uma ação privada?

Entrevistado: (Pausa) Deixa eu voltar um pouco na questão das provas, tá?! Quando há a condenação, aí, enfim, tem algumas informações constam do voto, essas informações são públicas, e o autor da ação de reparação de danos pode usar essas informações. Ele pode usar todas essas informações? Não necessariamente. As informações que estão no processo e que o CADE usa para a condenação e o que os conselheiros usam para a formação de sua convicção têm uma função pública. Essas informações poderiam ser utilizadas livremente para um fim privado, que é a ação de reparação de danos? Tem que pensar um pouco sobre isso. Reconheço que a ação de reparação de danos tem um fim também “público”, porque acaba impactando a formação de cartéis, mas, enfim, essa é uma questão que deve ser bem pensada, certo? E é uma questão que está em discussão no CADE, então, logo, logo, nós soltaremos uma resolução tratando dessas questões. Então nós vamos tratar essas informações. Mesmo as informações que estão no processo, as informações dos TCCs e as informações de acordos de leniência. Por isso, Frederico, eu não queria entrar em detalhes sobre isso, pois nossa ideia é regulamentar essa questão, até porque é um tema sensível.

Em relação a outra pergunta: se cálculo da vantagem auferida seria um estímulo às ações privadas de reparação de danos? Pensando alto, aqui, você tem algumas questões que são muito relevantes com relação ao cálculo de dano e vantagem auferida.

Entrevistador: E é um tema que está controverso no Judiciário...

Entrevistado: A primeira coisa é a seguinte: existem dados para fazer isso? Sim ou não? Nem sempre. Certo?! A outra questão é a seguinte: qual a metodologia será utilizada? Certo?! Essa metodologia que é utilizada, claro, é uma metodologia econométrica baseada em algumas hipóteses. Essas hipóteses estão em acordo, essas hipóteses casam com as características do caso concreto? Sim ou não? Não necessariamente. Certo?! Então, essa questão do cálculo do dano ou da vantagem auferida, não é uma questão direta, certo, ela tem uma série de pressupostos por trás dela. Como disse: a existência dos dados, a metodologia... Então, eu acho que o CADE não pode tomar uma decisão sobre usar ou não vantagem auferida ou cálculo do dano tendo em mente a possibilidade de essas informações serem utilizadas em uma eventual ação privada para reparação de danos. E uma outra dificuldade que eu queria te colocar e que tem a ver com os efeitos do cartel. Tá certo?! Os efeitos do cartel podem ser difusos ou podem ser concentrados. Certo?! Vou te dar um exemplo de efeitos difusos: o cartel de postos de gasolina. Os efeitos são difusos. Prejudicou alguém? Claro que prejudicou, prejudicou a população toda, mas é factível que um indivíduo entre com a ação privada para reparação de danos? É muito pouco provável. Tá certo?! No caso de efeitos concentrados, não. A conduta afeta um número pequeno de agentes econômicos e esses agentes podem entrar com uma ação para a reparação de danos. Um exemplo bem recente é o caso do cartel de compressores do qual fui relator e julguei há pouco tempo. Ali há uma ação privada de reparação de danos.

Entrevistador: Sim, no Tribunal de Justiça de São Paulo. Só não conseguimos ter acesso integral, pois corre em segredo de justiça...

Entrevistado: Enfim, os efeitos podem ser difusos ou concentrados. Certo?! O CADE vai considerar isso? Onde foi difuso não vai fazer o cálculo porque não há possibilidade de ação privada? Onde foi concentrado faz o cálculo porque estimularia uma ação privada e gera um efeito dissuasório ainda maior sobre os cartéis? Essa é uma questão complicada, o CADE não pode ter esse raciocínio de estimular ou não as ações privadas para reparação de danos. Acho que o próprio nome diz, essa é uma ação privada, é uma decisão do agente que se sentiu prejudicado. Agora, em sendo feito o cálculo, , se este cálculo constituir a base de uma ação para reparação de danos, eu não vejo problema nenhum. Mas isso (cálculo da vantagem), claro, vai ser objeto de discussão no judiciário, possivelmente objeto de uma perícia que vai avaliar se a metodologia foi adequada, se os dados são adequados, se as hipóteses estão adequadas ao caso concreto. Tudo isso deve ser discutido.

Entrevistador: Tá. A pergunta com relação à vantagem auferida, ela vai muito no encalço dessa discussão recente que está havendo no Tribunal (com o Conselheiro João Paulo e a Conselheira Cristiane apresentando alguns votos a respeito, inclusive suscitando a possibilidade de o CADE virar uma referência para fazer esse cálculo). Não seria o cálculo da vantagem necessariamente o cálculo do dano, inclusive a proposta dos conselheiros é para fazer o cálculo da contribuição pecuniária...

Entrevistado: Sim, isso que ia te falar... A ideia deles é que o cálculo da multa baseado no dano, ou na vantagem auferida (são duas coisas diferentes) seria mais adequado. Certo?! Essa é a ideia...

Entrevistador: Sim, pois, como está na lei a multa nunca poderia ser inferior à vantagem auferida, inclusive é uma questão que a gente endereça pelo fato de que, se considerarmos que a indenização também é uma punição, se a multa for sempre superior à vantagem auferida, acrescida da indenização, poderia, aí vem a pergunta, haver um problema de proporcionalidade?

Entrevistado: Refaça sua pergunta...

Entrevistador: Se a multa baseada na vantagem auferida for sempre superior a essa vantagem calculada pelo CADE, considerando que há ainda a possibilidade de indenização privada, não poderia surgir um problema de proporcionalidade? Multa + indenização?

Entrevistado: Olha, eu acho que essa é uma discussão jurídica. Certo?! O agente que foi multado no âmbito do CADE poderia levantar tal ponto no Judiciário. “Peraí, já fui multado pelo CADE pelo dano que eu causei, pela vantagem que auferi com a minha conduta, e agora vou ter que pagar de novo uma indenização no âmbito privado? Para onde vai essa multa?”. Então eu acho poderia ensejar essa discussão e é uma preocupação nossa, nós já discutimos isso internamente.

Entrevistador: Eu pergunto, pois acho que é uma discussão que vai ser mais aprofundada por conta do Projeto de Lei do Aécio Neves que altera a Lei de Defesa da Concorrência, altera a forma de cálculo da multa para cartel, e ainda institui os double damages...

Entrevistado: Este projeto de lei, apenas como observação, Frederico, ele começou a tramitar agora e sabe como é o processo legislativo. Isto é uma mera possibilidade, ainda. Vai passar pelas comissões, deve ter audiência pública, eles vão discutir...

Entrevistador: A pergunta que tínhamos relacionada é se a adoção da vantagem auferida para cálculo da multa, em um private enforcement mais difundido (sobretudo se aprovado o PLS 283/2016 e instituídos os double damages), poderá fomentar a adoção de punições desproporcionais?

Entrevistado: Ah, eu não queria comentar o projeto de lei, pois é apenas uma ideia, você não sabe o que vai sair dali. Eu acho que não tem, pelo menos até onde eu notei, não tem nem ainda parecer da comissão.

Entrevistador: Tinha que perguntar, pois o projeto pode entrar nas soluções de lege ferenda do trabalho... Mas voltando à questão de acesso a informações, você falou que o CADE provavelmente vai preparar uma resolução. Temos uma decisão recente, inclusive no caso dos compressores, do Superior Tribunal de Justiça ordenando que o CADE envie os documentos ao Judiciário, sempre que instado, depois que encerra a instrução do processo na Superintendência Geral. Você acha que isso prejudica ou tem possibilidade de prejudicar o programa de leniência?

Entrevistado: Não há decisão ainda, está sub judice. Enfim, decisão judicial não se discute. O que vier nós vamos cumprir. A minha opinião é a opinião pública e que está no voto: acho que o que é fundamental para o convencimento do conselheiro deve ser público, mas o que não é fundamental, então é o juízo de valor do próprio CADE é que deve prevalecer acerca da confidencialidade dos documentos. Mas quem dá a última palavra? É o Judiciário, então se ele entende, no âmbito de uma ação privada de reparação de danos que aquelas informações são

importantes para o andamento do processo para o eventual convencimento do magistrado, então, sim, aí o Judiciário ordena a divulgação e não o CADE. E quando há uma decisão judicial, temos a obrigação de abrir o acesso.

Entrevistador: O Projeto também alteraria essa dinâmica, pois como uma forma de isenção dos double damages, se a parte que colabora entrega documentos, ela ficaria isenta dos double damages. Talvez seja uma proposta para tutelar o programa de leniência...

Entrevistado: Isso tem que ser discutido. Como eu te disse, acho que esse projeto de lei ainda vai tramitar, será discutido, mas temos que pensar na questão econômica. Pode criar um desestímulo para que a empresa que queira fazer o acordo de leniência traga as informações para o CADE, tem sempre esse fio da navalha. E o programa de funcionado muito bem. É um programa internamente e internacionalmente, portanto, tem que haver muito cuidado. Claro, sempre pode haver um aprimoramento. Mas tem que haver muito cuidado para não gerar um retrocesso desse programa de leniência e também do programa de TCC, os dois estão intimamente relacionados. Há duas sessões atrás, eu fiz um pronunciamento dizendo que o programa de TCC é primo-irmão do programa de leniência. Os dois estão intimamente relacionados, então tem que ter muito cuidado para prejudicar o andamento deste programa.

Entrevistador: Um outro parâmetro que temos sobre acesso a documentos é a Diretiva da Comissão Europeia, que diz expressamente que a proposta de leniência ou de settlement agreement não poderá ser compartilhada, pois há ali um fator de confissão. Na sua opinião, há algum documento que jamais poderia ser compartilhado com terceiros, para tutelar o programa de leniência e não gerar um conflito entre CADE e private enforcement?

Entrevistado: Acho que deve ser feita uma avaliação no caso concreto. Ao determinar o que ficará confidencial e público é a autoridade que conhece as informações e que deveria decidir o que vai ficar público e o que vai ficar confidencial. Não há uma regra, não dá para pensar numa regra geral. E, mais uma vez, em nosso sistema a palavra final é do Judiciário. Se o juiz entende que uma informação que está no âmbito do CADE é fundamental para ele formar sua convicção, ele pode ordenar que seja dada publicidade àquela informação, mas não a autoridade. A autoridade deve fazer o juízo de valor sobre o que deve ser público e o que deve ser confidencial, tendo em mente o que deve proteger.

Roteiro Entrevista Semiestruturado para Superintendente-Geral do CADE

Entrevistado: Eduardo Frade Rodrigues

Cargo: Superintendente-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Dados Acadêmicos e Profissionais:

Formação Acadêmica:

1. Graduação em Relações Internacionais (UnB - 2006)
2. Graduação em Direito (UniCEUB – 2007)
 - a. Título: A instrumentalidade do processo e a eficácia do julgamento imediato de processos repetitivos (artigo 285-A do CPC)
3. Pós-Graduação em Defesa da Concorrência (FGV – 2010)
 - a. Título: Regulação e competitividade no mercado de táxis do Distrito Federal: uma análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade.
4. Mestrado em Direito (UnB – 2016)
 - a. Título: O direito societário e a estruturação do poder econômico

Formação Profissional:

1. Gestor governamental do Ministério do Planejamento - 2007
2. Assessor do CADE – 2007/2011
3. Coordenador-geral de outorgas da Secretaria de Aviação Civil – 2011/2012
4. Superintendente-adjunto do CADE – 05/2012 a 06/2014
5. Superintendente-Geral interino do CADE – 07/2014 a 07/2015
6. Superintendente-Geral do CADE – Mandato: 16/07/2015 a 15/07/2017
7. Professor convidado do GV Law - 2014

Data: 25/08/2016 – 15h

Preparação: Esclarecer (i) objeto da pesquisa, (ii) familiaridade/experiência do entrevistador com o tema; (iii) objetivo das entrevistas com autoridades e (iv) panorama geral da entrevista.

1. Na sua opinião, qual a importância do *private enforcement* como instrumento de dissuasão de infrações à ordem econômica, em especial, a prática de cartéis?
2. Em que medida a incipiência de ações dessa natureza no Brasil contribui para o surgimento ou a prática reiterada dos ilícitos?
3. O CADE, em sua atuação, deveria/poderia prestar algum tipo de contribuição para facilitar ou fomentar o ajuizamento de ações indenizatórias por particulares?
4. A realização pelo CADE do cálculo da vantagem auferida para arbitramento da sanção pecuniárias poderia ser uma contribuição desta natureza?
5. Em recente entrevista ao jornal O Estado de S. Paulo (24/07/2016), você mencionou que a forma de cálculo do dano do cartel é muito difícil. No âmbito do CADE quais são as principais dificuldades para utilização do parâmetro da vantagem auferida para cálculo da multa pecuniária?

6. Acerca do cálculo da vantagem auferida para aferição da multa, considerando o atual posicionamento de alguns conselheiros, bem como o recente estudo divulgado pelo DEE sobre prevenção ótima de carteis, é possível esperar que o CADE adote tal parâmetro no futuro próximo? Existem impedimentos de ordem prática/estruturais que dificultem a adoção de tal parâmetro?
7. A adoção da vantagem auferida para cálculo da multa, em um *private enforcement* mais difundido (sobretudo se aprovado o PLS 283/2016 e instituídos os *double damages*), poderá fomentar a adoção de punições desproporcionais?
8. Quais os parâmetros hoje adotados pela Superintendência-Geral para autorizar/negar ingresso de terceiros e/ou o acesso dos prejudicados aos documentos produzidos no âmbito do processo administrativo?
9. Na sua opinião, em que medida o acesso dos prejudicados aos documentos produzidos no âmbito do processo administrativo pode prejudicar o programa de leniência do CADE?
10. Nos últimos quatro anos foi registrado um aumento expressivo de acordos de leniência e TCCs firmados no âmbito do CADE, na sua opinião, o recente precedente do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.554.986/SP (Whirlpool/Electrolux) pode alterar essa tendência?
11. O posicionamento do CADE quanto ao compartilhamento dos documentos apresentados em sede de acordo de leniência e TCC pode vir a ser alterado em razão do citado precedente?
12. Na sua opinião, há algum documento que jamais poderia ser compartilhado com terceiros? Exemplificar com a Diretiva da Comissão Europeia que exclui a proposta de acordo dos documentos passíveis de compartilhamento.
13. As alterações previstas no Projeto de Lei do Senado n. 283/2016, principalmente no que diz respeito à não aplicação de *double damages* e responsabilidade solidária aos signatários de leniência e TCC que entreguem documentos que permitam a estimação do dano, poderá alterar o posicionamento do CADE quanto ao compartilhamento dos documentos?

Transcrição de entrevista com Superintendente-Geral do CADE

Entrevistador: Hoje é 25 de agosto de 2016. Frederico Martins entrevistando Eduardo Frade, Superintendente geral do CADE.

Entrevistado: Só para contextualizar, a gente, por conta dessa acelerada nas discussões sobre as decisões judiciais, a gente começou a estabelecer uma política mais clara em relação a como auxiliar ou não auxiliar, quais regras daremos quando estivermos envolvidos, ou nossos casos, em ações de reparação de danos. Aqui na Superintendência estamos terminando de fazer uma minuta de resolução para essa interação. Fizemos um benchmark grande que acabou sendo produzido aqui pela unidade de leniências. Ficou um documento muito bom, mostrando como as outras autoridades fazem discovery de documentos e tal interação com reparação de danos e a partir disso estamos propondo uma minuta de resolução que está quase pronta para ser apresentada ao Tribunal.

Entrevistador: Isso na esteira da decisão do STJ que estabeleceu um marco, não é?

Entrevistado: Exatamente. Apesar de que ainda está em fase de embargos no STJ, a gente está contraditando alguns argumentos que foram trazidos no voto do relator para ver se conseguimos um equilíbrio. Se você analisar a decisão vai ver que o argumento principal, assim. Eu acho positivo o STJ estar dando certos parâmetros para o Discovery de documentos aqui no CADE. Eu acho positivo o cuidado para resguardar os direitos de pessoas que vão mover ações de reparação de danos. E eu achei bem interessante o cuidado, deu para ver que o STJ entendeu a preocupação de que tenha regras para não criar desincentivos ao programa de leniência, TCC, etc. Mas aí tem aquele sopesamento, uma das coisas que ficou é que, ao contrário do nosso regimento que manda que sejam abertos os documentos só ao final do processo, o STJ está ordenando que fosse logo o encerramento aqui na SG. Isso é uma das coisas que estamos tentando reverter, não sei se vai ser possível ou não. Mas, enfim, disso, se até o STJ já está entrando nisso, acho que é mais do que hora da autoridade colocar uma norma e falar assim: ‘ó, eu vou abrir esses documentos aqui, nesse momento, com esse teor’...

Entrevistador: Sim, até uma das nossas perguntas, na verdade duas: a primeira é justamente isso: como a autoridade, principalmente a Superintendência Geral, vê esse acesso de documentos como talvez uma ameaça ao programa de leniência.

Entrevistado: Vendo isso como um todo, eu sou a favor das ações de reparação de danos. É uma coisa que seria positivo crescer no Brasil como complementação à política de combate a carteis, até porque, ao meu ver, as nossas sanções, muito embora sejam altas, elas ainda deixam a desejar no sentido de que, é, eu acho que muitas vezes elas não cobrem o dano inteiro causado pelo cartel. Eu acho que isso tem se tornado, do ponto de vista pecuniário, tá, acho que isso tem quase se tornado um consenso internacional de que talvez as multas não estejam cobrindo isso. Eu digo do ponto de vista pecuniário, e a gente pode falar disso depois, porque a punição não é só pecuniária, né?! Tem responsabilização de indivíduos, tem um monte de outras coisas que fazem dissuadir carteis: a imagem da empresa, e tal. A sanção da autoridade administrativa leva tudo isso em consideração, mas eu acho que a nossa sanção deixa a desejar quando você vê o lesado lá na ponta, né? Ou seja, ele não está tendo uma reparação daquilo, talvez ele não esteja recebendo uma quantia suficiente, a nossa sanção não esteja cobrindo isso, então, eu vejo como uma função da autoridade de defesa da concorrência no Brasil, inclusive incentivar ações de reparação de danos.

Entrevistador: Tá.

Entrevistado: Dada essa premissa, a opinião da SG, como de várias outras autoridades é de que esse incentivo deve ser feito de forma responsável no seguinte sentido: tem que ser resguardados e mantidos os incentivos do programa de leniência e do programa de TCC. E tem que ser mantida a integridade das investigações. Então um pouco da necessidade que se tem neste momento é achar este equilíbrio. Que tipo de medidas que eu posso adotar para incentivar ações de reparação de danos sem desincentivar o programa de leniência. É lógico que tem toda uma discussão pecuniária nisso. Nos Estados Unidos as ações de reparação de dano viraram um montante tão elevado que as vezes o programa de leniência é desincentivado em si pelo próprio valor pecuniário.

Entrevistador: Embora haja do detrebeling, né?!

Entrevistado: Isso, exatamente. Mas aí entra dentro disso. Assim: se for começar a ter isso no Brasil, a gente deveria criar incentivos legais do tipo *detrebeling*, não ter solidariedade para o beneficiário da leniência, e coisas desse tipo, ou seja, você não criar para o beneficiário da leniência um problema tão grande que ele deixe de vir para cá, né?! Uma coisa tem haver com coisas desse tipo: *detrebeling*, ausência de solidariedade, etc. Outras coisas não têm a ver com isso, têm a ver com discovery em si. E isso eu acho que o CADE tem um poder muito maior de regulamentar e que seria fazer, semelhantemente ao que a Europa fez lá no seu *black paper*, *white paper*, *grey paper* e etc, de a gente ter regras mais claras para ficar claro para o beneficiário da leniência, mas também para os pleiteantes nas ações de reparação de danos, para saber que tipos de documentos se consegue no CADE, que tipo de prova consegue no CADE, e quando, em que momento. A gente poderia, eu acho que tem espaço para uma política para que a gente fale: ‘olha, nós vamos tornar público esses tipos de documentos. Esses outros tipos de documentos nós jamais tornaremos públicos’.

Entrevistador: Que é uma outra pergunta nossa. Tomando como base a diretiva do Comunidade Européia, se na sua opinião há algum tipo de documento, e qual, que de hipótese nenhuma poderia ser compartilhado, porque atuaria justamente como uma medida de desestímulo ao programa de leniência.

Entrevistado: Eu acho que a nossa tendência atual, e parecido com tudo que a gente tem feito nos últimos anos, é se pautar bastante pelo benchmark. Só um instante, desculpa (ENTREVISTA É INTERROMPIDA POR UMA LIGAÇÃO TELEFÔNICA). Onde que a gente estava?

Entrevistador: Acesso a documento

Entrevistado: Sim, acesso a documento, que tipo a gente abriria ou não, não é?!

Entrevistador: Exato.

Entrevistado: Eu acho que a gente tenderia bastante a seguir a prática internacional, eu acho que o documento da Europa é um bom guia e, a princípio a ideia seria assim: coisas que a gente não abriria nunca: lá no guia da Europa tem, por exemplo, documentos produzidos a partir do relato das partes que não poderiam ter sido obtidos sem a existência da leniência em si.

Entrevistador: Aquele que foi produzido exclusivamente por causa da leniência?

Entrevistado: Sim, o que no caso brasileiro eu acho que seria o histórico da conduta. Por outro lado, e acho que quando sair a minuta de resolução você vai ver, a gente tem que criar algum

mecanismo para que as partes tenham acesso às provas principais que embasaram a decisão. Neste sentido, o que a gente está pensando em fazer é criar uma regra que o voto do conselheiro relator, o voto público dele, contenha de forma pública todas as provas utilizadas para o convencimento do Tribunal. Com isso, a parte não teria acesso ao histórico da conduta, mas, assim, o voto do relator vai ter todo o relato do cartel, semelhante ao que teria no histórico da conduta, a parte relevante, e as provas utilizadas para o convencimento, o que, ao meu ver, seria mais que o suficiente para mover uma ação de reparação de danos, sem, contudo, abrir um documento sensível desta maneira, e que poderia ser utilizado lá fora e assim por diante. É mais ou menos neste sentido como a gente está pensando a resolução. Qual o teu prazo de conclusão do trabalho? Só para a gente ver se já vai existir a resolução.

Entrevistador: Tenho que fazer a primeira entrega provisória no início de novembro, e depois a definitiva até o final do ano, para defender no início do ano que vem.

Entrevistado: Eu acho bem possível que a gente até lá já tenha colocado em consulta pública, a resolução.

Entrevistador: Que bom. Está sempre crescendo à pesquisa. Igual o projeto de lei do Aécio Neves também deve entrar, porque no meu projeto de pesquisa tinham algumas soluções que seriam de lege ferenda então, propostas de alterações legislativas para tentar solucionar os problemas enfrentados. Ele endereça vários, inclusive a questão de proteção ao leniente.

Entrevistado: Da solidariedade.

Entrevistador: E não haver double damages para quem é signatário da leniência e TCC.

Entrevistado: A gente, na proposta que a gente vai fazer, a gente pretende fazer a proposta de resolução, mas ao mesmo tempo a gente pretende, na exposição de motivos, fazer uma proposta de alteração legislativa também, que seriam pontos que, assim, não dá para a gente mudar de forma infralegal, mas que daria para a gente propor ao congresso e etc.

Entrevistador: Um substitutivo, né?!

Entrevistado: Porque tem até umas falhas no projeto de lei. Ele, como boas intenções, acaba entrando...

Entrevistador: Já ate fizemos umas críticas, mas é projeto né, está na hora de realmente discutir. É interessante que tenha surgido a discussão...

Entrevistado: Cara, eu fiquei morrendo de curiosidade para saber quem pautou esse projeto com ele, porque é um assunto tão avançado de antitruste, que tão pouca gente discute... Eu vi o artigo do Mauro Grinberg, e o projeto de lei super rápido, mas vi que tinha idéias muito boas no projeto. Ai até pensei, quem será que fez, porque não é qualquer um que faz isso aqui. Mas o Mauro levanta um ponto ou outro que pode ser problemático e tal.

Entrevistador: Ele fala algumas questões que até acho que foi um pouco precipitado, por exemplo, dizer que não pode haver punição civil no direito brasileiro, ele esqueceu que tem restituição em dobro em repetição de indébito que eu acho que inclusive foi a inspiração do projeto de lei. Mas, sim, de fato, acho que tem varias arestas para aparar.

Entrevistado: Seria bem útil, uma vez que esteja aberto à consulta pública da resolução, que tenha comentários de vocês e tal, seria legal mesmo, e estávamos pensando, quando vi o projeto de lei, que quando colocarmos em consulta pública a resolução, estava pensando em falar com o Senador para dar uma refinada, e mostrar inclusive as propostas que traçamos para ver se ele incorpora lá no projeto de lei. (...) Do ponto de vista de advocacia, é um mundo novo a ser desbravado aqui no Brasil, com potencial de crescimento imenso. E tem uma função de política de defesa da concorrência super válida por trás disso, entendeu?! Acho só que deve ter esses cuidados, para não gerar desincentivo as investigações, se você tem uma regra que manda você abrir muito cedo os documentos que você está investigando, isso prejudica a investigação em si. Isso não pode se sobrepor a você desvendar o cartel, isso é ruim até para quem está propondo a ação. A mesma coisa para a leniência, a mesma coisa para o TCC. É esse cuidado que a gente quer ter.

Entrevistador: Acho que isso dá ate para mudar, na minha opinião, porque ele resolveria a questão prescricional, de dizer que o prazo prescricional começa quando termina o processo no CADE.

Entrevistado: Neste sentido a gente estaria propondo também.

Entrevistador: Porque é um ponto, e isso eu digo de experiência que está sempre, em todas as ações, sendo discutido. E é sempre muito tormentoso. Na ação que teve sentença, dos vergalhões de aço, a tese de prescrição aplicada adotou um ponto de vista contratual que na minha opinião foi muito mal aplicado, porque deixou prescrever um dano que a parte não tinha conhecimento, ela não tinha como acionar. Agora está no radar do STJ, é uma ação de São Paulo em que negaram a tese de prescrição e subiu para o mesmo ministro que julgou o caso dos compressores. Uma ação indenizatória da Federação de Hospitais de São Paulo, contra o cartel dos gases. Então deve ser debatido no âmbito do STJ o marco prescricional para ações de indenização em sede de cartel.

Entrevistado: Legal.

Entrevistador: A gente está acompanhando, queria muito que saísse a decisão para incorporar no trabalho também. O Bellize tem uma tese que é o que em geral é defendido, que o apenas haveria o início do prazo prescricional a partir da ciência inequívoca do dano. Como é o mesmo ministro, talvez ele siga nesta esteira.

Entrevistado: Temos conversado com o Ministro para tentar ver se nessa decisão de sai balizado de uma forma saudável, entendeu. Se sair uma decisão do STJ neste caso com parâmetros bons, seria muito bom.

Entrevistador: Um último tema, que talvez não tenha resposta, mas está em discussão no Tribunal, a questão do cálculo da vantagem auferida. O Conselheiro João Paulo levantou em alguns votos, a Conselheira Cristiane também. Em que medida o CADE realizando esse cálculo ele poderia contribuir para esse tipo de ação.

Entrevistado: Pensando do ponto de vista da pessoa que está movendo a ação de reparação de danos, sem dúvida contribuiria muito. Sem dúvida é um incentivo grande, você pega um cálculo já feito pela autoridade de defesa da concorrência, ao invés de ter que discutir mil anos com perícia, dá um respaldo muito grande. Dito isso, eu acho que a gente deve dar vários incentivos para as ações de reparações de danos, a clareza dessa norma que a gente está querendo fazer tem a ver com isso, eu não sei, e aí de fato eu não sei, se o CADE deveria, para fins de ações

de reparação de danos, ficar fazendo cálculo de vantagem auferida, eu não sei se essa é uma função nossa. Eu acho que devemos fazer cálculo de vantagem auferida quando o caso, a multa, requer que a gente faça isso. E já acho que não é sempre que a gente deve fazer o cálculo, porque as vezes a multa não requer que a gente faça isso. Tem uma série de desvantagem de você ficar tentando fazer cálculo de vantagem auferida, a começar que é muito difícil.

Entrevistador: Está na pauta também. A entrevista que você deu para o Estado de São Paulo você chegou a falar isso, que é muito difícil fazer o cálculo do dano. Eles perguntaram dano de cartel, mas imagino que se aplique.

Entrevistado: Sim, a gente está tendo uma dicotomia no Tribunal hoje que para mim já está claro, há um posicionamento minoritário, especialmente do João Paulo e da Cristiane que seria no sentido de a gente mudar bastante nosso cálculo de hoje e fazer primeiro o cálculo da vantagem auferida para depois fazer o cálculo da sanção. E a gente tem uma posição majoritária no sentido de manter como está hoje, que é meio que em parâmetros jurisprudenciais, a gente identifica o cartel se for *softcore* a gente está falando em, mais ou menos, 10% de alíquota, se for um cartel *hardcore*, 15% de alíquota, que você calcula a partir dali. A desvantagem do cálculo da vantagem auferida é o seguinte: primeiro, do ponto de vista de eficiência da autoridade administrativa gera um caos. Imagina ter que calcular vantagem auferida em todo caso de cartel? É inviável. O que a gente poderia fazer é um cálculo grosseiro, mas por que o cálculo grosseiro é ruim? Porque ele, do ponto de vista jurídico, ele enfraquece tremendamente seu caso, porque ao final você multa com base em um cálculo de vantagem auferida que você fez mais ou menos. Se sou um advogado, a primeira coisa que farei é ir ao Judiciário e falar: ‘esse cálculo da vantagem auferida está errado’ e contrata um perito e, ferrou, sai anulando todas nossas decisões. Isso em sede de processos administrativos é difícil, em sede de acordo, que é o que o João também defende e isso o Tribunal é radicalmente contra, aí é um caos. É impossível no âmbito de um acordo. A gente está fazendo sessenta TCCs por ano, não dá para fazer cálculo de vantagem auferida dentro de tudo isso. Então, para mim, é muito custoso, de resultado incerto, e gera um flanco jurídico imenso de fraqueza, ao passo que esse cálculo que a gente faz hoje, ele é seguro, do ponto de vista jurídico qualquer juiz fica confortável com aquilo: é 0,1% a 20%, cartel é mais grave, então aplico de 15% a 20%, minha jurisprudência faz isso, e o juiz fica satisfeito. E, ao meu ver, está gerando multas bastante dissuasórias, a gente não está subpunindo, ao meu ver, até porque, junto com a multa pecuniária tem punição de indivíduos, que está crescendo no Brasil, tem imagem da empresa, tem o custo do processo em si, tem o fato dela enfrentar multa lá fora, cara, é custoso quando você é pego fazendo cartel no Brasil, eu não acho que está sendo uma subpunição. É neste sentido que eu sou um pouco reticente em a gente avançar muito rapidamente nesta questão de cálculo da vantagem auferida. Dito isso, seria interessante a gente aqui, via DEE, doutrinariamente, avançar em técnicas desse tipo que, em alguns casos, é necessário. Em alguns casos, de fato, é necessário. Você fica na dúvida se aquela multa que você está aplicando, por alguma razão aquilo não estaria sendo uma subpunição muito grande, ou uma sobreposição muito grande. E por vezes é útil você fazer o cálculo da vantagem auferida.

Entrevistador: A primeira proposta desse projeto é mudar o artigo e tornar a multa proporcional ao tempo de duração.

Entrevistado: Essa é uma questão que eu tenho muita dúvida. Tem imensas vantagens e tem suas desvantagens.

Entrevistador: Dificulta um pouco a dosimetria da pena?

Entrevistado: Sim, teria que mudar a dosimetria na verdade, porque, assim, a regra hoje da lei, ela é bizarra, não tem dúvida: que é o ano anterior à instauração do processo. Aquilo não tem aderência zero com a duração da conduta, com quando aconteceu a conduta, é zero. E acontece muito, as vezes o faturamento da empresa cai muito e você estará subpunindo ela com relação ao cartel. As vezes sobre muito e você estará sobrepunindo ela com relação a cartel. Dito isso, pode ser que a lógica do legislador seja: quero punir a empresa de acordo com sua capacidade de pagamento hoje, e não de dez anos atrás, e entra com uma ação de reparação de danos para reaver os danos ocorridos durante a conduta. Mas é uma regra um pouco bizarra, se fizer (o calculo da multa) usando todo o faturamento durante a duração da conduta, é mais inteligente no sentido de que tem uma aderência maior com o dano do cartel, por outro lado, se a gente mantiver o mesmo nível de alíquota, a gente estará literalmente multiplicando nossas sanções por dez. Um cartel que durou dez anos, vamos cobrar dele dez vezes mais do que cobramos hoje, se mantivermos a alíquota. Se mantiver isso, teria que ter uma revisão desse percentual de alíquota que a gente cobra, entendeu?!

Entrevistador: Poderia 0,1% com relação aos últimos 10 anos e não 20%?

Entrevistado: Tem uma questão complicada que é uma questão de prova, porque como isso entra no cálculo da multa, você tem que provar que o cartel durou aqueles anos. As vezes é mais fácil, mas as vezes é muito difícil.

Entrevistador: As vezes é difícil saber o ano que encerra também né?

Entrevistado: É.

Entrevistador: Uma pergunta que tínhamos relacionadas, mas que acredito que já foi endereçada é exatamente isso, se o aumento da base da multa, ou uma multa nunca inferior à vantagem auferida, em um contexto de ações privadas mais difundidas, se não se criaria uma punição desproporcional.

Entrevistado: Possivelmente. É algo até que estava pensando: que interpretação que a gente deveria fazer a expressão vantagem auferida. Será que quando está escrito vantagem auferida é uma vantagem pecuniária meramente auferida, ou eu devo ver se aquela punição que estou dando para ele não está cobrindo a vantagem auferida, porque de outras formas aquilo está punindo ele: ele vai ser processado em outros países, os indivíduos estão sendo punidos. Deve haver esse cuidado sim.

Roteiro de Entrevista Semiestruturado para Procurador-Chefe do CADE

Entrevistado: Victor Santos Rufino

Cargo: Procurador-Chefe do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Dados Acadêmicos e Profissionais:

Formação Acadêmica:

1. Graduação em Direito (UFPI - 2005)
2. Pós-Graduação em Direito da Concorrência (FGV – 2010)
3. Mestrado em Direito Econômico (UnB – 2014)

a.

Formação Profissional:

1. Procurador Federal desde 2006
2. Procurador-Chefe adjunto do CADE – 2011/2013
3. Procurador-Chefe do CADE – Mandato: 20/01/2014 a 19/01/2016
4. Procurador-Chefe do CADE – Mandato: 20/01/2016 a 19/01/2018
5. Professor de Direito Econômico – IESB/DF – 2010/2013

Data: 25/08/2016 – 17h

Preparação: Esclarecer (i) objeto da pesquisa, (ii) familiaridade/experiência do entrevistador com o tema; (iii) objetivo das entrevistas com autoridades e (iv) panorama geral da entrevista.

1. Na sua opinião, qual a importância do *private enforcement* como instrumento de dissuasão de infrações à ordem econômica, em especial, a prática de cartéis?
2. Em que medida a incipiência de ações dessa natureza no Brasil contribui para o surgimento ou a prática reiterada dos ilícitos?
3. O CADE, em sua atuação, deveria/poderia prestar algum tipo de contribuição para facilitar ou fomentar o ajuizamento de ações indenizatórias por particulares?
4. Via de regra, o CADE intervém nos litígios desta natureza, a rigor da autorização do artigo 118 da Lei n. 12.529/2011, ou adota uma posição equidistante de tais litígios? Por que?
5. Caso instado por uma corte a fornecer documentos produzidos no processo administrativo, o posicionamento da Procuradoria do CADE é combater este tipo de ordem judicial?
6. Na sua opinião, em que medida o acesso dos prejudicados aos documentos produzidos no âmbito do processo administrativo pode prejudicar o programa de leniência e a política de defesa da concorrência promovida pelo CADE?
7. Em recente debate promovido pela ABA, você mencionou um esforço pró-ativo da Procuradoria em combater ordens de exibição de documentos de acesso restrito. Na sua

opinião, o recente precedente do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.554.986/SP (Whirlpool/Electrolux) pode alterar essa tendência?

8. O posicionamento do CADE quanto ao compartilhamento dos documentos apresentados em sede de acordo de leniência e TCC pode vir a ser alterado em razão do citado precedente?
9. Na sua opinião, há algum documento que jamais poderia ser compartilhado com terceiros? Exemplificar com a Diretiva da Comissão Europeia que exclui a proposta de acordo dos documentos passíveis de compartilhamento.
10. Em artigo¹⁶⁶ publicado no ano passado, você traçou uma análise de conformidade do programa de leniência brasileiro com a teoria dos jogos. Na sua opinião, as alterações previstas no Projeto de Lei do Senado n. 283/2016, principalmente no que diz respeito à não aplicação de *double damages* e responsabilidade solidária aos signatários de leniência e TCC que entreguem documentos que permitam a estimação do dano, criam um incentivo ou um desestímulo à confissão do ilícito perante a autoridade de defesa da concorrência?

¹⁶⁶ RUFINO, Victor Santos. Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015.

Transcrição de Entrevista com Procurador-Chefe do CADE

Entrevistador: 25/08/2016 – Victor Rufino. Procurador-Chefe do CADE. Bom, para você não precisa introdução. Você sabe que eu trabalhei com esse tipo de ação. O motivo de incluir a entrevista com as autoridades era tirar o meu viés de plaintiff attorney. Temos umas perguntas básicas, como a importância do private enforcement como instrumento de dissuasão, se você acha que tem ou não, vamos conversando...

Entrevistado: Não tenho dúvida de que tem importância.

Entrevistador: A incipiência desse tipo de ação contribui de alguma forma com o surgimento ou reiteração de infrações?

Entrevistado: Deixa eu ver se eu entendi a pergunta, se eu acho que o estado da arte hoje ajuda a ter muito cartel?

Entrevistador: Sim, hoje temos uma atuação exemplar do CADE, mas não temos o outro lado para completar a punição.

Entrevistado: Eu tenho certeza que há uma atrofia na esfera cível, acho que essa atrofia, a lógica dita que ela vai diminuir o *deterrence* geral da política de defesa da concorrência, mas ao mesmo tempo eu acho que ela tem paulatinamente diminuído, acho inclusive que ela vai seguir, agora com esse tanto de condenação de cartel com base em confissões, eu acho que tem uma tendência de aumentar.

Entrevistador: Entendi. Que tipo de contribuição você acha que o CADE poderia dar a esse tipo de litígio, considerando a previsão da lei de possibilidade de intervenção como assistente?

Entrevistado: Acho que é complicado o CADE intervir como assistente em ações privadas de reparação de danos porque já é complicado em si ele tomar conta do contencioso dele, que também é alto, já que as decisões administrativas não são finais. Eu acho que casos que tivessem teses caras ao desenvolvimento da reparação privada talvez fosse interessante o CADE entrar, mas tem tão pouca coisa ainda que não dá nem para dizer que há uma paisagem de contencioso. Os casos em envolvem reparação cíveis, em casos que estão em investigação, especialmente quanto tem leniência, o CADE tem que tomar um especial cuidado, porque o jogo de estrutura de incentivos da leniência em relação às ações privadas no Brasil é problemático, é complexo, deve ser sopesado com cuidado. Outra forma que o CADE poderia ajudar, talvez, acho que o melhor que ele faz é descobrir cartel, mesmo. Não tem jeito. O acordo de leniência, técnicas de investigação que só poder público tem, a atuação do MP, etc, etc. Lavrar decisões técnicas é o jeito mais, para não se perder no caminho entendeu. Como ajudar? Tem muito jeito de ajudar, mas tem pouco recurso, então talvez concentrando nas decisões.

Entrevistador: Apenas para entender, sei que o CADE adota uma posição equidistante desse tipo de litígio em geral não intervém. Isso sei até por experiência. Mas você acha que isso se deve ao fato de ausência de recursos, mesmo?

Entrevistado: Ausência.

Entrevistador: Você está alocando os esforços?

Entrevistado: Sim, é muito por alocação de esforço. Com certeza.

Entrevistador: Se fosse uma estrutura maior...

Entrevistado: Poderia pensar em dar uma “agressivada” na esfera cível.

Entrevistador: Com relação a acesso a documentos. Aí é um tema que eu sei que está até sub judice. Atualmente a postura do CADE, e isso já tomando até como parâmetro aquele bate-papo da ABA no ano passado, é combater esse tipo de ordem.

Entrevistado: Então. Quando envolve acordo de leniência ou TCC. Por que? No estado das coisas hoje, o grande deflagrador de ações cíveis é a condenação do CADE em investigação de cartel. E o grande deflagrador de investigações é o acordo de leniência. Óbvio. O Brasil hoje não tem um jeito, uma forma clara, legal, formal de diferenciar na esfera cível, como é diferenciado na esfera penal e administrativa, o sujeito que coopera do sujeito que não coopera. Então eu acho que tem que ter uma preocupação da política, e aí o CADE normalmente tem adotado posturas mais defensivas em relação à entrega de documentos, quando ele está entregando documentos de quem colaborou, para uma ação em que essa pessoa que colaborou vai ficar em uma posição de, não é nem de inferioridade, mas de igualdade com quem não colaborou, entendeu?! Então vai haver essa diferença da parte do CADE, e o próprio sistema jurídico é montado, de certa forma, para isso. Agora, claro, como ao mesmo tempo o CADE vê com bons olhos que a esfera cível se desenvolva, ele tem que ficar balanceando esses interesses. Um jeito dele ajudar, ele vai lançar uma regra agora que torne mais claro o uso de documentos, mesmo em casos sob investigação. E ele vai fazer de tal forma, ele está tentando organizar as coisas de uma forma que as partes já tenham o máximo de possibilidade, desde o início de uma investigação, de moverem suas ações cíveis com documentação fornecidas pelo CADE. Porque também, as vezes você cria um mito de que, ou você tem acesso àquele documento ou você não tem sua ação. Não, as vezes com documentos produzidos pelo CADE que garantam a estrutura de incentivos à confissão e ao mesmo tempo também favoreçam o ingresso de ações cíveis, eu acho que esse é o ponto de equilíbrio que a gente precisa encontrar agora.

Entrevistador: Bom que até já respondeu uma pergunta que eu tinha justamente com relação a esse prejuízo ou não ao programa de leniência. Agora, com relação à essa decisão do STJ, você acha que ela tem o condão de talvez alterar esse tipo de interação que o CADE tem com a parte?

Entrevistado: Como assim?

Entrevistador: A decisão foi bem clara. Ela estabeleceu um parâmetro, um ponto no qual o CADE deve fazer esse compartilhamento. Hoje o CADE combate, até porque não quer colocar o leniente em uma posição de desvantagem em um litígio privado.

Entrevistado: A gente entreviui, fez embargos de declaração porque tem uma certa ambiguidade e algumas omissões importantes. Se esse documento for (compartilhado) qual uso que pode ser dado a ele, entendeu?! Uma série de questões que a gente está levando para o STJ, essa decisão foi tomada em caso que não envolvia o CADE, ainda tem que ver como é que essa execução dessa decisão vai ser feita, o que é toda uma outra história, a gente ainda pode modificar essa decisão, então não é trivial. A gente está produzindo uma disciplina normativa para deixar mais clara cada uma dessas situações, essa disciplina normativa deve sair logo. Então, assim, essa decisão em si, ela não é nem o começo e nem o fim, ela na verdade ela é uma evidência de como esse tema está se desenvolvendo, está chegando às instâncias superiores, está tocando em temas sensíveis, mas ela é um passo da trajetória. Ainda vai ter muita coisa. É um passo

importante, um passo relevante, um passo simbólico, mas ainda tem muita água para passar debaixo dessa ponte.

Entrevistador: Tomando como parâmetro a diretiva da União Europeia sobre compartilhamento de documentos, na sua opinião há algum documento que jamais, em hipótese alguma pode ser compartilhado?

Entrevistado: Eu acho que alguns elementos, vamos dizer assim, um documento de... Alguns elementos do acordo de leniência, da confissão, é um documento produzido pela parte. Vai ter muitos documentos relativos a ela que não dizem respeito a investigação e mesmo assim estão lá, entendeu?! Então eu acho que é possível você fazer uma filtragem daquilo que um dia vai ser conhecido porque tem que ser conhecido, daquilo que é informação puramente privada e que diz respeito só a ela e que pode trazer uma desvantagem competitiva e deve ficar fechado sempre.

Entrevistador: Você está a par do projeto de lei do Aécio que altera a lei de defesa da concorrência?

Entrevistado: Qual projeto de lei?

Entrevistador: Que estabelece double damages, aumenta o parâmetro da multa... (Entrega cópia do projeto ao entrevistado).

Entrevistado: Quem foi que enxertou isso aqui? Eu acho que essa é uma boa saída...

Entrevistador: Liberar o leniente ou signatário de TCC do dano em dobro...

Entrevistado: Sim, porque tem que diferenciar.

Entrevistador: Tinha incluído uma pergunta, até para puxar o Victor acadêmico, porque tem um artigo seu que você faz uma análise de conformidade do programa de leniência com a teoria dos jogos.

Entrevistado: Sim, estou terminando minha dissertação nisso!

Entrevistador: Esse tipo de alteração legislativa seria um estímulo do desincentivo à confissão do ilícito perante a autoridade de defesa da concorrência?

Entrevistado: Eu acho que seria um estímulo, porque do jeito que está hoje é um *liability* muito forte que o cara tem, e não, e não, é... Como se diz? É um *liability* muito forte na esfera cível quando ele faz a leniência. Isso eu acho um fator de dissuasão significativo. É o que estou defendendo muito aqui na dissertação. É sério, tem uma parte que eu digo que o programa tem que ter, ele tá bem completo. Mas eu falo que tem que ter regra de sigilo, entendeu?! Eu falo o seguinte: na teoria dos jogos, o resultado em que os dois confessam não é um resultado “pareto superior”, o resultado “pareto superior” para eles é os dois não confessarem. Mas na verdade eles confessam, e porque a solução do dilema é “pareto não superior”? Porque existe sempre o receio de você ser o *sucker*, o otário, você não confessar, o outro confessar e você assumir os custos da confissão e o cara não assumir o custo da não confissão. O problema do tipo de *liability* que você enfrenta na área cível é que você corre o risco de quem confessou no *sucker*, entendeu, porque ele, quando confessa ele assume posição jurídica... Ele já confessou, não tem defesa contra a confissão dele, enquanto o outro tem defesa contra a acusação da confissão.

Então se expor ele de uma forma superior ao sujeito que não confessa, você está correndo o risco de você inverter a lógica de incentivos e aí, cara, aí o cara vai adotar a solução “pareto superior” que é a que a gente não quer. E essa de ninguém cooperar é ruim para todo mundo, é ruim para a esfera cível também. Então essa é a natureza do dilema.

Anexo 2 – Ações privadas analisadas para elaboração do trabalho

CLASSE PROCESSUAL	NÚMERO DO PROCESSO	JUÍZO	PARTES	INVESTIGAÇÃO RELACIONADA
Ação Coletiva	7099345-90.2009.8.13.0024	28ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG	Autora: AHMG – Associação de Hospitais de Minas Gerais; Rés: White Martins Gases Industriais Ltda.; Air Liquide Brasil Ltda; AGA S/A; Air Products Brasil Ltda; IBG Indústria Brasileira de Gases Ltda.	Cartel dos gases medicinais e industriais
Ação Coletiva	1065317-65.2013.8.26.0100	18ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: FEHOSP – Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de São Paulo; Rés: White Martins Gases Industriais Ltda.; Air Liquide Brasil Ltda.; Linde Gases Ltda.; Air Products Brasil Ltda.; IBG – Indústria Brasileira de Gases Ltda.	Cartel dos gases medicinais e industriais
Ação Coletiva	0041466-96.2013.8.1.0001	1ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba/PR	Autoras: AHOPAR – Associação dos Hospitais do Paraná, SINDIPAR – Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Saúde do Paraná e FEHOSPAR – Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de Saúde do Estado do Paraná; Rés: White Martins Gases Industriais Ltda.; Air Liquide Brasil Ltda.; Linde Gases Ltda.; Air Products Brasil Ltda.; IBG – Indústria Brasileira de Gases Ltda.;	Cartel dos gases medicinais e industriais

CLASSE PROCESSUAL	NÚMERO DO PROCESSO	JUÍZO	PARTES	INVESTIGAÇÃO RELACIONADA
Ação Coletiva	0034072-87.2013.8.07.0001	2ª Vara Cível de Brasília/DF	Autora: Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e Bebidas Não Alcoolicas; Rés: White Martins Gases Industriais Ltda.; Air Liquide Brasil Ltda; AGA S/A; Air Products Brasil Ltda; IBG Indústria Brasileira de Gases Ltda.	Cartel dos gases medicinais e industriais
Ação Coletiva	0002825-05.2014.8.21.0053	2ª Vara Judicial da Comarca de Guaporé/RS	Autora: Associação Beneficente Manoel Francisco Guerreiro; Rés: White Martins Gases Industriais Ltda.; Air Liquide Brasil Ltda.; Linde Gases Ltda.; Air Products Brasil Ltda.; IBG – Indústria Brasileira de Gases Ltda	Cartel dos gases medicinais e industriais
Ação Coletiva	2009.34.00.035755-7	13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal	Autores: SINDUSCON/MG, SINDUSCON/GO; SINDUSCON/TAP; SINDUSCON/VALE; Rés: ArcelorMittal Brasil S.A.; Gerdau S.A.; Votorantim Siderurgia S.A.	Cartel dos vergalhões de aço
Ação Coletiva	0011644-43.2014.8.26.0100	6ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP	Autora: Associação dos Distribuidores dos Produtos Ambev do Estado de São Paulo e Região Sudeste - Adisc Sp; Rés: AMBEV – Companhia de Bebidas das Américas e CADE	Abuso de poder econômico decorrente pela Ambev
Ação Indenizatória c/c Obrigação de Fazer	9848158-78.2006.8.13.0024	22ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG	Autores: Cobraço Comercial Brasileira de Aço Ltda. e Cobraço Serviços Ltda. Ré: Companhia Siderúrgica Belgo Mineira (ArcelorMittal Brasil S.A)	Cartel dos vergalhões de aço

CLASSE PROCESSUAL	NÚMERO DO PROCESSO	JUIZO	PARTES	INVESTIGAÇÃO RELACIONADA
Ação Indenizatória c/c Obrigação de Fazer	0600850-72.2010.8.13.0145	7ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora/MG	Autores: Comercial Mineira de Ferro e Aço Ltda. e Indústria e Comércio de Produtos Siderúrgicos Açomax Ltda. Ré: Gerdau S/A	Cartel dos vergalhões de aço
Ação Indenizatória c/c Obrigação de Fazer	2009.38.00.015651-4	13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal	Autores: MA Atacadão do Ferro Ltda; Açomac Ltda; Ferros Itabirito Ltda; Ré: Siderúrgica Barra Mansa S/A	Cartel dos vergalhões de aço
Ação Indenizatória c/c Obrigação de Fazer	0673078-20.2010.8.13.0024	18ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG	Autores: Marca Ltda; Ferret Comercial Ltda. Ré: Gerdau S.A	Cartel dos vergalhões de aço
Ação Indenizatória c/c Obrigação de Fazer	5954152-61.2009.8.13.0024	1ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG	Autores: Eduardo Antonio Lamounier Cunha; Ultrafer Comercio e Serviços Ltda. Ré: Gerdau S.A.	Cartel dos vergalhões de aço
Ação Indenizatória	3050070-07.2013.8.13.0024	30ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG	Autora: Mate Couro S/A Ré: White Martins Gases Industriais Ltda.	Cartel dos gases medicinais e industriais
Ação Indenizatória	0130316-15.2011.8.26.0100	38ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SO	Autora: Granel Química Ltda.; Ré: Air Liquide Brasil Ltda.	Cartel dos gases medicinais e industriais
Ação Indenizatória c/c Obrigação de Fazer	0045265-50.2013.8.16.0001	6ª Vara Cível da Comarca de Curitiba/PR	Autora: Liga Paranaense de Combate ao Cancer; Ré: White Martins Gases Industriais Ltda.	Cartel dos gases medicinais e industriais
Ação Indenizatória	0012022-83.2009.8.26.0161	3ª Vara Cível da Comarca de Diadema/SP	Autora: Engemetal Construções e Montagens Ltda; Ré: White Martins Gases Industriais Ltda	Cartel dos gases medicinais e industriais
Ação Indenizatória	0116924-71.2012.8.26.0100	33ª Vara Cível do Foro Central da	Requerente: Electrolux do Brasil S.A; Requeridos:	Cartel dos compressores

CLASSE PROCESSUAL	NÚMERO DO PROCESSO	JUÍZO	PARTES	INVESTIGAÇÃO RELACIONADA
		Comarca de São Paulo/SP	Whipool S.A., Brasmotor S.A, Tecumseh do Brasil Ltda.	herméticos para refrigeração
Protesto	3306431-60.2013.8.13.0024	29ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG	Requerente: USINAS SIDERURGICAS DE MINAS GERAIS S/A. USIMINAS Requerida: White Martins Gases Industriais Ltda.	Cartel dos gases medicinais e industriais
Protesto	1044704-53.2015.8.26.0100	34ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP	Autora: Companhia de Tecidos Norte de Minas - Coteminas Re: Evonik Degussa do Brasil Ltda	Cartel do Peróxido de Hidrogênio
Protesto	0011591-13.2015.8.16.0001	6ª Vara Cível de Curitiba/PR	Autora: Companhia de Tecidos Norte de Minas - Coteminas Re: Peróxidos do Brasil Ltda.	Cartel do Peróxido de Hidrogênio
Protesto	1044816-22.2015.8.26.0100	36ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo	Autora: Companhia Siderúrgica Nacional Ré: Evonik Degussa do Brasil Ltda	Cartel do Peróxido de Hidrogênio
Protesto	0011600-72.2015.8.16.0001	4ª Vara Cível de Curitiba/PR	Autora: Companhia Siderúrgica Nacional Rés: 1) Peróxidos do Brasil Ltda. 2) Cosmoquímica Indústria e Comércio Ltda. 3) SUMATEX PRODUTOS QUÍMICOS LTDA. 4) BRENN-TAG QUÍMICA BRASIL LTDA. 5) AMONEX DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.	Cartel do Peróxido de Hidrogênio
Protesto	1009409-10.2015.8.26.0405	7ª Vara Cível de Osasco/SP	Autora: Companhia Siderúrgica Nacional Ré: AMONEX DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.	Cartel do Peróxido de Hidrogênio

CLASSE PROCESSUAL	NÚMERO DO PROCESSO	JUIZO	PARTES	INVESTIGAÇÃO RELACIONADA
Protesto	1014316-86.2015.8.26.0224	7ª Vara Cível de Guarulhos/SP	Autora: Companhia Siderúrgica Nacional Ré: BRENN-TAG QUÍMICA BRASIL LTDA	Cartel do Peróxido de Hidrogênio
Protesto	1005858-63.2015.8.26.0068	3ª Vara Cível de Barueri/SP	Autora: Companhia Siderúrgica Nacional Ré: Cosmoquímica Indústria e Comércio Ltda.	Cartel do Peróxido de Hidrogênio
Protesto	1014315-04.2015.8.26.0224	2ª Vara Cível de Guarulhos/SP	Autora: Companhia Siderúrgica Nacional Ré: SUMATEX PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.	Cartel do Peróxido de Hidrogênio
Protesto	1044784-17.2015.8.26.0100	6ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP	Autora: Ecolab Química Ltda Ré: Evonik Degussa do Brasil Ltda	Cartel do Peróxido de Hidrogênio
Protesto	0004918-07.2015.8.16.0194	20ª Vara Cível de Curitiba/PR	Autora: Ecolab Química Ltda Ré: Peróxidos do Brasil Ltda.	Cartel do Peróxido de Hidrogênio
Protesto	1044807-60.2015.8.26.0100	45ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP	Autora: Unilever Brasil Ltda Ré: Evonik Degussa do Brasil Ltda	Cartel do Peróxido de Hidrogênio
Protesto	0004919-89.2015.8.16.0194	21ª Vara Cível de Curitiba/P	Autora: Unilever Brasil Ltda Ré: Peróxidos do Brasil Ltda.	Cartel do Peróxido de Hidrogênio
Protesto	1044754-79.2015.8.26.0100	44ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: Vicunha Têxtil S/A Ré: Evonik Degussa do Brasil Ltda	Cartel do Peróxido de Hidrogênio
Protesto	0011596-35.2015.8.16.0001	17ª Vara Cível de Curitiba/PR	Autora: Vicunha Têxtil S/A Ré: Peróxidos do Brasil Ltda.	Cartel do Peróxido de Hidrogênio
Protesto	1016860-30.2015.8.26.0068	4ª Vara Cível do Foro de Barueri/SP	Autora: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A Ré: Philips do Brasil Ltda	Cartel de CRT

CLASSE PROCESSUAL	NÚMERO DO PROCESSO	JUÍZO	PARTES	INVESTIGAÇÃO RELACIONADA
Protesto	1014280-74.2015.8.26.0020	4ª Vara Cível do Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó de São Paulo/SP	Autora: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A Ré: Koninklijke Philips N.V.	Cartel de CRT
Protesto	1014283-29.2015.8.26.0020	2ª Vara Cível do Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó de São Paulo/SP	Autora: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A Ré: Philips Electronics North America	Cartel de CRT
Protesto	1014284-14.2015.8.26.0020	3ª Vara Cível do Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó de São Paulo/SP	Autora: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A Ré: Philips Consumer Electronics, Co.	Cartel de CRT
Protesto	1014286-81.2015.8.26.0020	3ª Vara Cível do Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó de São Paulo/SP	Autora: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A Ré: LP Displays International B.V.	Cartel de CRT
Protesto	0641105-92.2015.8.04.0001	18ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho - Capital - Fórum Ministro Henocho Reis - Manaus/AM	Autora: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A Ré: SSC Displays Ltda.	Cartel de CRT
Protesto	0641111-02.2015.8.04.0001	6ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho - Capital - Fórum Ministro Henocho Reis - Manaus/AM	Autora: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A Ré: LP Displays Amazônia Ltda.	Cartel de CRT
Protesto	1014289-36.2015.8.26.0020	4ª Vara Cível do Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó de São Paulo/SP	Autora: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A Ré: LG Electronics Inc.	Cartel de CRT
Protesto	1016756-16.2015.8.26.0625	5ª Vara Cível do Foro de Taubaté/SP	Autora: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A Ré: LG Electronics do Brasil Ltda	Cartel de CRT

CLASSE PROCESSUAL	NÚMERO DO PROCESSO	JUIZO	PARTES	INVESTIGAÇÃO RELACIONADA
Protesto	1014291-06.2015.8.26.0020	2ª Vara Cível do Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó de São Paulo/SP	Autora: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A Ré: LG Electronics USA, Inc.	Cartel de CRT
Protesto	1014294-58.2015.8.26.0020	1ª Vara Cível do Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó de São Paulo/SP	Autora: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A Ré: Samsung SDI Co., Ltd.	Cartel de CRT
Protesto	1014295-43.2015.8.26.0020	2ª Vara Cível do Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó de São Paulo/SP	Autora: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A Ré: Samsung Electronics America, Inc.	Cartel de CRT
Protesto	1014296-28.2015.8.26.0020	1ª Vara Cível do Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó de São Paulo/SP	Autora: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A Ré: Samsung SDI America, Inc	Cartel de CRT
Protesto	0641141-37.2015.8.04.0001	20ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho - Capital - Fórum Ministro Henoch Reis - Manaus/AM	Autora: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A Ré: Samsung SDI Brasil Ltda	Cartel de CRT
Protesto	1014297-13.2015.8.26.0020	4ª Vara Cível do Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó de São Paulo/SP	Autora: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A Ré: Technicolor S.A.	Cartel de CRT
Protesto	1014299-80.2015.8.26.0020	3ª Vara Cível do Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó de São Paulo/SP	Autora: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A Ré: Technicolor USA, Inc.	Cartel de CRT
Protesto	1014301-50.2015.8.26.0020	3ª Vara Cível do Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó de São Paulo/SP	Autora: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A Ré: TTD International S.A.S	Cartel de CRT

CLASSE PROCESSUAL	NÚMERO DO PROCESSO	JUÍZO	PARTES	INVESTIGAÇÃO RELACIONADA
Protesto	1016837-84.2015.8.26.0068	6ª Vara Cível de Barueri/SP	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: Philips do Brasil Ltda	Cartel de CRT
Protesto	1124134-54.2015.8.26.0100	18ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: Koninklijke Philips N.V.	Cartel de CRT
Protesto	1124160-52.2015.8.26.0100	14ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: Philips Electronics North America	Cartel de CRT
Protesto	1124165-74.2015.8.26.0100	6ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: Philips Consumer Electronics, Co.	Cartel de CRT
Protesto	1124169-14.2015.8.26.0100	41ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: LP Displays International B.V.	Cartel de CRT
Protesto	0641019-24.2015.8.04.0001	3ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho - Capital - Fórum Ministro Hénoch Reis - Manaus/AM	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: SSC Displays Ltda.	Cartel de CRT
Protesto	0641021-91.2015.8.04.0001	2ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho - Capital - Fórum Ministro Hénoch Reis Manaus/AM	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: LP Displays Amazônia Ltda.	Cartel de CRT
Protesto	1124180-43.2015.8.26.0100	43ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: LG Electronics Inc.	Cartel de CRT
Protesto	1016734-55.2015.8.26.0625	4ª Vara Cível do Foro de Taubaté/SP	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: LG Electronics do Brasil Ltda	Cartel de CRT

CLASSE PROCESSUAL	NÚMERO DO PROCESSO	JUIZO	PARTES	INVESTIGAÇÃO RELACIONADA
Protesto	1124189-05.2015.8.26.0100	42ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: LG Electronics USA, Inc.	Cartel de CRT
Protesto	1124196-94.2015.8.26.0100	37ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: Samsung SDI Co., Ltd.	Cartel de CRT
Protesto	1124201-19.2015.8.26.0100	11ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: Samsung Electronics America, Inc.	Cartel de CRT
Protesto	1124205-56.2015.8.26.0100	40ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: Samsung SDI America, Inc	Cartel de CRT
Protesto	0641023-61.2015.8.04.0001	3ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho - Capital - Fórum Ministro Henoch Reis Manaus/AM	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: Samsung SDI Brasil Ltda	Cartel de CRT
Protesto	1124207-26.2015.8.26.0100	2ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: Technicolor S.A.	Cartel de CRT
Protesto	1124211-63.2015.8.26.0100	17ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: Technicolor USA, Inc.	Cartel de CRT
Protesto	1124215-03.2015.8.26.0100	16ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: Hitachi America, Ltd	Cartel de CRT
Protesto	1124217-70.2015.8.26.0100	20ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: Panasonic Corporation of North America	Cartel de CRT
Protesto	1124218-55.2015.8.26.0100	22ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: Panasonic Consumer Electronics, Co	Cartel de CRT

CLASSE PROCESSUAL	NÚMERO DO PROCESSO	JUIZO	PARTES	INVESTIGAÇÃO RELACIONADA
Protesto	1124222-92.2015.8.26.0100	30ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: IGB Eletronica S/A Ré: Toshiba America, Inc.	Cartel de CRT
Protesto	1016883-73.2015.8.26.0068	1ª Vara Cível do Foro de Barueri/SP	Autora: Itaotec S.A. - Grupo Itaotec Ré: Philips do Brasil Ltda	Cartel de CRT
Protesto	1124493-04.2015.8.26.0100	28ª Vara Cível Foro Central de São Paulo/SP	Autora: Itaotec S.A. - Grupo Itaotec Ré: Koninklijke Philips N.V.	Cartel de CRT
Protesto	1124499-11.2015.8.26.0100	3ª Vara Cível Foro Central de São Paulo/SP	Autora: Itaotec S.A. - Grupo Itaotec Ré: Philips Electronics North America	Cartel de CRT
Protesto	1124502-63.2015.8.26.0100	24ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: Itaotec S.A. - Grupo Itaotec Ré: Philips Consumer Electronics, Co.	Cartel de CRT
Protesto	1124509-55.2015.8.26.0100	31ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: Itaotec S.A. - Grupo Itaotec Ré: LP Displays International B.V.	Cartel de CRT
Protesto	0641179-49.2015.8.04.0001	7ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho - Capital - Fórum Ministro Hnoch Reis - Manaus/AM	Autora: Itaotec S.A. - Grupo Itaotec Ré: SSC Displays Ltda.	Cartel de CRT
Protesto	0641181-19.2015.8.04.0001	10ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho - Capital - Fórum Ministro Hnoch Reis - Manaus/AM	Autora: Itaotec S.A. - Grupo Itaotec Ré: LP Displays Amazônia Ltda.	Cartel de CRT
Protesto	1124518-17.2015.8.26.0100	21ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: Itaotec S.A. - Grupo Itaotec Ré: LG Electronics Inc.	Cartel de CRT

CLASSE PROCESSUAL	NÚMERO DO PROCESSO	JUÍZO	PARTES	INVESTIGAÇÃO RELACIONADA
Protesto	1016794-28.2015.8.26.0625	1ª Vara Cível do Foro Taubaté/SP	Autora: Itaotec S.A. - Grupo Itaotec Ré: LG Electronics do Brasil Ltda	Cartel de CRT
Protesto	1124525-09.2015.8.26.0100	8ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: Itaotec S.A. - Grupo Itaotec Ré: LG Electronics USA, Inc.	Cartel de CRT
Protesto	1124529-46.2015.8.26.0100	13ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: Itaotec S.A. - Grupo Itaotec Ré: Samsung SDI Co., Ltd.	Cartel de CRT
Protesto	1124532-98.2015.8.26.0100	27ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: Itaotec S.A. - Grupo Itaotec Ré: Samsung Electronics America, Inc.	Cartel de CRT
Protesto	1124538-08.2015.8.26.0100	4ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: Itaotec S.A. - Grupo Itaotec Ré: Samsung SDI America, Inc	Cartel de CRT
Protesto	0641183-86.2015.8.04.0001	16ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho - Capital - Fórum Ministro Hnoch Reis - Manaus/AM	Autora: Itaotec S.A. - Grupo Itaotec Ré: Samsung SDI Brasil Ltda.	Cartel de CRT
Protesto	0641185-56.2015.8.04.0001	11ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho - Capital - Fórum Ministro Hnoch Reis - Manaus/AM	Autora: Itaotec S.A. - Grupo Itaotec Ré: Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda.	Cartel de CRT
Protesto	1124550-22.2015.8.26.0100	39ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: Itaotec S.A. - Grupo Itaotec Ré: Technicolor S.A.	Cartel de CRT
Protesto	1124555-44.2015.8.26.0100	32ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP	Autora: Itaotec S.A. - Grupo Itaotec Ré: Technicolor USA, Inc.	Cartel de CRT

Anexo 3 – Proposta de emenda ao Projeto de Lei do Senado n. 283/2016

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 283/2016

EMENDA AO PROJETO Nº 01

(Do Sr. Senador [Digite o nome do autor da emenda])

Dê-se ao Art. 46-A a seguinte redação:

Art. 46-A. Quando a ação de indenização por perdas e danos se originar do direito previsto no art. 47, não correrá a prescrição durante a vigência do inquérito ou processo administrativo no âmbito do CADE.

Parágrafo único. Na hipótese de divulgação de acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática firmado no âmbito do processo administrativo, a data da divulgação constituirá termo inicial da pretensão de reparação de danos.

Dê-se ao Art. 47, §2º a seguinte redação:

Art. 47.....

§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 devidamente homologado pelo CADE, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados.

Sala da Comissão, _____ de _____ de _____

[Nome do autor da emenda]