

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MAURICIO OSCAR BANDEIRA MAIA

**ELEMENTOS DAS AÇÕES REPARATÓRIAS POR DANOS CONCORRENCIAIS
DECORRENTES DE CARTEL**

**BRASÍLIA,
JANEIRO DE 2020**

MAURICIO OSCAR BANDEIRA MAIA

**ELEMENTOS DAS AÇÕES REPARATÓRIAS POR DANOS CONCORRENCIAIS
DECORRENTES DE CARTEL**

Trabalho de Dissertação apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Direito do
Instituto Brasiliense de Direito Público
como requisito parcial para a obtenção
do título de Mestre em Direito
Constitucional.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Laura Schertel
Ferreira Mendes

**BRASÍLIA,
JANEIRO DE 2020**

MAURICIO OSCAR BANDEIRA MAIA

**ELEMENTOS DAS AÇÕES REPARATÓRIAS POR DANOS CONCORRENCIAIS
DECORRENTES DE CARTEL**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação
em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público
como requisito parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito Constitucional.

Brasília-DF, Janeiro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^ª. Dr.^ª. Laura Schertel Ferreira Mendes
Professora Orientadora

Prof. Dr. João Paulo Bachur
Instituto Brasiliense de Direito Público
Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Caio Mário da Silva Pereira Neto
Fundação Getúlio Vargas
Membro da Banca Examinadora

**BRASÍLIA,
JANEIRO DE 2020**

RESUMO

A presente pesquisa buscou examinar a racionalidade das ações reparatórias de danos concorrenciais, especialmente aqueles decorrentes de cartéis, sob a perspectiva da União Europeia, dos Estados Unidos da América e do Brasil. Para tanto, procurou-se estabelecer os elementos de sua formação, a exemplo do próprio conceito e sua classificação, de noções de cartéis e danos por eles causados, dos pressupostos de responsabilidade civil e da relação entre persecução pública e persecução privada, com ênfase para a sua interrelação no campo do direito antitruste. Em seguida, foi realizada uma análise comparativa entre o contexto de regras e incentivos para o ajuizamento das ARDCs nos EUA e na União Europeia, focando a racionalidade dessas ações em contraste com o sistema persecutório de cada um dos sistemas jurídicos adotados. Mais adiante, nosso olhar se dirigiu à situação das ARDCs no Brasil sob um prisma teórico, abordando-se questões sempre atreladas ao tema, a exemplo de prescrição; compartilhamento de documentos relacionados às infrações de cartel; tese de *pass on defence*; instrução probatória e estrutura jurídica das ações coletivas no contexto brasileiro. Em complemento, o trabalho oferece uma análise empírica a respeito das ações de reparação por danos de cartel, perpassando os entendimentos jurisprudenciais e buscando delinear se há algum ponto de discussão que possa ser considerado entrave ou incentivo para a consolidação das ARDCs no ordenamento jurídico como instrumento efetivo de responsabilização do infrator e como meio ancilar de prevenção a cartéis (prevenção geral e especial), em complemento à persecução pública promovida pelo CADE e por outros órgãos. Em conclusão, foi possível depreender que a atuação do CADE tem sido positiva para o desenvolvimento das ARDCs e para proporcionar segurança jurídica nesta área em específico, o que será complementado e melhor sedimentado a partir da discussão das novas propostas legislativas que versam sobre o tema.

Palavras-chave: Nexo Causal. Responsabilidade Civil. Cartel. Antitruste. Direito Concorrencial. Infração à Ordem Econômica.

ABSTRACT

The present research intended to examine the rationality of civil actions based on antitrust damages, especially those caused by cartel, under the perspective of European Union, USA and Brazil. Therefore, we've tried to establish the elements of its formation, like the concept and its classification, notions of cartels and damages caused, requisites of civil liability and the relation between public and private enforcement, with focus to its interrelation in the antitrust field. After that, we've done a comparative analysis was carried out between the context of rules and incentives for the prosecution of ARDCs in the United States of America and the European Union, focusing in the rationality of these actions in comparison with the systems adopted by each one. Right after, we've turned our look into the situation of ARDCs in Brazil under a theoretical prism, addressing issues always linked to the theme of remedial actions for competitive damages, such as prescription; document sharing related to cartel offenses; pass on defense thesis; probative instruction and legal structure of collective actions in the Brazilian context. In addition, the paper offers an empirical analysis of the actions for reparation for cartel damages, bypassing the jurisprudential understandings and seeking to delineate if there is any point of discussion that could be considered an obstacle or incentive for the consolidation of the ARDCs as an instrument for accountability of the offender and as an ancillary mean of prevention of cartels (general and special prevention), in addition to the public prosecution promoted by CADE and other agencies. In conclusion, it was possible to infer that CADE's performance has been positive for the development of the ARDCs and to provide legal certainty in this specific area, which will be complemented and better consolidated through the discussion of the new legislative proposals on the subject.

Keywords: Causation. Civil Liability. Cartel. Antitrust Law. Antitrust Violation.

LISTA DE SIGLAS

ACPERA - lei de aumento e reforma da penalidade criminal antitruste

ARDC - Ação de Reparação por danos de Cartel

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

DOJ - Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA

EUA – Estado Unidos da America

FDD - Fundo de Defesa de Direitos Difusos

FTC - Federal Trade Commission

IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência e Comércio Internacional (IBRAC)

IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

LACP - Lei da Ação Civil Pública

LAP - Lei da Ação Popular

LDC – Lei de Defesa da Concorrência

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

PLS – Projeto de Lei do Senado

RE – Recurso Extraordinário

SEPRAC - Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TCCs – Termos de Cessação de Conduta anticompetitiva

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJMG - Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

UE – União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 METODOLOGIA.....	11
2. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DECORRENTES DA PRÁTICA DE CARTEL NO DIREITO BRASILEIRO	19
3 AÇÕES REPARATÓRIAS DE DANOS CONCORRENCIAIS (ARDCs).....	30
4 CARTÉIS.....	43
5 A RELAÇÃO ENTRE PERSECUÇÃO PÚBLICA E PERSECUÇÃO PRIVADA DA PRÁTICA DE CARTEL.....	64
6 RACIONALIDADE DAS AÇÕES REPARATÓRIAS NO EXTERIOR: EUROPA E ESTADOS UNIDOS.....	70
<i>6.1 AÇÕES CIVIS POR REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS NOS ESTADOS UNIDOS.....</i>	<i>70</i>
6.1.1 <i>AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS POR CARTEL E A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DO TRIPLO DO PREJUÍZO CONCORRENCIAL.....</i>	<i>77</i>
6.1.2 <i>RELAÇÃO ENTRE AS AÇÕES INDENIZATÓRIAS E O PROGRAMA DE LENIÊNCIA.....</i>	<i>83</i>
6.1.3 <i>A COMPROVAÇÃO DO “DANO CONCORRENCIAL” (“ANTITRUST INJURY”).....</i>	<i>86</i>
6.1.4 <i>PADRÃO DE PROVA E QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS CONCORRENCIAIS</i>	<i>88</i>
6.1.5 <i>PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA.....</i>	<i>91</i>
6.1.6 <i>PASS ON DEFENCE E LEGITIMIDADE DOS AUTORES DAS AÇÕES DE REPARAÇÃO</i>	<i>92</i>
6.1.7 <i>O ESTÍMULO ÀS “CLASS ACTIONS”</i>	<i>95</i>
6.1.8 <i>SOLIDARIEDADE NO PAGAMENTO DOS DANOS CONCORRENCIAIS</i>	<i>96</i>
<i>6.2 AÇÕES CIVIS POR REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS NA UNIÃO EUROPEIA.....</i>	<i>97</i>
6.2.1 <i>REGULAMENTAÇÃO PELA DIRETIVA 2014/104/UE</i>	<i>98</i>

6.3 COMPARAÇÃO DAS ARDCS NA EUROPA E ESTADOS UNIDOS.....	104
7 ARDCS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: UM MODELO EM CONSTRUÇÃO.....	106
7.1 LEGITIMIDADE E RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.....	108
7.2 PRESCRIÇÃO.....	111
7.3 COMPARTILHAMENTO DE DOCUMENTOS EM PODER DO CADE	125
7.4 RESOLUÇÃO 21/2018 DO CADE	128
7.5 COMPRADORES DIRETOS, INDIRETOS E PASS-ON EFFECT	134
7.6 QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS EM CASOS DE CARTEL	138
7.7 O VALOR PROBATÓRIO DA DECISÃO DO CADE NAS ARDCs.....	143
7.8 ESTRUTURA JURÍDICA DAS AÇÕES COLETIVAS	146
8 BREVE ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE AS AÇÕES REPARATÓRIAS DOS DANOS CONCORRENCIAIS DERIVADOS DE CARTEL.....	149
9 PERSPECTIVAS DIANTE DO PROJETO DE LEI Nº 11.275/2018.....	164
CONCLUSÃO.....	170
REFERÊNCIAS	177
ANEXO – TABELA DE JURISPRUDÊNCIA	186

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo fornecer um panorama das ações reparatórias por danos concorrenciais (ARDCs) propostas perante o Poder Judiciário brasileiro, e que tenham como origem danos decorrentes da prática de cartel.

Consciente de que este tipo de ação ainda requer mais delineamentos por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e, especialmente, do Poder Legislativo, com vistas a regulamentar os incentivos e restrições ao seu ajuizamento, a pesquisa busca perscrutar a racionalidade dessa reparação de natureza civil, bem como lançar um olhar sobre o resultado das ações já ajuizadas e sobre as discussões surgidas nos embates judiciais sobre o tema, a fim de trazer novos pontos de vista e perspectivas acerca da temática.

O Capítulo 1 desta dissertação descreve a metodologia utilizada na pesquisa. O Capítulo 2 examina mais diretamente a responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel no contexto brasileiro, e o terceiro dedica-se às características da ação reparatória.

Tendo em vista a necessidade de formar uma base teórica sobre o conceito de cartel na legislação e jurisprudência brasileira, o Capítulo 4 perpassa a discussão voltada à interpretação da legislação sobre o tema, tanto no Código Civil quanto na Lei nº 12.529/2011, sem se olvidar de espelhar os posicionamentos pertinentes.

Em continuidade, o Capítulo 5 aborda a relação entre a persecução pública e a persecução privada da prática de cartel no Brasil e no mundo, considerando que o *enforcement* privado concursal está intrinsecamente relacionado aos incentivos gerados pelo poder público para que ele possa existir. É discutido nesse bojo, ainda, a tensão entre os incentivos de persecução privada e os possíveis reflexos negativos dessa política no combate aos cartéis à cargo da autoridade administrativa antitruste, *in casu*, o CADE.

Mais adiante, no Capítulo 6, faz-se uma análise expositiva do contexto de regras e de incentivos para o ajuizamento das ARDCs nos Estados Unidos da América e na União Europeia, bem como da racionalidade de sua existência nos diferentes ambientes, abordando-se aspectos como: padrão probatório; prescrição; critérios econômicos de prova; compartilhamento de informações; legitimidade ativa e passiva para ajuizamento das ações; e

relação entre as ARDCs e os programas de leniência existentes nas respectivas autoridades de defesa da concorrência.

Ultrapassada a fase inicial de detalhamento do assunto, no Capítulo 7, é examinada mais detidamente a situação das ARDCs no Brasil sob um prisma teórico/normativo, adentrando em questões sempre atreladas ao tema das ações reparatórias por danos concorrenciais, a exemplo de: prescrição; compartilhamento de documentos relacionados às infrações de cartel; tese de *pass on defence*; instrução probatória e estrutura jurídica das ações coletivas no contexto brasileiro.

Caminhando para o encerramento da pesquisa, no Capítulo 8, o trabalho oferece um olhar empírico das ações de reparação por danos de cartel, percorrendo os entendimentos jurisprudenciais e empenhando-se em delinear se há algum ponto intrinsecamente associado às ARDCs que possa ser considerado entrave ou incentivo para a sua consolidação em nosso sistema jurídico como instrumento efetivo de responsabilização do infrator e como meio ancilar de prevenção a cartéis (prevenção geral e especial), em complemento à persecução pública promovida pelo CADE e por outros órgãos estatais.

Por fim, diante da existência de projeto de lei tendente a disciplinar com maior especificidade as ARDCs¹, trazendo significativa alteração das características da aplicação das multas decorrentes de práticas cartelísticas e dos incentivos para o ajuizamento das ARDCs, optou-se por, no Capítulo 9, traçar um panorama das perspectivas por ele introduzidas. Realiza-se, ainda, um exame crítico das normas ainda *de lege ferenda* com o resultado da pesquisa teórica e empírica deste trabalho, para, fundamentadamente, opinar acerca das alterações advindas do aludido projeto.

Em complemento, a conclusão final da pesquisa é oferecida com base nas informações decorrentes tanto da análise da literatura jurídica e da doutrina antitruste quanto da pesquisa empírica ora realizada, sem se omitir de expressar posições pessoais do autor.

¹ Projeto de Lei do Senado Federal n. 283/2016, já aprovado naquela Casa, com correspondência ao Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 11.275/2018, ainda em tramitação, no qual se propõe a alteração de alguns artigos da Lei n. 12.529/2011, com vistas a conferir maior efetividades às ações reparatórias por danos concorrenciais, sem, por outro lado, prejudicar a atividade investigativa e punitiva a cargo do CADE.

1 METODOLOGIA

O trabalho de pesquisa é a continuação de estudos relacionados ao setor de direito econômico, regulação e análise de jurisprudência concernente à reparação de danos perante a prática de cartel. Diante da relevância, cada vez mais crescente, da defesa da concorrência no cenário nacional, foi despertado o interesse em observar quais são os principais pontos de discussão e os possíveis entraves que as ações de reparação de danos em cartel (ARDCs) enfrentam na prática jurídica, bem como qual a racionalidade em se estimular ou mesmo prever tais ações em nosso ordenamento jurídico, fazendo-se um breve estudo do direito alienígena sobre o assunto.

Levando em consideração a chave de raciocínio que justifica a redação de uma pesquisa, faz-se necessário apresentar este texto como um relato, para *entender* como se formam as ARDCs, qual a sua racionalidade, a sua finalidade e os principais entraves à reparação civil dos danos concorrenciais no Brasil. Busca-se, ainda, compreender as perspectivas diante das alterações regulatórias advindas tanto do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) quanto do Poder Legislativo, tudo isso examinado em consonância com a visão atual também do Poder Judiciário nas poucas ações da espécie existentes no país.

Ainda em sintonia com o raciocínio metodológico supra, deve-se averiguar a influência das decisões do CADE nas ações de reparação de danos e os principais obstáculos ao desenvolvimento deste tipo de ação como um *problema prático* que motiva o questionamento sobre qual a abordagem do Poder Judiciário sobre o tema, devendo este questionamento ser entendido como a *pergunta de pesquisa* que define o *problema de pesquisa*, necessariamente maior. Tal problema de pesquisa trata da necessidade de compreender, prioritariamente, a racionalidade das ARDCs, como o Poder Judiciário as vem apreciando e o que poderia ser feito para otimizar a análise deste tipo de processo, caso se conclua que estas devam ser otimizadas, e, conseqüentemente, servir de instrumento para difundir a cultura de defesa da concorrência no Brasil.

A *resposta da pesquisa*, por sua vez, resta cada vez mais perceptível à medida que as ARDCs vêm ganhando importância em termos de produção acadêmica e também destaque na pauta internacional, o que denota a necessidade de identificar as principais características das ARDCs e enfrentar as discussões que se apresentam como principais empecilhos para o seu

desenvolvimento, sem descurar também da necessidade de se examinar as motivações para transformá-la em instrumento a ser estimulado e desenvolvido em nosso sistema de defesa da concorrência pátrio.

Configurado como um problema de pesquisa, a pesquisa foi desenvolvida diante da seguinte pergunta: qual a racionalidade das ARDCs e quais os principais aspectos a serem superados para o desenvolvimento das ARDCs no Brasil?

A resposta para esse questionamento vem da revisão teórica do tema, aliada, sobretudo, ao resultado da pesquisa empírica, que apresenta, com maior fidelidade, os entraves ao desenvolvimento deste tipo de ação enfrentados no contexto atual, fornecendo subsídios concretos para uma avaliação prospectiva do assunto.

É válido observar aqui que o problema de pesquisa deve ser considerado como puro na medida em que se pretende estudar os efeitos da teoria e metodologia de análise antitruste sobre as ações de reparação de danos advindos de cartel, e, dessa forma, não deve o leitor abrir mão de potenciais consequências indiretas palpáveis no plano fático, como eventuais sugestões de tratamento regulatório sobre o tema.

Em atenção ao *enforcement* público e privado voltado ao combate aos cartéis, a defesa da concorrência se mostra de suma importância, pois, além de ser uma obrigação constitucional, a atuação perante o Judiciário deve ser instrumento eficaz tanto na busca do aprimoramento da prestação dos serviços e do oferecimento de melhores produtos; quanto na proteção do consumidor, na defesa da concorrência e no desenvolvimento dos mercados.

Para definir o objetivo da pesquisa de forma clara e precisa, concebemos a presente investigação como uma pesquisa de estrutura fechada, com foco previamente estabelecido na observação empírica das decisões judiciais sobre ações de reparação de danos em cartel, e cujo desenvolvimento se dá por meio da abordagem metodológica qualitativa, com universo de análise fechado.

São consideradas como material base da pesquisa empírica principalmente as decisões judiciais que versam sobre a reparação de danos. A partir da generalização da abordagem, segue-se a construção do universo de variáveis gerais e para a generalização analítico-teórica.

Deve-se apresentar como objetivo geral deste trabalho, além da abordagem teórico/jurídica sobre as ARDCs, em especial o estudo empírico voltado a saber como o Poder Judiciário se manifesta a respeito das iniciativas de reparação de danos provenientes de infrações de cartel. Ao caracterizar as discussões que tangenciam a defesa da concorrência no Judiciário, procurou-se dar ênfase aos aspectos formais e materiais das ARDCs e à aplicação do instrumental antitruste perante os casos de cartel, traçando as características dos processos, assim como as novas perspectivas para as ARDCs.

No que diz respeito aos objetivos específicos, é também objeto de verificação identificar quais os principais entraves para uma maior efetividade das ARDCs, bem como os efeitos originados das decisões do CADE nestas ações, para analisar se há uma estanqueidade entre esses sistemas de persecução diversos ou uma comunicabilidade desejável entre eles. Por fim, almeja-se ainda estudar as iniciativas legislativas no Brasil sobre a possibilidade de reparação de danos em casos de cartel, conferindo a esse diploma vindouro um olhar crítico, fundado no conhecimento produzido a partir da revisão doutrinária e do estudo empírico/jurisprudencial desta pesquisa.

Ademais disto, após o mapeamento da dinâmica jurisprudencial, pretende-se traçar as características dos processos judiciais sobre esta matéria, assim como delinear as perspectivas e sugerir cenários regulatórios que propiciem o aumento da eficiência e o melhor desenvolvimento dos aspectos normativos, com vistas a estimular as ARDCs sob uma perspectiva qualitativa, e não meramente quantitativa, sem criar um *run wild* (crescimento selvagem). Ou seja, não se trata simplesmente de incentivar o crescimento do número de ações, a exemplo do que ocorreu no Brasil com a proliferação desmedida de ações de reparação de dano moral – as quais pouco contribuem para o ambiente de segurança jurídica nacional e para a concreta observância dos direitos dos cidadãos – mas de pensar as ARDCs como instrumento efetivo de reparação do injusto e, ao mesmo tempo, de complemento à ação estatal de coibição de práticas infrativas à ordem econômica.

Para tratar dos instrumentos a serem utilizados na pesquisa, deve-se valer dos artifícios de análise documental. A pesquisa empreendida tem ênfase na pesquisa bibliográfica e documental, bem como na coleta de dados, na doutrina, na jurisprudência e em textos legais. Propõe-se aqui utilizar primordialmente documentos públicos, em sua maioria decisões judiciais.

Ao escrutinar tais documentos, é imprescindível, para o exame e crítica correspondentes, a observação do seu contexto político e econômico, assim como os pontos das principais divergências. Com isso, é possível garantir a autenticidade e confiabilidade dos textos, assim como captar a sua lógica interna e os seus conceitos-chave. Postos estes elementos, a pesquisa passa a confrontar os documentos, avaliando-os de forma indutiva e dedutiva e fornecendo uma interpretação coerente face à sua temática inicial.

Ao dialogar entre dois campos – o tratamento das ARDCs pelo Poder Judiciário e os aspectos concorrenciais das decisões administrativas do CADE sobre cartéis – a investigação procura realizar a junção dos temas em *variação*, por meio dos tipos de documentos utilizados, que permitem o diálogo e a observação em conjunto.

De posse desta estrutura analítica, passamos à caracterização do que deve ser feito em cada parte da dissertação, tratando-se especificamente da forma de coleta e tratamento dos dados da pesquisa.

Inicialmente, faz-se uma contextualização do tema, situando o leitor a respeito do contexto em que está inserido. Adiante, parte-se para uma sucinta definição da ARDC e uma tentativa de sistematização, com o oferecimento de uma classificação dessas ações.

Em seguida, parte-se para detalhar a relação entre cartel e os conceitos de *enforcement* público e privado na literatura antitruste, essenciais para se entender o dano social, o dano individual, e a relação de interdependência entre a atividade persecutória desenvolvida pelas autoridades da concorrência e a política legislativa que possa vir a promover a ARDC.

Mais à frente, privilegiou-se o levantamento bibliográfico sobre o tema da responsabilidade civil, analisando a sua natureza jurídica e a função da ação reparatória de danos concorrenciais.

Dando seguimento, passou-se a abordar o contexto das ações reparatórias no exterior, mais precisamente na União Europeia e nos Estados Unidos, por serem os ambientes nos quais a defesa da concorrência se mostra mais avançada. Neste tópico são abordados diversos aspectos dessas ações, a exemplo daqueles já antevistos como potencialmente problemáticos em nosso ordenamento, tais como prescrição, legitimidade, quantificação dos danos, *pass-on*, etc.

A pesquisa empírica sobre as ARDCs realizada neste trabalho tem como inspiração inicial uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência e Comércio Internacional (IBRAC), cujo escopo temporal abrangeu os anos de 1994 a 2017, e que se centrou no exame de todas as causas reparatorias conexas com o direito concorrencial, sem restrição aos casos de cartel. Por sua vez, a presente análise tem como objetivo levantar, mapear e sistematizar em dados macro a jurisprudência recente do Poder Judiciário envolvendo fundamentos ou argumentos embasados na Lei nº 8.884/1994 e na Lei nº 12.529/2011 sobre o tema de reparação de danos advindos da prática de cartel.

No que diz respeito à limitação geográfica da pesquisa empírica, deve-se observar que a pesquisa se deu, no âmbito da justiça estadual, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) e no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), que são considerados os mais relevantes em relação ao tema. No âmbito da justiça federal, foram analisados todos os Tribunais Regionais Federais, da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões.

Já na esfera dos Tribunais Superiores, a pesquisa se debruçou sobre os processos que tramitaram no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF), considerando a característica de uniformização de entendimento jurisprudencial que eles possuem. É oportuno registrar que a pesquisa nos tribunais não abrangeu os órgãos de primeiro grau, limitando-se ao exame de decisões colegiadas.

No tocante à limitação temporal da pesquisa, deu-se prioridade aos julgamentos realizados a partir do ano de 2011, tendo em vista a edição da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), utilizando como termo final o mês de setembro de 2019, período de conclusão da presente pesquisa.

A busca inicial pelas palavras-chave teve foco nas ementas e se utilizou do termo de busca “cartel”, e aplicou o filtro de “assunto” relacionado ao “direito civil” e “direito processual civil”, em especial perante o TJMG e TJSP. Perante os tribunais federais, tribunais superiores e demais tribunais estaduais, foi utilizado o termo de busca “cartel”, tendo sido utilizados os filtros de “assunto” relacionado ao “direito civil” e “direito processual civil” sempre que disponíveis.

A segunda etapa envolveu a depuração dos resultados iniciais, em que foram excluídas todas as decisões não identificadas como referentes a ações de reparação de danos, quando cotejadas com o conceito utilizado na dissertação.

A terceira etapa do levantamento jurisprudencial se concentrou na análise quantitativa e qualitativa de cada um dos resultados encontrados, bem como no apontamento dos principais obstáculos à reparação de danos advindos de cartel.

Cumprir notar que os resultados excluídos da presente pesquisa envolviam processos em segredo de justiça, multas por intempestividade (matéria meramente incidental e processual), embargos de declaração rejeitados e litígios não concernentes a qualquer matéria concorrencial. Tais processos, além de não se compatibilizarem com o objeto da pesquisa, em nada agregariam à amostra selecionada.

É necessário ter em conta que a pesquisa não visou apresentar um panorama exaustivo de todos os processos de ARDCs existentes nos tribunais selecionados, mas sim discutir quais os principais aspectos utilizados como razões de decidir nas respectivas demandas sob a perspectiva jurisprudencial empírica (obstaculizadores ou mesmo incentivadores deste tipo de ação), levando-se em conta a base teórica preliminarmente exposta. Desta forma, embora os termos utilizados tivessem como objetivo encontrar todos os processos envolvendo esta matéria concorrencial nos tribunais que são objeto da pesquisa, é possível e até mesmo provável que casos relevantes não tenham sido detectados, o que não afeta a qualidade do resultado do trabalho, ante a significativa base amostral obtida.

De posse do resultado da pesquisa empírica, procedeu-se à análise dos precedentes selecionados, para detalhar e discutir, à luz de cinco aspectos basilares, quais os principais entraves à reparação civil dos danos concorrenciais. Neste sentido, passou-se a tratar especificamente de: *i.* Prescrição; *ii.* Compartilhamento de documentos em poder do CADE; *iii.* *Pass-on defence* e seus efeitos; *iv.* Metodologias para a quantificação dos danos advindos de cartel em concreto; *v.* Qualidade da prova.

Esses pontos de análise foram selecionados a partir da compreensão doutrinária sobre o tema, que, ao descrever as ARDCs, é recorrente em mencionar tais aspectos como fatores cruciais a serem observados em ações dessa natureza. A ideia é compreender esses fatores e testá-los sob a luz dos precedentes judiciais, verificando seu grau de ocorrência nas poucas

ações do gênero em trâmite no Judiciário, e observar se representam pontos de melhoria legislativa ou mesmo interpretativa de nosso Direito.

Detalhados estes tópicos, a pesquisa passa a examinar a Resolução do CADE sobre a publicização documental com o objetivo de fomentar as ações de reparação de danos advindos da prática de Cartel, bem com os projetos de lei que cuidam do assunto, para delinear as perspectivas, possíveis soluções para os entraves apontados e possibilidades de agenda de pesquisa na área de reparação de danos.

O desenvolvimento do trabalho privilegia basicamente a análise de pesquisas e reflexões sobre o tema da reparação de danos no seu aspecto concorrencial, bem como frente à construção e às características da estrutura de defesa da concorrência atinente ao tema.

Diante da necessidade de traçar um perfil da jurisprudência sobre o assunto, se faz necessário realizar um mapeamento do setor normativo e legislativo, estudando individualmente a atuação dos órgãos de defesa da concorrência e do Judiciário diante das pretensões de reparação de danos advindos da prática de cartel.

Os resultados qualitativos decorrentes da investigação constam na parte final da pesquisa, momento em que se procedeu o exame das principais questões observadas a partir dos dados teóricos e empíricos, de modo a traçar conclusões gerais sobre a atuação dos órgãos de regulação antitruste e algumas perspectivas no que diz respeito à proteção da concorrência e à reparação de danos.

No tocante às fontes que foram utilizadas na pesquisa, a reparação de danos foi avaliada a partir da literatura do Direito Civil, em junção com o Direito Concorrencial, dando ênfase aos aspectos peculiares deste último. Para realizar esta tarefa, foram analisados os textos e autores nominados na bibliografia. Sobre a revisão da literatura acerca do Direito Concorrencial relacionada à reparação de danos, optou-se por colher os principais entendimentos atuais sobre o tema à luz da manutenção da ordem econômica, valendo-se tanto de autores especializados no antitruste quanto de civilistas com ênfase em responsabilidade civil.

Especificamente sobre o tema de proteção à concorrência, a pesquisa focou na construção doutrinária e jurisprudencial dos conceitos utilizados pela teoria antitruste. Além disso, foi utilizada a literatura do direito econômico para trazer à luz os fundamentos pró-concorrenciais, assim como as influências provocadas a partir das recentes mudanças no

tratamento conferido pelo CADE para os casos de cartel – e como elas têm subsidiado as discussões jurídicas atinentes à reparação de danos advindos da prática deste ilícito concorrencial.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DECORRENTES DA PRÁTICA DE CARTEL NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988, apesar de já contar com mais de 30 anos de existência, inovou em aspectos jurídicos que até os dias de hoje ainda não amadureceram o suficiente para que sejam considerados implementados, ou mesmo dotados de amplos mecanismos e instrumentos de efetivação, como seria de se pressupor de um diploma normativo com tal consolidação temporal.

Talvez essa afirmação reflita o óbvio, pois o Direito é sempre um processo em constante aperfeiçoamento, mutação e implementação, sendo redirecionado e transformado a cada momento por evoluções sociais, tecnológicas, políticas, científicas, geopolíticas, culturais, filosóficas, etc. Porém, é certo que alguns ramos jurídicos adquiriram uma maior densificação normativa e, sobretudo, uma maior efetividade a partir do advento da Constituição Cidadã, que não foram experimentadas por outras áreas do direito até o momento.

No campo do direito econômico, entendido como o conjunto de normas destinadas a regular a política econômica, pode-se dizer que a Lei Maior cuidou de afastar as controvérsias que ainda orbitavam sobre a existência desse ramo do direito como braço autônomo da ciência jurídica, dotado de sujeitos e objetos específicos, princípios próprios e de finalidade destacada dos demais ramos. Nesse sentido, é sempre bem-vinda a lição do professor Eros Grau, em sua clássica obra “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, cuja transcrição se mostra oportuna:

Já não tem mais razão de ser o debate, academicamente despropositado, a respeito da ‘existência’ do Direito Econômico. Argumentação que a negue já de há muito é qualificável como do mesmo teor daquela segundo a qual só argumenta com princípios jurídicos aquele que não encontra Direito a fundamentar sua pretensão. **Essa ‘existência’, entre nós, é hoje afirmada em sede constitucional** – art. 24, I, da Constituição de 1988. (grifos nossos)²

E esse direito econômico foi introduzido em nossa Lei Maior com o objetivo precípua de regular a ordem econômica nacional, sob as premissas da livre iniciativa e da valorização do trabalho, tal como vincado na Carta Magna.

² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 64/65.

Insere nesse campo do direito econômico, a Constituição trouxe um sub-ramo até então desconhecido e praticamente inexplorado no Brasil, muito embora formalmente já existisse regramento normativo sobre ele, qual seja, o do direito concorrencial ou direito antitruste. Esse segmento é marcado pela possibilidade de intervenção do Estado no combate ao abuso do poder econômico, seja mediante o controle de concentrações, seja na repressão às condutas abusivas.

Conquanto a primeira legislação concorrencial nacional remonte à 1945 (e tenha vigorado por poucos meses sem a produção de efeitos)³, a evolução histórica do antitruste desde então foi lenta e somente veio a se intensificar com a mudança de paradigmas econômicos introduzida pela nova ordem constitucional de 1988. De fato, apenas após a redemocratização passa a fazer sentido a busca por um ambiente de mercado concorrencialmente isonômico e livre, distante de uma atuação estatal concentracionista⁴.

A propósito, é esclarecedor o trabalho de pesquisa histórica desenvolvido por Paula Forgioni, ao descrever a evolução da defesa da concorrência no Brasil e no mundo, que destaca, em nossa esfera interna, a falta de eficácia material da Lei n° 4.137/1962⁵ em face da política concentracionista operada pelo governo federal:

Em virtude dessa **aplicação bastante diluída e quase ineficaz, o CADE passa a ser visto** pelo empresariado (e mesmo pela população) **como órgão inoperante** ou que, se fazia algo, não era de muito relevo. Alguns viram nessa imagem o reflexo do desarmamento da atuação do CADE, levado a efeito pela **política econômica que era então adotada, incentivadora, sobretudo, das fusões e incorporações e da criação de grandes empresas e conglomerados nacionais**⁶. (grifos nossos)

De seu turno, a Constituição de 1988, além de abraçar uma ideologia ou concepção de mercado mais liberal, conferiu à ordem econômica princípios fundantes, como: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do

³ CARVALHO, Vinicius Marques, JOPPERT, Carlos Emmanuel. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos: Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Brasília: CADE, 2013, p. 38.

⁴ Embora o CADE tenha sido criado em 1962, até a edição da Lei n. 8.884/1994 sua atuação era pouco expressiva, sobretudo pela atuação direta do Estado na economia e no fomento à concentração de empresas, por meio de uma estratégia de criação dos chamados “campeões nacionais”. Nesse sentido: “Dessa forma, a atuação do Cade encontrava sérias barreiras, já que toda a atividade econômica era rigidamente controlada pelo governo da época. O Estado brasileiro ainda atuava diretamente na prestação de serviços, contribuindo para um cenário no qual não havia espaço para se falar em concorrência”. (CARVALHO, JOPPERT, 2013, p. 48).

⁵ BRASIL. Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm.

⁶ FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 121.

pleno emprego; e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras com sede e administração no País⁷.

Ao lado da livre concorrência, assegurou-se também a livre iniciativa, mediante a possibilidade de exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos⁸.

Essa mudança no conceito da política econômica do País teve como propósito permitir ao mercado funcionar sem tantas amarras, de maneira livre, apartado de uma atuação estatal mais direta e interventiva, antes tão presente.

No entanto, o próprio legislador constituinte, ciente de que a “mão invisível do mercado”⁹ não seria suficiente para corrigir as falhas e assimetrias passíveis de advir de disfunções e de crises na atuação de agentes econômicos livres, previu, como remédio para tais males, a edição de lei com vistas a reprimir o abuso do poder econômico que visasse à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Sob esse lineamento constitucional, sobreveio, a partir daí, a efetiva abertura do mercado brasileiro e sua inserção na economia mundial, especialmente a partir da edição da Lei n° 8.158/1991¹⁰, com uma conseqüente modificação nos rumos econômicos e, especialmente, na atuação estatal, criando-se com isso um ambiente propício ao nascedouro de uma nova legislação antitruste¹¹, a qual somente veio a ser editada em 1994, com a Lei n° 8.884¹², posteriormente substituída pela Lei n° 12.529/2011¹³, atualmente em vigor.

Nesse período mais recente, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica passou a conduzir investigações de cartéis e de condutas unilaterais anticompetitivas praticadas por

⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988, Art. 170. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 8 de novembro de 2019.

⁸ Ibid., Art. 170, parágrafo único.

⁹ Termo cunhado por Adam Smith (2009), no livro “Uma investigação sobre a natureza e a causa da riqueza das nações”, em que o autor defendia o funcionamento livre da economia, com a autorregulação do mercado, em que somente se admitiria a intervenção estatal em hipóteses restritas, como em caso de guerra ou defesa do país, de atividades sem interessados particulares, dentre outras situações excepcionais.

¹⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 173, § 4°.

¹¹ FORGIONI, op. Cit, p 119/121.

¹² BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm. Acesso em 8 de dezembro de 2019.

¹³ BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em 8 de novembro de 2019.

empresas com poder de mercado, desta feita com instrumentos investigativos mais concretos e efetivos, a exemplo de buscas e apreensões, interceptações telefônicas e acordos de leniência, o que tem gerado a condenação com imposição de multa a diversos representados. Outra atuação importante é a celebração de um grande número de Termos de Cessação de Conduta (TCCs – Termos de Compromisso de Cessação de Conduta anticompetitiva), nos quais, após a sua oficialização, a prática infrativa é reconhecida pelo signatário, com a assunção do compromisso de interrompê-la, e, via de regra, também o obriga a recolher uma contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD)¹⁴.

A essa ação estatal com vistas a coibir infrações contra a ordem econômica têm-se dado o nome de *public enforcement*¹⁵, ou algo que poderíamos denominar em nosso vernáculo de “persecução pública” de condutas anticompetitivas, tópico abordado com maior vagar adiante.

A reboque desse poder sancionatório exercido pelo CADE, surge um novo elemento ainda pouquíssimo explorado em nosso sistema jurídico, que é o concernente à responsabilização civil em decorrência dos danos advindos dessas práticas infrativas, em especial aquelas decorrentes de cartéis, cujo dano causado aos consumidores em geral é mais evidente.

A exemplo da nomenclatura alienígena supra, esse mecanismo de reparação civil exercido por particulares na seara do direito antitruste se denomina *private enforcement*, ou “persecução privada”, e é exercido, entre outros, por meio das chamadas Ações Reparatórias decorrentes de Danos Concorrenciais, comumente denominadas de ARDCs.

A propósito do tema, a responsabilidade civil extracontratual por danos concorrenciais poderia (e pode) ser genericamente extraída do comando aberto constante do art. 927 do Código Civil¹⁶, o qual prevê a obrigação àquele que causar dano a alguém em razão de ato ilícito de reparar esse dano. O ato ilícito, por sua vez, está prescrito no art. 186 do mesmo Código.

¹⁴ O FDD é regido pela Lei n. 9.008/1995, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9008.htm. Acesso em 8 de outubro de 2019.

¹⁵ Por não haver nos livros de doutrina da área uma tradução específica e disseminada para os termos *public enforcement* e *private enforcement*, e porque a maioria dos autores prefere utilizar as expressões em inglês, me valho das traduções livres de “persecução pública” e “persecução privada”, sabendo que talvez essa tradução não exprima todo o escopo de atuação e efeitos dos termos estrangeiros, pois o termo em inglês também nos transmite a ideia de executoriedade da respectiva atuação, pública ou privada.

¹⁶ BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 10 de novembro de 2019.

Entretanto, a própria legislação antitruste¹⁷ também cuidou de introduzir dispositivo específico sobre a questão, nos termos seguintes:

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 ação¹⁸.

Vê-se, portanto, um arcabouço normativo voltado para garantir a indenização cível por danos concorrenciais (infrações da ordem econômica) e, igualmente, o incremento da atuação repressiva às infrações à ordem econômica desempenhada pelo CADE. De fato, ao desbaratar cartéis e identificar condutas ilícitas ensejadoras de prejuízos financeiros aos particulares, o CADE estaria promovendo a persecução pública sobre fatos com potenciais reflexos na seara de direitos individuais, situação que deveria dar azo ao crescimento das demandas judiciais buscando a respectiva reparação pelos danos individuais sofridos em face da prática colusiva, em geral decorrentes da imposição de preços supracompetitivos. Tais demandas, por seu turno, complementariam a atuação estatal, conferindo-se maior poder de penalização do infrator da ordem econômica e, portanto, aumentando os riscos da tomada de decisões por parte de um agente econômico racional, ou seja, que busca o lucro em todas as suas decisões.

Essa possibilidade, prevista destacadamente na lei que cria o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, traz o instrumento da persecução privada expressamente no mesmo diploma que cuida da persecução pública do ilícito antitruste, o que aparenta revelar a ideia do legislador em reconhecer uma complementariedade entre ambos os mecanismos de repressão do ilícito, conferindo-lhes um caráter de maior efetividade quando funcionam em conjunto, em verdadeira simbiose.

Contudo, em que pese o crescimento do combate pela via administrativa do CADE aos cartéis no Brasil, e o aumento, conquanto tímido, das ações judiciais reparatorias por danos decorrentes de condutas colusivas anticompetitivas, é fato que essa persecução privada (*private enforcement*), tida como instrumento complementar e ancilar à política estatal de combate aos

¹⁷ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Op. Cit.

¹⁸ Ibid.

cartéis, ainda é deveras incipiente em nosso sistema jurídico, e, além disso, é pouco eficaz em reparar os danos sofridos pelos consumidores e demais afetados pela conduta.

A propósito, segundo dados colhidos por Giovana Vieira Porto¹⁹, de 1995 a 2017, foram encontradas apenas 69 ações reparatórias por danos concorrenciais advindos de condutas cartelísticas em todo o território nacional, o que expressa a diminuta utilização da reparação civil privada no Brasil, resultando em algo em torno de 3 ações do gênero propostas por ano em todo o país.

Associado a esse pequeno número de ações reparatórias ao longo de mais de 22 anos, estima-se ainda um baixíssimo índice de êxito dessas ações por parte de seus autores, o que pode ser expressado por diversas hipóteses de dificuldades encontradas para o sucesso da demanda.

Um primeiro entrave parece estar na prescrição civil para essas práticas, atualmente fixada em 3 anos, a teor do art. 206, § 3º, do Código Civil. Todavia, paira alguma incerteza sobre esse prazo. Também o termo inicial do prazo prescricional é algo debatido na doutrina e na jurisprudência, ainda sem uma orientação jurisprudencial definida a esse respeito.

A questão é que, via de regra, os ilícitos antitruste, em especial os cartéis, são cometidos de forma oculta, nas sombras, frequentemente sem deixar evidências palpáveis desses arranjos, o que torna difícil a sua detecção e posterior comprovação pelos particulares afetados com a conduta, especialmente nesse exíguo prazo de 3 anos.

Nesse passo, o CADE tem sido um ator importante na descoberta desses ilícitos e na condenação dos correspondentes responsáveis. Para tanto, o ente tem se valido de ferramentas investigativas (como buscas e apreensões, interceptações telefônicas, acordos de leniência e TCCs, denúncias e representações, dentre outras), instrumentos que têm aumentado a obtenção de provas materiais dessas infrações pela autoridade antitruste.

Sem embargo, os processos sancionadores administrativos têm um tempo de maturação longo, de modo que a maioria das condenações só vem a acontecer, em regra, após mais de 7

¹⁹ PORTO, Giovana Vieira. A cessão de crédito devido por ressarcimento ao dano material oriundo de cartel: um novo business?. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 5, n. 2, p. 131-162, 2017. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/352>. Acesso em 20 de outubro de 2019.

anos dos fatos. Somente após o deslinde processual administrativo é que as provas obtidas pelo CADE vêm sendo publicizadas, ocasião em que os afetados pela infração à ordem econômica passam a possuir elementos mais concretos de responsabilização pelo dano concorrencial.

Ainda assim, diversos documentos produzidos em sede de acordos não são tornados públicos, diante da política de incentivos à leniência e da sua regra de ouro, que é não permitir que o beneficiário da leniência saia do processo em situação pior do que a dos demais representados e tampouco em situação mais gravosa do que a que teria caso não tivesse aderido ao programa, o que tem justificado o retardamento na abertura das provas e até mesmo o sigilo permanente de alguns documentos trazidos nesse contexto colaborativo.

Então, um dos problemas que se apresentam é definir a partir de quando se passaria a contar o prazo prescricional, se a partir da lesão, da cessação do fato no caso da infração continuada, se quando do conhecimento inequívoco do dano pela vítima ou do reconhecimento da violação à legislação atinente à ordem econômica pelo CADE, dentre outras possibilidades. Essa parece ser uma das dificuldades experimentadas nas ARDCs, que não apenas desestimulam a sua propositura, mas também podem ensejar o seu insucesso na seara judicial, tema que será explorado adiante.

Outra dificuldade que se vislumbra ao se intentar ajuizar demandas judiciais com intuito reparatório em decorrência de cartéis é a relativa à dificuldade de obtenção de provas da conduta infrativa, também mencionada acima. Como visto, o cartel é um ilícito de natureza oculta, cujas provas se encontram em poder dos próprios perpetradores da infração, e sem as quais o processo responsabilizatório resulta absolutamente infrutífero, ante a impossibilidade de comprovar o primeiro dos elementos da responsabilidade civil, que é a própria conduta antijurídica.

Por outro lado, as provas obtidas pela autoridade antitruste, sobretudo aquelas provenientes de leniências e de termos de cessação de conduta, adquirem uma natureza sigilosa e que perdura todo o iter processual até o seu desfecho, sob pena de se atrapalhar as investigações e de se prejudicar a persecução pública, ou seja, de o seu compartilhamento ou publicização vir a produzir potenciais reflexos negativos sobre a própria efetividade da atividade finalística desempenhada pela autoridade investigativa e julgadora, o CADE.

Nessa esteira, há uma interrelação entre esses dois mecanismos de coibição das práticas infrativas à ordem econômica (*private x public enforcement*), a qual pode afetar a política

antitruste e sua própria efetividade, na medida em que um eventual recrudescimento das reparações civis mediante o compartilhamento imediato de provas obtidas pelo CADE poderia ensejar um desestímulo às empresas em reconhecer condutas praticadas no passado e, mais ainda, em delatar outros participantes do conluio, dificultando, com essa postura, a descoberta de cartéis e, conseqüentemente, com impactos posteriores na eficácia da própria reparação civil, que se veria novamente sem provas suficientes para mover ações dessa natureza.

Em suma, há um equilíbrio tênue entre a persecução pública e a privada, especialmente em jurisdições ainda muito dependentes das provas trazidas por participantes dos cartéis (via acordos de leniência e termos de cessação de conduta)²⁰, o que tem motivado a autoridade antitruste a postergar ao máximo o momento do compartilhamento das provas com os afetados pela conduta, com a consequência natural de se retardar e se dificultar a propositura de ações reparatórias, na medida em que as afasta temporalmente da ocorrência das aludidas práticas.

Um terceiro fator que se pode cogitar é a dificuldade de se comprovar e quantificar os danos sofridos individualmente. A propósito, o cartel é um ilícito denominado no âmbito concorrencial como “por objeto”²¹, cuja ocorrência por si só já gera a presunção de dano ao ambiente concorrencial sadio e livre sob o qual o mercado deveria operar, a ensejar condenação administrativa do cartelista independentemente de um benefício concreto por ele auferido e do dano efetivamente causado.

Portanto, o CADE, para as suas condenações, não necessita de comprovar a obtenção de vantagens indevidas oriundas do cartel ou ainda estimar o aumento de preços decorrente da conduta, bastando provar o arranjo colusivo com o fito de falsear o mercado e eliminar a concorrência, que é suficiente para ensejar a condenação administrativa. Para fins de

²⁰ Estima-se que cerca de 2/3 dos processos de cartéis apreciados pelo CADE tenham como fonte de informações para o início da investigação acordos de leniência e/ou termos de compromisso de cessação de conduta anticompetitiva (TCCs).

²¹ Para Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande: “Nesse sentido, a prática de cartel clássico (acordos entre concorrentes para fixação de preço e de outras variáveis concorrenciais relevantes; vide Capítulo 5 abaixo) vem sendo considerada pelo Conselho como uma infração por objeto, semelhante à abordagem per se, pois nesses casos os efeitos concorrenciais proibidos em lei seriam o próprio objeto da conduta e, portanto, poderiam ser presumidos. Logo, nesses casos, seria desnecessário à autoridade a avaliação detalhada de eventuais efeitos negativos decorrentes da prática colusiva sob análise para caracterizar uma infração da ordem econômica, bem como seria descabido avaliar potenciais efeitos benéficos da prática”. (PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 86).

condenação administrativa, o cartel é um ilícito punível inclusive sob a sua forma tentada, sem efeitos concretos, a teor do *caput* do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência.

Essa mera comprovação do cartel, contudo, pode não ser suficiente para a obtenção de reparações na seara cível, uma vez que incumbe ao autor das demandas provar os fatos constitutivos de seu direito, dentre eles o dano causado pela conduta antijurídica. Como a apuração desse dano econômico é complexa e há uma dificuldade na comprovação entre a sua vinculação com a conduta, têm-se potencialmente um desestímulo à ARDC, e ao mesmo tempo um potencial fator de insucesso dessa demanda, quando ajuizada.

Soma-se a essa incerteza a possibilidade de prova do dano indireto, o que é difícil quando o produto cartelizado é um insumo em uma longa cadeia produtiva, com o repasse do sobrepreço aos setores subsequentes, conhecido como *pass-on effect* (efeito repasse)²². Nesses casos, há, por vezes, a utilização desse efeito repasse como estratégia de defesa (*pass-on defence*), alegando-se que o dano sofrido por determinada empresa da cadeia produtiva foi transferido para setores à jusante – ou para outra empresa ou para o consumidor final –, sendo que este é que seria o legitimado a buscar a reparação perante o Poder Judiciário. Essa circunstância pode ser apontada como mais um fator potencialmente dificultador da identificação dos reais legitimados para a propositura de uma ARDC, e, conseqüentemente, da efetivação da respectiva reparação civil.

Corroborando esse panorama sobre os possíveis obstáculos para as ações reparatórias concorrenciais, traz-se parte das considerações de Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues sobre o assunto:

É importante observar que, no Brasil, dificuldades semelhantes às da Europa são encontradas para ações de indenização (i.e., obstáculos legais e processuais para indenizações em matéria antitruste) em virtude de apresentarem características peculiares como a realização de complexas análises econômicas, a dificuldade na obtenção de provas, a ponderação entre o risco e a eventual indenização etc.

Adiciona-se à questão, além da morosidade da Justiça, o descompasso encontrado no âmbito Judiciário para julgamento de ações dessa natureza que, por conseqüência, dificulta o proferimento de sentenças compatíveis com a

²² VICENTINI, Pedro. **Dano antitruste aos compradores diretos e indiretos: breves considerações sobre o *pass-on effect* nos regimes norte-americano, europeu e brasileiro.** In: DRAGO, Bruno de Luca; PEIXOTO, Bruno Lanna (coord.). *A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros. Análise crítica dos julgados envolvendo matéria concorrencial.* São Paulo: Singular, 2018, p. 172.

realidade da matéria. Em outras palavras, embora juridicamente possível a ação de reparação no Brasil, a falta de familiaridade com o antitruste aliada à ausência de uma cultura de reparação são obstáculos reais no contexto do Poder Judiciário. Todavia, como mencionado, já se observa uma tendência de mudança dessa cultura no Brasil²³.

Umbilicalmente ligado ao dano concorrencial está o próprio tema da responsabilidade, que deve merecer maiores estudos e atenção, uma vez que, para alguns, como Daniel Costa Caselta²⁴, essa responsabilidade demandaria a comprovação dos quatro elementos da responsabilidade civil previstos no diploma civilista, quais sejam: ato ilícito, dano, nexo causal e culpa.

Já outros, a exemplo de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, defendem que no âmbito do direito antitruste (inclusive da reparação civil de danos concorrenciais), a responsabilidade assume natureza objetiva, prescindindo-se da demonstração do dolo ou culpa, a partir de uma concepção da concorrência como direito difuso. Nos exatos dizeres do ilustre professor:

No campo jus-concorrencial, porém, o aspecto subjetivo e objetivo convergem para dar lugar a uma espécie de responsabilidade objetiva.

Na verdade, no lugar da culpa subjetiva ou da mera responsabilidade pelo risco entra a culpa social, donde a responsabilidade por desvio de finalidade como inerente à concorrência, isto é, a ideia de que, quando o agente formula suas estratégias no uso de seu poder econômico, o direito à livre concorrência – livre iniciativa – não pode ser exercido com efeitos contra a própria concorrência. De se falar, nesse sentido, de uma infração quando há ruptura do equilíbrio concorrencial ainda que se trate de ato praticado sem a intenção de lesar ou pôr em risco o específico direito de outrem. De onde a concorrência como interesse difuso²⁵.

Diante desse panorama, o presente trabalho se propõe a examinar o tema das ARDCs, com o intuito de verificar como decidem os juízes nas referidas ações reparatórias, em que grau elas têm sido providas ou desprovidas e quais os principais motivos para eventuais desprovidos, atentando-se, ainda, para o peso que vem sendo conferido às decisões do CADE nesses processos judiciais.

²³ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. São Paulo. Editora Saraiva: 2016, p. 354-355.

²⁴ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016, p. 117.

²⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 11-31, 2013.

Pretende-se, portanto, lançar um olhar atual sobre o tema, de modo a trazer visões do direito comparado e sistematizar o conhecimento sobre a responsabilização e o ilícito de natureza concorrencial, adentrando à questão da racionalidade das ARDCs, bem assim oferecendo um diagnóstico sobre essas ações no Brasil, com vistas a identificar de fato quais são os principais entraves para o sucesso dessas demandas e apresentar algumas perspectivas para a solução dos problemas verificados, caso se entenda que tais ações merecem ser um instrumento apto a complementar o *enforcement* público e, igualmente, propiciar reparação do dano às suas vítimas.

O trabalho não se restringe, portanto, a uma análise jurídica e doutrinária do assunto, e avança no mundo real (exame quantitativo e qualitativo) das ações existentes no país, para detectar os principais obstáculos e, se for o caso, oferecer soluções *de lege ferenda*²⁶ ou mudanças interpretativas compatíveis com o nosso direito posto (*de lege lata*).

²⁶ Ressalte-se, aliás, a existência de um projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados tendente a promover algumas alterações na Lei n. 12.529/2011, com vistas a conferir maior efetividade às ações reparatorias por danos concorrenciais, sem prejudicar a persecução pública a cargo do CADE (PL 11.275/2018 da Câmara dos Deputados).

3 AÇÕES REPARATÓRIAS DE DANOS CONCORRENCIAIS (ARDCs)

As ARDCs orbitam a intersecção entre o que se convencionou chamar *law and economics* e o direito civil, pois têm como fundamento uma responsabilidade de natureza civil, porém também ancorada em um direito de conteúdo econômico, relativamente aberto, com normas pautadas em conceitos jurídicos indeterminados, a exemplo de: abuso de posição dominante; aumento arbitrário de lucros; falseamento da concorrência; domínio de mercado relevante; dentre outros – inseridos no art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência, e para os quais é necessária uma interpretação econômica do direito.

Essa característica, por sinal, foi bem depreendida pelo professor Nelson Rosenvald (2013), ao diferenciar a responsabilidade civil pura e simples, baseada em direitos e obrigações civis, daquela calcada em normas de direito econômico.

Para ele, no direito civil, a responsabilidade nos remete a um sistema compensatório, de reparação corretiva do dano, vale dizer, de retorno do ofendido à condição pretérita ou, nos dizeres do autor ao se referir à visão dos economistas, “remetendo-se a vítima à mesma curva de indiferença em que se encontrava antes do ilícito”²⁷.

Disso não destoa o pensamento do desembargador e professor Sergio Cavalieri Filho:

A responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar *indemne* o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.²⁸

Já no bojo da análise econômica do direito, tem-se o conceito de eficiência como central para o funcionamento do sistema de incentivos e desincentivos às posturas por parte dos agentes econômicos, de modo que as condutas a serem adotadas por ofensores observem não necessariamente o aspecto estritamente jurídico do lícito/ilícito, mas sobretudo o critério econômico da eficiência, consubstanciado no binômio útil/danoso.

Com efeito, o agente econômico tem o lucro como sua finalidade última ou principal, de modo que suas ações, via de regra, se orientam pelo critério de eficiência, ou seja, são direcionadas para que o resultado final delas traga mais utilidade (retorno econômico) após compensados os prejuízos totais oriundos dessa mesma ação/conduta/política empresarial. Por isso é que o sistema jurídico de defesa da ordem econômica é fulcrado em normas de incentivos,

²⁷ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo. Atlas, 2013, p. 148.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. Ed. São Paulo. Atlas, 2019, p. 16.

em que as condutas a serem reprimidas tenham um viés de eficiência ou de pragmatismo jurídico com vistas a estimular comportamentos desejados e reprimir outros não tolerados, sempre sob a aludida ótica do útil/danoso.

É nesse contexto repressivo e com viés dissuasório, a propósito, que a Lei de Defesa da Concorrência estabelece como infrações da ordem econômica os atos que tenham por objeto ou possam produzir efeitos de: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Ato contínuo, a mesma lei estabelece os desincentivos à prática dessas condutas, prevendo multas de até 20% do faturamento bruto da empresa no ramo de atividade em que ocorreu a infração.

Em conjunto com esse mecanismo de punição previsto na equação do cálculo de utilidade/danosidade, talvez por uma percepção de incapacidade de aplicação de multas dissuasórias por parte do CADE (não por leniência ou falta de rigor na imposição de sanções, mas pela própria limitação legal), incluiu-se na LDC o art. 47, viabilizando ao prejudicado ingressar com ações com vistas à reparação dos danos causados pelos agentes econômicos infratores, complementando-se, com isso, o sistema de *enforcement* da lei.

Concebido esse sistema de interrelação entre a *law and economics* e o direito civil, em especial a responsabilidade civil, surgem então as ARDCs como instrumento para conferir maior eficiência ao sistema de incentivos/desincentivos às condutas concorrencialmente indesejadas, sob a crença de que, aumentando os custos de transação do agente econômico racional, ele teria menos probabilidades (ou incentivos) de praticar a conduta considerada ilícita pela lei.

Feitas essas considerações introdutórias, é forçoso notar que a doutrina pátria, em especial aquela dedicada ao direito concorrencial, pouco se ocupou de catalogar e de definir os tipos de ações passíveis de enquadramento na categoria das chamadas ARDCs, ressentindo-se nossa literatura jurídica de uma falta de sistematização sobre o assunto.

A despeito disso, afigura-se importante perquirir a natureza jurídica da ARDC e, igualmente, investigar quais as possíveis formas de sua exteriorização, para fins de delimitar,

posteriormente, a viabilidade de cada qual e a necessidade de estímulo ou não pela via legislativa.

Nesse contexto, é possível vislumbrar na ARDC uma ação judicial de natureza cível, fundada na noção de responsabilidade civil extracontratual, cuja função precípua é a de reparar um dano sofrido, dano esse fundado na constatação de um ato ilícito de natureza concorrencial.

Desnecessário definir o que seja uma ação judicial, pois disso se ocupam os livros de processo civil em suas noções introdutórias. Para fins deste trabalho é bastante compreender que a ação civil é o instrumento jurídico de que se vale uma pessoa, natural ou jurídica, para provocar o Poder Judiciário, buscando a satisfação de um direito ao qual faça jus.

A natureza civil desta ação nada mais indica que nela se deduz matéria referente a direitos e obrigações de ordem privada, sob a égide de uma relação horizontal entre particulares, sem supremacia de quaisquer das partes.

Sobre a responsabilidade ou o seu nascimento, viu-se esta ter como origem a prática de um ato ilícito de natureza concorrencial, contrário às normas que regem a ordem econômica, atualmente constantes da Lei n° 10.529/2011, gerando, para a vítima, um direito de indenização e, para o seu infrator, a responsabilidade de indenizar, consoante binômio dever jurídico/responsabilidade. Valendo-nos novamente dos preciosos ensinamentos do professor Rosenvald:

Daí o mérito da pontual observação de SFORZA no sentido de que **‘o ato ilícito é pura e simplesmente um ato contrário ao direito**, ou seja, antijurídico, **um ato positivo ou negativo violador de um dever jurídico. Ou seja, um ato que produz um dano pode ser ilícito, não porque tenha tal consequência, mas pelo simples fato de violar um dever jurídico.** O ressarcimento não é considerado uma sanção ao ilícito: ilicitude e danosidade são conceitos distintos’.²⁹ (grifo nosso)

Além das possíveis violações aos comandos da Lei n° 12.529/2011, certamente caracterizadas como passíveis de abalar a *fair competition*, pode-se cogitar de outras normas prevendo padrões de comportamento entre concorrentes, que, quando transgredidas, também possam dar ensejo a reparações de natureza concorrencial, como, a título exemplificativo, a Lei

²⁹ ROSENVALD, Op. cit., p. 63-64.

nº 9.279/1996³⁰, que, em seu Art. 195, tipifica o crime de concorrência desleal, cujo descumprimento pode dar azo a um desequilíbrio na concorrência e até no mercado.

Eventual condenação na esfera criminal pelo referido crime de concorrência desleal, seguida de ação reparatoria por danos dele derivados, embora não tenha origem em ilícito contra a ordem econômica, não perde a sua natureza concorrencial, devendo ser incluída como matéria a ser buscada via ARDC em sentido amplo.

Diz-se isso também porque o cartel é previsto como crime autônomo na Lei nº 8.137/1990 (sem vinculação à Lei nº 12.529/2011), e caso haja uma persecução criminal desse ilícito, desvinculada de qualquer atuação administrativa sobre o mesmo fato, eventual condenação penal se fará com base no referido diploma, podendo-se imaginar uma ARDC a partir dessa condenação, a exemplo daquela por concorrência desleal ou mesmo dos julgamentos administrativos realizados pelo CADE.

Portanto, **quanto ao objeto, é plausível se categorizar a ARDC** como ação para reparação concorrencial **em sentido amplo**, abrangendo quaisquer causas com escopo concorrencial previstas em leis esparsas, e, por outro lado, poder-se-ia classificá-la **em um sentido estrito**, como aquela destinada a reparar um dano específico oriundo de infrações enquadradas na Lei nº 12.529/2011, lei essa específica da defesa da concorrência em nosso país.

Quanto à responsabilidade civil, que mais nos interessa neste estudo, cuida ela disciplinar as relações entre indivíduos e prever consequências de ordens distintas daquelas das esferas penal e administrativa para o perpetrador do dano, sendo a reparação do dano o seu foco principal.

Para o professor Cavalieri Filho:

A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, **a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que**

³⁰ BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em 8 de outubro de 2019.

surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.³¹ (grifo nosso)

Ademais, é pertinente trazer sobre esse instituto as sempre oportunas considerações do professor Nelson Rosenvald:

No sistema de direito privado **a responsabilidade civil inicialmente se colocou de forma residual aos seus pilares institucionais: contratos e propriedade.** Visava ela atender às situações por eles não reguladas, basicamente com a função de disciplinar a alocação das perdas que derivavam das atividades humanas econômicas, com a proteção do status quo dos indivíduos atingidos por ilícitos por ela desencadeados. Portanto, **a responsabilidade, tal e qual a conhecemos hoje, consolida-se ao curso da modernidade como o reverso da liberdade, no sentido do ressarcimento dos danos decorrentes da circulação de bens e obrigações.**

Mas, não se deve à modernidade a tarefa de entronizar a função reparatória da responsabilidade civil. **A reintegração diante de uma ofensa é um dos arquétipos da humanidade.**³² (grifos nossos)

Como bem se depreende dos ensinamentos supra, a responsabilidade civil cuida da reparação diante de uma lesão, como forma de restituir o lesado ao *status quo ante* ao evento danoso, não sendo a reparação uma “invenção” dos tempos modernos, senão um mecanismo de correção do injusto desde priscas eras.

Esse, aliás, é um dos racionais jurídicos da ARDC, do qual não se poderia sequer afastar, qual seja, o de propiciar a reparação do injusto, dando-se plenitude ao princípio da vedação ao locupletamento ilícito por parte do infrator, segundo o qual se repudia o enriquecimento ilegítimo de um às custas do empobrecimento indevido de outro, aquele previsto no art. 884 e este no art. 927, ambos do Código Civil, bem como ao dever de indenizar em face da prática de um ato ilícito, visto acima como um dos objetivos principais da responsabilidade civil.

Veja-se que o dever de indenizar previsto no art. 927 surge de um ato ilícito praticado pelo agente, configurando a inobservância de uma obrigação legal pré-existente, dando surgimento à responsabilidade civil em face dos danos eventualmente originados dessa infração. E assim o é porque a “obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é dever jurídico sucessivo, decorrente da violação do primeiro”³³.

³¹ CAVALIERI FILHO. Op. Cit, p.14.

³² ROSENVALD. Op. Cit, p. 63-64.

³³ CAVALIERI FILHO, Op. Cit, p. 14.

No caso das ARDCs, há a obrigação legal de se dar cumprimento à Lei de Defesa da Concorrência, direcionada a todos. Inobservado determinado dever nela contido, com a caracterização de sua ofensa, têm-se praticado o ilícito concorrencial ou a infração da ordem econômica, nascendo para o potencial lesado o direito de responsabilizar o infrator pelo dano.

Também como supedâneo normativo desse dever de indenizar e, portanto, do direito a pleitear a correspondente reparação por danos concorrenciais pela via da ARDC, têm-se o Art. 47 da Lei nº 12.529/2011, já mencionado alhures.

Diante da definição supra, de que a ARDC se constitui em ação judicial civil de reparação por danos decorrentes de conduta concorrencialmente lesiva a um particular, deve-se verificar como tais ações podem ser agrupadas, para fins de sistematização.

Uma primeira divisão, esta, reconheça-se, feita pela doutrina, é **em relação ao momento em que estas ações são propostas perante o Judiciário**, vale dizer, se antes de um procedimento administrativo apuratório de natureza pública (em geral por parte da autoridade concorrencial) ou se posteriormente a essa apuração. Segundo esse critério, as ações se classificam em *follow-on* e *stand-alone*, ou algo que podemos traduzir livremente como **ação complementar ou sucessiva e ação autônoma ou independente**.

As ações complementares (*follow-on*) são aquelas em que o peticionamento ao Poder Judiciário somente ocorre após um pronunciamento da autoridade administrativa antitruste ou de outro órgão estatal incumbido de aplicar/executar a lei concorrencial (ex. Poder Judiciário), em que se constata a existência de um ilícito desse gênero e, após todo o processo pertinente, decide-se pela aplicação de sanção aos infratores, com o reconhecimento da prática lesiva à concorrência. Por isso se diz que esta ação é complementar ou sucessiva, dada a sua característica de suceder ou complementar uma “ação” precedente da autoridade pública (em geral o CADE) sobre os fatos originadores do direito à reparação (ou de causação do dano).

Nessas ações, é comum que as provas e os posicionamentos decisórios do CADE, no caso brasileiro, sejam posteriormente levados ao Judiciário Cível como elementos de convicção para o reconhecimento do ato ilícito perpetrado pelo réu, de forma a propiciar maior celeridade ao julgador na tarefa de reconhecer na conduta praticada um dano à concorrência e, conseqüentemente, aos consumidores em geral.

Por certo que o juiz permanece livre para alcançar suas convicções a partir das provas colacionadas, independentemente da posição de outras autoridades administrativas, porém, em determinadas situações, o entendimento de um órgão especializado em apreciar infrações contra a ordem econômica é de extrema valia para que este membro do Poder Judiciário possa entender melhor o funcionamento de mercado e as implicações de certas práticas na economia e no ambiente concorrencial, aliando a seu conhecimento jurídico o conhecimento especializado do CADE em *law and economics*.

Sobre este assunto, vale mencionar o recente entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, em que se reconhece a expertise do CADE como órgão especializado e a necessidade de deferências às decisões técnicas dessa autoridade concorrencial, como pode ser observado na ementa do Agravo Interno em Recurso Extraordinário n 1083955/DF abaixo transcrita:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. PRÁTICA LESIVA TENDENTE A ELIMINAR POTENCIALIDADE CONCORRENCIAL DE NOVO VAREJISTA. ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCURSIONAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. **A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos.** 2. **O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.** 3. A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial. 4. A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248–251). 5. A intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos. 6. **A expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de**

regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia. O controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte. Precedentes: ARE 779.212-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 21/8/2014; RE 636.686-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 16/8/2013; RMS 27.934 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 3/8/2015; ARE 968.607 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 15/9/2016; RMS 24.256, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 18/10/2002; RMS 33.911, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 20/6/2016.

7. Os controles regulatórios, à luz do consequencialismo, são comumente dinâmicos e imprevisíveis. Consoante ressaltado por Cass Sustein, “as normas regulatórias podem interagir de maneira surpreendente com o mercado, com outras normas e com outros problemas. Consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a regulação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos (...). As agências reguladoras estão muito melhor situadas do que os tribunais para entender e combater esses efeitos” (SUSTEIN, Cass R., “Law and Administration after Chevron”. *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090).

8. A atividade regulatória difere substancialmente da prática jurisdicional, porquanto: “a regulação tende a usar meios de controle ex ante (preventivos), enquanto processos judiciais realizam o controle ex post (dissuasivos); (...) a regulação tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas” (POSNER, Richard A. “Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework”. In: KESSLER, Daniel P. (Org.), *Regulation versus litigation: perspectives from economics and law*, Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 13).

9. **In casu, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, após ampla análise do conjunto fático e probatório dos autos do processo administrativo, examinou circunstâncias fáticas e econômicas complexas, incluindo a materialidade das condutas, a definição do mercado relevante e o exame das consequências das condutas das agravantes no mercado analisado. No processo, a Autarquia concluiu que a conduta perpetrada pelas agravantes se enquadrava nas infrações à ordem econômica previstas nos artigos 20, I, II e IV, e 21, II, IV, V e X, da Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste).**

10. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE detém competência legalmente outorgada para verificar se a conduta de agentes econômicos gera efetivo prejuízo à livre concorrência, em materialização das infrações previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste).

11. **As sanções antitruste, aplicadas pelo CADE por força de ilicitude da conduta empresarial, dependem das consequências ou repercussões negativas no mercado analisado, sendo certo que a identificação de tais efeitos anticompetitivos reclama expertise, o que, na doutrina, significa que “é possível que o controle da “correção” de uma avaliação antitruste ignore estas decisões preliminares da autoridade administrativa, gerando uma incoerência regulatória. Sob o pretexto de “aplicação da legislação”, os tribunais podem simplesmente desconsiderar estas complexidades que lhes são subjacentes e impor suas próprias opções”** (JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros – SBDP, 2016, p. 152-155).

12. O Tribunal a quo reconheceu a regularidade do procedimento administrativo que impusera às recorrentes condenação por práticas previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste), razão pela qual divergir do

entendimento firmado no acórdão recorrido demandaria o reexame dos fatos e provas, o que não se revela cognoscível em sede de recurso extraordinário, face ao óbice erigido pela Súmula 279 do STF. 13. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO. (STF - AgR RE: 1083955 DF - DISTRITO FEDERAL 0012731-72.2005.4.01.3400, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 28/05/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-122 07-06-2019) (grifos nossos)

Já as ações autônomas (*stand-alone*) são aquelas propostas independentemente da existência de processos públicos de apuração do ilícito, de modo que as partes se socorrem da justiça de forma absolutamente dissociada de qualquer investigação ou apuração em outra via, devendo produzir autonomamente as provas que provem o ato ilícito, a lesão concorrencial e individual, o nexo de causalidade e todos os demais elementos necessários à demonstração de seu direito.

Para Amaro (apud Levi Borges de Oliveira Veríssimo e Nayara Mendonça)³⁴, a ação autônoma ocorreria em relação às matérias submetidas ao CADE, mas por ele não investigadas, ou mesmo sequer objetos de conhecimento da autoridade concorrencial.

Portanto, para que uma ação seja denominada complementar, não basta que a autoridade antitruste (ou outro ente público encarregado do *enforcement* concorrencial) tenha conhecimento da conduta supostamente infrativa, pois é imprescindível que ela seja sucedânea a uma investigação e até mesmo a uma condenação do réu. Caso contrário, o arquivamento por insuficiência de provas ou outro motivo acabaria por equivaler à decisão prévia de não investigação, em que não há um pronunciamento conclusivo da autoridade pública sobre a prática, mas sim sobre o conjunto probatório correspondente, no sentido da sua insuficiência para o prosseguimento da investigação na via administrativa ou para a condenação das partes, o que levaria a uma ARDC tramitar na justiça com as mesmas características de uma ação autônoma, daí o acerto da proposição de Amaro.

Vale observar que a decisão de arquivar um processo administrativo para a imputação de sanção por violação à ordem econômica por insuficiência de provas não faz coisa julgada sequer sob a órbita administrativa acerca da conduta, de sua inexistência ou de sua ausência de lesividade, limitando-se a reconhecer naquelas provas produzidas a fragilidade para se

³⁴ VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira; MENDONÇA, Nayara. A competência do poder judiciário na análise de demandas concorrenciais autônomas (ações stand alone). In DRAGO, Bruno de Luca, PEIXOTO, Bruno Lana (Coord.). **A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial**. São Paulo: Ed. Singular, 2018, p. 195/196.

comprovar algum desses aspectos ou todos eles (ou seja, a existência do fato e/ou de sua lesividade).

Conseqüentemente, a produção de novas provas pode vir a conduzir a novas investigações e, sequencialmente, à instauração de novos processos punitivos, desde que não prescrita a possibilidade de apreciação e sancionamento.

Prosseguindo nas modalidades de ações, agora **sob a ótica do titular da ação ou de sua propositura, as ações reparatorias podem ser propostas por um particular (pessoa natural ou jurídica), para a defesa de interesses puramente privados, ou por ente com representatividade coletiva**, como o Ministério Público ou associações com legitimidade para a defesa de direitos de seus associados, em prol de direitos difusos. Em outras palavras, a ação **se divide em ARDC privada e ARDC pública.**

A ação civil privada de caráter individual pode ser proposta pela vítima de um dano concorrencial na qualidade de consumidor final, que se vale do bem ou serviço para seu próprio uso, ou ainda por um agente econômico, que utiliza o bem/serviço como insumo necessário ao seu processo produtivo, para, em uma etapa subsequente, vendê-lo a outro agente econômico ou diretamente ao consumidor final.

Uma questão interessante que se põe é se o consumidor final, afetado pelo dano de cartel causado a um determinado elo da cadeia produtiva, cujo custo veio se incorporar no preço do produto final, é parte legítima para pleitear esse dano indireto por ele sofrido. Esse ponto será abordado mais adiante, quando estudarmos a legitimidade e a teoria do efeito repasse (*pass-on effect*).

Sem embargo da legitimidade do consumidor direto ou indireto, pode-se cogitar também uma ação civil privada de caráter coletivo, proposta, por exemplo, com base na Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), em que pode haver um instrumento de defesa coletiva de direitos individuais homogêneos, os quais, contudo, mantêm a sua natureza privada e individual.

Em outras palavras, a **ARDC privada seria subdividida, conforme o seu autor, em ação individual e ação coletiva.**

Já no tocante às ações públicas, estas têm o seu regramento disciplinado pela Lei n° 7.347/1985³⁵, podendo ser propostas pelo Ministério Público, Defensoria Pública, entes Federados, Autarquias, empresas públicas, Fundações e sociedades de economia mista, e associações constituídas há mais de um ano que tenham finalidade institucional compatível com a ARDC (defesa do consumidor, da ordem econômica e da livre concorrência).

Cumprir notar que tais ações não se prestam a pleitear direitos individuais homogêneos, mas sim direitos de natureza difusa ou coletiva. Em prol de uma melhor compreensão sobre essa característica, traz-se importante distinção feita pelo Ministro Teori Zavaski, cuja reprodução se faz oportuna:

Com efeito, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor introduziu mecanismo especial para defesa coletiva dos chamados direitos individuais homogêneos, categoria de direitos não raro confundida com os direitos coletivos e difusos e por isso mesmo lançada com eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais de defesa em juízo. Porém, **é preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais). Direito coletivo é direito transindividual (=sem titular determinado) e indivisível.** Pode ser difuso ou coletivo stricto sensu. **Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais.** A qualificação homogêneos não desvirtua essas sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles.(grifos nossos)³⁶

Tais ações civis públicas (independentemente de seu objeto ser ou não concorrencial), quando julgadas procedentes e das quais resultem condenação em dinheiro, pressupõem a reversão do *quantum* indenizatório a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, sendo na esfera federal o Fundo de Direitos Difusos³⁷, criado pela Lei n° 9.008/1995.

Nessa toada, é possível compreender a **ação civil pública** reparatória de natureza concorrencial como uma ação de reparação aos direitos difusos a que fazem jus os cidadãos

³⁵ BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em 2 de outubro de 2019.

³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de informação legislativa**, v. 21, n. 127, p. 83/96. Julho/setembro de 1995, p. 84. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176342/000497908.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

³⁷ Art. 13 da Lei n° 7.347/1985, c/c o Decreto n° 1.306/1994.

brasileiros à ordem econômica equilibrada e ao consumo livre de manipulações de mercado, dentre outros direitos difusos.

E como antecipado mais acima, **quanto ao objeto, a ARDC pode ser classificada em sentido amplo**, envolvendo qualquer matéria concorrencial, independentemente do diploma legal que a respalde, **e em sentido estrito**, limitada ao dano decorrente de ações infrativas à Lei de Defesa da Concorrência.

Apenas a título de comparação, Wouter P. J. Wils nos traz uma constatação feita pelo professor S. W. Waller, no sentido de que as ações privadas concorrenciais nos Estados Unidos podem ser agrupadas basicamente em em dois tipos gerais, um primeiro de ações entre grandes competidores (em que se busca a responsabilização concorrencial com a perspectiva de danos em triplo em relação àqueles efetivamente suportados) e um segundo de demandas de compradores diretos prejudicados por condutas como fixação de preço ou outra conduta *per se*. As ações complementares (ou sucessivas) assumem a forma de ações de classe ou coletivas, geralmente objeto de transação³⁸.

No presente estudo estamos restringindo o espectro de observação das ARDCs aos danos decorrentes de cartel, todavia, a ARDC se presta a recuperar um dano de natureza concorrencial, como vimos acima ao classificá-la em sentido amplo e sentido estrito. Essa divisão possibilita nova classificação das ações em sentido estrito, como em ARDC para indenização por conduta coordenada e ARDC para indenização por conduta unilateral, divisão essa sempre presente nos livros de antitruste.

A título ilustrativo, Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Casagrande assim explicam a referida dicotomia:

A classificação usualmente adotada pela literatura antitruste para a análise de condutas anticoncorrenciais tem por critério inicial a caracterização da conduta como uma prática coordenada entre empresas distintas (i.e., acordo) ou como uma prática unilateral de apenas uma empresa. Condutas coordenadas ou unilaterais, por sua vez, podem ser classificadas como: (i) horizontais, quando envolvem empresas que atuam em um mesmo mercado (i.e., se envolve concorrentes diretos) ou (ii) verticais, quando afetam elos

³⁸ WILS, Wouter P. J. Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?.: **World Competition**, Vol. 26, n. 3, setembro de 2003, p. 473/488. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract-1540006>. Acesso em 20 de abril de 2019.

distintos de uma determinada cadeia produtiva (i.e., empresas com relação fornecedor-cliente).³⁹

Como não é o foco deste trabalho apresentar uma catalogação exaustiva da ARDC, o que fizemos foi apenas tentar sistematizar o assunto com elementos suficientes para prosseguirmos no presente estudo, razão pela qual nos abstermos de tentar esgotar as sempre múltiplas possibilidades de classificações, a depender dos aspectos e dos recortes que se queira enfatizar.

³⁹ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, Op. Cit, p. 91-92.

4 CARTÉIS

Como o presente estudo se propõe a fazer um exame das ações reparatórias por danos decorrentes de cartel sob o prisma do direito comparado e também sob a ótica dos casos em andamento na seara judicial, é importante traçarmos um panorama sobre os cartéis e suas potenciais repercussões para a sociedade e para os consumidores, uma vez que as denominadas ARDCs se prestam precipuamente a reivindicar a reparação dos danos por eles causados, muito embora, como visto acima na parte das classificações, outros prejuízos concorrenciais possam também ser demandados via ARDC⁴⁰.

Em riscos bastante grossos no campo econômico, um agente produtor almeja vender o seu produto em quantidades e preços que maximizem o seu lucro. Todavia, o preço de uma mercadoria é determinado pela sua oferta, pela demanda e também pela concorrência existente ou potencial entre os produtores. Havendo competição com outros fabricantes do mesmo produto ou de um substituto próximo, cada agente econômico tende a rivalizar com seus concorrentes, estimulando-se a melhoria do produto e do processo produtivo, a redução de custos, a diminuição de preços, a inovação da tecnologia empregada, dentre outros fatores, todos eles com ganhos mediatos e imediatos para o consumidor, refletidos na diminuição dos valores cobrados, na superior qualidade dos produtos e também na maior quantidade ofertada no mercado.

O cartel, como veremos adiante, procura alterar artificialmente as condições competitivas, com o objetivo de privilegiar os produtores em detrimento dos consumidores, que se veem lesados a partir da implementação desses acordos colusivos ilícitos, daí a consequente necessidade de reparação de danos.

O termo cartel ainda é pouco familiar de nossa sociedade, não sendo de uso corriqueiro pelo cidadão comum, o qual tampouco compreende bem o seu significado. Tal fato pode ser explicado pela pouca disseminação do direito concorrencial no Brasil. Mesmo nos cursos de direito o ramo antitruste é pouco desenvolvido e estudado, granjeando, quando muito, algumas poucas horas de exposição nas aulas de direito econômico.

⁴⁰ Como procuramos ilustrar no tópico sobre as ARDCs, outros danos concorrenciais decorrentes de condutas unilaterais também podem ser buscados pela via dessas ações, todavia, o presente estudo pretende se concentrar nas referidas ações como instrumento de reparação de danos de cartéis.

Com a atuação cada vez mais expressiva do CADE na repressão e combate aos cartéis, associada à maior exposição dos casos apreciados pelo Conselho na mídia, bem como à facilidade de obtenção de informações típica da era digital atual, espera-se que a sociedade passe a entender melhor o fenômeno, suas consequências e potenciais repercussões no patrimônio jurídico individual de cada cidadão.

Em perspectiva etimológica, Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande⁴¹ identificam a origem do termo cartel como ligada à palavra latina “cartula”, diminutivo de “carta”, utilizado para designar mensagens escritas mais curtas trocadas entre os seus interlocutores.

Sem destoar dessa origem, Couceiro⁴² também nos remete ao termo latino “cartellus”, como gênese do vocábulo “cartel”, constituindo este um diminutivo da palavra documento, utilizado para se referir a “sindicados industriais de grau superior” e “sindicatos industriais de grau inferior” na Alemanha, instituições à época marcadas pela coordenação da atuação de seus integrantes.

Essa origem denota uma característica de troca de informações entre partes, prática comum para a implementação dos cartéis inclusive nos dias de hoje, conquanto no momento histórico do nascimento do vocábulo não houvesse a implicação de qualquer sentido de ilicitude a ele atrelado.

Posteriormente, relatam Pereira Neto e Casagrande⁴³, o termo passou a espelhar, na Alemanha do século XIX, arranjos entre empresas do mesmo ramo, vindo a designar, a partir dessa concepção, “acordos entre concorrentes para restringir a rivalidade entre si”. Ou seja, foi em decorrência dessa utilização na Alemanha como um fenômeno de ajustes anticompetitivos entre empresas e lesivos ao mercado que o termo cartel passou a ser disseminado em outros países com esse mesmo significado.

⁴¹ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, Op. Cit, p. 107.

⁴² SERENS, Manuel Couceiro Nogueira. Cartéis e Direito: o exemplo da Alemanha na segunda metade do século XIX. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 46, p. 52-60.

⁴³ PEREIRA NETO, CASAGRANDE, Op. Cit., p. 108.

Ressalte-se, a propósito, que a cartelização da indústria na Alemanha anteriormente a primeira guerra mundial percorreu 3 fases principais, consoante nos relata Serens⁴⁴, até então não percebidas como atividades ilícitas. Tais fases são importantes para se compreender a evolução da conduta e sua atual proibição.

A primeira delas foi caracterizada por uma “solidariedade liberal”, na qual os participantes tinham ampla liberdade associativa e integravam o mesmo setor produtivo regional, reunindo-se em coligações ou agrupamentos. Esses primeiros acordos tinham um caráter elitista e transmitiam a ideia de honorabilidade, de modo que eram permitidos. A liberdade de adesão trazia consigo a própria instabilidade desses agrupamentos, à medida em que os demais concorrentes adotavam posturas mercadológicas e concorrencialmente independentes, o que enfraquecia os acordos vigentes.

Num segundo momento, iniciado com a grande depressão (1875-1895), os cartéis se consolidaram para tentar lidar com a crise econômica então vivenciada, sendo não só tolerados na ocasião, senão até mesmo prestigiados, vivenciando uma fase de consolidação e proliferação. Na época, os cartéis eram vistos como necessários para evitar a ruína das empresas diante da crise econômica e da concorrência ruinosa então imperante. Sua função era evitar o aviltamento dos preços e também “organizar” a produção.

A última fase está compreendida nas duas décadas que antecederam a primeira guerra mundial, e foi marcada pelo reconhecimento por parte do Tribunal Alemão acerca da licitude dos cartéis à luz do princípio da liberdade de comércio e indústria (*Gewerbefreiheit*). Nessa fase, houve uma modificação substancial no modo como os próprios empresários encaravam os cartéis, deixando-se de lado a atuação anteriormente “meritória” dos ajustes para se intentar alcançar uma posição com poder de monopólio por parte dos seus integrantes.

⁴⁴ SERENS, Op. Cit. Vide: “A uma atitude de geral indiferença, seguiu-se uma onda de generalizada simpatia, quer da doutrina (econômica e jurídica), quer da jurisprudência, em relação a essas auto-organizações empresariais. As razões dessa mudança, pela qual se patenteava a descrença (é o mínimo que se pode dizer) nas virtualidades da liberdade de concorrência, foram decerto muitas, e muito diversas, mas entre elas esteve seguramente a publicação da já referida obra de F. Kleinwächter. Os cartéis eram aí apresentados como uma inevitabilidade dos ‘tempos modernos’, e as suas funções não diferiam daquelas que haviam sido as das corporações medievais. Por um lado, introduziam ‘*Ordnung in das Chaos*’ – no caos que a liberdade da concorrência havia gerado, é claro – e, por outro lado, adaptavam a produção à procura. Os cartéis eram, afinal, ‘filhos da necessidade’ (*Kinder der Not*) – da necessidade de lutar contra a sobreprodução, o sub-emprego e o declínio dos preços, numa palavra, da ‘necessidade’ de eliminar a ‘concorrência ruinosa’ (*ruinöser Wettbewerb*) – e a sua constituição devia ser encarada não como uma perversidade, mas antes como uma louvável medida de auto-defesa ou, nas palavras que depois foram usadas por E. Maschke, como uma “*Reaktion der Unternehmer auf die konjunkturellen Wechsellagen*”.”

Importante salientar que as decisões do Tribunal Alemão, conquanto tenham reconhecido a licitude dos cartéis nos moldes então vigentes (com intento de controlar a produção e evitar preços aviltantes), identificaram uma situação na qual tais arranjos poderiam ser ilícitos, especialmente no caso de abuso de poder de mercado, vale dizer, mediante a cobrança de preços excessivamente altos e a exploração usurária dos consumidores.

Pode-se dizer que é somente a partir dessa terceira fase que se inicia um movimento de repulsa aos cartéis no velho continente, tal qual se presencia até a atualidade.

Diferentemente da Alemanha, o cartel, nos Estados Unidos, foi proibido com a edição do *Sherman Act*⁴⁵ em 1890, com o pretexto de proteger o comércio e as transações em face das restrições ilegais e dos monopólios. O intento, na época, era acabar com a figura dos trustes que vinha se proliferando por lá e impedir também os monopólios ilegais. Como bem nos explica Willian Hepburn Page⁴⁶:

O antitruste surgiu no final do século 19 como uma resposta ao crescimento dos trustes e do poder deles na economia norte americana. Naquele período, a ideologia prevalecente do papel do governo na economia era o ‘laissez faire’, mas ela estava sendo recentemente atacada por uma variedade crescente de movimentos progressistas sociais que advogavam uma maior intervenção governamental. A visão evolucionária na qual as prescrições do ‘laissez faire’ se assentavam eram evidentemente não apenas sociais, senão também apoiadas na deferência da *common law* no resultado das transações de mercado. (...) **Os trustes e outras injustiças sociais, contudo, deram munição aos reformadores que ansiavam por intervir no mercado,** frequentemente para redistribuir riqueza ou limitar o poder privado no interesse de uma maior justiça. Os proponentes da visão intencional **viam os trustes como evidência da suscetibilidade do mercado à manipulação por parte de grandes empresas** e demandavam controle governamental direto. (grifos nossos, tradução nossa)

⁴⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Sherman Act**. Disponível em: <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=51&page=transcript>. Acesso em 25 de novembro de 2019.

⁴⁶ PAGE, William Hepburn, The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law. **ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY**, Vol. 1, No. 1, ABA Section of Antitrust Law, 2008. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=692821>. Acesso em 25 de outubro de 2019, p 4. Tradução nossa do seguinte texto original: “Antitrust emerged in the late nineteenth century as a response to the growth of the trusts and their power in the American economy. In that period, the prevailing ideology of government’s role in the economy was laissez faire, but it had recently been attacked by a variety of progressive social movements that advocated greater governmental intervention. The evolutionary vision on which laissez faire prescriptions rested was evident not only in social thought but also in the common law’s deference to the outcomes of market transactions. (...) The trusts and other social injustices, however, gave ammunition to reformers who sought to intervene in the market, often to redistribute wealth or limit private power in the interests of fairness. Proponents of the intentional vision saw the trusts as evidence of the market’s susceptibility to manipulation by powerful firms and demanded direct governmental controls.” (p. 4).

Para Page, duas visões se contrastavam e modelaram o sistema antitruste nos Estados Unidos, uma visão evolucionária, essencialmente fundada na desnecessidade de intervenção estatal e na concepção de que o mercado se autorregularia e corrigiria eventuais disfunções emergentes, e outra, chamada visão intencionalista, que pregava a possibilidade de o poder de mercado coagir consumidores, trabalhadores e pequenas empresas, tendendo sempre ao monopólio, daí a necessidade de intervenção e regulação pelo governo.

Veja-se que a tônica norte americana para o surgimento de um direito da concorrência teve por foco sobretudo o combate aos trustes, que, à semelhança dos cartéis na Alemanha pré primeira guerra mundial, eram organizações mais estáveis e formalmente utilizadas para repassar o poder das empresas a ela associadas, deixando ao *trustee* a gestão comum do empreendimento compartilhado entre concorrentes. É o que se depreende do trecho abaixo:

Do ponto de vista dos agentes econômicos, portanto, **sua organização em cartéis ou pools não atingia os resultados desejados** por não proporcionar certeza ou estabilidade: daí se lançar mão do *trust*, **instituto tradicional do direito anglo-saxão, para resolver os problemas do empresariado. O industrial transferia a um trustee o poder derivado de suas ações, recebendo, em contrapartida, um *trust certificate*. Os trustes proporcionavam a administração centralizada dos agentes econômicos que atuavam no mesmo mercado**, impedindo, de maneira segura e estável, que a concorrência se restabelecesse entre eles.⁴⁷ (grifos nossos)

Os termos utilizados no referido diploma legal eram (e continuam sendo) antitruste e anti-monopólio⁴⁸, e não propriamente a palavra cartel, embora a finalidade do diploma norte-americano fosse combater restrições indevidas ao funcionamento do mercado, das quais o cartel é considerado o seu expoente máximo.

Independentemente das origens distintas do combate às condutas colusivas nos Estados Unidos e na Alemanha, percebe-se um eixo comum entre ambos, que reside na constatação de que a reunião das empresas para agir como uma só tem impactos significativos no mercado, gerando prejuízos ao consumidor e ao próprio desenvolvimento econômico local. Outra constatação é de que a autorregulação não era suficiente para minimizar essas falhas de mercado, sendo necessária a intervenção estatal para combater e reprimir tais condutas, daí

⁴⁷ FORGIONI, Op. Cit., p. 71.

⁴⁸ A lei conhecida como Sherman Act recebeu seu nome formal de “The Sherman Anti-trust Act”. A palavra cartel não aparece em seu texto, embora o ilícito correspondente esteja reprimido por seu conteúdo e espírito, proibindo-se arranjos e combinações para restringir o comércio.

inclusive a edição de lei proibindo contratos e combinações para restringir o comércio nos Estados Unidos e da jurisprudência alemã em mesma direção.

Desse breve contexto, pode-se compreender o cartel como um acordo entre concorrentes para interferir em determinadas variáveis de mercado, sobre as quais, em condições concorrencialmente livres, as empresas não teriam domínio pleno, a exemplo de preço, quantidades produzidas e colocadas à venda, divisão geográfica de clientela e especialização, de forma que cada participante possa auferir ganhos maiores, em geral alcançando patamares semelhantes àqueles que seriam atingidos se atuassem como monopolistas nesse setor.

Como exposto acima, é certo que no desenvolvimento econômico e jurídico das sociedades alguns ordenamentos chegaram a permitir a prática em determinadas situações, ou mesmo a proibiram em graus e extensões variados, mas não menos acurado é reconhecer que nos dias atuais os cartéis têm sido objeto de combate por praticamente todos os países em que há liberdade para o funcionamento da economia e dos mercados, sob a compreensão de que os cartéis não produzem benefícios sociais.

Com efeito, para a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁴⁹, cartéis clássicos ou *hardcore cartels* ocorrem quando firmas/empresas ajustam em não rivalizar umas com as outras, dando origem à mais séria violação da lei de concorrência, gerando aumento de preços e diminuição da oferta.

De fato, se a concorrência pode ser conceituada como a ausência de poder de monopólio em determinado mercado, como quer Stigler⁵⁰, a manipulação desse mercado por parte de seus

⁴⁹ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD). **Cartels and anti-competitive agreements**. Disponível em <http://www.oecd.org/competition/cartels/> Acesso em: 30 de novembro de 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels>, Acesso em 30/07/2019. No original: “Hard core cartels (when firms agree not to compete with one another) are the most serious violations of competition law. They injure customers by raising prices and restricting supply, thus making goods and services completely unavailable to some purchasers and unnecessarily expensive for others”. Tradução livre: “Cartéis clássicos (quando empresas combinam em não competir umas com as outras) são a mais séria das violações da lei da concorrência. Eles prejudicam consumidores ao elevarem os preços e restringirem a oferta, portanto, tornando mercadorias e serviços indisponíveis para alguns compradores e desnecessariamente caro para outros”.

⁵⁰ STIGLER, George J. Perfect Competition: Historically Contemplated. **Journal of Political Economy**, Vol. 65, n. 1 (1965), p. 1/17. Disponível: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/257878?journalCode=jpe>. Acesso em 21 de novembro de 2019.

agentes para atuarem como se monopolistas fossem fere de morte o princípio da livre concorrência, afetando um dos pilares da economia de livre mercado.

Em linha com a OCDE, Ana Paula Martinez nos traz a seguinte definição desses arranjos colusivos anticompetitivos:

Cartéis são comumente definidos como acordos, ajustes ou mesmo troca de informações sobre variáveis comercialmente sensíveis entre concorrentes com o objetivo de alterar artificialmente as condições de mercado com relação a bens ou serviços, restringindo ou eliminando a concorrência. Os cartéis operam essencialmente por meio da fixação de preços ou de condições de venda, limitação da capacidade produtiva ou distributiva ou divisão de mercados ou de fontes de abastecimento⁵¹.

Oportuno notar que a legislação pátria não previu o instituto do cartel nominalmente tipificado como tal (não há propriamente um ilícito nominado de cartel), muito embora as condutas que o caracterizam tenham sido listadas como crime no art. 4º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990 (com redação atualmente conferida pela Lei nº 12.529/2011), a saber:

4º - Constituem crime contra a ordem econômica:

(...)

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Tais condutas são objeto de persecução pela via criminal, com punições que incluem a pena privativa de liberdade e também outras sanções pecuniárias. Digno de nota, ainda, que o cartel do ponto de vista criminal tem como sujeito ativo do crime apenas a pessoa física, não figurando a pessoa jurídica como possível perpetrador do crime de “cartel”.

A Lei de regência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica também previu condutas similares às acima descritas como infrações à ordem econômica passíveis de serem apuradas e punidas na via administrativa da referida autarquia, nos termos seguintes:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

⁵¹ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis. Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo, Editora Singular: 2013, p. 36/37.

(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

A Resolução nº 20/1999 do CADE⁵², de seu turno, definiu os cartéis como “acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio”.

No âmbito administrativo, diferentemente do penal, tanto pessoas naturais quanto pessoas jurídicas podem figurar como representadas em processos administrativos perante o CADE, e, com isso, serem condenadas pela autoridade concorrencial pelo chamado ilícito de cartel.

Dessas considerações supra, é possível conceber o cartel como um ilícito penal e administrativo, com efeitos negativos difusos e individuais, sendo o primeiro aspecto resultante das consequências danosas diretas à sociedade, que se vê privada de um ambiente de mercado concorrencialmente livre e com os preços ditados pelas relações entre demanda e oferta, além de se verificar um menor incentivo à inovação produtiva e mercadológica (benefícios esses que seriam sentidos pela coletividade em ambiente não manipulado). O segundo aspecto diretamente decorrente dos cartéis é concernente à situação imediata dos consumidores/compradores, forçados a pagar preços mais elevados pelo produto e, também, a ver restringida a quantidade ofertada em razão da atuação colusiva anticompetitiva, ou ainda, serem impactados pela ausência de determinado produto ou serviço na sua localidade.

⁵²CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Resolução nº 20 de 1999**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>. Acesso em 12 de setembro de 2019.

Outro aspecto negativo dos cartéis, pouco reverberado pelos doutrinadores, se refere à perda de fé na honestidade das pessoas de negócio e na integridade das instituições de mercado, como bem nos alerta John M. Connor:

Os cartéis internacionais contemporâneos incorporam um refinamento de técnicas operacionais, uma perspectiva global, um pluralismo multicultural, um estilo de liderança, um grau de longevidade, e uma escala de operação que o mundo nunca viu antes. Desnecessário dizer que os cartéis globais também são os empreendimentos de fixação de preços mais prejudiciais já criados, causando enormes perdas de eficiência de mercado, perdas de receita para clientes e perda de fé na honestidade dos empresários e na integridade das instituições do mercado (tradução nossa).⁵³

Ainda sob a ótica administrativa, os cartéis são reconhecidos como ilícitos por objeto, ante a presunção absoluta de lesividade de sua ocorrência para a sociedade. Dessa forma, uma vez constatada a adoção do comportamento colusivo com vistas a eliminar a competição, têm-se uma possibilidade de condenação independentemente da geração de efeitos e da efetivação das medidas previstas no acordo. Para ilustrar esse entendimento, traz-se à baila trecho de Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande:

Como apontado no capítulo anterior, o CADE tem adotado o entendimento de que cartéis *hardcore* – ou cartéis clássicos, como referidos em diversas decisões – podem ser caracterizadas como infrações por objeto, i.e., a restrição da concorrência seria o objeto do acordo em si. Em razão de sua própria natureza, o CADE vem estabelecendo a presunção de que cartéis possibilitam o exercício abusivo do poder de mercado coletivo – com todos os seus efeitos negativos, como aumento de preços, depreciação de qualidade, inibição à inovação etc. – sem produzirem qualquer benefício, quando formado por empresas que detêm conjuntamente uma participação expressiva no mercado relevante.⁵⁴

Em outras palavras, é dizer que não há exame acerca de possíveis eficiências provenientes dos cartéis pelo CADE, tampouco necessidade de real produção dos efeitos anticompetitivos almejados pelos participantes do arranjo, bastando que se comprove a prática

⁵³ CONNOR, John M. Private International Cartels: Effectiveness, Welfare, and Anticartel Enforcement. **Purdue Agricultural Working Paper**, nº 03-12, 2003, p. 1. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=611909 Acesso em 25 de Novembro de 2019. Tradução nossa do original: “Contemporary international cartels incorporate a refinement of operational techniques, a global perspective, a multicultural pluralism, a leadership style, a degree of longevity, and a scale of operation that the world has never before seen. Needless to say, global cartels are also the most injurious price fixing ventures yet devised, causing massive losses in market efficiency, losses in income for customers, and losses in faith in the honesty of businessmen and the integrity of market institutions”

⁵⁴ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, Op. Cit., p. 110.

de atos que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos de limitar, falsear ou de qualquer modo prejudicar a concorrência, ainda que tais consequências não sejam alcançadas.

Voltando a nos socorrer das lições da Ana Paula Martinez⁵⁵, explica ela que os cartéis trazem consigo três tipos de ineficiências econômicas, a saber: alocativa, produtiva e dinâmica.

A primeira delas – alocativa – consiste exatamente nas consequências já descritas acima, quais sejam, o aumento de preços e a diminuição da oferta. Ao atuarem como monopolistas, os participantes do cartel tendem a aumentar preços e diminuir a oferta dos bens por eles oferecidos, aproximando ao máximo seu lucro ao que obteriam caso atuassem no mercado como monopolistas.

A ineficiência produtiva está relacionada com o aumento dos custos incorridos pelas participantes do cartel para operarem nesse esquema, pois a manutenção e estabilidade do cartel traz custos não desprezíveis para os seus integrantes. Esse ponto, aliás, traz importante questão, concernente à dificuldade do cálculo do dano, uma vez que para operacionalizar o cartel as empresas em geral têm seus custos aumentados, ainda que seguidos de incrementos ainda maiores nos preços dos seus produtos, gerando não só a mencionada ineficiência produtiva, como uma dúvida sobre a inclusão ou não desses custos aumentados no cálculo do sobrepreço.

E a terceira ineficiência – dinâmica – diz respeito à redução dos incentivos à inovação, na medida em que se espera de um processo competitivo a subsequente redução de preços e/ou a melhoria na qualidade dos produtos, fruto da inovação. Essa ineficiência se traduz na relativa estabilidade que o cartel proporciona aos seus integrantes em termos de expectativa de que todos manterão seus produtos inalterados, o que afeta negativamente o processo evolutivo tecnológico daquele setor, que se vê privado ou pelo menos restringido na inovação do produto ou no desenvolvimento de técnicas produtivas mais eficientes.

Em interessante compilação dessa gama de possibilidades de efeitos negativos dos cartéis, Thales de Melo e Lemos assim sintetiza:

Como se percebe, um cartel tem efeitos em ampla parcela da sociedade, e não somente sobre seus consumidores diretos. São prejudicados também: (i) seus fornecedores, que sofrem frente ao poder de compra do grupo ilegal; (ii) concorrentes diretos, que são alvo de práticas exclusionárias; (iii) consumidores indiretos, que acabam absorvendo o aumento de preços; (iv)

⁵⁵ MARTINEZ, Op. Cit., p. 37-38.

potenciais consumidores, que deixam de adquirir o produto devido ao preço artificialmente inflado ou devido à ausência de oferta; dentre outros. Apesar de o sobrepreço ser constantemente lembrado, a maior parte do dano causado pelo cartel não diz respeito aos consumidores diretos, ainda que muitas vezes estes sejam os mais interessados na reparação.⁵⁶

A despeito da aceitação da multiplicidade de danos decorrentes do cartel, cuja capacidade de produção de efeitos transcende o mero sobrepreço e o comprador direto do produto, dando azo a uma vastidão de potenciais afetados pela conduta, é fato que os danos causados aos consumidores/compradores em decorrência de um cartel de fixação de preços é mais fácil de ser visualizado do que aqueles danos originados da restrição de oferta, ou mesmo da redução da capacidade inovativa, ou ainda de outros reflexos no mercado.

Por certo, o dano, qualquer que seja a forma específica de atuação dos membros do cartel (cartel de preços, cartel de divisão de mercado, etc.) e o modo como ele se manifeste, é um dos elementos que deve ser devidamente demonstrado pelas partes autoras de demandas reparatórias, a fim de caracterizar a responsabilidade civil do cartelista.

De certa forma, pode-se afirmar que os danos coletivos (difusos) causados pelos cartéis são objeto de reparação pela via das condenações administrativas operadas pelo CADE, uma vez que a proteção exercida pela autoridade antitruste não se destina individualmente ao consumidor e tampouco a um concorrente em particular, mas coletivamente aos consumidores, potenciais e efetivos, e também aos concorrentes em sentido amplo, sejam existentes ou futuros. Em outras palavras, o CADE protege o ambiente de mercado livre e competitivo, direito difuso albergado pelo Art. 170 da Lei Maior.

Essa tutela se dá especialmente no âmbito de processos administrativos de apuração de infração à ordem econômica, cujas eventuais condenações poderão gerar a imposição de multas a serem recolhidas ao Fundo de Direitos Difusos, criado pela Lei n° 9.008/1995 para atender ao disposto no Art. 13 da Lei n° 7.347/1985, com a finalidade de aplicar os recursos arrecadados em prol da sociedade, em atividades como: difusão da cultura, da proteção ao meio ambiente, do consumidor, da livre concorrência, do patrimônio histórico, artístico, estético, turístico, paisagístico e de outros interesses difusos e coletivos.

⁵⁶ LEMOS, Thales de Melo. O combate aos cartéis por meio da responsabilização civil e o desafio da quantificação dos danos. **Revista de Defesa da Concorrência**, Vol. 6, n. 1, p. 24-54, 2018, p. 35. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/383>. Acesso em 20 de março de 2019.

Frise-se que essa destinação das multas aplicadas pelo CADE é de natureza vinculada, por força de lei, não tendo a instituição liberdade para propor destinações alternativas (como se vê no Art. 28, § 3º, da Lei nº 12.529/2011). Por essa razão, há uma possibilidade de coincidência de destinações dos montantes pecuniários entre a condenação eventualmente feita pelo CADE em processo administrativo próprio e aquela determinada pela esfera judicial em sede de ARDC pública promovida com esteio na Lei da Ação Civil Pública (Art. 13)⁵⁷.

Outrossim, importante retomar aqui o alerta feito anteriormente, no sentido de que, sob a perspectiva da autoridade de defesa da concorrência, o cartel é um ilícito por objeto, punível mesmo sob a sua forma tentada, ou ainda que implementado integralmente, por razões alheias à vontade dos cartelistas, não tenha produzido quaisquer efeitos negativos à sociedade e aos seus indivíduos, desde que a potencialidade desses efeitos esteja presente.

E isso se dá em face de disposição expressa do Art. 36 da LDC, ao definir que constituem infração os atos que tenham por objeto ou possam produzir efeitos prejudiciais à livre concorrência, ainda que estes não sejam alcançados.

Portanto, partindo desse arcabouço normativo, o CADE, para as suas condenações, não necessita comprovar a obtenção de vantagens indevidas oriundas do cartel, ou ainda estimar o aumento de preços decorrente da conduta, bastando-lhe demonstrar o conluio entre as empresas, ou seja, o arranjo colusivo com o fito de falsear o mercado, sendo este suficiente para ensejar a condenação na via administrativa.

A vantagem auferida pelo infrator, muito embora possa constituir um referencial para a condenação pecuniária a ser imputada ao representado, nos termos do Art. 47 da Lei nº 12.529/2011, tem reduzida utilidade prática nas decisões do CADE; uma vez que este se encontra limitada a um patamar de 20% do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a teor do Art. 37, inciso I, do mesmo diploma.

Outrossim, a forma de quantificação da vantagem auferida por cada cartelista, além de ser complexa e de comportar diversas metodologias (todas elas passíveis de críticas e de

⁵⁷ Essa coincidência não é absoluta, pois a depender do legitimado para a ação e da abrangência do direito difuso tutelado, a condenação com base na ACP poderá se destinar também a conselhos estaduais, ao passo em que a condenação do CADE sempre se destinará ao FDD.

vulnerabilidades perante o Poder Judiciário), exigiria do CADE bem mais tempo na análise dos processos e a destinação de recursos humanos muito além dos atualmente disponíveis para essas atividades. E isso ocorreria sem um benefício concreto para a persecução promovida pela instituição, na medida em que sua condenação sofreria sempre as limitações acima descritas, em especial aquela referente ao limite máximo da multa em 20% do faturamento bruto no ano anterior ao de instauração do processo administrativo.

Ademais disso, a vantagem auferida pelo cartelista tampouco se confunde com o dano sofrido pelo consumidor⁵⁸ afetado pela conduta, o que também representa um óbice razoável à sua simples utilização perante a justiça em casos de ARDCs, isso na hipótese de que o próprio CADE houvesse estimado essa vantagem a cada processo de cartel apreciado, o que não ocorre atualmente.

Desse modo, o dano individualmente sofrido por cada pessoa atingida pela conduta cartelística deve ser estimado ou calculado por cada qual e pleiteado pela via das ações reparatórias propostas na esfera judicial civil, perante o Poder Judiciário local (competência da justiça estadual) ou Federal, caso o prejudicado tenha foro próprio.

Incumbirá ao autor da demanda provar o dano material por ele sofrido, para fazer jus à consequente reparação, sendo imprescindível a caracterização do dano mesmo nos casos em que este se mostra menos evidente, como em cartéis de divisão de mercado, caso requerida a reparação nessa hipótese. Aliás, em relação a esses últimos, o sobrepreço não é necessariamente a forma de ganho, existindo outros meios para o cartelista auferir lucros extras (não necessariamente geradores de danos diretos a terceiros), como nos explicam Denozza e Toffoletti⁵⁹:

Em cartéis de divisão de mercado, o acima descrito não parece se sustentar mais. **Aqui os membros do cartel lucram a partir de inúmeras reduções de custos, e não de um sobrepreço.** Confiando em um rol de clientes (ou territórios) seguramente alocadas a eles e isolados da pressão competitiva, eles

⁵⁸ As referências a consumidor aqui estão em sentido amplo, atingindo quaisquer prejudicados pela conduta danosa.

⁵⁹ DENOZZA, Francesco; TOFFOLETTI, Lucca. Compensation function and deterrence effects of private actions for damages: The case of antitrust damage suits. **Social Sciences Research Network**, Março de 2018. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1116324>. Acesso em 25 de maio de 2019, p. 13. No original: “In market allocation cartels, the above does not seem to hold anymore. Here the cartel members profit out of a number of cost reductions, other than the overcharge. Relying on a set of clients (or territories) securely allocated to them and isolated from competitive pressure, they will be able to avoid costs for promotion, innovation and the like” (p. 13).

serão capazes de evitar custos de promoção, inovação e outros similares.
(grifos nossos, tradução nossa)

Todavia, nos casos em que o dano não se verificou, por haver mera tentativa da prática cartelística, ou ineficiência de seus partícipes em produzir os efeitos esperados do cartel (seja por desvios de condutas dos cartelistas, seja por existência de outros *players* não participantes do cartel evitando a consumação do sobrepreço, a exemplo de licitações públicas) ou ainda de apenas ter havido redução de custos associados ao ambiente de competitividade, a reparação civil não terá lugar, pois o direito civil cuida da responsabilidade em casos de danos efetivos, e não de prejuízos meramente potenciais.

Nessas hipóteses de inexistência de danos por ausência de efeitos, ainda assim será provável uma decisão condenatória na via administrativa do CADE, punindo o cartel malsucedido ou mesmo a sua tentativa, sendo tal condenação insuscetível de gerar uma reparação individual, ante a inexistência de dano individual concreto gerado pelo cartel.

Ainda nessa seara da responsabilidade civil, importa consignar que esta surge a partir da quebra de um dever jurídico originário, sendo entendida, portanto, como um dever jurídico sucessivo a uma obrigação.

De fato, a lei cuida de estabelecer obrigações e deveres impostos a todos ou a determinados grupos de pessoas, mediante a imposição de ordens positivas ou negativas, devendo a própria lei prever mecanismos para a sua implementação e cumprimento. Nesse sentido, a violação a um dever jurídico legalmente imposto faz surgir um direito sucessivo, de reparação dessa infringência, que dá origem à responsabilidade civil.

Cavaliere diz que as causas jurídicas capazes de gerar o dever de indenizar são várias, mas as mais relevantes são:

(a) **ato ilícito (stricto sensu), isto é, lesão antijurídica e culposa dos comandos que devem ser observados por todos**; (b) ilícito contratual (inadimplemento), consistente no descumprimento de obrigação assumida pela vontade das partes; (c) violação de deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas; (d) obrigação contratualmente assumida de reparar o dano, como nos contratos de seguro e de fiança (garantia); (e) violação de deveres especiais impostos pela lei àquele que se encontra numa determinada relação jurídica com outra pessoa (casos de responsabilidade indireta), como os pais em relação aos filhos menores, tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados; (f) ato que, embora lícito, enseja a obrigação

de indenizar nos termos estabelecidos na própria lei (ato praticado em estado de necessidade). (grifo nosso)⁶⁰

A propósito das ARDCs, entende-se que a responsabilidade civil do cartelista nasce de seu ato ilícito, consubstanciado em face da inobservância do dever legal imposto a todos de não praticar atos que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Em momento oportuno, discorrer-se-á um pouco mais acerca da impropriedade de se tentar classificar a responsabilidade do cartelista com um ilícito contratual, também descrito por Cavalieri como causa jurídica do dever de indenizar.

Prosseguindo sobre a responsabilidade civil, ela tem, nos dizeres do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, três funções: uma compensatória, de reparar a totalidade dos prejuízos sofridos com o evento danoso; uma indenitária, de se evitar o enriquecimento ilícito do prejudicado com a indenização recebida; e outra concretizadora, resultante de uma relação de equivalência entre indenização e prejuízos sofridos, feita em concreto pelo juiz da causa⁶¹.

E nesse aspecto se evidencia, a meu sentir, uma primeira racionalidade das ARDCs, qual seja, a **racionalidade jurídica**, oriunda não apenas do ordenamento jurídico pátrio (Art. 927 do CC e 47 da LDC), mas também da noção de responsabilidade em geral, segundo a qual aquele que pratica ato ilícito deve responder pelos danos causados a outrem.

Nessa toada, a razão jurídica das ARDCs consiste em possibilitar que um dano injusto, decorrente de um ato ilícito, como é o cartel, cuja repercussão tem efeitos lesivos a toda a sociedade (dano esse reparado administrativamente na esfera do CADE e passível de ser buscado pela via da ARDC pública), mas também causa diretamente prejuízos mensuráveis a consumidores individualmente identificáveis –, possa e deva ser objeto de legítimo pleito reparatório perante o Poder Judiciário.

Essa prerrogativa, além de legítima do ponto de vista do direito concorrencial, consumerista e civil, não significa a banalização da ARDC ou mesmo a sua proliferação desmedida e crescimento selvagem (*run wild*), na medida em que, sob uma ótica estritamente pragmática, nem todos os danos causados por cartéis serão passíveis de serem buscados junto

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Op. Cit, p 17-18.

⁶¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

ao Judiciário, por questões facilmente identificáveis, como a relativa à natureza ínfima dos valores de sobrepreço se considerados de forma individual, a que poderíamos chamar de microdanos individuais. Mesmo a sua reparação sob a modalidade de ações coletivas por danos individuais homogêneos restaria deveras dificultada, ante a quase inviabilidade de se fazer a prova do dano por cada consumidor disperso na coletividade, uma vez que os lesados dificilmente terão meios de provar o nexo de causalidade com o dano e sua relação jurídica com o infrator, sobretudo por conta do distanciamento dos fatos no tempo.

A utilização da tutela coletiva da ACP para resguardar direitos difusos afetados por condutas cartelísticas tampouco parece se justificar no desenho jurídico do ordenamento brasileiro, pois não se presta como instrumento de prevenção específica do ilícito (compensação de cada vítima), e, por outro lado, também não se vislumbra como consequência dessa tutela a reparação da sociedade pelo dano difuso causado à coletividade, uma vez que esse papel já é desempenhado pela ação estatal a cargo do CADE, e sua persecução após o esgotamento na esfera administrativa pela via de ações civis públicas somente consumiria tempo e recursos para, ao final, se chegar, quando muito, a um resultado de prevenção geral muito similar àquele já alcançado com a ação do CADE, ou seja, a imputação de uma sanção reparatória à coletividade em geral, por meio da obrigação de recolhimento do valor a um fundo específico, em certas hipóteses inclusive o mesmo para o qual a autoridade concorrencial destina suas sanções pecuniárias, qual seja, o FDD.

Esses fatores acima descritos parecem constituir empecilhos a uma possível banalização da ARDC, bem como ao seu crescimento desmedido, a ponto de vir a abarrotar o Judiciário, como parece ter ocorrido com as ações de danos morais, que se proliferaram em uma crescente vertiginosa por todo nosso país.

Essa possibilidade parece descartada para as ARDCs, pois como a visualizamos, ela assume uma vocação de reparação civil mais delimitada, não destinada a se popularizar entre consumidores finais da cadeia produtiva ou a indenizar microdanos por estes sofridos. Ela pode servir, por outro lado, para viabilizar especialmente que outros agentes econômicos, que se utilizaram de insumos cartelizados em seus processos produtivos, possam vir a recuperar aumentos de custos sofridos em decorrência de atuações concertadas por parte de agentes cartelistas no segmento à montante, ou, quando muito, para que consumidores de bens de consumo de alto valor possam reivindicar sobrepreços causados por cartel.

Apenas para exemplificar o que foi dito acima, trago o exemplo de um caso de cartel recentemente julgado pelo CADE, o cartel de sal marinho no território nacional. Por meio do processo administrativo correspondente, o CADE considerou existir um cartel na comercialização do sal marinho nacional entre 1992 e 2012, o qual produziu reflexos no preço do sal refinado, vendido diretamente ao consumidor final, mas também em outros tipos de sal, destinados a servir de insumo à indústria de fertilizantes e de alimentação animal. A condenação pela autarquia a título de dano à concorrência atingiu o montante da ordem de R\$ 289 milhões, cujos valores deverão ser revertidos ao FDD.

Pois bem, para o consumidor final, um eventual sobrepreço em um pacote de sal assume proporção ínfima, provavelmente de alguns poucos centavos de real ou quando muito de um real⁶², além de ser difícil a prova da compra de um pacote de sal realizada entre os anos de 1992 a 2012 pelo consumidor médio, o que geraria uma dificuldade de estabelecimento do nexo causal e de relação jurídica com o infrator, e, sobretudo, uma perspectiva de reparação de valores irrisórios ou pouco expressivos.

Essa conjuntura é propícia ao não oferecimento de ações por parte dos consumidores finais. Tampouco se justificaria o ingresso de ação coletiva por entidade com legitimidade para tanto em busca de direitos individuais homogêneos, pois ainda que superada nessa hipótese a questão do montante a ser indenizado, restaria não transposta a questão probatória. Difícil de se provar, passados mais de 7 anos dos fatos e para fins de liquidação de sentença, a compra individual de pacotes de sal realizada por cada consumidor entre 1992 e 2012, com o fim de comprovar o dano coletivo sofrido e seu nexo com a conduta.

Sobre esse ponto, é interessante o ponto de vista expresso por Daniel Crane, ao duvidar da vocação compensatória das ações privadas concorrenciais e de sua inaptidão para os consumidores, mencionando contraditoriamente o sistema vigente nos Estados Unidos, país no qual ela parece ser mais utilizada e exitosa. Para ele, “a compensação falha porque as reais vítimas econômicas da maioria das violações antitrustes estão usualmente na cadeia de

⁶² O preço de um quilo de sal refinado tradicional hoje varia, em um supermercado *online*, entre R\$ 1,59 e R\$ 2,39 (pesquisa realizada em 18 de novembro de 2019, no site do supermercado Pão de Açúcar, no endereço https://www.paodeacucar.com/secoes/4224/?qt=12&s=priceAsc&ftr=facetSubShelf_ss:4224_Sal%20e%20Pimenta&p=1>=list), sendo improvável de se cogitar de sobrepreço que alcance patamares de quase 100%.

consumidores finais que são muito numerosos e distantes da violação para localizá-la e compensá-la” (tradução nossa).⁶³

Essa vocação para reparação do consumidor final parece realmente ser mais teórica e utópica do que factível e viável sob o prisma pragmático.

Ademais disso, como já mencionado acima, eventual reparação que objetivasse o ressarcimento com caráter difuso se assemelharia aos propósitos já atingidos com a atuação desempenhada pelo CADE, o que representaria uma nova atuação estatal, com duplicação de esforços e para um desiderato já atingido na seara administrativa. Ainda que se julgasse ser o caso de uma complementação da reparação à sociedade como direito coletivo difuso, melhor seria alterar a lei para possibilitar sanções mais vultosas pelo CADE, evitando-se, com isso, a duplicidade de esforços e a movimentação do aparato público em momentos distintos, com elevados custos em duplicidade, dada as finalidades similares de ambos.

Já para os consumidores de sal como insumo para a indústria de fertilizantes e alimentos animais, a ARDC atinge seu pleno potencial reparatório, pois se mostram de mais fácil superação os obstáculos supra. Com efeito, o sobrepreço nesse caso alcança valores consideráveis diante da importância do insumo e de seu grande consumo pela indústria, bem como se torna também mais fácil comprovar a existência de contratos de compra em grandes volumes, de notas fiscais dessas compras, de todo o conjunto probatório necessário para demonstrar a relação entre o comprador e o vendedor do insumo com sobrepreço oriundo da cartelização, além da aptidão para aferir melhor o dano causado pelo cartelista.

A propósito, ao interpretar o modelo de responsabilidade civil concorrencial, Luiz Carlos Buchain já registrava essa inaptidão da ARDC para a reparação dos consumidores finais, embora sob perspectiva diametralmente diferente da ora exposta. Para ele, a norma concorrencial somente se aplicaria àqueles prejudicados na efetiva dimensão mercadológica, ou seja, prejudicados pela conduta infrativa no âmbito da disputa como concorrentes de mercado, e não simplesmente como consumidores finais. Veja-se um pouco de seu pensamento:

Estando a titularidade do direito material de defesa da concorrência legalmente atribuído à coletividade pelo disposto no caput do art. 170 da Carta

⁶³ CRANE, Daniel A. Optimizing private antitrust enforcement. *Vand. L. Rev.*, v. 63, p. 673-720, 2010. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol63/iss3/2>. Acesso em 18 de novembro de 2019. Do original: “Compensation fails because the true economic victims of most antitrust violations are usually downstream consumers who are too numerous and remote from the violation to locate and compensate” (p.677).

Magna e pela norma da LDC (art. 1º parágrafo único da Lei 8.884/94: A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei), será preciso que a legitimação para a defesa judicial coletiva desses direitos, explicada pelo fenômeno da sociedade de consumo, esteja harmonizada com o sistema de garantia da ordem econômica legalmente protegidos pela LDC, seus pressupostos e condições (art. 2º da LDC). **Embora os sujeitos do direito à indenização por infração da ordem econômica sejam os ‘prejudicados’, conceito este indeterminado, a especificidade da LDC não poderá indistintamente abarcar todos consumidores finais** de mercadorias e serviços, pois esse grupo social está ao abrigo de lei própria que lhe confere amplas garantias à defesa de seus direitos, em esfera peculiar e bem circunscrita pelo sistema jurídico. **Os prejudicados legitimados a ingressar em juízo para o recebimento de indenização**, ainda que através de legitimidade processual substituta, **são os consumidores concorrenciais, ou seja, os demais agentes econômicos que operam no mercado concorrencial**. O consumidor final é, sem dúvida, um interessado em provocar a autoridade administrativa a promover averiguações tendentes à instauração de processo administrativo concorrencial, segundo o disposto no art. 30 da LDC. **Esta afirmativa não equivale a dizer que o consumidor final**, tal qual definido pelo Codecon **possa, com base na lei de defesa da concorrência, propor ação de indenização por danos concorrenciais**. (grifos nossos)⁶⁴

O pensamento de Buchain não parece prosperar no seio da comunidade jurídica do direito concorrencial, talvez até pela literalidade dos Arts. 29 da Lei nº 8.884/1994 e de seu correspondente na atual LDC (Art. 47), que expressamente fazem referência ao Art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, atraindo, com isso, a legitimidade do consumidor final para a ação concorrencial mencionada no código consumerista.

Nada obstante, a percepção do autor parece espelhar a prática judicial das ações de natureza reparatória da espécie em comento, acerca da vocação das ARDCs como instrumento à disposição dos agentes econômicos atuantes em um elo da cadeia produtiva (e não aos consumidores finais, salvo em situações de danos de grande vulto), ante a magnitude dos danos, a maior probabilidade de terem provas da relação jurídica de compra dos insumos afetados pelo cartel e também de demonstrarem o dano efetivamente sofrido pela conduta, fatores esses, como visto, difíceis de serem superados pelo consumidor final.

Essa noção se mostra refletida nas ARDCs analisadas neste estudo, em que não se detectou qualquer ação proposta por consumidor final (ou por associação de consumidores), muito embora não se advogue aqui a sua ilegitimidade, como fez Buchain, mas apenas a sua

⁶⁴ BUCHAIN, Luiz Carlos. **O Poder Econômico e a Responsabilidade Civil Concorrencial**. Nova Prova Editora. Porto Alegre, junho/2006., p 116-117.

inviabilidade prática e a falta de vocação desta ação para esse fim de indenizar o consumidor final.

Outro ponto relevante da responsabilização diz respeito aos seus pressupostos, que para Daniel Caselta⁶⁵ seriam ato ilícito, dano, nexo causal e culpa.

Diferentemente do que sustenta o professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁶⁶ acerca da natureza objetiva da responsabilidade civil decorrente de danos de cartel, há que se concordar com Caselta sobre a natureza subjetiva desse dever, pois ainda que sob a ótica concorrencial administrativa o ilícito de cartel tenha uma dimensão objetiva, sendo desnecessária a prova da conduta culposa para a sua caracterização, quando transpomos os fatos para o direito civil, essa mesma responsabilidade não advém do comando normativo pertinente (Arts. 927 do CC e 47 da LDC), devendo-se, por isso, restarem atendidos todos os requisitos para a responsabilização, quais sejam: a) ato ilícito; b) conduta culposa do agente; c) nexo causal; e d) dano.

Veja-se, aliás, que o ato ilícito e a conduta culposa, nos casos de cartel, são elementos de mais fácil comprovação, pois a lei é expressa em impor um dever jurídico aos agentes econômicos em geral, de não atuar concertadamente e de não manipular, falsear ou de qualquer jeito prejudicar a livre concorrência, advindo de uma atuação cartelística não só o ato ilícito, como também a ideia de dolo, perceptível pelo agir destinado a manipular as condições de atuação no mercado, ou, quando muito, de culpa, caracterizada nesse caso pela atuação negligente em permitir que representantes da empresa promovam arranjos anticompetitivos juntamente com seus potenciais concorrentes.

Como visto, diante do largo tempo necessário para apurar um cartel na via administrativa e da dificuldade de se mensurar o dano concreto advindo dessa atuação concertada, os pressupostos de mais difícil preenchimento acabam sendo o estabelecimento do nexo causal e o próprio dano em si, razão pela qual não vemos nessa divergência doutrinária fundamentos de ordem prática significativos, tanto para obstaculizar, quanto para estimular ações reparatórias de natureza concorrencial. São questões cuja relevância parece orbitar apenas o campo teórico, sem representar do ponto de vista prático um problema a ser superado.

⁶⁵ CASELTA, Op. Cit.

⁶⁶ FERRAZ JÚNIOR, Op. Cit.

A questão da legitimidade ativa do sujeito que sofreu o dano será abordada mais adiante, quando enfrentarmos a doutrina do *pass-on defence*.

Por ora, é importante reconhecer a natureza objetiva do ilícito de cartel perante a esfera administrativa, como infração da ordem econômica, e, por outro lado, a sua natureza subjetiva como ilícito cível, suscetível de reparação na esfera judicial pela via da ARDC, desde que presentes os elementos tradicionais da responsabilidade civil, vistos acima.

5 A RELAÇÃO ENTRE PERSECUÇÃO PÚBLICA E PERSECUÇÃO PRIVADA DA PRÁTICA DE CARTEL

Outro ponto concernente às ações reparatórias diz respeito à interdependência entre a persecução pública e a persecução privada do ilícito concorrencial, tema sobre o qual faremos algumas considerações adiante.

Via de regra, o descumprimento de leis deve prever medidas para que o Estado ou o particular cujo direito foi violado possam buscar a devida observância do dispositivo infringido e/ou a reparação da lesão, conferindo-lhes meios para impor coercitivamente a lei aos seus correspondentes destinatários. São mecanismos à disposição desses atores (Estado ou particular) para apurar, detectar, dissuadir, reparar e punir um descumprimento às normas estatais. A isso se dá o nome de *law enforcement*, ou algo que poderíamos traduzir como aplicação, persecução e/ou cumprimento da lei⁶⁷.

Para Francesco Denozza e Luca Toffoletti⁶⁸, uma política estatal de repressão a atividades socialmente indesejadas requer do regulador/legislador a escolha de três grupos de atuação, a partir dos quais a lei será aplicada e seu cumprimento exigido. O primeiro é a definição da conduta ilegal, em que se define a falta e o grau de seriedade da ofensa. O segundo o controle de riscos, em que o risco para essas atividades indesejadas é mensurado e estabelecido o grau de controle, seja com a implementação de permissões, intervenções prévias, monitoramentos constantes, etc. E o terceiro nível é concernente ao controle de consequências, vale dizer, o que se verifica após constatado o descumprimento da conduta ilegal (compensação às vítimas, sanções pecuniárias, penas privativas de liberdade, etc.). Essas escolhas, de como se dará a interrelação entre esses três grupos, representará o *enforcement* da lei.

Definidas as condutas indesejadas, resta repartir a forma como a lei será cumprida, via controle de riscos e controle de consequências, repartindo também o ônus persecutório dessas fases. E essa atividade persecutória não é competência exclusiva do Estado. Em determinadas hipóteses, pode ser salutar compartilhar essa atribuição com o particular e, em outras, até mesmo deixar tal encargo nas mãos apenas dele, dispensando-se a intervenção estatal. Têm-se,

⁶⁷ Relembro aqui a dificuldade de uma tradução apropriada desse termo, de modo a refletir toda a amplitude de seu conteúdo.

⁶⁸ DENOZZA; TOFFOLETTI, Op. Cit.

com isso, a previsão de perseguições públicas ou privadas, conforme a norma tenha conferido a missão de buscar o regular cumprimento da lei aos agentes públicos e/ou aos particulares.

Nessa linha, a perseguição pública (*public enforcement*) constitui o conjunto de medidas que o Poder Público detém para detectar, apurar e punir um ilícito, bem como para impor a observância da regra geral imposta.

Sob a ótica concorrencial, Antonio Capobianco e Sunmi Lee definem o “*public enforcement*” como a “implementação da lei antitruste pelo governo, por exemplo, por intermédio da autoridade antitruste ou do Ministério Público, para detectar e sancionar os transgressores das regras concorrenciais.” (tradução nossa).⁶⁹

Mitchell Polinsky e Steven Shavell⁷⁰ destacam a importância de previsões dessa natureza, sob a perspectiva racional de que a sociedade não deve se valer exclusivamente de meios privados de controle das leis, especialmente quando a repressão à violação requer o uso de força, usualmente não permitida aos particulares. Para eles, essa perseguição deve buscar o bem-estar da sociedade de forma a gerar mais benefícios aos cidadãos em comparação com os custos associados a tal atividade.

Já a perseguição privada constitui o conjunto de meios à disposição dos particulares, individual ou coletivamente, aptos a buscarem a reparação dos danos causados com a infração cometida por um terceiro. Esse tipo de perseguição pode se justificar em casos em que a vítima é quem detém informações sobre a identidade do violador e a transgressão tem natureza civil e com reflexos no campo individual, ainda que por vezes possa inclusive complementar a atuação estatal de dissuasão do ilícito.

De fato, especificamente no campo do direito concorrencial, há uma compreensão de que essas duas formas de atuação – pública e privada – se complementam, constituindo em

⁶⁹ CAPOBIANCO, Antonio; LEE, Sunmi. **Relationship Between Public and Private Enforcement**. DAF/COMP/WP3(2015)14, OECD, 2015, p. 2. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2015\)14&doclanguage=en&docdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2015\)14&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&doclanguage=en&docdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&doclanguage=en). Acesso em 20 de agosto de 2019. Do original: “Public enforcement can be defined as the enforcement of antitrust laws by a government, for example by the competition authority or a prosecutor, to detect and sanction violators of competition rules”.

⁷⁰ POLINSKY, Mitchell e SHAVELL, Steven. **Handbook of Law and Economics**, Vol. 1. Londres: Elsevier, 2007, p. 406.

conjunto um fator dissuasório mais eficaz no combate às condutas anticompetitivas e aos ilícitos/crimes contra a ordem econômica.

Para melhor compreensão, as leis de defesa da concorrência incumbem, ordinariamente, às autoridades concorrenciais a missão de zelar pela competitividade, pelo livre mercado e pela liberdade de iniciativa, exercendo uma forma de tutela sob a atividade econômica (*enforcement público*).

Essa atribuição de regular o funcionamento do exercício do poder econômico deu origem a dois tipos de atuação usualmente desempenhadas por uma autoridade da concorrência, o controle de estruturas e o controle de condutas.

Por meio do primeiro instrumento acima mencionado, o controle de estruturas, o órgão antitruste examina as fusões e aquisições entre empresas, com o fito de avaliar os possíveis impactos negativos dessas concentrações no mercado, cabendo-lhe intervir para evitar eventuais operações que se mostrem negativas à concorrência, bloqueando-as ou impondo remédios de natureza estrutural ou comportamental.

No Brasil, esse controle é feito pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica e está previsto nos Art. 88 e seguintes da Lei nº 12.529/2011 como requisito prévio à efetivação da operação intentada, vale dizer, o controle exercido é anterior à concretização da concentração almejada, diferentemente do que ocorria no antigo diploma legal (Lei nº 8.884/1994).

No tocante ao segundo tipo de atuação de um ente antitruste, o controle de condutas, intenciona-se por meio dele combater a prática dos cartéis e de outras condutas anticompetitivas decorrentes do abuso do poder econômico, viabilizando-se um funcionamento mais neutro do mercado, com menos incentivos aos grandes agentes econômicos a mobilizarem seus recursos a fim de alterar o mercado em seu único benefício, em detrimento da concorrência.

Por meio desses controles é que se desenvolve a atividade pública de aplicação, persecução e cumprimento da lei antitruste. O controle de condutas, especialmente, constitui importante mecanismo para se atingir essa finalidade, pois por meio dele se prevê uma multiplicidade de medidas sancionadoras tendentes a combater condutas coordenadas e condutas unilaterais.

Conforme já mencionando anteriormente, ao criar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o legislador instituiu um ente governamental com a atribuição precípua de apurar e apreciar os ilícitos à ordem econômica, o CADE, sendo este o titular na seara administrativa da persecução pública.

De outro turno, o diploma legal estabeleceu, em seu Art. 47 (Lei nº 12.529/2011), a previsão de os prejudicados por condutas infrativas à ordem econômica buscarem não só a cessação dessas práticas, mas também de pleitearem indenização por perdas e danos sofridos, reforçando a concepção de que a persecução promovida por agentes particulares está inserida no contexto do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sendo ferramenta complementar ao seu bom funcionamento.

Importa perceber que essa legitimação para fazer valer as regras concorrenciais da LDC aos particulares em geral não se restringe ao uso das ARDCs, sendo prevista também a possibilidade de se pleitear a cessação de condutas anticompetitivas, como uma conduta exclusionária decorrente da recusa de fornecimento de um insumo essencial por parte de um concorrente do monopolista desse insumo na cadeia produtiva à jusante.

Em situações dessa espécie, a recusa pode não ser uma preocupação concorrencial sob a perspectiva antitruste, assumindo um caráter de lide privada, o que, porém, não retira a sua essência transgressiva à LDC e tampouco impede o prejudicado de pleitear a cessação da prática perante o Poder Judiciário, com fundamento na sua legitimidade para fazer valer a lei concorrencial.

Outro motivo para se instituir a persecução privada consiste em se pressupor uma incapacidade de as penalidades aplicadas pela via pública virem a satisfazer, por si sós, os requisitos de prevenção geral e específica de uma sanção.

Isso se nota especialmente em cartéis de longa duração, no qual a limitação punitiva em 20% do faturamento bruto referente ao ano anterior ao da instauração do processo administrativo se mostra um obstáculo à devida correlação entre os danos causados por todos esses anos ao mercado, à concorrência e à sociedade, de um lado, e de outro à multa máxima passível de se aplicada ao agente infrator, resultando, ao final, em um processo de punição provavelmente subdissuasório, em que o agente econômico dele sai com a certeza de que o ilícito compensou.

Portanto, faz-se necessária a complementação desse sistema de persecução pública, com a viabilização de ações de natureza privada, capazes de incutir um receio extra aos agentes de mercado, vale dizer, de que a prática infrativa pode vir a gerar prejuízos de diversas ordens, inclusive de ordem econômica em mais de uma seara e sob a persecução de agentes diversos, aumentando os incentivos a obedecer a lei.

Assim é que o *private enforcement* é visto como elemento de incremento na dissuasão geral e específica promovida pela lei concorrencial, à medida que cria mecanismos para maiores punições em relação às disponíveis para a autoridade administrativa, desincentivando condutas infrativas por parte de agentes econômicos racionais, que buscam a maximização do lucro, ao tempo em que também possibilita a reparação *in concreto*, causada por um cartelista em face de determinadas pessoas.

Kai Hüschelrath e Sebastian Peyer, após examinarem a interrelação dos mecanismos de aplicação público e privado no campo do direito concorrencial, chegaram à conclusão de que, para condutas colusivas horizontais, nas quais o cartel está inserido, o nível de persecução ótimo ainda é baseado majoritariamente na atuação estatal pública, pois há dificuldades de obtenção de informação e documentos pelos agentes privados, sendo mais provável a persecução privada a título de ações sucessivas. No entanto, essa complementariedade entre os dois sistemas é desejável sob uma perspectiva de bem-estar⁷¹.

Também defendendo a necessidade de previsão de ambos os sistemas de *enforcement*, público e privado, Daniel Crane diz que a crítica ao sistema privado norte-americano não significa advogar por um sistema monopolista estatal, pois a persecução privada tem qualidades, como a descentralização da tomada de decisões, a colocação na rua de agentes fiscalizadores da lei mais perto dos problemas concorrenciais, mais recursos para impor a lei, e continuidade mesmo quando a autoridade pública sofrer revezes institucionais. É preciso reconceber o sistema americano e, naqueles países com monopólio da atuação estatal, redistribuir essa tarefa com o particular, sem as falhas dos Estados Unidos⁷².

Em definitivo, parece que a política de inserção da possibilidade de persecução privada do dano concorrencial, não só como instrumento de reparação individual do dano, mas como

⁷¹ HÜSCHEL RATH, Kai; PEYER, Sebastian. Public and private enforcement of competition law: A differentiated approach. *World Competition*, v. 36, n. 4, p. 585-613, 2013. Disponível em: <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13029.pdf>. acesso em 25 de novembro de 2019.

⁷² CRANE, Op. Cit.

fator complementar à atuação estatal, encontra bastante ressonância no seio da comunidade antitruste internacional, sendo o seu balanceamento o desafio de cada jurisdição.

6 RACIONALIDADE DAS AÇÕES REPARATÓRIAS NO EXTERIOR: EUROPA E ESTADOS UNIDOS

O presente capítulo tratará da reparação de danos decorrentes de cartel em jurisdições estrangeiras. Serão observados os modelos de reparação de danos aplicados no direito federal dos Estados Unidos e no direito comunitário europeu.

A análise do contexto internacional das ações de reparação de danos originários da prática de cartel se justifica pela necessidade de contrastar a situação das ARDCs no Brasil perante a prática internacional, de modo a estabelecer um verdadeiro *benchmarking* jurídico e regulatório no que diz respeito a este tipo de ação judicial e à sua utilização em outros países.

A escolha das jurisdições dos Estados Unidos da América e da União Europeia deve ser compreendida pela necessidade de detalhar as características das duas jurisdições mais maduras e desenvolvidas no tema do direito antitruste, embora com políticas de reparação de danos civis pouco semelhantes entre si.

Também importante se faz perquirir as possíveis diferenças entre estas jurisdições e a abordagem brasileira, com vistas a se extrair elementos direcionadores ou orientadores de nossas perspectivas e tendências, evitando-se a importação acrítica de institutos e mecanismos estrangeiros, e que se revelem posteriormente sem aplicabilidade prática em nosso sistema jurídico.

6.1 AÇÕES CIVIS POR REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS NOS ESTADOS UNIDOS

A análise do contexto normativo das ações de responsabilidade civil norte-americanas merece atenção em função de sua importância mundial e pelo fato de os resultados com elas alcançados em termos de política antitruste servirem de parâmetro para diversos outros países, inclusive para o Brasil. Assim, é relevante a visão histórica do direito federal norte-americano no que diz respeito ao combate aos cartéis e a sua interligação com as reparações cíveis.

As ações de responsabilidade civil por cartel constituem o meio predominante de aplicação da lei antitruste nos Estados Unidos, como bem observa Hovenkamp⁷³, ao afirmar que 90% das ações de repressão a práticas anticoncorrenciais são veiculadas por meio de ações privadas.

Em semelhante perspectiva, Wouter P. J. Wils esclarece que tal predominância pode ser entendida a partir da história da persecução antitruste nos Estados Unidos, especialmente pelo fato de a lei inaugural sobre o tema (*Sherman Act*) e outras subsequentes terem deixado um espaço restrito de aplicação pública da lei concorrencial. Segundo ele:

Essa concepção americana de ações privadas para reparação de danos como um instrumento de dissuasão e punição pode ser compreendida à luz da história específica da persecução antitruste dos Estados Unidos. Enquanto a Lei Sherman de 1890 [*Sherman Act*] tornou as violações antitruste um tipo de contravenção, puníveis com multas e prisão, nenhuma apropriação orçamentária foi feita para a persecução pública. Portanto, os danos em triplo das ações privadas eram um substituto para a persecução pública. Até depois, quando a aplicação da lei criminal pelo departamento de justiça teve início, multas potenciais eram até 1974 limitadas a \$ 50.000, deixando, portanto, uma lacuna dissuasória a ser preenchida por ações de reparação de danos sucessivas (*follow-on actions*). Ainda hoje, enquanto o Departamento de Justiça tem autoridade estatutária para processar todas as violações das Seções 1 e 2 do Sherman Act criminalmente, o escopo da persecução criminal de fato se reduziu ao longo do tempo para fixações de preço ‘*hard-core*’, fraudes em licitações ou cartéis de alocação de mercado. Para outras violações concorrenciais, o sistema de *enforcement* público norte americano é em prática limitado a medidas cautelares, deixando um vácuo dissuasório para ser preenchido pelas ações de reparação de danos sucessivas (tradução nossa).⁷⁴

Veja-se que a lógica do sistema norte-americano é bastante peculiar, e se funda em um modelo normativo no qual a autoridade concorrencial tem poderes mais limitados para fazer

⁷³ Herbert Hovenkamp afirma que cerca de 90% dos casos relacionados aos assuntos do antitruste são trazidos no âmbito da advocacia privada (livre adaptação). HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy – The law of Competition and its Practice**. 2. Ed. Minnesota: West Group, 1999.

⁷⁴ WILS, Wouter P. J. The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages. **World Competition**, Vol. 32, n. 1, março de 2009, p. 3-26. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol2/sf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087. Acesso em 29 de maio de 2019. Tradução nossa do original: “This American conception of private actions for damages as an instrument of deterrence and punishment can be understood in the light of the specific history of US antitrust enforcement. While the 1890 Sherman Act made antitrust violations misdemeanors, punishable by fines and imprisonment, no budgetary appropriation was made for public enforcement. Private treble damages actions thus were a substitute for public enforcement. Also later, when criminal enforcement by the Department of Justice had started, potential fines were until 1974 limited to \$ 50.000, thus leaving a deterrence gap to be filled by follow-on treble damages actions. Still today, while the Department of Justice has statutory authority to prosecute all violations of Sections 1 and 2 of the Sherman Act criminally, the scope of criminal enforcement has in fact been narrowed over time to ‘hard-core’ price-fixing, bid-rigging or market allocation cartels. For other antitrust violations, US public enforcement is in practice limited to prospective injunctive relief, leaving a deterrence gap to be filled by follow-on treble damages actions” (p. 17).

cumprir um política antitruste de maior abrangência, porquanto restringida em seu poder punitivo financeiro e também sob o aspecto meritório das condutas passíveis de persecução, adstritas aos casos de condutas *hard-core*, como aquelas acima mencionadas⁷⁵.

Não obstante, mesmo outras jurisdições ao redor do mundo com suas atividades persecutórias concorrenciais concentradas em órgãos governamentais estão cada vez mais introduzindo modelos semelhantes ao observado nos EUA⁷⁶, sob um racional motivado pela ideia de compensação de danos ao particular ou pelo incremento no fator de dissuasão da prática anticompetitiva.

Com efeito, são objetivos primordiais da aplicação privada da lei antitruste a compensação dos danos concretamente causados aos consumidores e a maior dissuasão de práticas consideradas anticoncorrenciais⁷⁷, resultados esses que, em tese, podem advir de decisões condenatórias em ações reparatórias de danos concorrenciais, especialmente no modelo norte-americano, em que parte da política de repressão a condutas infrativas é buscada pela via do *enforcement* privado.

É preciso reconhecer, entretanto, a existência de autores defendendo que a jurisdição norte-americana não foi hábil em alcançar esses fins, devendo esse sistema de objetivos ser reconcebido⁷⁸, embora não completamente descartado.

⁷⁵ Nesse sentido, ver citação n. 51 de Wouter P. J. Wils, no texto *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*. Publicada em *World Competition*, Vol. 32, n. 1, março de 2009, pp. 3/26. “See, with regard to the US antitrust agencies, W. H. Page, ‘Antitrust Damages and Economic Efficiency: An Approach to Antitrust Injury’ (1980) 47 *University of Chicago Law Review* 467 at 503 (‘Although there are some random, even perverse, elements in the criteria for case selection by the Department of Justice and the Federal Trade Commission, those organizations have no clear incentive to bring anticompetitive cases, and seem to consider efficiency consequences of their enforcement policies’), R. A. Posner, above note 50, at 275-276 (‘The tight budget constraint has forced the agencies to be selective in their choice of cases. Although they might select the silliest cases to bring, there is no reason in theory why they should and no evidence that they do.’) and K. G. Elzinga and W. Breit, above note 37, at 141.

⁷⁶ WALLER, Spencer Weber. *Towards a constructive public-private partnership to enforce competition law*. **World Competition**, v. 29, n. 3, p. 367-381, 2006. Disponível em: <http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=WOCO2006027> Acesso em 25 de novembro de 2019.

⁷⁷ SEGAL, Ilya R; WHINSTON, Michael D. *Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey*. **Stanford Law School**. Working Paper n. 335, dezembro de 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=952067>. Acesso em 25 de outubro de 2019.

⁷⁸ CRANE, Op. Cit.

Nada obstante essa posição, deve-se ter em conta que, nos EUA, a prática de cartel é expressamente vedada, por conta da disposição da Seção 1 do *Sherman Act*⁷⁹, que declara ilegal “todo contrato, combinação sob a forma de truste ou de outro modo, ou conspiração, em restrição aos negócios ou ao comércio entre os vários estados, ou com nações estrangeiras” (tradução nossa)⁸⁰. Deste modo, naquela jurisdição, a prática de cartel é considerada um ilícito *per se*, prescindindo da análise de efeitos – prejudiciais ou benéficos – para que o caso possa ser apreciado, de forma semelhante ao que o CADE tem denominado de ilícito por objeto.

A Seção 7 do *Sherman Act* e a Seção 4 do *Clayton Act*⁸¹ autorizam qualquer empresa a entrar com uma ação judicial contra um concorrente exigindo até três vezes os danos sofridos por qualquer violação das leis antitruste⁸².

A aplicação privada da leis antitruste é, portanto, explicitamente permitida e encorajada, em complemento ao *enforcement* público a cargo da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA (DoJ)⁸³ e da *Federal Trade Commission* (FTC)⁸⁴.

Buscando uma comparação entre os métodos de implementação do direito da concorrência no ambiente público e privado, e pesando prós e contras, R.P. McAfee, H.M. Mialon, and S.H. Mialon⁸⁵ observam que:

Os agentes privados têm maior incentivo para tomar medidas coercivas do que os agentes públicos, que podem beneficiar a sociedade através da dissuasão adicional. Mas esta é uma faca de dois gumes. Executores privados também têm maior incentivo para usar as leis antitruste estrategicamente, isto é, usar as leis para vencer nos tribunais o que eles foram incapazes de vencer em uma competição honesta com seus rivais. Por exemplo, as empresas podem usar as

79 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sherman Act*. Disponível em: <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=51&page=transcript>. Acesso em 25 de novembro de 2019.

80 Tradução adaptada do texto original: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal”.

81 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Clayton Act*. Disponível em: https://archive.org/stream/jstor-74/74_djvu.txt. Acesso em 25 de novembro de 2019.

82 Faz-se referência aqui aos “*treble damages*”, característica do direito antitruste norte-americano que autoriza a cobrança privada do triplo do valor do sobrepreço ocasionado por uma suposta prática de cartel.

83 DOJ é o Departamento de Justiça dos Estados Unidos e pode ser entendido como um departamento vinculado ao poder executivo federal dos Estados Unidos, equivalente ao que seria o Ministério da Justiça no Brasil.

84 FTC é uma agência do governo dos EUA que atua principalmente na aplicação do direito antitruste na jurisdição norte-americana.

85 MCAFEE, R. Preston; MIALON, Hugo M.; MIALON, Sue H. Private v. public antitrust enforcement: A strategic analysis. *Journal of Public Economics*, v. 92, n. 10-11, p. 1863-1875, 2008. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0047272708000637>. Acesso em 25 de novembro de 2019.

leis antitruste para impedir que grandes concorrentes em potencial entrem em seu mercado [...]; usar as leis antitruste para impedir que seus rivais concorram vigorosamente [...] melhorar as condições contratuais, fazer cumprir acordos de colusão, responder a processos existentes e evitar aquisições hostis. Esses usos estratégicos das leis antitruste (que geralmente têm pouco a ver com a promoção da eficiência) são explicadas e documentadas com muitos casos recentes [...] No entanto, os aplicadores privados também têm outras vantagens sobre os aplicadores públicos. Os custos de detectar possíveis violações e a coleta de evidências iniciais é menor. Os agentes públicos regulam uma vasta gama de indústrias e, portanto, não conseguem detectar práticas anticompetitivas tão facilmente quanto agentes privados que as experimentam regularmente. Em geral, agentes privados estão mais bem informados sobre sua indústria em particular. (tradução nossa)⁸⁶

De fato, a participação privada na reparação de danos por cartel depende especialmente dos incentivos que a legislação oferece às partes, e, em observação inicial sobre a jurisdição americana, vê-se claramente esse favorecimento ao particular, facilitando, inclusive, o acesso aos processos originados do *enforcement* público.

As empresas concorrentes daquelas envolvidas em um cartel (ou em outra infração concorrencial) geralmente gozam de alguma vantagem inerente ao conhecimento sobre o mercado em que atuam, em contraste com os reguladores públicos, ante a natural assimetria de informação destas partes. Os concorrentes naturalmente estariam em uma posição superior do que aquela detida pelo poder público, seja para estimar os benefícios e custos de suas próprias atividades, seja para fazê-lo em relação aos seus concorrentes mais próximos.

Na mesma medida, para que o poder público possa obter informações comparáveis àquelas detidas pelos *players* em determinado mercado, muitas vezes se faz necessária a observação contínua do comportamento das partes, a realização de ações de busca e apreensão

86 MCAFEE et. al., Op. Cit, p. 1864. Do original: “Private enforcers have greater incentive to take enforcement action than public enforcers, which may benefit society through additional deterrence. But this is a double-edged sword. Private enforcers also have greater incentive to use the antitrust laws strategically, that is, to use the laws to win in the courts what they were unable to win in honest competition with their rivals. For example, firms may use the antitrust laws to prevent large potential competitors from entering their market, (...) Firms can also use the antitrust laws to prevent their rivals from competing vigorously, extort funds from successful rivals, improve contractual conditions, enforce tacit collusive agreements, respond to existing suits, and prevent hostile takeovers. These strategic uses of the antitrust laws (which often have little to do with promoting efficiency) are explained and documented with many recent U.S. antitrust cases (...). However, private enforcers also have other advantages over public enforcers. Their costs of detecting possible violations and gathering initial evidence are lower. Public enforcers regulate a vast array of industries, and therefore cannot detect anticompetitive practices as easily as private enforcers who experience these practices on a regular basis. In general, private enforcers are better informed about their particular industry”.

ou ainda a obtenção de informações advindas de TCCs ou acordos de leniência, representando, portanto, uma ineficiência, quando não uma impossibilidade prática.

Nessa toada, é possível observar que, na jurisdição norte-americana, os concorrentes das empresas envolvidas nos ilícitos concorrenciais são litigantes ideais em termos de capacidade de litígio, porque provavelmente terão a habilidade, o conhecimento do mercado e da forma de atuação anticoncorrencial, além da motivação econômica – e em termos de estratégia de negócios – para buscar a responsabilidade civil por danos advindos de cartel.

Tendo em vista a existência de um *tradeoff*⁸⁷ diante do fato de que as empresas atuantes em determinado mercado estão mais propensas do que a autoridade antitruste a se informarem sobre os ilícitos anticompetitivos, mas também têm maior probabilidade de usar estrategicamente as leis antitruste, inclusive em detrimento dos consumidores, há que se sopesar o grau de incentivos à aplicação privada da lei concorrencial.

Neste sentido, R.P. McAfee, H.M. Mialon, and S.H. Mialon⁸⁸ apontam:

Adicionar a execução privada à execução pública é sempre socialmente benéfico se o tribunal for suficientemente preciso, ou seja, provavelmente decidir em favor do réu quando o réu for inocente e contra o réu quando o réu for culpado. Nesse caso, as empresas nunca abusariam estrategicamente das leis, processando apenas quando seus concorrentes cometeram uma infração antitruste, para que o *enforcement* possa servir apenas para combater danos antitruste. Porém, se o tribunal for menos preciso, a adição da atuação privada só será benéfica se os custos de litígio do governo, que dependem de sua eficiência, forem suficientemente altos. Nesse caso, as empresas sempre processam quando seus rivais atuam no mercado de forma eficiente, preferindo arriscar-se com os tribunais do que sofrer uma certa perda de participação de mercado. (tradução nossa)⁸⁹

87 O termo *trade-off*, do inglês, pode ser traduzido como troca, mas expressa uma escolha entre dois ou mais fatores, com balanceamento de ganhos e perdas entre eles. Ao escolher um, há naturalmente uma diminuição dos benefícios do outro fator.

88 MCAFEE et. al, Op. Cit, p. 1864. Do original: “The model is solved for its equilibrium outcomes under different enforcement mechanisms (including pure private, pure public, and public combined with private enforcement), which are then compared in terms of social welfare.”, p. 1864.

89 MCAFEE et. al, Op. Cit, p. 1864. Do original: “Adding private enforcement to public enforcement is always socially beneficial if the court is sufficiently accurate, i.e., likely to rule in favor of the defendant when the defendant is innocent and against the defendant when the defendant is guilty. In this case, firms never strategically abuse the laws, only suing when their competitors have committed an antitrust infraction, so that private enforcement only serves to counter antitrust harm. But if the court is less accurate, adding private enforcement is beneficial only if the government's litigation costs, which depend on its efficiency, are sufficiently high. In this case, firms always sue when their rivals take efficient actions, preferring to take a chance with the courts than suffer a certain loss in market share.”

Desta forma, é possível perceber que os benefícios para a sociedade, advindos do ajuizamento de ações privadas, se observam na proporção dos custos de litígio do governo e se as ações privadas legítimas superarem as ações estratégicas.

É possível afirmar ainda que a racionalidade da proposição privada na jurisdição norte-americana se expande para além da simples responsabilização civil de uma empresa, se justificando até para fins de posicionamento no mercado e estratégia de negócios. Feitas as considerações iniciais sobre o tema, é necessário detalhar as características e particularidades das ARDCs nos EUA.

6.1.1 AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS POR CARTEL E A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DO TRIPLO DO PREJUÍZO CONCORRENCIAL

A legislação norte-americana tem uma particularidade no que diz respeito à valoração da responsabilidade civil advinda de prejuízos de cartel, corporificada na viabilização de condenação ao pagamento de valor equivalente ao triplo dos prejuízos sofridos por aqueles que enfrentaram o ilícito concorrencial, chamados de *treble damages*.

O pagamento triplicado está previsto pelo § 4º do *Clayton Act*, cujo teor explicita que “qualquer pessoa que tenha sofrido danos em seus negócios ou propriedade em razão de qualquer prática proibida pela legislação antitruste pode ajuizar ação (...) e deve ser restituída pelo triplo dos prejuízos sofridos, além dos custos do processo, incluindo honorários de advogado” (tradução nossa)⁹⁰.

Esta é uma das características capazes de explicar o alto número de ações de reparação de danos por cartel e também de outros ilícitos anticoncorrenciais perante a jurisdição norte-americana.

Sobre o assunto, Caselta expõe:

Para compreender a aplicação dos '*treble damages*', convém esclarecer que no direito norte-americano, ao contrário do que se passa no direito brasileiro, a imposição de condenações no âmbito civil em montante superior aos danos sofridos não é incomum. Em matéria de '*torts*', deve-se mencionar a aplicação nos Estados Unidos dos chamados '*punitive damages*', os quais representam uma condenação, em âmbito civil, aplicada aos autores de determinadas práticas ilícitas consideradas graves, com o intuito de punir e desestimular o ofensor (e outras pessoas) a cometer novas infrações no futuro.⁹¹

Desta forma, para entender a aplicação dos danos triplicados, deve-se ter em conta a teoria dos "*punitive damages*". Tal penalidade está relacionada a um pagamento além do que seria devido pelo prejuízo causado, de forma a desestimular o ofensor a não reincidir na ação que provocou o dano.

90 Adaptação do trecho: “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 (...) and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee”.

91 CASELTA, Op. Cit, p. 61.

Rosenvald, ao esclarecer o sistema dos *punitive damages*, faz uma breve narrativa do filme “O homem que fazia chover”, em que um advogado novato luta contra um gigante da área de seguros para receber auxílio médico para um segurado acometido de leucemia e que necessitava urgentemente de um transplante de medula. Ao final, ante o prolongamento do litígio, o doente definha e acaba por falecer, muito embora o seu advogado ganhe a causa posteriormente, com punição exemplar para a seguradora. Para ele, o filme evidenciaria os *punitive damages*, nos moldes seguintes:

Prefacialmente, revela a crítica à ambivalência do termo *damages*, que ao mesmo tempo serve para designar os *prejuízos* e os *remédios*. E é justamente sobre um remédio, qual seja, de uma sanção civil, que se discute quando fazemos menção aos danos punitivos do direito norte-americano, que não se qualificam como prejuízos sofridos pela vítima do ilícito, mas que revelam posto endereçados ao agente com o escopo de punir a sua conduta reprovável. (...) Os *punitive damages* são concedidos para punir a malícia ou uma conduta arbitrária. A finalidade do remédio é deter o ofensor, evitando a reiteração de condutas similares no futuro, bem como desestimular outros a se engajar desta maneira.⁹²

Deve-se considerar ainda que a legislação norte-americana também prevê outras categorias de imputação aos atos danosos, intituladas como *actual damages*, *nominal damage*, *general damage* e o *direct damage*. No entanto, atribui-se aos *punitive damages* as finalidades de punição (*punishment*) e desestímulo (*deterrence*), vistas também como objetivos de uma política antitruste eficaz, alçando-os a remédio mais indicado para a repressão e compensação ao ilícito concorrencial.

Importante estabelecer uma distinção clara entre os danos punitivos (ou condenação punitiva) e os danos compensatórios, estes últimos mais compreendidos no nosso sistema jurídico, porquanto previstos ordinariamente para reparação de danos civis. Para tanto, é didática a explicação formulada pelo professor Rosenvald, no seguinte sentido:

São três os critérios fundamentais para a distinção entre os *punitive damages* e os *compensatory damages*: (1) finalidade – os danos compensatórios se inspiram na necessidade de reprimir a perda súbita sofrida pela vítima (*loss-oriented*), enquanto os *punitive damages* enfatizam a finalidade inibitória (*wrong oriented*); (2) individualização do sujeito a que se aplica o remédio – enquanto os danos compensatórios focalizam a figura da vítima (*victim-oriented*), os danos punitivos concentram sua atenção na figura do autor do *tort* e sobre a sua conduta ilícita (*society-oriented*); (3) a diferença de perspectivas – os *compensatory damages* são retrospectivos, pois focam os danos já suportados pela vítima, com exceção dos futuros prejuízos do ato ilícito, que poderão ser compensados no futuro; enquanto nos danos punitivos

⁹² ROSENVALD, Op. Cit, p. 141.

esta perspectiva possui amplitude maior, pois eles tendem a inibir o ofensor da prática daquela conduta ilícita. Pode-se afirmar que os *compensatory damages* são retrospectivos, visando colocar a vítima onde estaria se não houvesse ocorrido o ilícito, enquanto os *punitive damages* são prospectivos, punindo e desestimulando o ofensor.⁹³

Percebe-se, portanto, que a ARDC norte-americana, ao prever *treble damages* para as ações concorrenciais, institui um sistema de natureza dúplice do ponto de vista da responsabilidade, compensatório e punitivo, com maiores chances de se alcançar os objetivos sociais e individuais inerentes à política antitruste que o fundamenta, reforçando as facetas de prevenção geral e específica. Por certo, a dissuasão resultante desse mecanismo de reparação em triplo tende a produzir fatores de persuasão contra a prática lesiva mais elevados, na medida em que o causador do dano terá especial desestímulo à cometer novas infrações (prevenção especial) e outros agentes de mercado também serão desencorajados a agir dessa forma (prevenção geral).

Especificamente sobre os “*punitive damages*” relacionados à matéria antitruste, merece menção a literatura produzida por Malcolm E. Wheeler, o qual reconhece na penalidade pecuniária e nas demais circunstâncias relacionadas à ação privada um fator dissuasório potencialmente substancial, como se vê abaixo:

Afora as penas criminais, o custo potencial mais óbvio proveniente de uma violação antitruste é a ameaça de ter que pagar danos triplicados. Uma violação antitruste prolongada em um mercado nacional pode custar às vítimas milhões de dólares. Se três vezes mais essa quantia fosse conferida a título de danos em uma ação privada, os réus poderiam ser conduzidos à falência. Outros custos potenciais incluem o fardo de litigar – por exemplo, honorários advocatícios e tempo gasto por empregados em testemunhos – constrangimento devido à exposição pública, perda de negócios, atrasos em transações de capital, perda de influência em negócios comunitários, ou perda de empregos. Portanto, mesmo que a quantia avaliada como dano ou paga como acordo fosse trivial, as circunstâncias presentes no processo conducentes a tal pagamento poderiam representar uma força dissuasória substancial. (tradução nossa)⁹⁴

⁹³ Ibid, p. 145.

⁹⁴ WHEELER, Malcolm E. Antitrust Treble-Damage Actions: Do They Work? *California Law Review*. Vol. 61, dezembro de 1973, n. 6. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2567&context=californialawreview>. Acesso em 20 de outubro de 2019. Do original: “Criminal penalties aside, the most obvious potential cost arising from an antitrust violation is the threat of having to pay treble damages. A prolonged antitrust violation in a national market may cost its victims millions of dollars. If three times that amount were awarded as damages in a private action, the defendants could be driven into bankruptcy. Other potential costs include burdens of litigation—for example, attorneys' fees and time spent by employees in depositions—embarrassment due to public exposure, loss of business, delays in capital transactions, loss of influence in the business community, or loss of a job. Thus,

Não obstante, ao ponderar sobre a magnitude desses danos em triplo, o autor questiona se essa aplicação é realmente eficiente para o combate aos cartéis, ao apontar:

A complexidade das leis antitruste criou problemas substanciais para a aplicação/persecução antitruste. As penalidades criminais foram criticadas como injustas e raramente foram empregadas. Por outro lado, processos civis têm sido inadequados em parte porque a lei substantiva exige grandes quantidades de evidências circunstanciais para provar a responsabilidade, causalidade e danos. A persecução antitruste mais eficaz e a compensação por violações antitruste podem, portanto, permanecer ilusórias até que advogados, juízes e economistas consigam esclarecer as questões substantivas. Até então, a persecução e a compensação antitruste só podem ser melhoradas com o reconhecimento franco das fraquezas do atual sistema de *enforcement*. Existem muitos, mas os principais incluem uma aparente falha em reconhecer que os indivíduos devem ser estimulados a buscar ressarcimento, em vez das corporações, propensas a eventualmente buscar a criação de lucros ou o aumento de participação de mercado. A eliminação das fraquezas do *enforcement* na área antitruste ensejaria até mesmo a abolição das ações para danos triplos (...) embora existam desvantagens substanciais, algumas das atuais desigualdades e ineficiências seriam eliminadas. **Em suma, sugeri que o atual esquema de responsabilização antitruste serve a objetivos reconhecidamente desejáveis de compensação e dissuasão.** (grifo nosso, tradução nossa)⁹⁵

Considerando que o trecho acima foi escrito na década de 1970 e que desde então a prática das ações por reparação de danos amadureceram e ganharam cada vez mais volume, e que não foram identificados os efeitos maléficos por ele suscitados, como a falência das empresas transgressoras, é possível observar que suas preocupações não ecoaram de forma a

even if the sum assessed as damages or paid in settlement were trivial, the circumstances attending the process leading to such a payment could comprise a substantial deterrent force.” (p. 1321).

95 Ibid, p. 1352. Do original: “The complexity of the antitrust laws has created substantial problems for antitrust enforcement. Criminal penalties have been criticized as unfair and have been rarely employed. On the other hand, civil suits have been inadequate in part because the substantive law necessitates vast amounts of circumstantial evidence to prove liability, causation and damages. More effective antitrust enforcement and compensation for antitrust violations may therefore remain elusive until lawyers, judges, and economists manage to clarify the substantive law so that a businessman can understand it and most injured plaintiffs can successfully employ it. Until then, antitrust enforcement and compensation can be improved only by candidly recognizing the weaknesses of the present enforcement system. There are many, but the major ones include an apparent failure to recognize that individuals rather than corporations are deterred, infrequent compensation for those injured and a substantial propensity to create windfalls. While some of the lesser weaknesses of our current antitrust system—for example, some of the unnecessary barriers to plaintiffs’ recovery—can be eliminated by the courts, the major ones require assistance from Congress. I have suggested, for example, that the courts should be empowered to require individual defendants to pay some portion of damages awarded against their corporations when responsibility for the violations rests with those individuals; and Richard Posner has suggested that the Department of Justice should be permitted to preempt private actions and sue for all damages resulting from a particular violation. Finally, even abolition of actions for treble damages should be considered as an alternative to the present system. Although there would be substantial drawbacks, some of the present inequities and inefficiencies would be eliminated. In sum, I have suggested that for too long lawyers and judges have uncritically assumed that the present antitrust enforcement scheme serves the admittedly desirable goals of compensation and deterrence. My purpose has been to begin an appraisal of that proposition.”

fazer diminuir a utilização das ARDCs nos EUA. Entretanto, não é por isso que a crítica relacionada aos incentivos legais e econômicos para a proposição deste tipo de ação não mereça ser objeto de reflexão.

A regra do pagamento triplicado no direito antitruste também foi objeto de críticas por parte da literatura jurídica norte americana, sob o argumento de que criaria injustiças e ineficiências, ensejando inclusive a superestimação da prática das atividades finalísticas objeto do mercado⁹⁶.

Por outro lado, os que sustentam a razoabilidade da medida, o fazem com base na importância da aplicação da penalidade como instrumento para desestimular a ocorrência dos ilícitos.

Independentemente do juízo de valor que se faça sobre a pena prevista no ordenamento jurídico norte-americano, é importante ter em conta que se trata de uma regra já sedimentada na prática jurídica daquele país e que aparentemente demonstra ser eficiente ao que se propõe.

Apenas para se ter uma ideia da dimensão do *enforcement* privado naquela jurisdição, um estudo feito por Robert H. Lande e Joshua P. Davis demonstrou o que segue, segundo compilação trazida por Crane:

Eles concluíram que **a litigância privada antitruste ‘compensa muito significativamente as vítimas de comportamentos ilegais corporativos e é quase sempre o único caminho que essas vítimas podem receber reparação’**. Alguém pode questionar o quanto de compensação às vítimas efetivamente ocorreu. Os quarenta casos resultaram em recuperações de US \$ 18.000 a US \$ 19.639 bilhões em dinheiro, a depender de exatamente como foram feitos os cálculos. Do total de ‘US \$ 12.088 a US \$ 12.438 bilhões, em trinta e dois casos, foram recuperados por compradores diretos; US\$ 1.815 bilhões, em seis casos, foram recuperados por compradores indiretos; e US\$ 4.028 bilhões a US\$ 4.311 bilhões, em seis casos, foram recuperados por concorrentes.(grifo nosso, tradução nossa)⁹⁷

⁹⁶ SUNSTEIN, Cass R.; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law). *The Yale Law Journal*, v. 107, n. 7, p. 2071-2153, 1998. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/797417>. Acesso em 21 de Outubro de 2019.

⁹⁷ CRANE, Op. Cit, p. 683. Do original: “They concluded that private antitrust litigation ‘very significantly compensates victims of ilegal corporate behavior and is almost always the only way these victims can receive redress.’ One may question how much compensation of injured victims actually occurred. The forty cases resulted in the recovery of \$18.006 to \$19.639 billion in cash, depending on exactly how one did the calculations. Of the total ‘\$12.088 to \$13.438 billion, in thirty-two cases, was recovered by direct purchasers; \$1.815 billion, in six cases, was recovered by indirect purchasers; and \$4.028 to \$4.311, in six cases, was recovered by competitors”.

Diante desse quadro acima exposto, em que os EUA têm 90% de seu *enforcement* antitruste desempenhado por particulares e com resultados da magnitude da ordem de bilhões de dólares, parece fazer sentido a previsão dos danos punitivos como instrumento complementar de dissuasão às práticas anticompetitivas.

Decerto que a regra do *treble damages* não pode ser considerada por si só um fator isolado para o êxito das ações reparatórias naquela jurisdição, pois aliados a esse nítido incentivo introduzido pela possibilidade de danos triplicados, as partes lesadas também gozam de outros direitos significativos, a exemplo do direito de revelação documental e da regra que isenta as partes do pagamento dos honorários advocatícios. Sobre a importância dessas normas em prol das ações reparatórias privadas, nos revela Niamh Dunne:

O arcabouço para persecução antitruste privada nos Estados Unidos é particularmente amigável aos demandantes; isso inclui o uso de julgamentos por jurís, generosas regras de revelação documental; a possibilidade de se optar por não fazer parte de uma ação coletiva; danos triplicados e taxa advocatícias à cargo do demandado.⁹⁸

Essas e outras características do sistema norte-americano também nos são expostas por Alison Jones:

O papel significativo desempenhado pelas ações privadas na lei antitruste dos Estados Unidos resultou de uma combinação de diferentes medidas individuais do sistema norte-americano que tem se desenvolvido sequencialmente e amadurecido com o tempo. Um primeiro ponto de central importância é que o Clayton Act encoraja a persecução privada das leis antitruste fornecendo: danos triplicados para aqueles lesados por razão de algo proibido na lei antitruste; medidas cautelares contra ameaça de perdas ou danos por uma violação; o uso de julgamentos ocorridos contra o demandado serem utilizados como evidência pré-constituída contra este mesmo demandado; prescrição clara; e, recuperação dos custos nas ações exitosas, incluindo os honorários advocatícios razoáveis, ao contrario da legislação

⁹⁸DUNNE, Niamh. The role of private enforcement within EU Competition Law. **Cambridge Yearbook of European Legal Studies**, v. 16, p. 143-187, 2014. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-yearbook-of-european-legal-studies/article/role-of-private-enforcement-within-eu-competition-law/57F7E18DF12B08046B08001C0783DDB2>. Acesso em 25 de novembro de 2019. Tradução do original: “The framework for private antitrust enforcement within the US is particularly plaintiff-friendly; this includes use of jury trials, generous Discovery rules, the availability of opt-out class actions, treble damages and one-way fee-shifting. Yet trenchant criticisms of the inefficiencies of the US approach have been advanced—sceptics include the European Parliament—, while the negative impact that suspicion regarding the excesses of private enforcement has had on the development of the substantive US antitrust rules is well recognised, an issue considered below. In crafting its final legislative proposals, the Commission thus deliberately aimed to develop a ‘genuinely European approach,’ abandoning some of the more far-reaching ‘American’-style procedural devices—such as multiple damages or class actions—considered in its initial consultation” (p. 144).

ordinária no país de que cada parte deve suportar os ônus com advogados e custos processuais.⁹⁹

Relevante perceber que algumas regras de incentivo às demandas reparatorias concorrenciais semelhantes àquelas previstas nos Estados Unidos estão com a possibilidade de serem introduzidas no sistema brasileiro, por meio do Projeto de Lei nº 11.275/2018 em tramitação na Câmara dos Deputados, mas já aprovado no Senado Federal, pontos esses referenciados mais a frente neste trabalho.

6.1.2 RELAÇÃO ENTRE AS AÇÕES INDENIZATÓRIAS E O PROGRAMA DE LENIÊNCIA

A relação entre as ações indenizatórias e a celebração de acordos de leniência constitui um ponto de tensão entre a persecução privada e a persecução pública, na medida em que a habilitação perante a autoridade concursal para firmar um acordo de leniência, reconhecendo a participação em um cartel, gera para esse agente econômico o risco de ser posteriormente demandado e condenado em uma ação de reparação de danos movida pelas vítimas do cartel, cuja mobilização pode vir a ocorrer sobretudo a partir de documentos por ele produzidos.

Sobre esse aspecto, Caselta observa que

há um debate na doutrina estrangeira sobre a necessidade e conveniência de previsão de mecanismos que atenuem os efeitos da responsabilidade civil [...] **a confissão da conduta anticompetitiva tende a deixar os signatários do acordo de leniência mais expostos às ações de indenização.** Por tal razão, as ações de indenização podem em tese resultar em desestímulo à celebração de acordos de leniência, prejudicando a efetividade desse instrumento de detecção de cartéis e outras infrações. (grifos nossos)¹⁰⁰

⁹⁹JONES, Alison. Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and lessons from, the US. *Transnational Law Institute Journal*, Paper 10/2016. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract-2715796>. Acesso em 21 de outubro de 2019. Do original: “The significant role played by private actions in US Antitrust law has resulted from a combination of different individual features of the US system which have developed sequentially and matured over time. A first point of central importance is that the Clayton Act itself encourages private enforcement of the antitrust laws by providing, for: treble damages for those injured by reason of anything forbidden in the antitrust laws; injunctive relief against threatened loss or damage by a violation; the use of judgments entered against the defendant as *prima facie* evidence against that defendant; clear limitation periods; and successful plaintiffs (claimants) to recover costs, including reasonable attorney’s fees, contrary to the ordinary rule in the US that each party bears its own attorney fees and costs” (n. p).

¹⁰⁰CASELTA, Op. Cit, p. 64.

Portanto, é preciso balancear os incentivos para a continuidade dos programas de leniência (*public enforcement*), com a previsão de benefícios para o signatário da leniência em contraste com os demais participantes da conduta infrativa, sem que estes benefícios produzam, ao mesmo tempo, o efeito desencorajador do ingresso de ações reparatorias pelos afetados por uma conduta anticompetitiva (*private enforcement*), sob pena de se privilegiar um mecanismo de aplicação e persecução da lei em detrimento do outro, gerando um vácuo de efetividade em um deles.

Deve-se ter em mente, outrossim, que os programas de leniência se prestam a fornecer informações e documentos à autoridade concorrencial para que ela possa conhecer, investigar e posteriormente punir condutas colusivas adotadas por agentes econômicos de determinado setor, aumentando-se, com isso, a prevenção geral. A previsão de programas dessa natureza não pode, de outro turno, inviabilizar o direito de compensação das vítimas, sob pena de se diminuir a prevenção especial.

Em outras palavras, o nível de prevenção ótimo será atingido a partir de um misto de atuações públicas e privadas, cujo somatório de resultados alcancem um patamar de prevenção geral e de prevenção especial superiores àqueles que seriam experimentados caso apenas um sistema de persecução fosse implementado ou estimulado.

Em consonância com esse racional, a legislação norte-americana criou uma exceção à aplicação da pena triplicada (*detrebling*), precisamente por meio da celebração do acordo de leniência. Ao firmar este tipo de ajuste, o membro do cartel passa a se responsabilizar tão somente pelo pagamento da indenização no montante do prejuízo causado (danos simples, e não triplicados), em decorrência dos produtos e serviços por ele oferecidos¹⁰¹. Desse modo, além de restarem afastados os *punitive damages*, também não haverá a possibilidade de responsabilização solidária deste beneficiário da leniência com os demais membros do cartel pelo dano geral por eles causado.

Nesse sentido, observam Paolo Buccirossi e outros:

Em ordem a reduzir o risco de efetividade, de os programas de leniência dos Estados Unidos serem enfraquecidos, o Congresso norte-americano editou a lei de aumento e reforma da penalidade criminal antitruste (ACPERA) em

¹⁰¹ Conforme previsão do parágrafo 213 (a) do “*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*”, disponível em <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-118/pdf/STATUTE-118-Pg661.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2019.

2004. **A ACPERA elimina os danos em triplo e a responsabilidade solidária para o beneficiário da anistia**, que também tem o dever de cooperar com os demandantes em uma ação civil. Assim, **a parte colaboradora (leniente) somente está exposta a danos simples (*detrebling*)**, enquanto os outros infratores terão que cobrir os danos adicionais. (grifos nossos, tradução nossa)¹⁰²

Claramente buscando trazer incentivos para que o programa de leniência seja eficiente e atrativo, a especificidade da legislação norte-americana tenta criar uma forma de limitação de responsabilidade das empresas lenientes, como ocorre em outros países, sob a percepção de que a previsão dos *treble damages* tem um forte caráter indutor de observância da lei e, ao mesmo tempo, a sua inaplicabilidade ao signatário da leniência (*detrebling*) cria uma verdadeira corrida pela celebração deste tipo de acordo, quando já cometida a prática infrativa.

¹⁰² BUCCIROSSI, Paolo; MARVÃO, Catarina; SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and Damages. **SSRN**, novembro de 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2566774 Acesso em 03 de dezembro de 2019. Texto original: “In order to reduce the risk of the effectiveness of the US LPs being undermined, the US Congress enacted the Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act (ACPORA) in 2004. ACPORA eliminates treble damages and joint liability for the amnesty recipient, who also has a duty to cooperate with the claimants in the civil action. Hence, the cooperating party is only exposed to single damages (*detrebling*), while the other conspirators will cover the additional damages” (p. 3).

6.1.3 A COMPROVAÇÃO DO “DANO CONCORRENCIAL” (“ANTITRUST INJURY”)

A formação jurisprudencial norte-americana estabeleceu limites à aplicação dos danos triplicados, exigindo a comprovação, por parte do proponente da demanda, da existência de prejuízos advindos da prática antitruste, o que se convencionou denominar de “dano concorrencial” (*antitrust injury*).

Cumprido estabelecer que esta exigência se mostrou aplicável inclusive em casos de ilícitos antitruste por objeto, o que significa atribuir ao autor da demanda a demonstração de que a prática combatida se enquadra nas situações descritas pela lei concorrencial como ilícito e que a lesão sofrida decorre dessa ação e de sua ilicitude, não bastando um mero prejuízo ao autor causado pelo concorrente, pois a concorrência no mérito deve ser um valor a ser garantido e estimulado.

Sobre o tema, Jarod Bona explica a temática afeita à jurisprudência dos EUA:

Para provar uma lesão antitruste, o autor deve satisfazer um teste de duas vertentes: (i) a lesão é do tipo que as leis antitruste pretendiam impedir e (ii) a lesão flui daquilo que torna a conduta do réu ilegal. Isso significa que não há lesão antitruste quando a conduta alegada aumenta a concorrência, mesmo que prejudique o autor e mesmo que seja ilegal. [...] Além disso, observe que os tribunais têm usado o termo "lesão antitruste" para cobrir dois conceitos diferentes. O primeiro é o conceito mais restrito, o que significa que o demandante deve mostrar que seu próprio prejuízo é do tipo que as leis antitruste deveriam corrigir. O segundo é o conceito de mérito mais amplo, o que significa que o requerente também deve mostrar prejuízo real ao mercado como um todo, de um tipo que as leis antitruste deveriam impedir.¹⁰³

Deste modo, vê-se que a demonstração tanto do dano quanto do nexo de causalidade entre o dano e a prática do ilícito antitruste são imprescindíveis para a responsabilização reparatória por práticas anticompetitivas, segundo a literatura especializada norte-americana.

¹⁰³ BONA, Jarod. The elements of antitrust injury: a two prong test. **Bona Law Business Justice.Com**. Disponível em: <https://www.businessjustice.com/the-elements-of-antitrust-injury-a-two-prong-test.html>. Acesso em 20 de outubro de 2019. Do original: “To prove antitrust injury, a plaintiff must satisfy a two-prong test: (i) the injury is of the type the antitrust laws were intended to prevent and (ii) the injury flows from that which makes the defendant’s conduct unlawful. This means that there is no antitrust injury when the alleged conduct increases competition, even if it injures plaintiff and even if it is unlawful. In addition, please note that courts have been using the term “antitrust injury” to cover two different concepts. The first is the narrower standing concept, which means that the plaintiff must show that its own injury is of a type the antitrust laws were meant to redress. The second is the broader merits concept, which means that the plaintiff must also show actual injury to the market as a whole of a type that the antitrust laws were meant to prevent” (n. p).

Mencionando a jurisprudência que formou o entendimento, Jeffrey L. Harrison¹⁰⁴ explica:

Nos Estados Unidos, duas doutrinas determinam a elegibilidade – dano concorrencial (*antitrust injury*) e o comportamento anticompetitivo (*antitrust standing*). Um dano concorrencial é o tipo de lesão que as leis antitruste foram projetadas para evitar. Esta limitação resulta da exigência legal de que a indenização apenas seja concedida àqueles lesados por conta de atividades proibidas pelas leis antitruste. Um bom exemplo do assunto é encontrado no caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat*. Nesse caso, o autor, um operador de pistas de boliche contestou o ato de concentração que envolvia a aquisição de um ativo (pista de boliche) de uma empresa concorrente, argumentando pela ilegalidade da fusão. A Corte Suprema, ao julgar que o demandante não sofreu um dano concorrencial, não decidiu a demanda meritoriamente. Ao invés disso, o demandante foi considerado, de fato, inelegível. (tradução nossa)¹⁰⁵

Do precedente mencionado no trecho supra, extrai-se que o dano concorrencial advindo de condutas lícitas não seria indenizável na jurisdição norte-americana, como no exemplo do ato de concentração das pistas de boliche, em que eventual dano sofrido por determinada parte em consequência de uma fusão considerada legal não é elegível para uma ação reparatória concorrencial.

Buscando caracterizar o dano concorrencial e a sua evolução, William H. Page¹⁰⁶, escreve sobre o assunto:

O Supremo Tribunal não tem sido totalmente consistente na definição da natureza da relação causal que o dano concorrencial exige. Em *McCready (Blue Shield v. McCready, 457 US 465 (1982))*, em particular, a maioria parece ter ficado tão confusa com a complexidade das relações comerciais envolvidas que abandonou a análise fundamentada e concluiu que o dano alegado pelo autor era um dano antitruste porque estava ‘entrelaçado’ com o efeito anticompetitivo da prática. Os casos de lesões antitruste mais recentes do Tribunal, no entanto, mostram uma abordagem mais analítica do problema.

¹⁰⁴ HARRISON, Jeffrey Lynch, *Private Antitrust Enforcement in the United States and the European Union: Standing and Antitrust Injury*. SSRN, 23 de setembro de 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1932741>. Acesso em: 30 de novembro de 2019.

¹⁰⁵ HARRISON, Op. Cit, p. 683. Do original: “In the United States, two doctrines determine eligibility – antitrust injury and antitrust standing. 2 An antitrust injury is the type of injury the antitrust laws are designed to prevent. This limitation results from the statutory requirement that damages only be awarded to those injured “by reason” of activities forbidden by the antitrust laws. A good example illustrating the issue is found in the United States Supreme Court case, *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat*. 3 In that case the plaintiff, an operator of bowling alleys, challenged the acquisition of a competing but failing bowling alley by an upstream supplier arguing that it was an unlawful merger. The Supreme Court, in ruling that the plaintiff had not suffered antitrust injury, did not address the merits of the claim. Instead, the plaintiff was ruled, in effect, “inelegible”” (p. 683)

¹⁰⁶ PAGE, William H. *The Chicago School and the evolution of antitrust: Characterization, antitrust injury, and evidentiary sufficiency*. *Va. L. Rev.*, v. 75, p. 1221, 1989. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1073128?seq=>. Acesso em 25 de novembro de 2019.

Eles se concentram nos tipos de efeitos anticoncorrenciais pelos quais a prática foi proibida e perguntam se o tipo de dano alegado pelo autor reflete esses efeitos. (tradução nossa)¹⁰⁷

Deste modo, é possível depreender, das observações apresentadas, que o nexo de causalidade e a comprovação do prejuízo (dano) se formaram na jurisprudência como pontos de extrema importância para o êxito das ações de reparação de danos concorrenciais no judiciário federal norte-americano.

6.1.4 PADRÃO DE PROVA E QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS CONCORRENCIAIS

Provavelmente a prova mais complexa a ser produzida no âmbito de uma ação de indenização por reparação de danos concorrenciais é a própria quantificação dos prejuízos concorrenciais, pois esta mensuração requer comparar fatos ocorridos em uma situação de mercado, na qual o ilícito antitruste foi observado, e uma situação hipotética, que busca caracterizar aquilo que teria se passado naquele determinado mercado caso a infração não tivesse ocorrido, considerada como contrafactual ou *but-for scenario*.

Tendo em vista que a análise criteriosa da mensuração dos danos poderia inviabilizar a propositura de ações de reparação correspondente, a jurisprudência federal norte-americana estabeleceu alguns critérios relativamente mais brandos para assegurar a quantificação de tais prejuízos. Especificando quais são os métodos de quantificação dos danos concorrenciais na jurisprudência norte-americana, Herbert Hovemkamp escreve:

[...] Na lei antitruste dos Estados Unidos, os métodos mais comuns de medição buscam comparar o mercado em que a violação ocorreu com algum mercado alternativo (em espaço, tempo ou produto) que estava livre da violação antitruste. Por exemplo, o método chamado ‘padrão’ (*yardstick method*) compara preços, desempenho ou algum outro índice de dano no mercado que sofreu o ilícito antitruste com a mesma variável em algum mercado alternativo ou ‘padrão’ que se presume ter um desempenho competitivo. Para ilustrar, se os vendedores de bebidas alcoólicas em uma cidade do Texas estão envolvidos na fixação de preços, pode-se medir danos comparando preços nesta cidade durante o período do cartel com preços em uma cidade razoavelmente semelhante onde se presume que a fixação de preços não ocorra. Por outro lado, o método “antes e depois” (*before and after*

¹⁰⁷ Ibid, p. 1270. Do original: “The Supreme Court has not been entirely consistent in defining the nature of the causal relationship antitrust injury requires. In *McCready (Blue Shield v. McCready, 457 US 465 (1982))*, in particular, the majority seems to have been so confused by the complexity of commercial relationships involved that it abandoned reasoned analysis and concluded that the plaintiff’s harm was antitrust injury because it was “inextricably intertwined” with the anticompetitive effect of the offense. The Court’s more recent antitrust injury cases, however, show a more analytical approach to the issue. They focus on the kinds of anticompetitive effects for which the practice was prohibited, and ask whether the type of harm the plaintiff alleges reflects those effects.”

method) analisa exclusivamente o mercado de violações, mas tenta comparar preços, produção ou algum outro índice do período anterior ou posterior ao período de violação (ou de preferência em ambos). Por exemplo, se um cartel formou em 1º de julho de 2007 e se dissolveu em 1º de julho de 2010, é possível comparar preços durante o período do cartel com preços imediatamente antes do cartel se formar ou imediatamente após desmoronar. [...] Ambos os métodos se tornaram tecnicamente bastante exigentes e geralmente requerem o uso de um especialista treinado no uso de estatísticas. Mesmo nas mãos de um especialista qualificado, ambos sofrem severas limitações, dependendo das circunstâncias. Por exemplo, é provável que os mercados de referência, então em comparação no âmbito do judiciário, não tenham a dinâmica, estruturas de custos e salários similares. Como resultado disto, serão necessários ajustes na análise. Além disso, muitas vezes um cartel opera para ‘estabilizar’ os preços sem realmente aumentar os preços vigentes; como resultado, o método antes e depois pode subestimar os danos. Além disso, fatores exógenos como fusões, mudanças na tecnologia ou a saúde geral da economia pode afetar todas essas medidas. [...] Ao longo dos anos, economistas e estatísticos desenvolveram controle de técnicas para lidar com esses problemas, mas ninguém acredita que tais metodologias desenvolvidas fornecem mais do que uma aproximação aproximada da realidade. (tradução nossa)¹⁰⁸

Deste modo, diante da variedade de critérios autorizados pela jurisprudência¹⁰⁹, tem-se que as metodologias de quantificação de danos mais aplicadas se baseiam na análise temporal dos preços dos serviços e produtos envolvidos no cartel ou na comparação com mercados não afetados pelas condutas anticompetitivas.

No que diz respeito ao padrão de prova entendido como *standard* mínimo, como já foi observado anteriormente, a jurisprudência norte-americana exige a comprovação do nexo de causalidade entre o dano e a prática tida por ilícita – assim como ocorre no judiciário brasileiro –, não sendo necessária a demonstração do dano por meio da apresentação de um cenário hipotético no qual não tivesse ocorrido o ilícito antitruste.

Neste cenário, o proponente da ação tem o ônus de provar cada elemento de suas reivindicações por meio de uma preponderância das evidências apresentadas, e a mesma situação ocorre com o representado pelo polo passivo no processo, uma vez que também tem o ônus de provar aquilo que alega em sede de defesa.

¹⁰⁸ HOVENKAMP, Herbert. Quantification of harm in private antitrust actions in the United States. **University of Iowa Legal Studies Research Paper**, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1758751>. Acesso em 8 de novembro de 2019, p. 6.

¹⁰⁹ Há ainda outras metodologias de cálculo de danos, como a *difference-in-differences*, na qual os preços do mercado afetado são comparados com os preços nos mercados escolhidos como referenciais, colhendo-se os preços antes, durante e depois do cartel, buscando diminuir o impacto que variáveis estranhas ao cartel incidentes na formação dos preços.

A substância da prova que as partes devem apresentar nos autos depende da natureza do ilícito antitruste e da extensão do dano, observado tanto no que diz respeito às limitações geográficas do mercado quanto nas restrições referentes aos produtos ou serviços oferecidos.

É possível afirmar ainda que a interpretação jurisprudencial norte-americana sobre a questão apresenta um olhar mais voltado a proibir restrições comerciais que sejam claramente irracionais sob a perspectiva de eficiências e prejuízos.

Para a análise de muitas práticas anticoncorrenciais, a decisão judicial, tanto sobre a legalidade ou não de determinada prática, quanto da mensuração dos danos eventualmente ocasionados, passa por uma avaliação pela “regra da razão”¹¹⁰.

Neste sentido, o proponente da ação teria o ônus inicial de demonstrar a existência de uma prática anticompetitiva e a produção de efeitos adversos e anticoncorrenciais em um produto em um mercado geográfico relevante. Desta forma, o proponente deveria arcar com este ônus probatório, mostrando a eventual existência de efeitos anticoncorrenciais (como por exemplo a redução de produção ou de qualidade dos produtos, bem como o aumento de preços) ou revelando que os representados possuíam “poder de mercado” a ponto de serem capazes de elevar os preços acima do que seria esperado em um contexto de concorrência.

Caso haja esta demonstração inicial, o ônus da prova passa a ser transferido ao réu no processo, que tem então a obrigação de demonstrar que a conduta contestada promoveria um objetivo suficientemente pró-competitivo.

Caso o Réu obtenha êxito nesta comprovação e refutação, o ônus probatório retornaria ao autor da ação, para novamente tentar ostentar um caráter ilícito e irrazoável na referida conduta.

¹¹⁰ Para Forgioni (Op. Cit, p. 171), “pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável (que se subsumiriam, por via de consequência, à regra da proibição per se). A contrário sensu, são permitidas as práticas que não impliquem obstáculo desarrazoado ao livre comércio”.

6.1.5 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA

No que diz respeito à prescrição da pretensão indenizatória, considerando o contexto norte americano, é possível afirmar que as partes legítimas a ajuizar ação de reparação de danos concorrenciais têm o prazo de 4 (quatro) anos para ajuizar as ações indenizatórias, iniciando-se o prazo a partir do momento em que ocorre a infração e os danos concorrenciais são experimentados.

Daniel Caselta explica que há três hipóteses de suspensão de prazo prescricional:

(i) Na pendência de procedimento civil ou criminal movido pelo governo dos Estados Unidos com o objetivo de investigar a prática anticompetitiva em questão, a ação privada poderá ser ajuizada **até um ano após o encerramento da ação movida pelo governo**; (ii) caso o infrator tenha mantido a infração sob sigilo (“*fraudulent concealment*”), o prazo prescricional somente se inicia no momento em que o prejudicado poderia razoavelmente ter tido ciência da infração; e (iii) no caso de **infrações continuadas**, tais como cartel de longa duração, o prazo somente se inicia após a cessação da infração. (grifos nossos)¹¹¹

Sobre a ocultação fraudulenta (“*fraudulent concealment*”), é necessário ter em conta que existem três elementos distintos na doutrina sobre esse ponto: a ocultação deliberada pelo réu; a simples falta de conhecimento pelo autor da existência do ilícito concorrencial; e a probabilidade razoável de que as diligências eventualmente realizadas não poderiam descobrir a existência dos ilícitos anticompetitivos¹¹².

É possível depreender que as possibilidades de alteração ou suspensão da contagem do prazo prescricional – com a exceção da existência de procedimento civil ou criminal – demandariam alguma instrução probatória e discussão de mérito sobre a comprovação de sigilo das infrações e dos seus efeitos, bem como a atuação dos Representados para que este sigilo existisse. A mesma situação é vista no caso das infrações continuadas, sobre as quais, em tese,

¹¹¹ CASELTA, Op. Cit, p. 72.

¹¹² FORDHAM, Law Review. Fraudulent Concealment as Tolling the Antitrust Statute of Limitations, 36 **Fordham L. Rev.**, v. 328, 1967. Disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol36/iss2/6> Acesso em: 30 de novembro de 2019.

poderiam ocorrer conflitos de teses e narrativas no que diz respeito ao tempo de ocorrência das infrações.

Outro aspecto interessante na legislação norte-americana é o de que a existência de investigação pública interrompe os prazos prescricionais durante a sua vigência e, após isso, o prazo é restabelecido em apenas um ano, sob a presunção de que a conduta já foi devidamente comprovada, avaliada em seus efeitos e extensão, sendo tal prazo mais do que suficiente para as vítimas terem ciência do ilícito e coletarem as provas de sua lesão específica.

6.1.6 PASS ON DEFENCE E LEGITIMIDADE DOS AUTORES DAS AÇÕES DE REPARAÇÃO

A jurisprudência norte-americana levanta duas questões fundamentais sobre as ações de reparação de danos concorrenciais, atinentes a quem deve ter legitimidade para ajuizar ações desta natureza e ao nível de relação com o causador do dano exigível para que se possa ajuizar ação reparatória.

Em linhas gerais, a jurisprudência dos EUA assume a hipótese de que um produtor que adquire, a preços de cartel, determinado produto ou serviço que seja considerado insumo, tem a tendência de repassar este sobrepreço decorrente do cartel aos consumidores dos seus próprios produtos finais. Este repasse de eventual majoração artificial/colusiva dos preços de um produto intermediário na cadeia produtiva para o segmento à jusante é conhecido como *pass-on effect*, assumindo essa argumentação, quando apresentada a título de defesa do réu (cartelista), a denominação de *pass-on defence*.

A discussão principal reside na possibilidade e probabilidade de repasse, por empresas prejudicadas pelo cartel, de parte ou da totalidade do aumento de custos advindos da prática anticompetitiva para seus próprios clientes, aumentando os preços dos produtos para a cadeia à jusante.

Se considerarmos o julgamento do caso *Hanover Shoe*¹¹³, o qual confirma a legitimidade para reivindicar indenização pelos danos econômicos em face dos membros do cartel, a

¹¹³ Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp. 392 U.S. 481 (1968).

jurisprudência norte-americana favoreceu a busca por indenização pelos aludidos compradores diretos, mesmo na condição de agentes econômicos intermediários.

Na decisão desse caso, a Suprema Corte decidiu, em linhas gerais, que aquele que tenha adquirido um produto com sobrepreço teria direito a ser indenizado pela totalidade do sobrepreço pago, independentemente de ter repassado ou não parcela do prejuízo para os consumidores dos seus produtos. Deste modo, fica claro o entendimento pela legitimidade ativa dos compradores diretos no que diz respeito ao ajuizamento das ações de reparação.

Sobre a decisão, Daniel Caselta¹¹⁴ explica que “o fundamento para a solução adotada foi pragmático [...], a Suprema Corte entendeu que o acolhimento da ‘*pass-on defence*’ prejudicaria a política de prevenção de infrações concorrenciais, por tornar demasiadamente complexa a prova da ocorrência do dano”. Neste sentido, o julgamento do Tribunal foi baseado na consideração de que os compradores indiretos tendem a ser amplamente dispersos, e, portanto, apresentando pretensões fracas para gerar uma grande demanda por si só.

Ao rejeitar a dedução dos danos considerando os eventuais benefícios que as empresas intermediárias obtiveram com o aumento de seus próprios preços, a Suprema Corte buscou facilitar a instrução probatória destes tipos de ação reparatória e evitar a multiplicidade de indenizações e a sobreposição de ações.

Uma segunda construção jurisprudencial sobre o tema da legitimidade e do *pass-on defence* é o caso *Illinois Brick*¹¹⁵, no qual se decidiu que os compradores indiretos dos produtos objeto do cartel – caracterizados como aqueles que estavam na cadeia produtiva do mercado, mas não transacionavam diretamente com os membros do cartel – não teriam direito à indenização.

Desta forma, os tribunais passaram a exigir que o prejudicado pelo ilícito anticompetitivo, caso tenha interesse em ajuizar ação reparatória para ser considerado parte legítima no processo judicial, deve ter uma relação próxima da infração, devendo ser o comprador direto dos produtos ou serviços que foram objeto de cartel.

Sobre o assunto, Martin Hellwig traz importante contribuição:

¹¹⁴ CASELTA, Op. Cit, p. 68.

¹¹⁵ *Illinois Brick Co. et al. v. Illinois et al.* 431 U.S. 720 (1977).

A rejeição da *pass-on defence* pela Suprema Corte é baseada em considerações de incentivo. O Tribunal considera que, se os infratores da concorrência se eximirem das responsabilidades advindas das ações reparatórias com facilidade, a perspectiva de responsabilidade por danos privados pode não oferecer incentivos suficientes para incentivar os participantes a se absterem de fixar ilegalmente os preços. [...] Os adeptos da *pass-on defence* argumentam que esse princípio é violado se o comprador pode reivindicar o valor pelo qual ele foi cobrado em excesso, sem deduções pelas receitas extras que ele obtinha de seus próprios clientes, aumentando os preços que estava cobrando. A *pass-on defence* é apresentada como uma aplicação do princípio geral de que os danos devem ser avaliados sem quaisquer benefícios que a vítima da violação tenha obtido do evento. (tradução nossa)¹¹⁶

Com esta rejeição, a decisão se ancorou principalmente na acepção do argumento de que se o *pass-on defence* não foi acolhido como matéria de defesa dos cartelistas, também não poderia ser utilizado em favorecimento daqueles que buscam as reparações por danos de cartel.

É necessário ter em conta ainda que este entendimento da Suprema Corte dos EUA não está imune às críticas. Além de não compreender a dimensão dos lucros perdidos, das perdas reais dos compradores diretos dos produtos e serviços envolvidos na prática cartelista ou da eventual redução da demanda, por conta de eventual repasse de aumento de preços, a jurisprudência enseja a discussão também sobre o nexo de causalidade a ser utilizado na avaliação sobre quais danos poderiam ser atribuídos ao cartel.

Neste mesmo sentido, Daniel Caselta alerta que

A regra estabelecida nos precedentes *Hanover Shoe* e *Illinois Brick* é bastante criticada, por conferir a totalidade da indenização aos agentes que têm condições de repassar parcela ou até mesmo a integralidade do sobrepreço aos compradores dos seus produtos, e por deixar sem indenização os consumidores finais, que em muitos casos, absorvem a maior parte ou a totalidade do sobrepreço¹¹⁷.

¹¹⁶ HELLOWIG, Martin F., Private Damage Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases: An Economist's Perspective (September 2006). **MPI Collective Goods Preprint No. 2006/22**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=936153>. Do original: "The Supreme Court's rejection of the passing-on defense is based on incentive considerations. The Court considers that, if antitrust offenders get off too lightly, the prospect of liability for private damages may not provide enough of an incentive to refrain from illegal price-fixing. From the perspective of general tort law, at least in Germany, one may ask whether such incentive considerations are compatible with the principle that payments for damages should provide for equitable restitution, i.e. the restoration of positions that the victims would have had in the absence of the offence, and that payments for damages should not provide for the enrichment of victims. Adherents of the passing-on defense argue that this principle is violated if the direct purchaser is allowed to claim the amount by which he was overcharged without any deductions for the extra revenues that he got from his own customers by raising the prices that he was charging them. The passing-on defense is presented as an application of the general principle that damages are to be assessed net of any benefits that the victim of the violation has obtained in the event."

¹¹⁷ CASELTA, Op. Cit, p. 70.

De todo modo, é importante ter em conta que a jurisprudência federal ora apresentada não endereça de forma definitiva a discussão, uma vez que existem previsões legais nos estados norte-americanos as quais autorizam os compradores indiretos a pleitear indenização por conta de ilícitos anticompetitivos, abrindo possibilidade, desta forma, para o surgimento de uma multiplicidade de ações indenizatórias nas diferentes esferas do poder judiciário.

Desta forma, quando pensamos na experiência brasileira e nos incentivos econômicos e processuais que são dados para que este tipo de ação indenizatória possa surgir, deve-se considerar a discussão sobre *pass-on defence* realizada na jurisprudência norte-americana e assimilar principalmente as suas contribuições sobre os padrões de prova e forma de instrução deste tipo de processo indenizatório, que devem ser exequíveis e de fácil acesso e interpretação pelos julgadores.

6.1.7 O ESTÍMULO ÀS “CLASS ACTIONS”

Outra característica que funciona como importante fator de dissuasão de práticas anticompetitivas é a propositura das *class actions*. Estas são basicamente ações coletivas que possibilitam aos autores de determinada pretensão indenizatória, cujo contexto fático relacionado ao ilícito e ao dano sejam comuns, agrupar os argumentos, provas e aspirações indenizatórias que individualmente reuniriam baixas probabilidades de viabilidade.

A ação coletiva é proposta quando há identidade ou homogeneidade dos direitos individuais no que diz respeito aos prejuízos econômicos relacionados às práticas anticoncorrenciais.

Conforme as regras da *Federal Rules of Civil Procedures*¹¹⁸, especialmente no seu ponto 23, seriam pré-requisitos para a caracterização das *class actions*: a quantidade de afetados ser numerosa a ponto de tornar impraticável a junção de todos os membros; a existência de questões

¹¹⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Rules of Civil Procedures**. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cv_rules_eff_dec_1_2018_0.pdf. Acesso em 20 de maio de 2019.

de direito ou fato comuns aos interessados; as reivindicações serem típicas das defesas da classe; e haver representatividade adequada e condizente aos interesses da classe¹¹⁹.

Neste sentido, nota-se que a legislação norte-americana se utiliza de uma estrutura jurídica que se comunica, de alguma forma, com as ações coletivas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, mas o contexto daquele país proporcionou uma maior utilização do instrumento processual com vistas a possibilitar ações indenizatórias de forma mais abrangente.

Esse sistema objetiva superar obstáculos fáticos de acesso à justiça, mediante a reunião de autores com objetivos comuns e a realização de economias de escala neste processo, mas também aumentar a dissuasão das práticas anticompetitivas.

6.1.8 SOLIDARIEDADE NO PAGAMENTO DOS DANOS CONCORRENCIAIS

No contexto norte-americano, os réus em ações indenizatórias que versam sobre danos concorrenciais enfrentam uma responsabilidade conjunta e solidária (denominada pela literatura como *“joint and several liability”* pela violação da Seção 1 do *Sherman Act*).

Segundo esse regime, determinado réu está sujeito a ser responsabilizado, individualmente, pelo escopo dos danos causados em caráter amplo pelos ilícitos anticompetitivos praticados no mercado, de forma total e completa, inclusive com a triplicação dos danos, abrangendo-se os ilícitos cometidos também por outros cartelistas, independentemente de figurarem ou não na ação reparatória.

No entanto, apesar de uma violação da Seção 1 criar responsabilidade conjunta e solidária, os réus não podem pleitear a junção dos autores – com o fim de responder a um único processo judicial – ou buscar reivindicar contribuição uns dos outros para quaisquer danos concedidos em face deles no tocante a essas violações.

¹¹⁹ Adaptação do trecho: “(a) PREREQUISITES. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.”

Então, não há na jurisdição norte-americana uma limitação de responsabilização proporcional às vendas do bem/serviço cartelizado ou à participação de mercado do réu nesse setor.

Uma potencial compensação somente ocorreria após a emissão de uma eventual sentença adversa aos demais réus, e apenas no valor que o réu efetivamente pagou anteriormente. Significa, desta forma, que a compensação apenas tem condições de ser reconhecida e aplicada após a penalidade ser triplicada.

Esta configuração pode criar uma pressão significativa sobre os investigados por práticas anticoncorrenciais para firmar acordo de leniência junto à autoridade antitruste – evitando a incidência dos *treble damages* e também da responsabilidade solidária por todo o dano ao mercado.

6.2 AÇÕES CIVIS POR REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS NA UNIÃO EUROPEIA

Diferentemente da importância que ganharam na prática antitruste nos EUA, as ações indenizatórias têm uma influência menos destacada na prática Europeia, lembrando que o sistema de defesa da concorrência do velho continente atribui às autoridades antitruste poderes e escopo de atuação mais amplos do que aqueles vistos nos Estados Unidos.

Sob a perspectiva da proteção difusa aos consumidores e ao bem-estar social, o combate aos ilícitos antitruste exercido pelos entes públicos na UE se mostra mais eficaz do que o ajuizamento das ações privadas de reparação de danos, por conta da estrutura, da especialização e do acesso aos dados para que se possa efetuar uma investigação mais eficaz e a aplicação das sanções de forma clara.

O impulso das ações reparatórias necessariamente se baseia pelo interesse privado, divergindo fundamentalmente do interesse geral nessa área, por conta do alto custo da aplicação privada de leis antitruste na Europa.

Aspectos como a adequação das sanções públicas e a variedade das possibilidades dos processos de indenização, no ambiente europeu, ajudam a corroborar o entendimento de que o *enforcement* público pode garantir de maneira mais eficaz e com menor custo a

responsabilização dos envolvidos em práticas anticompetitivas. A legislação que embasa a defesa da concorrência em âmbito comunitário está disposta principalmente nos artigos 101¹²⁰ e 102¹²¹ do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), os quais relevam uma proximidade com a legislação brasileira, quando se considera a proteção à ordem pública e a aplicação pela autoridade antitruste, a fim de assegurar que a concorrência não seja falseada no mercado interno.

Em um primeiro vislumbre, parece difícil justificar um aumento do papel para a aplicação antitruste privada na Europa, pelo fato da instrução probatória se mostrar dificultada e também pela maior efetividade da persecução pública, tal qual se vislumbra no Brasil.

Entretanto, esse tipo de ação indenizatória vem ganhando importância no continente europeu e a Comissão Europeia vem adotando medidas para fomentar a reparação privada pelos danos advindos da prática de cartel.

6.2.1 REGULAMENTAÇÃO PELA DIRETIVA 2014/104/UE

¹²⁰ Reprodução integral do artigo Art. 101 TFUE: 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos. 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo. 3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: — a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, — a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e — a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

¹²¹ Reprodução integral do artigo Art. 102 TFUE: É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

Visando a facilitar as ações de indenização por danos concorrenciais, o Parlamento Europeu aprovou a diretiva 2014/104/UE (“diretiva”) que introduziu novas medidas – como a divulgação de evidências – e modificou regras já existentes, com o fito de estruturar os incentivos para o ajuizamento das ações reparatorias.

É necessário observar que a diretiva cria regras específicas de responsabilidade para as violações do direito da concorrência, em especial para aquelas baseadas em delitos de cartel, abuso de posição dominante e acordos verticais, sendo aplicáveis inclusive às infrações de natureza puramente doméstica (países membros da UE), mesmo que sem impactos em âmbito comunitário.

A diretiva contempla previsões para assegurar àquele acometido por danos decorrentes de infração concorrencial, em ações individuais ou coletivas, o exercício efetivo do direito a pedir a reparação integral desses danos, com vistas a se retornar ao *status quo ante* se comparado o espectro temporal antes e depois do ilícito anticompetitivo. Por outro lado, busca-se evitar que a reparação possa vir a se tornar excessiva, seja por meio de indenizações punitivas ou múltiplas.

O texto legal garante o acesso, por terceiros, aos dados e provas nos quais se assentaram as decisões dos órgãos de defesa da concorrência. A previsão é de que os pedidos sejam feitos aos tribunais nacionais, a quem é dado ordenar aos responsáveis pelos ilícitos antitruste ou a terceiros a divulgação dos elementos de prova relevantes para um eventual ajuizamento de ARDC.

Facultou-se, ainda, aos tribunais nacionais a limitação da divulgação desses elementos de prova, observando a questão da confidencialidade das informações, sendo a análise baseada em critérios como proporcionalidade e legitimidade das partes e dos terceiros interessados¹²².

¹²² O Art. 5º, 3, da Diretiva 2014/104/UE explicita quais os parâmetros de análise: “Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais limitem a divulgação dos elementos de prova ao que for proporcional. Ao determinar se a divulgação requerida por uma parte é proporcional, os tribunais nacionais ponderam os interesses legítimos de todas as partes e dos terceiros interessados. Têm, nomeadamente, em consideração: a) A medida em que o pedido de indemnização ou a defesa são fundamentados em factos e elementos de prova disponíveis que justificam o pedido de divulgação dos elementos de prova; b) O âmbito e os custos da divulgação, em especial para os terceiros interessados, inclusive para evitar pesquisas não específicas de

Também foram estabelecidos limites para a utilização das provas a serem utilizadas nas ações reparatórias, bem como sanções¹²³ em caso de descumprimento das disposições ali estabelecidas. Neste caso, a diretiva institui a inadmissibilidade, para fins de utilização em ação indenizatória, dos documentos originados dos processos administrativos em trâmite perante a autoridade da concorrência. Desta forma, almejou-se garantir a eficácia da divulgação dos elementos de prova pelas autoridades ao término das investigações e após o julgamento do processo.

Tal conformação não está imune de críticas, pois a blindagem do beneficiário da leniência normalmente não alcança as ações privadas, de modo que estabelecer regras restritivas de acesso a documentos pode proteger as empresas infratoras e prejudicar os atingidos com a sua conduta ilícita. É nesse sentido a ponderação feita por Graells:

Por outro lado, uma interpretação extremamente restritiva e protetiva do direito de não revelar informações confidenciais e segredos industriais pode servir de escudo a empresas que cometaram ilícitos em face de uma persecução privada das normas antitruste da União Européia. (tradução nossa)¹²⁴

Novamente, importante se faz estabelecer um balanceamento entre os valores albergados, resguardando os lenientes, dada a sua importância como provedores de informações e documentos necessários para o êxito da persecução pública, porém sem fazê-lo de forma excessiva, garantindo também o direito das vítimas de se socorrerem do Judiciário em prol de suas justas e legítimas reparações.

Outro ponto relevante é que a legislação confirma que as decisões condenatórias que forem proferidas pela Comissão Europeia e pelas demais autoridades nacionais de defesa da concorrência vinculam o reconhecimento da existência da infração concorrencial no âmbito

informação de relevância improvável para as partes no processo; c) Se os elementos de prova cuja divulgação é requerida contêm informações confidenciais, em especial no que respeita a terceiros e quais os procedimentos adotados para proteger tais informações confidenciais”.

¹²³ Reprodução integral do artigo Art. 8º da Diretiva 2014/104/UE: “Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais possam impor de forma efetiva sanções às partes, a terceiros e aos seus representantes legais em qualquer dos seguintes casos: a) Incumprimento de uma ordem de divulgação de um tribunal nacional ou recusa de a cumprir; b) Destruição de elementos de prova relevantes; c) Incumprimento das obrigações impostas por decisão do tribunal nacional destinadas a proteger informações confidenciais ou recusa de as cumprir; d) Violação dos limites à utilização dos elementos de prova, previstos no presente capítulo.”

¹²⁴ GRAELLS, Albert Sánchez. *Discovery, Confidentiality and Disclosure of Evidence Under the Private Enforcement of EU Antitrust Rules. IE Working Paper Derecho*. Setembro de 2006. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952504 Acesso em 25 de Novembro de 2019. Do original: “On the other hand, an overly-restrictive interpretation and protection of the right to non-disclosure of confidential information and business secrets could shield infringing companies from private enforcement of EU antitrust rules.” (p. 1)

Judiciário, ou seja, a discussão acerca da existência ou não da infração se torna um ponto incontroverso na circunstância de haver o ajuizamento de ações reparatórias.

Tratando dos prazos de prescrição, o normativo comunitário europeu estabeleceu o prazo prescricional mínimo de 5 (cinco) anos, bem como os momentos de início, término, interrupção e suspensão da contagem destes prazos. No que diz respeito ao *dies a quo*, este não começa a correr antes de cessar a infração ao direito da concorrência e de o demandante ter conhecimento da infração, dos danos dela advindos ou da identidade do agente causador.

No que diz respeito à continuidade da contagem do prazo prescricional, merece atenção o fato de que há suspensão da marcha prescricional caso a autoridade antitruste venha a tomar medidas no âmbito de uma investigação relativa a uma infração ao direito da concorrência com a qual as ações reparatórias venham a estar relacionadas, com término, no mínimo, em um ano depois da decisão sobre a infração concorrencial ter se tornado definitiva.

Acerca da solidariedade, a diretiva prevê que cada uma das empresas comprovadamente envolvidas nos ilícitos concorrenciais fica obrigada a reparar integralmente os danos, surgindo o direito da parte lesada de exigir essa reparação perante qualquer uma delas, tal qual no sistema norte-americano.

À semelhança dos EUA, a solidariedade não se aplica aos beneficiários do acordo de leniência, uma vez que estes apenas se responsabilizam por pagar a indenização referente aos danos que individualmente causaram.

Outro ponto não negligenciado se refere à legitimidade para propor as ARDCs, em relação a qual se adotou a premissa de privilegiar a pessoa concretamente lesada pelo ilícito concorrencial, de modo que a reparação dos danos possa ser reclamada por quem os sofreu, independentemente de ser adquirente direto ou indireto dos produtos ou serviços do infrator.

Ao mesmo tempo, tentou-se evitar a ocorrência das reparações excessivas, com a previsão de criação de regras processuais específicas em âmbito nacional, apropriadas e capazes de assegurar que a reparação por danos efetivos a qualquer nível da cadeia de abastecimento não exceda o dano causado, sem prejuízo do pleito pela reparação por lucros cessantes.

A diretiva trata ainda do *pass-on defence*, e em seu Artigo 13º assegura que os demandados em ações reparatórias podem invocar como meio de defesa o fato de os

proponentes das ações eventualmente terem repassado total ou parcialmente os custos advindos do cartel aos demais elos do ciclo produtivo. Estabelece, ademais, que o ônus deste tipo de prova recai sobre o demandado, que pode razoavelmente requerer a divulgação de informações, para fins de instrução, pelo demandante ou por terceiros.

Esta admissão do *pass-on defence* está em consonância com o espírito da diretiva, de um lado, de se garantir a reparação integral do dano, e não mais do que isso, e de outro, de possibilitar o exercício desse direito a qualquer pessoa efetivamente lesada.

Com efeito, ao se conferir ampla legitimidade para a ARDC, abre-se caminho para uma potencial propositura de várias ações para um mesmo produto cartelizado, nas hipóteses em que este é um insumo de determinada cadeia produtiva. Portanto, se o sobrepreço ocorreu nesse insumo que foi se processando ao longo da cadeia, é possível que tenha havido repasses parciais do sobrepreço nas diversas fases subsequentes, com a diluição do dano entre diversos agentes econômicos e consumidor final. Logo, para compatibilizar a ampla legitimidade e a reparação integral e não excessiva, é legítimo o reconhecimento da *pass-on defence* como forma de evitar reparações maiores do que o dano causado.

Quando o assunto é a metodologia de quantificação de danos, restou estipulado que os Estados-Membros devem assegurar que os procedimentos judiciais – em especial no que diz respeito ao padrão de prova e ao grau de exigência para a formação do convencimento dos julgadores no que diz respeito à quantificação dos danos – não sejam criteriosos ao ponto de tornar o exercício do direito à indenização – e a instrução do processo – excessivamente difícil. Ademais, definiu-se ainda que as autoridades antitruste estejam possibilitadas a prestar assistência ao juízo responsável pelas causas indenizatórias, sempre que houver pedido neste sentido.

Em linhas gerais, a diretiva buscou trazer clareza e segurança jurídica tanto para quem foi prejudicado por ilícitos anticompetitivos quanto para as empresas por eles responsáveis, proporcionando um ambiente de previsibilidade jurídica para quaisquer das partes envolvidas.

Esse nítido fortalecimento da persecução privada antitruste na União Europeia não significa, de forma alguma, o intento de se estabelecer uma cultura de litigância excessiva, como muitas vezes se atribui ao modelo norte-americano, no qual as ARDCs assumem maior proeminência e se constituem, de fato, como instrumento de combate aos ilícitos

concorrenciais. Ao contrário, essa questão foi objeto de reflexão por parte da Comissão Europeia, como bem sublinha Graells:

A Comissão tem indicado que o propósito de aumentar a persecução privada deve ser ‘a criação de uma cultura de competição, não de uma cultura de litigância’. A necessidade de se alcançar um equilíbrio entre a criação do private enforcement das leis antitruste na União Europeia e de se gerar uma excessiva litigância foi expressamente reconhecido nos seguintes termos: ‘a proteção de direitos derivados da lei concorrencial comunitária é importante, mas também é importante manter a litigância excessiva em cheque e tentar alcançar alguma forma de moderação no sistema persecutório (tradução nossa)¹²⁵

Entretanto, quando colocado sob uma perspectiva comparativa com os Estados Unidos, o contexto europeu ainda demonstra concentrar a prática de defesa da concorrência nas mãos das autoridades nacionais e os incentivos ao *enforcement* privado, por si só, não ensejaram um aumento substancial das ações indenizatórias por danos advindos de ilícito anticompetitivo, tal qual ocorre no modelo norte-americano.

No que diz respeito à jurisprudência europeia sobre o tema, deve-se fazer menção inicialmente ao caso “*Courage*”¹²⁶, no qual, ainda em 2001, a Corte de Justiça Europeia decidiu que os prejudicados por violações anticompetitivas teriam o direito de obter indenizações em face dos atos ilícitos e que estas ações deveriam ser ajuizadas perante os respectivos tribunais dos Estados Membros da União Europeia.

Ademais disto, o julgamento do caso *Manfredi*¹²⁷, ocorrido em 2006, reafirmou e consolidou o entendimento supramencionado pela Corte Europeia de Justiça, solidificando a possibilidade de qualquer pessoa afetada ser parte legítima em um pleito privado envolvendo indenizações advindas de ilícitos anticompetitivos.

Dado o histórico jurisprudencial acima apresentado, formado anteriormente à Diretiva da Comissão Europeia, depreende-se que este normativo assimilou os entendimentos que vinham sendo apresentados pela Corte Europeia de Justiça.

¹²⁵ GRAELLS, Op. Cit, p. 28. Do original: “The Commission has indicated that the purpose of the increase of private enforcement shall be ‘to foster a competition culture, not a litigation culture’. The need to reach equilibrium between fostering private enforcement of EU antitrust rules and generating excessive litigation has been expressly acknowledged in the following terms: ‘the protection of rights deriving from community competition law is important, but it is also important to keep excessive litigation in check and to try to achieve some form of moderation on the enforcement system’”. (p. 28)

¹²⁶ Disponível em: https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Ac_Courage_Crehan_20.9.2001.pdf.

¹²⁷ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CC0724&from=EN>.

6.3 COMPARAÇÃO DAS ARDCS NA EUROPA E ESTADOS UNIDOS

Uma tentativa de sistematizar a comparação entre os dois modelos ora apresentados deixa claro que o modelo norte-americano, ao autorizar a responsabilização por danos triplicados, preza principalmente pela prevenção geral e específica¹²⁸, enquanto o modelo europeu – que somente autoriza a reparação na exata medida dos danos sofridos – se baseia nos efeitos compensatórios, sendo eventual incremento da prevenção geral resultado da combinação das políticas de persecução pública e privada.

Aliás, esse incremento dissuasório, como já vimos, é um dos objetivos de qualquer jurisdição, seja ela mais fundada no *public enforcement*, seja ela baseada no *private enforcement*, alterando-se nessa equação o grau de efetividade de cada qual e o resultado geral esperado. Em linha de consonância com essa compreensão, Rosenberg e Sullivan asseveram:

Atingir o nível ótimo de aplicação/persecução conjunta de qualquer sistema que combine persecutores públicos e privados da lei requer um mecanismo de coordenação par garantir não apenas que cada qual faça investimentos de recursos e esforços apropriadamente motivados e proporcionais, mas também que as suas respectivas contribuições sejam devidamente sincronizadas e combinadas.(tradução nossa)¹²⁹

Outro ponto importante que altera a racionalidade das ARDCs em cada contexto é o tratamento dado aos argumentos de *pass-on defence* e à legitimidade dos compradores indiretos. Nos EUA não se admite a argumentação de *pass-on defence* na esfera federal e a legitimidade para o ajuizamento de ações reparatórias é concebida de forma restrita – apenas aqueles diretamente prejudicados pelo evento danoso podem pleitear indenização.

No contexto europeu se observa que a Diretiva atualmente vigente admite a tese do *pass-on defence*, entendendo que a parte diretamente prejudicada, caso tenha repassado os custos

¹²⁸ O pagamento simples tem caráter de prevenção específica, ao indenizar a vítima no montante sofrido, ao passo que a condenação pelo triplo do dano assume um caráter de pena, servindo não só para reparar o prejuízo, mas sobretudo para prevenir novos ilícitos do tipo, inclusive por outros agentes de mercado (prevenção geral).

¹²⁹ ROSENBERG, David, e SULLIVAN, James P. Coordinating private class action and public agency enforcement of antitrust law. **Harvard Law School**. Discussion Paper n. 523. Agosto de 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=795524>. Acesso em 20 de novembro de 2019. Texto original: “Achieving the optimal joint level of enforcement from any system that teams public and private law enforcers requires a coordination mechanism to assure not only that each makes the appropriately motivated and proportionate investment of resources and effort, but also that their respective contributions are properly synchronized and combined.” (p. 1).

alterados por práticas anticompetitivas, não pode pleitear a indenização enquanto valor completo do seu prejuízo.

Essa lógica permite uma maior proliferação de interessados na reparação, ao tempo em que potencialmente reduz os incentivos de cada lesado individualmente, na medida em que o dano tende a se diluir ao longo da cadeia produtiva. E também aumenta as dificuldades de comprovação do *quantum* repassado, e propicia da multiplicidade de demandantes para o mesmo fato, com possíveis reflexos negativos para a efetividade do instrumento ARDC.

Por outro lado, ao autorizar que os indiretamente prejudicados ajuizem ações reparatórias, há uma sinalização de democratização do acesso a este tipo de ação, o que, em algum grau, pode funcionar como desestímulo à prática de infrações anticompetitivas a longo prazo.

Em que pese a Diretiva Europeia apontar para essa maior amplitude de legitimados, é pertinente a preocupação da Suprema Corte norte-americana acerca dessa ampla legitimidade, no sentido de que os danos individualmente sofridos tenderiam a se diluir e a tornar menos atrativa a sempre custosa aventura jurídica para reaver danos sofridos por conta de ato ilícito, sem contar na dificuldade extra de, pela via individual, comprovar o sobrepreço e a parcela dele que suportou.

Talvez a questão acima posta possa ser assim sintetizada: se de um lado a UE prêve as ARDCs em seu ordenamento jurídico, os EUA as estimulam, criando um ambiente propício não apenas para que se proliferem, mas para que produzam resultados práticos relevantes sob todos os aspectos, quais sejam, de dissuasão, de reparação individual e de penalização dos infratores, complementando a atividade pública de fiscalização da lei antitruste a cargo do DOJ e do FTC.

7 ARDCS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: UM MODELO EM CONSTRUÇÃO

A professora Amanda Athayde segmenta a aplicação do direito antitruste brasileiro em três ondas, sendo a primeira delas marcada pelo controle de estruturas, até 2012, a segunda com o controle *ex ante* dos atos de concentração e de condutas coordenadas, até a atualidade, e uma terceira onda, ainda por vir, que se referiria ao foco maior no controle de condutas unilaterais¹³⁰.

Pois bem, embora não incluída nas ondas mencionadas pela professora, talvez por se referirem às ondas antitruste exclusivamente sob a perspectiva do *enforcement* público, as ARDCs vêm sendo chamadas de “a nova fronteira do antitruste”, o que poderia alçá-las à condição de integrante da terceira onda do antitruste ou mesmo inserí-las em onda própria, até por complementarem a atuação pública na seara da defesa econômica.

E assim vêm se referindo às ARDCs, pois como já dito anteriormente, elas estão em franca expansão normativa em diversos países, com a previsão de estímulos em diversos deles, a fim de aumentar o fator dissuasório de condutas ilícitas anticoncorrenciais, a exemplo da previsão de *punitive damages* (caso do Brasil), da maior facilidade na obtenção de documentos em poder da autoridade da concorrência e do maior valor probatório conferido legalmente às suas decisões, dentre outros incentivos.

O atual momento, em que o meio jurídico do antitruste brasileiro discute ativamente o incentivo às ações de reparação de danos decorrentes de cartel e as melhores técnicas para o aperfeiçoamento do instituto, talvez sem se preocupar em debater a necessidade desse incentivo, parte de uma premissa de que seria vantajoso para o sistema.

E também como mencionado anteriormente, essa vantagem parece estar endereçada por questões de racionalidade de ao menos duas ordens, aqui entendendo-se a racionalidade como um conjunto de fundamentos para a adoção de determinada conduta, que se mostram eficientes para alcançar as finalidades para as quais a conduta foi idealizada.

¹³⁰ ATHAYDE, Amanda. As três ondas do antitruste no Brasil. **Jornal Jota**. Artigo disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil-01112017> Acesso em 03 de dezembro de 2019.

Sob a ordem jurídica, reputa-se racional a ARDC sob a premissa anterior de que o diploma normativo civil prevê que todo dano deve gerar a obrigação de reparação por quem o provocou e, do outro lado desse dano, têm-se o direito a uma pretensão por quem o sofreu.

Outrossim, ainda nessa mesma perspectiva jurídica racional, porque o sistema de leis em geral, e o sistema de defesa da concorrência em especial, não têm (ou não devem ter, salvo situações excepcionais) suas aplicações feitas exclusivamente pela autoridade pública, devendo eles permitir que terceiros, interessados no funcionamento regular e sadio do mercado, possam se valer das leis de defesa da ordem econômica para verem cumpridos os direitos nela garantidos, aumentando-se com isso o fator de imprevisibilidade de ações judiciais, os possíveis custos associados a essa conduta para o infrator, e também aumentando o efeito dissuasório correspondente.

Sob uma ótica de racionalidade econômica, também foi mencionado que as multas aplicadas pelo CADE têm uma limitação em 20% do faturamento total da empresa no ramo de atividade do produto cartelizado referente ao exercício anterior à instauração do processo administrativo, o que as torna subdissuasórias em casos de cartéis mais duradouros, pois nestes os danos se propagam por prazos mais longos, gerando benefícios econômicos em geral superiores aos prejuízos decorrentes de uma sanção exclusivamente pela via da persecução pública.

Nessa esteira, a viabilização da persecução privada, via incentivos por meio de ações próprias, também tem uma racionalidade econômica evidente, que é a de propiciar sanções mais próximas dos benefícios auferidos, com vistas a se incutir no infrator em concreto e naqueles em potencial a certeza de que o “crime” não compensa e não irá compensar na seara concorrencial.

Quanto ao estágio atual, é importante levar em consideração as especificidades, contornos e dificuldades que as ARDCs ganham no ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual se passará a discorrer sobre pontos como legitimidade para ajuizamento das ações, responsabilidade solidária, prescrição, compartilhamento de documentos, *pass on effect* e valor probatório das decisões do CADE, tópicos esses já abordados em vôo rasante ao percorrermos em breves linhas os sistemas norte-americano e europeu.

7.1 LEGITIMIDADE E RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

A Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), em seu art. 47, foi incisiva ao atribuir legitimidade aos prejudicados por condutas anticompetitivas para pleitearem o ressarcimento dos prejuízos sofridos em decorrência da infração à ordem econômica. Neste sentido, o artigo consigna:

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.

Já o Art. 82 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) lista como legitimados o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses dos consumidores.

Desta forma, é possível afirmar que a legislação é taxativa ao vincular a legitimidade ativa para proposição das ARDCs aos prejuízos causados pelos ilícitos anticompetitivos. Além disso, o Ministério Público e a Administração Pública figuram acertadamente como partes legítimas para a propositura de ação, uma vez que os danos de cartel frequentemente envolvem o que chamamos de microdanos individuais, cuja reparação por esta via puramente individual restaria inviabilizada, podendo, por isso, dar azo a ações coletivas em prol dos consumidores afetados. Ademais, os entes públicos, quando diretamente afetados pelos cartéis, em casos de estes incidirem sobre procedimentos licitatórios, terão naturalmente a legitimidade para demandarem em juízo, não com a supremacia administrativa que ostentam nos respectivos contratos administrativos, mas como prejudicados a que se refere o Art. 47 da LDC.

No concernente à legitimidade passiva, não é desarrazoado se defender a responsabilização solidária dos autores do ilícito anticompetitivo, sob a compreensão de que o dano de cartel é proveniente de uma conduta colusiva, com múltiplos autores, sendo passível de se extrair a correspondente solidariedade dos Arts. 275 e 942 da Lei 10.406/2002, como pode ser visto a seguir:

Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Destes dispositivos é possível depreender que o prejuízo advindo de prática anticompetitiva seria entendido como uma “dívida comum” aos partícipes do cartel, devendo estes responderem solidariamente pela totalidade dos prejuízos, sem limitação ao dano individualmente causado por cada qual.

Em prol desse raciocínio, têm-se também o disposto no Art. 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, cujo teor estatui o que segue:

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Contribuindo para este entendimento, é necessário citar ainda Bruno Oliveira Maggi¹³¹:

Vale lembrar que o Art. 942 do Código Civil determina que há solidariedade passiva daqueles que violam direitos de outrem. Assim, dada a natureza do cartel, sempre haverá solidariedade entre os membros do cartel, quanto à responsabilização pelos prejuízos gerados e qualquer um deles poderá ser demandado pelos prejudicados¹³².

¹³¹ MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. Dissertação de mestrado em Direito Civil – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010.

¹³² *Ibid*, p. 167.

Entretanto, os argumentos neste sentido vêm sofrendo críticas da literatura especializada, a exemplo daquelas esposadas por Ricardo Pastore, Lucas Griebeler e Renata Ignácio¹³³, que assim se pronunciam sobre o tema:

Nesse sentido, para questionar a tese de que nosso ordenamento jurídico adequadamente admitiria a responsabilidade solidária de cartelistas, incluindo os beneficiários de acordos de leniência, é possível levantar, dentre outras, as seguintes questões: (i) Por mais que se entenda os danos causados a vítimas de cartéis como ilícitos civis, o que ensejaria a aplicação do Código Civil para fundamentação jurídica das pretensões apresentadas perante o Poder Judiciário, tendo em vista que a solidariedade decorre expressamente de lei e deve ser interpretada de maneira restritiva, quais são os limites e a extensão da responsabilidade solidária e do direito de regresso para reparação desses danos no que atine [sic] a danos materiais, morais, lucros cessantes, perda de uma chance ou de expectativas, além da quantificação unitária (princípio da reparação integral, previsto no Código Civil) ou duplicada (princípio da devolução em dobro, previsto no Código de Defesa do Consumidor) dos mesmos? ; (ii) Considerando que há diversas teorias para concenituação de consumidor e que não há consenso entre os Tribunais brasileiros para tal, qual delas será utilizada caso se decida pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor para lastrear uma ação indenizatória com pedido de responsabilização solidária (somente usuários finais – teoria finalista – ou qualquer comprador/consumidor – teoria maximalista – podem valer-se das disposições do Código de Defesa do Consumidor para intentarem ações indenizatórias para reparação de danos causados por cartéis)? (...) Nesse sentido, argumenta-se ainda que uma teoria de responsabilização dos cartelistas criaria incentivos para que os *players* mantenham-se engajados na prática de colusão, enfraquecendo-se o instituto do acordo de leniência.¹³⁴

Embora seja louvável a crítica supra, com a criação de questionamentos acerca do caráter assumido pelos afetados pela conduta cartelística – se consumidor final pela teoria finalista ou se mero comprador pela teoria maximalista – o fato é que a LDC não erigiu a condição de consumidor para fazer jus à reparação diante de um prejuízo concorrencial, bastando a condição de prejudicado, que pode ser compreendido sem maiores saltos interpretativos como aquele que sofreu diretamente o dano do cartel.

E nessa esteira, legítima a conclusão de que há sim em nosso ordenamento previsões legais autorizativas da interpretação no sentido da responsabilidade solidária dos autores dos danos anticoncorreciais, em especial o cartel, dada a sua autoria pluripessoal. Por isso, o CADE, enquanto mantenedor e propagador do programa de leniência, tem a responsabilidade

¹³³ PASTORE, Ricardo Ferreira; MOTTA, Lucas Griebeler; IGNÁCIO, Renata Rossi. **Responsabilização solidária de cartelistas em ações indenizatórias: reflexões, limites e desafios**. In: DRAGO, Bruno de Luca (Coord.). A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial. São Paulo: Ed. Singular, 2018.

¹³⁴ Ibid, p. 88.

de ajustar as características do programa a esta realidade, com o objetivo de promover as ARDCs e criar segurança jurídica para os futuros acordos de leniência, aumentando, igualmente, o *enforcement* antitruste geral.

Tratando dos efeitos diretos e indiretos relacionados, para fins de análise de legitimidade, cumpre observar que, para além da discussão de *pass-on effect*, a legislação se mostra clara ao responsabilizar exclusivamente aqueles causadores dos prejuízos concorrenciais, e não aquelas empresas que eventualmente repassaram os seus custos – formados por práticas anticompetitivas – aos consumidores finais ou aos demais participantes do ciclo produtivo.

7.2 PRESCRIÇÃO

O tema da prescrição é bastante relevante em qualquer ação de responsabilização civil, visto que com alguma frequência os processos dessa natureza são extintos na justiça em face da sua ocorrência.

No caso da responsabilidade extracontratual ou aquiliana¹³⁵, em que a responsabilidade nasce da violação a um dever jurídico legal, desencadeando a ação indenizatória fundada no ato ilícito, a questão ganha complexidade, pois nem sempre resta evidente o dia inicial para essa contagem do prazo prescricional.

No ramo antitruste, especificamente no que toca as ARDCs, não houve previsão expressa na legislação especial a respeito desse prazo prescricional aplicável, ou ainda do termo inicial da contagem da prescrição, suscitando algumas linhas interpretativas divergentes referente a ambos aspectos, com resultados práticos que caminham para a inviabilidade da ação ou para a sua possibilidade por prazos bastantes longos, ou seja, ora caminhando para a inefetividade do direito, ora para uma insegurança jurídica derivada da possibilidade de persecução longeva da reparação.

¹³⁵ Como se prescreve no Art. 186 e 927 do Código Civil, cujas redações são: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

À falta dos elementos balizadores da prescrição das ARDCs na lei concorrencial, cumpre se socorrer do direito civil para preencher a lacuna na lei especial, sem que isso importe em interpretação extensiva ou analógica, dada a natureza civil da ação em tela, cuja previsão destacada na legislação especial apenas reforça a possibilidade de sua existência autônoma, porém sem afastar a incidência das regras civilistas sobre elas.

Sob essa premissa, são aplicáveis os pressupostos do instituto da prescrição e sua interação com a responsabilidade civil aquiliana, os quais revelam que o termo inicial do prazo prescricional da pretensão ressarcitória por danos provocados por cartel é o momento exato no qual os prejudicados possuem ciência inequívoca acerca da existência do ilícito, dos autores e do prejuízo causado¹³⁶.

A regra, contudo, não é satisfatória, pois surgem a partir dessa noção de ciência inequívoca do ilícito uma gama não desprezível de possibilidades interpretativas. Por exemplo, em casos de cartel, pode-se assumir como tal ciência a data da própria lesão, com a compra do produto afetado pelo conluio. Também se pode cogitar de tal ciência coincidir com o exato momento em que a autoridade pública concorrencial ou mesmo outro ente fiscalizatório deu início a uma investigação com caráter público. Outra possibilidade aventada é se reconhecer como conhecimento do ilícito a ocasião em que houve uma acusação formal pelo fato (expedição da Nota Técnica de condenação pela Superintendência-Geral ou um acusação formal pelo Ministério Público na seara criminal). Uma outra via consistiria em se adotar como marco inicial dessa ciência a condenação pelo Tribunal do CADE (ou por órgão da magistratura), com uma variante dessa hipótese, a título de quinta possibilidade, de se exigir o trânsito em julgado dessa decisão condenatória.

Essa pluralidade de interpretações também se estende ao próprio prazo prescricional aplicável, conferindo às ações reparatórias um grau razoável de insegurança jurídica e de imprevisibilidade sobre a aplicação da prescrição, o que tem contribuído para a sua utilização ainda reduzida.

¹³⁶ PEIXOTO, Bruno Lanna; ROSA, Renato Xavier da Silveira; SILVA, Ludmilla Martins. **Ações reparatórias por danos concorrenciais: termo inicial do prazo prescricional.** In DRAGO, Bruno de Luca (Coord.). *A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial.* São Paulo: Ed. Singular, 2018.

Prosseguindo nessa ideia de multiplicidade interpretativa sobre a prescrição, recentemente se intentou instaurar no Tribunal de Justiça de São Paulo um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)¹³⁷ a fim de uniformizar a jurisprudência acerca do prazo prescricional aplicável para ação de reparação por danos concorrenciais.

Esse incidente ocorreu no contexto de ações de indenização por danos concorrenciais relacionados ao cartel no mercado de cimento/concreto condenado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)¹³⁸, tendo sido interposto basicamente para se requerer a aplicação de prazo prescricional trienal, a ser contado a partir da decisão final do CADE.

Nada obstante, no entendimento do magistrado, o IRDR não teria preenchido os requisitos de admissibilidade, considerando não haver um número significativo de decisões judiciais que tratassem do tema e risco de incerteza jurídica, uma vez que foram identificadas poucas ações com o mesmo fundamento sobre a prescrição, impossibilitando a formação do IRDR e fazendo com que a análise sobre o prazo prescricional incidente sobre as ações de reparação por danos concorrenciais continue a ser realizada de forma casuística, sem uniformidade.

E tal qual já enfatizado anteriormente, a LDC foi silente sobre o prazo prescricional, motivo pelo qual os entendimentos jurisprudenciais se dividem essencialmente em duas correntes, uma no sentido de de três anos e outra de o prazo ser decenal.

A primeira corrente emprega as disposições de caráter geral do direito privado, em especial aquela do Art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002¹³⁹, que limita em 3 (três) anos a pretensão de reparação civil por ato ilícito.

Exemplo desse posicionamento pode ser extraído de alguns excertos de julgados proferidos no âmbito do TJ/SP, como os abaixo selecionados:

O prazo prescricional aplicável no caso é o de três anos do art. 206, § 3º, V, Código Civil. (TJ/SP – Ação nº 1076386-55.2017.8.26.0100, 29ª Vara Cível, Juíza de Direito Laura de Mattos Almeida, julgado em 27/03/2018)

¹³⁷ Faz-se menção aqui ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2096817-68.2018.8.26.0000, que tramita junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

¹³⁸ PA nº 08012.011142/2006-79.

¹³⁹ Art. 206. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) V - a pretensão de reparação civil.

Portanto, sendo proposta a ação em 04.08.2017, evidente que fora proposta a ação no último dia do prazo prescricional, levando-se em consideração a data da ciência inequívoca dos atos de cartelização apurados no procedimento administrativos, considerando o prazo trienal da reparação de danos, nos termos do artigo 206, § 3º, V, do Código Civil. (TJ/SP – Ação nº 1076944-27.2017.8.26.0100, 39ª Vara Cível, Juíza de Direito Daniela Pazzeto Meneghini Conceição, julgado em 26/04/2018)

Segundo o art. 206, § 3º, V, do Código Civil, o prazo prescricional para a presente hipótese é de três anos: ‘Art. 206. Prescreve: [...] § 3º Em três anos: V - a pretensão de reparação civil’. (TJ/SP – Ação nº 1049928-98.2017.8.26.0100, 25ª Vara Cível, Juíza de Direito Leila Hassem da Ponte, julgado em 22/02/2018)

Porém, a linha jurisprudencial acima não se desenvolveu sem divergências, havendo decisões judiciais encampando tese distinta acerca do prazo aplicável à prescrição para as ações indenizatórias decorrentes de cartel, também com fundamento no Código Civil.

Para os que afastam a prescrição trienal, esta é substituída pelo prazo decenal, cuja utilização prevista no Art. 205 do Código Civil de 2002 se destina a regular situações para as quais o diploma civil não tenha fixado outro prazo específico¹⁴⁰.

Esse entendimento pode ser visto em julgados do próprio judiciário paulista, mostrando a falta de homogeneidade no tratamento do tema, conforme se percebe abaixo:

Acolher os embargos no tocante à questão do prazo prescricional, fixando o período de eventual ressarcimento em 10 anos anteriores ao ajuizamento da demanda, por se tratar de danos por ato ilícito relativo à alegação formação de cartel para majoração de preços, nos termos do artigo 205 do Código Civil. (TJ/SP – Ação nº 1049985-19.2017.8.26.0100, 28ª Vara Cível, Juiz de Direito Rogério Murillo Pereira Cimino – Embargos de Declaração - julgado em 11/04/2018)

Como desdobramento dessa regra decenal, ter-se-ia ainda uma possibilidade de aplicação do prazo de 20 anos¹⁴¹, nos termos do Código Civil de 1916¹⁴², em relação a fatos realizados anteriormente à vigência do Código de 2002, situação que deve ficar cada vez mais rara, ante o distanciamento desses fatos no tempo, e, conseqüentemente, diante da baixa probabilidade de incidência da regra de transição. Esse prazo vintenário, diga-se de passagem,

¹⁴⁰ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

¹⁴¹ “Por fim, não merece guarida a alegação de ocorrência de prescrição, posto ser esta vintenária, conforme previsto no artigo 177 do Código Civil de 1916 em relação às compras efetuadas antes do início da vigência do Código Civil de 2002, sendo aplicável a regra de transição do artigo 2.028 do atual Código Civil.” (TJ/SP – Ação nº 1050035-45.2017.8.26.0100, 19ª Vara Cível, Juíza de Direito Camila Rodrigues Borges de Azevedo, julgado em 21/02/2018)

¹⁴² Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

se equipararia ao atual prazo decenal do Art. 205, instituído como regra geral para as ações sem prazo específico no código, razão pela qual não se entende essa utilização da regra de transição com o prazo vintenário do código passado como uma linha interpretativa autônoma.

Ainda acerca desse ponto do prazo prescricional aplicável às ARDCs, conquanto se reconheça a possibilidade de se defender com argumentos técnicos e qualificados a linha do prazo decenal, é relevante trazer a conclusão a que chegou o Superior Tribunal de Justiça após rico debate sobre o alcance da reparação civil empregada no Art. 206, § 3º, V, do Código Civil, após o qual se concluiu que a expressão “reparação civil” ali empregada se refere unicamente à responsabilidade civil aquiliana, não abrangendo a responsabilidade civil contratual¹⁴³.

Assim, por entender que o sobrepreço decorrente de um cartel não tem característica contratual – por se tratar de uma constatação de manipulação de preços e de falseamento da concorrência mediante ajuste colusivo entre diversos agentes de mercado, que possibilitou a oferta de preços supracompetitivos no mercado, mas contratualmente formalizados – parece-nos clara a impositividade de aplicação do prazo trienal para as ARDCs, não subsistindo a controvérsia criada no seio do TJ/SP, na medida em que o prazo trienal foi idealizado justamente para as hipóteses de responsabilidade civil extracontratual.

A propósito, oportuno salientar que o cartel e o sobrepreço dele decorrentes são fatos alheios e estranhos aos contratos formalizados entre as partes (infrator e lesado), de modo que a cobrança pelos danos derivados dessa majoração artificial dos preços, embora tenha como nexos causal a relação contratual entre elas, não se confunde com o descumprimento do contrato, mas sim com a cobrança majorada em virtude do falseamento da concorrência, em nítido ato ilícito contra a ordem econômica, e não propriamente do contrato.

Em outras palavras, a relação contratual (usualmente de compra e venda, de fornecimento, de prestação de serviços, etc.) se destina a estabelecer o nexos causal entre a vítima e o ofensor – produtor do bem/serviço cartelizado –, bem como para comprovar valor pago, quantidade adquirida e outros elementos necessários à quantificação do dano posteriormente. Todavia, a majoração de preço pelo cartel não é um elemento interno ao

¹⁴³ Embargos de Divergência em RESP n. 1.281.594-SP. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Relator para o Acórdão: Ministro Felix Fischer. “II - A prescrição, enquanto corolário da segurança jurídica, constitui, de certo modo, regra restritiva de direitos, não podendo assim comportar interpretação ampliada das balizas fixadas pelo legislador. III - A unidade lógica do Código Civil permite extrair que **a expressão ‘reparação civil’ empregada pelo seu art. 206, § 3º, V, refere-se unicamente à responsabilidade civil aquiliana**, de modo a não atingir o presente caso, fundado na responsabilidade civil contratual” (grifo nosso).

contrato, ao contrário, tem natureza extracontratual, pois somente é perceptível a partir de um exame do mercado e de uma constatação de que aquele preço contratualmente fixado e que deveria ser adimplido pela parte estava majorado em razão de um cartel atuante no setor. Essa violação à concorrência não tem o condão de transmutar a responsabilidade do ilícito cartel em uma responsabilidade contratual. Ao contrário, o ilícito continua sendo estranho ao contrato (extracontratual), apesar de a relação causal para a reparação poder dele se valer para comprovar o liame causal entre as partes autora e ré.

Em síntese, afigura-se sem cabimento o afastamento da norma explícita prescricional que prevê o prazo de três anos para as ações de reparação civil decorrentes de responsabilidade extracontratual, como decidiu o STJ, para se aplicar a regra de dez anos para as situações não disciplinadas no Código.

Prosseguindo no tema, agora sob outra ótica, deve-se ter em conta que, na maioria dos casos analisados, os prejudicados pela conduta anticompetitiva do cartel apenas tomaram conhecimento efetivo do ilícito após a decisão finalística do CADE. E sobre esta decisão administrativa, as estatísticas demonstram que a instrução processual para a investigação e o conhecimento dos ilícitos demanda algum tempo, fazendo com que as decisões sejam tomadas, em sua maioria, muitos anos após a prática do ilícito.

Por outro lado, como é cediço, os cartéis são ilícitos tanto na esfera criminal quanto na esfera administrativa e cível. Por sua natureza muitas vezes sigilosa, a obtenção de provas quanto à existência dos cartéis é dificultada, haja vista não deixarem rastros aparentes e acessíveis. O CADE, para produzi-las, se vale essencialmente de acordos de leniência, termos de compromisso de cessação de conduta e/ou de ações de busca e apreensão, instrumentos esses não disponíveis para os particulares se desincumbirem por si sós do ônus de produzir as provas constitutivas de seu direito.

Ante a irreplicabilidade pelo particular dos meios de obtenção de prova da autoridade concorrencial, bem como ante a natureza sigilosa que esses documentos assumem durante a investigação do fato, forçoso se concluir que a contagem da prescrição a partir da data da lesão (data da compra do produto ou serviço fruto de prática de cartel), da publicação da nota técnica pela Superintendência Geral ou de qualquer outro ato que não a certidão de trânsito em julgado do processo administrativo no CADE teria um potencial de inviabilizar as ações indenizatórias decorrentes de cartel, na medida em que obrigaria os prejudicados a terem ciência do cartel

antes mesmo dos órgãos de investigação e, mais ainda, comprovarem a ocorrência desse cartel em juízo não especializado em matéria econômica antes de reconhecido como tal pelo Conselho.

Essa circunstância tem originado discussões em torno do termo inicial da contagem prescricional. Há pelo menos cinco teses a respeito do tema que vêm sendo aplicadas. A primeira entende que o termo inicial (*dies a quo*) deveria ser contado da data da ocorrência da lesão, no caso do ilícito concorrencial, da data das compras dos produtos ou serviços afetados pelo cartel. O entendimento jurisprudencial exemplificativo neste sentido pode ser observado do excerto abaixo:

Acolho, contudo, a alegação de prescrição trienal da pretensão, nos termos do artigo 206, parágrafo 3º, inciso IV e V, uma vez que se trata de pretensão de reparação civil e/ou enriquecimento ilícito das rés em detrimento da autora. Nesse sentido há precedente do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos (...) Há também que se considerar independência entre as esferas civil e administrativa, **pois se houve alguma lesão à autora, esta foi experimentada por ocasião da aquisição dos materiais com sobrepreço**, sendo também certo que o processo administrativo mencionado teve início em 2006. Afastada, portanto, a tese de que os fatos que deram origem à presente ação chegaram a conhecimento da autora somente em 28 de abril de 2014, por meio da matéria veiculada pela imprensa em maio de 2014 (fls. 52/59). **A teoria *actio nata* não se presta a eternizar responsabilidades, razão pela qual não se pode admitir, no caso dos autos, a divulgação jornalística como marco de conhecimento dos fatos e sua autoria para fins de início da contagem de prazo de prescrição.** Logo, a pretensão da autora foi fulminada pela prescrição. (TJ/SP – Ação nº 1050023-31.2017.8.26.0100, 24ª Vara Cível, Juíza de Direito Tamara Hochgreb Matos, julgado em 22/02/2018) (grifos nossos).

A segunda corrente defende o início da contagem do prazo prescricional a partir da data do parecer da Superintendência-Geral do CADE sugerindo ao CADE a condenação do cartel, considerando que, a partir disso, as partes prejudicadas supostamente passariam a ter ciência dos fatos e, também, dos possíveis prejuízos deles advindos. O entendimento jurisprudencial exemplificativo neste sentido pode ser observado do excerto abaixo:

Significa dizer que, desde novembro de 2011, **quando divulgada pela autoridade concorrencial a primeira análise de mérito sobre o cartel, a autora tinha condições de saber da prática ilícita.** Entretanto, **esta ação foi ajuizada depois do decurso do prazo trienal** de prescrição. A instância civil não dependia da instância administrativa, ou seja, não era preciso aguardar o término do processo administrativo em 2015. (TJ/SP – Ação nº 1076737-28.2017.8.26.0100, 30ª Vara Cível, Juiz de Direito Guilherme Santini Teodoro, julgado em 19/03/2018) (grifo nosso).

O terceiro entendimento afirma que ao prazo prescricional deve ser contado a partir da data da ocorrência da sessão de julgamento do CADE que eventualmente tenha condenado as empresas representadas pela existência do ilícito de cartel, considerando que este seria o momento no qual haveria a decisão finalística sobre o mérito do processo administrativo que trata do ilícito anticompetitivo. O entendimento jurisprudencial exemplificativo neste sentido pode ser observado do excerto abaixo:

Quanto à prescrição, verifica-se que não se operou. Como se sabe, a contagem do prazo prescricional da ação reparatória de danos tem início quando da ciência inequívoca, no caso, a partir da divulgação da decisão proferida pelo CADE. Analisando os documentos de fls. 1201/1208 e 1209/1223, ambos datados de 28.05.2014, conjuntamente com as notícias de fls. 45/52, também veiculadas em 28.05.2014, verifico que autora obteve ciência inequívoca acerca da condenação das corrés pela prática de cartel na data de 28.05.2014. Segundo o art. 206, § 3º, V, do Código Civil, o prazo prescricional para a presente hipótese é de três anos: ‘Art. 206. Prescreve: [...] § 3º Em três anos: V - a pretensão de reparação civil’. Ora, como a demanda foi ajuizada em 26.05.2017, a prescrição não se consumou. (TJ/SP – Ação nº 1049928-98.2017.8.26.0100, 25ª Vara Cível, Juíza de Direito Leila Hassem da Ponte, julgado em 22 /02/2018).

A quarta manifestação sobre o assunto sustenta que o prazo prescricional deve ser contado a partir da data da publicação da decisão dos primeiros Embargos de Declaração, uma vez que estes poderiam ter efeitos infringentes, fazendo com que a decisão de mérito, inicialmente proferida, pudesse ser sensivelmente alterada. Essa visão pode ser encontrada a partir da análise do conteúdo do julgado abaixo:

Quanto à prescrição, não vislumbro sua ocorrência, eis que as partes apontam como termo inicial como as datas das respectivas aquisições de compra e venda mercantil de cimento e derivados. Segundo consta dos autos, **a requerida somente tomou ciência inequívoca quanto à existência do fenômeno de cartelização com a publicação em 04/08/2014 decorrente do processo administrativo 08012.011142/2006-79**. Ou seja, a requerente somente teve conhecimento dos fatos perpetrados com a publicação da decisão administrativa que permitiu ter ciência das conclusões das práticas anticoncorrenciais reportadas nestes autos, além das penalidades administrativas decorrentes das infrações à ordem econômica apuradas. Não há como se considerar a prescrição em datas anteriores, eis que a doutrina e a jurisprudência há anos vêm amparando a tese de *actio nata*, quando o direito não se revelava exercitável em data anterior à ciência inequívoca do ato ilícito. Portanto, sendo proposta a ação em 04.08.2017, evidente que fora proposta a ação no último dia do prazo prescricional, levando-se em consideração a data da ciência inequívoca dos atos de cartelização apurados no procedimento administrativo, considerando o prazo trienal da reparação de danos, nos termos do artigo 206, §3º, V, do Código Civil. (TJ/SP – Ação nº 1076944-27.2017.8.26.0100, 39ª Vara Cível, Juíza de Direito Daniela Pazzeto Meneghine Conceição, julgado em 26/04/2018).

O quinto e último entendimento é expressado no sentido de que o prazo prescricional deveria ser contado a partir da data da decisão final do CADE, após julgamento de todos os embargos declaratórios ou pedidos de reconsideração, assumindo-se o trânsito em julgado do processo administrativo sancionador. O entendimento jurisprudencial exemplificativo neste sentido pode ser observado do excerto abaixo:

Há que se salientar o necessário afastamento da prescrição da pretensão autoral, seja pelo fato de que, levando-se em consideração a data da realização das vendas, parte dos valores ora cobrados ainda não estariam prescritos, ante a aplicação, nas compras realizadas antes do advento do Código Civil de 2002, do prazo prescricional vintenário, nos termos do artigo 2.028, do Código Civil. Por outro lado, imperioso salientar a possibilidade do afastamento da prescrição, com base no difundido princípio da *actio nata*, ratificado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual **o prazo prescricional somente se inicia com o nascimento da pretensão à ação, que, no caso dos autos se daria com a ciência da violação do direito por parte das rés, supostamente divulgada com a publicação da decisão definitiva perante o CADE.** (TJ/SP – Ação nº 1076912-22.2017.8.26.0100, 31ª Vara Cível, Juíza de Direito Mariana de Souza Neves Salinas, julgado em 06/03/2018) (grifo nosso).

Acerca da controvérsia sobre o termo inicial da contagem do prazo prescricional, deve-se ter em conta que o prazo apenas passa a correr quando se observa uma inércia do titular da pretensão¹⁴⁴, observando-se ainda o momento de efetiva constatação do dano, a ciência dos prejudicados.

Neste sentido é o atual entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, em um caso no qual se analisava a pretensão indenizatória advinda de uma situação de incapacidade laboral:

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

O mesmo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do Recurso Especial n. 1.354.348/RS, versando sobre danos ambientais, decidiu que o prazo prescricional se inicia com o conhecimento do ato ou fato no qual se fundamenta a pretensão, ao tempo em que reconheceu assumir a *actio nata*, nas hipóteses de responsabilidade extracontratual, um viés voltado aos interesses sociais¹⁴⁵, interpretação essa que pode ser estendida ao dano decorrente de cartel, por

¹⁴⁴ PEIXOTO, et. al, Op. Cit, p. 63.

¹⁴⁵ Ibid, p. 63.

também ostentar essa característica de direito voltado à proteção do interesse coletivo. Neste sentido é a ementa ora apresentada:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO EM VIRTUDE DE DANOS MATERIAIS E MORAIS ORIUNDOS DE CONTAMINAÇÃO AMBIENTAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. 1. Alegado dano ambiental consubstanciado na contaminação do solo e das águas subterrâneas na localidade onde o recorrido residia, em decorrência dos produtos tóxicos utilizados no tratamento dos postes de luz destinados à distribuição de energia elétrica aos consumidores, o que foi noticiado no ano de 2005 pela mídia e pela própria AES Florestal. 2. **Na responsabilidade contratual, em regra, o termo inicial da contagem dos prazos de prescrição encontra-se na lesão ao direito**, da qual decorre o nascimento da pretensão, que traz em seu bojo a possibilidade de exigência do direito subjetivo violado, nos termos do disposto no art. 189 do Código Civil, consagrando a tese da *actio nata* no ordenamento jurídico pátrio. 3. Contudo, **na responsabilidade extracontratual, a aludida regra assume viés mais humanizado e voltado aos interesses sociais, admitindo-se como marco inicial não mais o momento da ocorrência da violação do direito, mas a data do conhecimento do ato ou fato do qual decorre o direito de agir, sob pena de se punir a vítima por uma negligência que não houve, olvidando-se o fato de que a aparente inércia pode ter decorrido da absoluta falta de conhecimento do dano**. Inteligência da Súmula 278 do STJ. 4. Constata-se aqui a subsunção da situação fática à norma constante do art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o recorrido alega que foi vítima de contaminação ambiental decorrente dos produtos venenosos utilizados no tratamento dos postes de luz destinados à distribuição de energia elétrica aos consumidores. Incidência do prazo prescricional quinquenal (art. 27 do Código de Defesa do Consumidor), iniciando-se sua contagem a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. 5. No caso, tendo o recorrido tomado ciência da contaminação do solo e do lençol freático de sua localidade - momento em que lhe foi possível dessumir a desvalorização imobiliária (dano material) - no ano de 2005, ressoa inequívoca a não ocorrência da prescrição, haja vista que a demanda foi ajuizada em 2009. (Recurso Especial Nº 1.354.348 - RS, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 26 de agosto de 2014) (grifos nossos).

Consagrada a tese da *actio nata*, importa compreender seu alcance, de certa forma clarificado pelo teor do julgado acima do STJ. Por esta teoria, o nascimento do direito de ação surge, na hipótese de atos ilícitos, não da violação do direito em si ou do fato danoso, mas da ciência inequívoca desse ato pela parte afetada. Do contrário, poderia haver uma “punição” consubstanciada na prescrição para pessoas que não foram negligentes, não estavam inertes e que, dada a natureza oculta do ilícito de cartel, sequer sabiam da sua efetiva ocorrência¹⁴⁶.

¹⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Parte Geral e LINDB, Volume I**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 622.

Com efeito, a prescrição fulmina para o titular de um direito a possibilidade de exercê-lo, ou seja, a sua pretensão, nos termos do Art. 189 do Código Civil de 2002: “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”. Todavia, a doutrina estabelece alguns requisitos para se caracterizar a prescrição, como expõe Carlos Roberto Gonçalves: “a) a violação do direito, com o nascimento da pretensão; b) a inércia do titular; c) o decurso do tempo fixado pela lei.”¹⁴⁷

Como nos casos de atos ilícitos nem sempre há publicidade da prática violadora do direito e tampouco conhecimento da sua ilicitude pelo sujeito afetado, não faz sentido iniciar a contagem de prazo prescricional quando não se tem conhecimento da violação do direito e tampouco há inércia do seu titular, pois ausentes tais pressupostos de configuração da prescrição.

Se considerássemos a contagem do prazo prescricional para ARDCs por dano de cartel a partir da lesão, da instauração do procedimento apuratório pelo CADE, ou outro momento anterior à definitividade da decisão proferida por esta autoridade concorrencial, não haveria sequer ciência do ilícito, pois o conhecimento incidiria não sobre violação de um dever legal por parte das empresas cartelistas, senão em face de uma possibilidade nesse sentido.

Daí ser forçoso reconhecer que, pela teoria da *actio nata*, nos moldes em que é interpretada inclusive pelo STJ, a ação de reparação de danos concorrenciais deve adotar, como termo inicial para a contagem da prescrição, não o momento da violação do direito, mas a data do conhecimento do ato ou fato do qual decorre o direito de agir, entendendo-se este como o momento em que o afetado toma ciência da existência do ato ilícito, de sua autoria e dos danos dele advindos¹⁴⁸. Isso só ocorre com a definitividade da decisão administrativa condenatória por cartel no âmbito do CADE, ou, se esta vier antes, de decisão criminal transitada em julgado que reconheça a prática criminosa no âmbito da justiça.

Em apertada síntese, percebe-se que cada uma das alternativas interpretativas se referem a momentos bem distintos e distanciados no tempo, sobretudo considerando a realidade dos

¹⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 1, 11ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 513.

¹⁴⁸ PEIXOTO et. al, Op. Cit., p. 73.

processos administrativos de cartel no CADE, que duram em média sete anos entre a sua instauração e o seu julgamento. No Judiciário a tônica também não é diferente, com um prazo longo de duração dos processos criminais.

Ao se perscrutar as consequências dessas linhas, têm-se que se fosse adotada a primeira (data da lesão), as partes dificilmente teriam acesso a provas suficientes para demonstrar em juízo a ocorrência do ilícito concorrencial e também os respectivos prejuízos sofridos, inviabilizando o direito ou, quando muito, tornando o seu exercício bastante dificultado.

De outro turno, se considerada a última hipótese (definitividade da decisão condenatória, judicial ou administrativa), ter-se-á ações reparatórias extremamente distanciadas dos fatos, pois é comum que um processo administrativo dure entre sete a dez anos de tramitação até o seu trânsito em julgado, tempo esse que não se refere propriamente aos fatos, mas sim à instauração do processo. Quanto aos fatos, estes podem ser mais antigos, pois a prescrição adotada pela jurisprudência do CADE para cartéis é de doze anos. Em suma, nessa última situação, ter-se-á pleitos reparatórios que poderão estar distanciados cerca de vinte anos dos fatos, situação que tampouco é desejável sob o prisma de segurança jurídica das partes, todavia, se mostra a mais razoável em termos de efetividade de reparação do dano para as vítimas de um ato ilícito.

De outra banda, cumpre examinar a situação dos cartéis em licitações, em que o erário público é diretamente prejudicado e as ações de reparação de danos se dão basicamente por intermédio daqueles que apresentam a fazenda pública ou seus órgãos, autarquias e empresas públicas em juízo, em que o contexto do prazo prescricional e do termo inicial (*dies a quo*) toma novos contornos e requer reflexões adicionais.

Questiona-se, nessas hipóteses, se a ação de reparação de danos à Fazenda Pública, decorrente de ilícito civil, seria imprescritível ou não, diante de uma leitura do § 5º do Art. 37 da Constituição Federal¹⁴⁹, cujo teor ressalva da prescritibilidade as ações de ressarcimento ao erário.

¹⁴⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Uma leitura rápida do dispositivo permite inferir que a lei irá estabelecer os prazos prescricionais a serem aplicados aos ilícitos cometidos contra a Fazenda Pública, ressalvada as ações de ressarcimento, que, por tal ressalva, seriam imprescritíveis. Em outras palavras, por essa interpretação, o crime, a infração administrativa ou ainda o ato de improbidade administrativa cujo reflexo gere um dano ao erário será prescritível, mas a respectiva ação de ressarcimento não.

Entretanto, este dispositivo constitucional tem limites, devendo ser lido associadamente ao § 4º do mesmo Art. 37¹⁵⁰, que cuida da improbidade administrativa.

E essa leitura conjunta indica que, para o ajuizamento de ações de ressarcimento pela Fazenda Pública, a imprescritibilidade somente se aplicaria às reparações decorrentes de atos de improbidade administrativa.

Conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, há que se diferenciar três tipos de ilícitos: o ilícito por improbidade administrativa – que seria imprescritível –; o ilícito penal e o ilícito civil.

Os ministros do STF, em sede do RE 669.069, decidiram que a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil é prescritível. A tese em repercussão geral foi firmada durante o julgamento de Recurso Extraordinário, entretanto, não alcança prejuízos que decorram de ato de improbidade administrativa, tema não discutido no âmbito do recurso.

O plenário, por maioria, pontuou que deve ser entendida de forma estrita a ressalva contida na parte final do § 5º do Art. 37 da CF, segundo o qual “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Neste sentido é a ementa:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO.

1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.

¹⁵⁰ § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (Recurso Extraordinário n 669.069 MINAS GERAIS, Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 12 de novembro de 2014).

Ao diferenciar o ilícito civil, o ilícito penal e a improbidade administrativa, o Supremo Tribunal Federal consignou que apenas o ressarcimento decorrente dos ilícitos advindos por improbidade administrativa seria imprescritível, considerando ser prescritível a a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.

Poder-se-ia cogitar o fato de o cartel também constituir um ilícito penal, tipificado na Lei nº 8.137/1990, atraindo eventual imprescritibilidade do dispositivo constitucional supra, tema esse tampouco abrangido no entedimento fixado pelo Supremo. Entretanto, como o escopo da pesquisa trata especificamente da responsabilidade civil pelos danos de cartel, especialmente quando configurado sob a ótica civil, é suficiente a conclusão da Corte Suprema no sentido da prescritibilidade da correspondente ação reparatória quando a Fazenda Pública figure como autora.

Sobre a temática ora posta, há ainda questionamentos sobre o prazo prescricional dos ilícitos civis, se seria aplicável o constante do Decreto 20.910/1932¹⁵¹, de 5 (cinco) anos, ou se seria aquele mesmo de três anos constante do Código Civil.

Entretanto, para se discutir este caso específico, é necessário ter em conta que o STF, em sede do Recurso Extraordinário supramencionado, não apreciou qual seria o prazo prescricional, mas apenas reconheceu que a ação de reparação seria prescritível.

Estabelecida a prescritibilidade em relação ao ilícito civil cometido em face de de um ente público, deve-se perquirir qual o prazo correspondente aplicável. E nesse aspecto, conquanto se possa defender um prazo diferente daquele submetido ao particular, a exemplo da prescrição quinquenal contida no Decreto 20.910/1932 para as ações contra a Fazenda Pública e, por isonomia, para as ações por ela movidas, afigura-se tecnicamente mais adequada a adoção do prazo trienal prevista na lei civil, como abordado a seguir.

De fato, conquanto a aquisição de bens e serviços pela Administração Pública ocorra no contexto do direito público, com a previsão de regimes jurídicos diferenciados aos contratos e de cláusulas exorbitantes em prol do ente público, a infração de cartel é estranha

¹⁵¹ BRASIL. Decreto 20.910, de 6 de Janeiro de 1932. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm. Acesso em 20 de novembro de 2019.

ao contrato e até mesmo à forma de contratação, tendo natureza de ilícito civil e estritamente privada, sem que haja motivos para a administração gozar de prerrogativas em comparação com o particular afetado pelo mesmo dano.

A ofensa do cartel se dirige ao mercado como um todo, incidindo sobre o bem/serviço, ainda que ele atinja, eventualmente, uma licitação pública em particular. Nessa hipótese, pouco importa se o ajuste celebrado é um contrato administrativo típico, permeado do poder de império, ou se é um contrato privado da Administração, em que ela atua despida daquele poder, pois a ofensa do cartel não ocorre internamente ao contrato, mas fora dele, dissociada mesmo dos seus termos, surgindo como ilícito autônomo, privado e externo ao contrato administrativo, daí porque originador de um dever de reparação de natureza eminentemente privada e sem relação com a característica pública dos contratos e com as prerrogativas do ente público.

Mais razoável se aplicar, nesse sentir, o mesmo prazo prescricional a que se sujeitam os demais particulares, de três anos, para que a Fazenda Pública possa pleitear reparação civil em face de danos de cartel, pelo fato de se tratar de um ilícito de natureza civil e de ela não ser lesada em situação na qual atue com a supremacia administrativa, mas em condições similares às dos demais prejudicados a que se refere o Art. 47 da LDC, sob uma dimensão exclusivamente de direito privado.

7.3 COMPARTILHAMENTO DE DOCUMENTOS EM PODER DO CADE

Um dos principais desafios ao ajuizamento de ações privadas de ressarcimento de danos concorrenciais no Brasil concerne exatamente à capacidade (ou falta dela) de os prejudicados produzirem, no Poder Judiciário, as provas necessárias para comprovar a responsabilidade civil dos causadores dos danos concorrenciais.

Como toda responsabilização civil, a imputação da ofensa ao autor do cartel depende da demonstração da conduta antijurídica, da existência de dano e do nexo de causalidade entre o dano e a conduta.¹⁵²

E pelas normas processuais em vigor¹⁵³, cabe ao autor da ação indenizatória a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, competindo, portanto, ao demandante na ARDC a comprovação da ocorrência do ato ilícito, do prejuízo por ele experimentado e da relação deste dano com a prática do ilícito.

Todavia, essa tarefa é deveras dificultada, ante o caráter oculto dos atos colusivos praticados pelos cartelistas, que procuram esconder a qualquer custo as provas dessa coordenação e cooperação falseadora da concorrência.

Tampouco o CADE, instituição vocacionada para investigar, apurar e punir tais ilícitos, muito embora detentor de meios para obter tais provas, as tem disponibilizado aos particulares para exercerem essa faculdade de demandar por danos de cartel, sob a justificativa de que o fornecimento de tais elementos, geralmente obtidos via acordos de leniência e TCCs, poderia criar desincentivos à adesão a esses programas, na medida em que os seus signatários teriam a possibilidade de sair desses acordos em situação pior do que aqueles não colaboradores.

Em torno desse tema da disponibilização de documentos em posse do CADE, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou no bojo do Recurso Especial n. 1.554.986/SP, no qual autorizou o acesso a documentos sigilosos constantes de um acordo de leniência a um litigante que argumentava ter sido lesado pela prática de cartel. Vejamos a ementa do julgado:

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.

¹⁵² 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. 2012, p. 332-350.

¹⁵³ Art 373 do Código de Processo Civil.

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 nº 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 - REsp: 1554986 SP 2015/0219111-7, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 08/03/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/04/2016) (grifo nosso)¹⁵⁴

No mencionado precedente, buscou-se exatamente obter acesso a documentos sigilosos advindos de um acordo de leniência firmado com o CADE, tendo o STJ deferido essa providência, estabelecendo em um primeiro momento a entrega da nota técnica da Superintendência-Geral ao Tribunal como marco final para o sigilo documental, prazo esse que foi posteriormente alterado para a prolação de acórdão pelo Tribunal do CADE.

¹⁵⁴ Em sede de embargos supervenientes ao decism supra, o STJ esclareceu que: “3. Contudo, o assistente admitido traz considerações relevantes quanto à **inadequação da utilização do envio do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo como marco temporal do termo ad quem do sigilo, as quais são acolhidas para estender o sigilo até a prolação de acórdão pelo Tribunal Administrativo.**” DJe de 06/03/2018.

Tal situação levou o CADE e a comunidade antitruste a refletirem sobre esse dever de abertura dos documentos e também sobre a própria importância das ARDCs como instrumento de complemento da política pública de combate a cartéis.

Desde então o CADE vem estudando internamente o assunto e também dialogando com a comunidade antitruste para desenhar, normativamente, a melhor forma possível para fornecer documentos e informações que possam satisfazer a necessidade de publicidade documental apontada pelo STJ e, igualmente, desenvolver as ações de reparação civil por danos concorrenciais.

O resultado desse trabalho está atualmente consubstanciado na Resolução nº 21/2018 e na Portaria nº 869/2019, melhor examinadas adiante, uma vez que o acesso aos documentos e informações dos processos administrativos que tramitam junto ao CADE é crucial para a viabilidade das ARDCs como instrumento de compensação e também de prevenção.

7.4 RESOLUÇÃO 21/2018 DO CADE

Em 5 de setembro de 2018, o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica aprovou a Resolução nº 21/2018, que passou a regulamentar os procedimentos de acesso, por terceiros, aos documentos e informações relativas aos processos administrativos que tramitam junto ao CADE. A Resolução abarca os processos administrativos relacionados tanto aos Acordos de Leniência, quanto aos Termos de Compromisso de Cessação de conduta anticompetitiva e, ainda, as ações judiciais de busca e apreensão.

A Resolução, além de tentar proteger os Programas de Leniência e TCC da autarquia, dado o sucesso reconhecido desses programas para fins de descoberta e condenções de cartel pelo CADE, procura ao mesmo tempo fomentar o ajuizamento de ações de reparação por conduta anticoncorrencial, facilitando o acesso dos prejudicados às provas utilizadas pelo CADE no âmbito do processo administrativo, com vistas a promover um verdadeiro balanceamento entre os vetores da persecução pública e da persecução privada da antitruste, em prol de um sistema plural de defesa da concorrência.

Igualmente, busca-se compatibilizar a Lei de Defesa da Concorrência com disposições de transparência e publicidade trazidas pela Lei de Acesso à Informação¹⁵⁵, privilegiando logo no Art. 1º a regra geral de acesso público aos documentos e informações constantes dos processos administrativos que tramitam no CADE¹⁵⁶:

Ao tentar compatibilizar a necessidade de proteção dos Programas de Leniência e de TCC conduzidos pela autarquia nos últimos anos com o interesse em estimular o fomento ao ajuizamento de ações de reparação de danos, bem assim a ampliação do combate às condutas anticompetitivas, a Resolução acerta ao eleger como preceito geral a publicidade dos documentos e informações dos processos administrativos, estabelecendo o sigilo como exceção, com as hipóteses desta dispostas em rol exemplificativo no Art. 2º, a saber:

Art. 2º Constituem exceções ao disposto no art. 1º e serão mantidos como de acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade, e não poderão ser disponibilizados a terceiros:

I – o Histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do Cade com base em documentos e informações de caráter auto-acusatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC, 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/ou à efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade; 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 e 23, VIII 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 e II do Decreto nº 7.724/2012);

e) que constituam hipóteses previstas nos arts. 91 a 94 e 219 do Regimento Interno do Cade;

f) que tenham sigilo definido por decisão judicial;

g) apresentados pelo proponente durante a negociação do Acordo de Leniência ou do TCC subsequentemente frustrada, enquanto não forem restituídos aos proponentes ou destruídos pelo CADE.

§ 1º É de ônus do interessado a fundamentação das razões e a indicação do dispositivo legal que embasa o caráter restrito de outros documentos e informações além daqueles elencados neste artigo.

¹⁵⁵ BRASIL. **Lei de Acesso à Informação**. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

¹⁵⁶ Art. 1º São públicos os documentos e informações constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, Termos de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão, e sua divulgação ocorrerá na fase processual adequada, conforme artigos 8º a 11 desta Resolução.

§ 2º A qualquer tempo os interessados poderão se manifestar nos autos para indicar a necessidade de manutenção do acesso restrito de documentos e informações nos termos dessa Resolução e/ou de legislação específica.

A proteção do histórico de conduta e dos seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do CADE, demonstra um cuidado da autarquia em resguardar documentos e informações que possam ser incriminadores das partes que celebraram os TCCs e acordos de leniência, e que não existiriam sem o ajuste, porquanto produzidos a pedido da autoridade e como requisito para a assinatura do respectivo pacto.

O sigilo é aplicado inclusive no caso de desistência da proposta, e serão acessados apenas pelos envolvidos nas condutas e pelas pessoas autorizadas pelo CADE, evitando-se, assim, que se frustre de plano a tentativa de cooperação entre infrator e autoridade.

Ademais, permanecem sigilosos ainda os documentos e informações cuja previsão de sigilo já conste na própria Lei nº 12.529/2011 – a exemplo dos Arts. 44, § 2º, 49 e 85, § 5º–, as informações que constituam segredo industrial, fiscal, bancário ou comercial, bem como as cobertas por sigilo devido a decisão judicial.

Outrossim, aquele interessado em manter o acesso restrito de determinados documentos deve fornecer ao CADE informações e argumentos para embasar o sigilo pleiteado, podendo indicar a necessidade de manutenção do sigilo a qualquer tempo da tramitação do processo administrativo.

Estas previsões da Resolução nº 21, já amplamente debatidas tanto com a comunidade antitruste quanto com a sociedade civil, têm se mostrado acertadas e vêm facilitando construção da jurisprudência sobre o tema, sem prejuízo da proteção de sigilo a informações sensíveis dos representados e dos compromissários.

Em continuidade da análise da norma que estipula critérios para a obtenção de acesso aos documentos e informações advindos de processos administrativos sob tramitação no CADE, deve-se dar atenção às excepcionalidades previstas no Art. 3º da Resolução 21, que assim prevê:

Art. 3º A excepcional concessão de acesso aos documentos e às informações referidos no art. 2º poderá ocorrer 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, desde que não haja prejuízo à investigação; ou

IV – cooperação jurídica internacional, prevista nos arts. 26 e 27 do CPC, mediante autorização do CADE e autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC, desde que não haja prejuízo à investigação.

Parágrafo único. A análise do pedido de excepcional concessão de acesso de que trata o *caput* deverá observar:

I – a legitimidade do requerente;

II – os fatos e fundamentos específicos que embasam o requerimento;

III – a razoabilidade e a proporcionalidade do requerimento;

IV – a fase processual da investigação no Cade, conforme a Seção II desta Resolução;

V – a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador;

VI – a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade;

VII – a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica.

Esta previsão da Resolução nº 21/2018 tem por escopo incorporar aos procedimentos da autarquia a estrita atenção à previsão legal sobre acesso às informações, nomeadamente a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), bem como publicizar a deferência – já existente e de caráter obrigatório – do CADE para com as decisões do judiciário.

Ao criar a excepcionalidade de fornecimento de documentos que seriam sigilosos para fins de cooperação jurídica internacional, a autarquia, acertadamente, procurou atuar em consonância com as melhores práticas internacionais no combate aos cartéis e demais ilícitos anticompetitivos, sem descurar dos direitos dos signatários, protegidos sob a forma de necessidade de autorização.

Além das hipóteses específicas descritas no Art. 3º, a Resolução condiciona o acesso aos documentos e informações à análise, a ser feita pelo CADE, sobre a legitimidade do requerente de acesso aos documentos; os fatos e fundamentos específicos que embasam o requerimento; a razoabilidade e a proporcionalidade do pedido, bem como a fase em que se encontra o processo da investigação na autarquia.

Já o parágrafo único do Art. 3º cuidou de estabelecer um procedimento a ser seguido e observado nos casos de pedido de excepcional concessão de acesso a documentos, fornecendo critérios de previsibilidade e de segurança jurídica para representados e demais administrados.

O Art. 4º da Resolução, por sua vez, replica um dispositivo constante tanto no Art. 248 do Regimento Interno do CADE, quanto no art. 44 da Lei nº 12.529/2011, para reafirmar a responsabilização administrativa, civil e penal daquele que divulga ou compartilha com terceiros os documentos de acesso restrito¹⁵⁷.

Sobre este ponto, é importante observar que a responsabilização é aplicável a qualquer um que eventualmente tenha acesso aos documentos, seja servidor público lotado junto ao CADE, seja empregado ou prestador de serviço vinculado às empresas que produziram os documentos.

As disposições dos Arts. 5º, 6º e 7º têm caráter complementar às normas anteriormente vistas, criando alguns deveres para as partes signatárias de acordos, faculdades ao CADE e previsão de participação do Ministério Público na celebração de leniências.

O Art. 8º inaugura os dispositivos concernentes à concessão de acesso a depender das fases processuais de tramitação¹⁵⁸. Pretende-se, por meio dele, garantir a manutenção do sigilo pelo CADE (Superintendência-Geral e Tribunal do CADE) dos documentos, atos processuais e informações produzidas no âmbito da negociação dos acordos de leniência e dos TCCs.

A previsão ratifica uma postura quanto ao sigilo, já adotada regularmente pelo órgão de defesa da concorrência, e é um reflexo dos procedimentos de negociação do acordo de leniência, diante do qual se presume e se aplica o sigilo aos documentos na constância das negociações, de modo que, na ocorrência de acordo de leniência inexitoso, por exemplo, esses documentos são devolvidos às partes que os produziram, sem utilização para quaisquer fins pela autoridade.

Neste mesmo sentido é a orientação do Guia para a celebração do Acordo de Leniência¹⁵⁹, ao prever:

¹⁵⁷ Art. 4º. Nos termos do art. 248, § 2º, II do Regimento Interno do Cade, e art. 44 da Lei nº 12.529/2011, sujeita-se à responsabilização administrativa, civil e penal aquele que divulga, compartilha com terceiros ou utiliza documentos e informações de acesso restrito referidos nos arts. 2º e 3º desta Resolução.

¹⁵⁸ Art. 8º Durante a fase de negociação e celebração de Acordos de Leniência e TCC, a Superintendência-Geral e o Tribunal do Cade assegurarão o tratamento sigiloso e/ou restrito da proposta, conforme os arts. 85, § 5º e 86, § 9º da Lei nº 12.529, de 2011, bem como dos documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos em investigação.

¹⁵⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Guia para a celebração do Acordo de Leniência, 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 16 de setembro de 2019.

Em caso de desistência do proponente – assim como em caso de rejeição da proposta de acordo pela Superintendência-Geral do Cade (vide perguntas 55 e 56, infra) –, todos os documentos apresentados ao Cade serão devolvidos ao proponente e todas as informações prestadas serão mantidas sob sigilo, não sendo permitido ao Cade compartilhar ou fazer uso dessas informações para nenhum fim, inclusive investigatório (art. 86, §9º da Lei nº 12.529/2011), salvo na hipótese de serem voluntariamente apresentadas em sede de eventual Termo de Compromisso de Cessação.

Em situações específicas, ainda é possível que a empresa e/ou as pessoas físicas signatárias abdicuem à confidencialidade da sua identidade e/ou do conteúdo do Acordo de Leniência e/ou de seus documentos e outros materiais anexados, em todo ou em parte, caso assim seja acordado entre os signatários, o Cade e o Ministério Público Estadual e/ou Federal, no interesse dos signatários ou da investigação. O Cade, porém, não requererá aos signatários que abdicuem da sua garantia de sigilo, caso desejem mantê-lo.

O Art. 9º, de seu turno, estabeleceu forma de acesso à proposta e ao processo de negociação do acordo de leniência e do TCC, com o estabelecimento de parâmetros a serem observados nessa análise¹⁶⁰.

Ao estipular parâmetros para o acesso aos documentos, o CADE cumpriu seu papel de preservar a política nacional de combate às infrações concorrenciais, política essa exitosa e que tem ensejado o reconhecimento da autoridade como órgão de excelência em âmbito nacional e internacional, e, ao mesmo tempo, propiciado o respeito ao direito de publicidade e transparência que recai sobre os processos administrativos, inclusive com a previsão de versões públicas de peças essenciais produzidas internamente, como a Nota Técnica de Instauração de processo administrativo e da Nota Técnica final da Superintendência-Geral.

Mais adiante, a regulamentação dispõe sobre a necessária publicidade dos documentos e informações a partir da decisão pelo plenário do Tribunal do CADE (Art. 11), medida essa que pode vir fomentar as ARDCs, na medida em que passam a ser publicizados documentos e informações antes restritos, desde que não enquadrados na “*black list*” do Art. 2º, por vezes já suficientes para embasar uma ação indenizatória.

¹⁶⁰ Art. 9º A proposta e o processo de negociação de Acordo de Leniência e de TCC, bem como os demais documentos, informações e atos processuais que tenham recebido tratamento sigiloso, somente poderão ser acessados pelas pessoas autorizadas pelo Cade, nos termos dos arts. 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011, observados os seguintes parâmetros: I – a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador; II – a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade; III – a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica. Parágrafo único. Os documentos e as informações classificados como de acesso restrito constituirão apartado específico e serão classificados conforme os parâmetros estabelecidos no *caput*.

Ainda sobre a reparação de danos concorrenciais, é importante ter em conta a existência do Art. 12 da Resolução, no qual se prevê que tanto a Superintendência-Geral do CADE quanto o Tribunal do CADE poderão considerar como circunstância atenuante a comprovação, pelas representadas, do ressarcimento dos danos concorrenciais, judicial ou extrajudicialmente.

Tal regramento tem interrelação direta com as ARDCs, pois viabiliza a redução de penalidades já impostas pelo CADE em face de ressarcimentos efetuados diretamente aos lesados pela sua conduta, seja em âmbito judicial ou extrajudicial.

Essa Resolução foi recentemente regulamentada pela Portaria nº 869/2019, com vistas a melhor estabelecer os procedimentos, fases e órgãos responsáveis na operacionalização da publicidade de que tratou o normativo mencionado.

Espera-se, com isso, instituir uma sistemática de disponibilização documental o mais abrangente possível, a ser realizada pelo Relator e implementada após a definitividade da decisão do Tribunal do CADE, o que, como já foi dito, tem um potencial de munir os interessados/lesados de informações necessárias para as ARDCs e, ao mesmo tempo, de evitar que estes tenham que se socorrer de medidas judiciais ou mesmo administrativas para tentar obter essa documentação.

Por outro lado, procurou-se preservar incentivos e direitos das partes infratoras, em não saírem do acordo em situação pior do que estariam caso não tivessem a ele aderido, mantendo-se os atrativos das soluções negociadas (leniência e TCC), instrumentos esses até hoje essenciais para o bom funcionamento da atividade repressiva e punitiva desempenhada pelo CADE.

7.5 COMPRADORES DIRETOS, INDIRETOS E *PASS-ON EFFECT*

No tópico que abordamos a teoria do *pass-on defence* e a legitimidade dos compradores diretos e indiretos, pudemos observar que esse assunto não tem um tratamento uniforme na legislação alienígena, haja vista o reconhecimento de sua utilização pela UE e por estados

membros norte-americanos, muito embora na esfera federal dos EUA não seja admitido esse chamado efeito repasse.

Aqui veremos como a questão vem sendo compreendida no direito nacional e no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

Pelas regras brasileiras sobre responsabilidade civil, aos prejudicados, sejam eles compradores diretos ou indiretos do produto cartelizado, está garantido o direito de ação, estando o sucesso da empreitada jurídica vinculado à existência de um ilícito antitruste, à ocorrência (e comprovação) de um dano e à relação de causalidade entre ambos. Trata-se, contudo, de questão não amplamente discutida nas cortes superiores brasileiras.

Todavia, é perceptível que o arcabouço legal existente permite aceitar a legitimidade dos compradores diretos e indiretos, se aproximando do regime europeu, no sentido de se buscar o desenvolvimento de uma política pública que crie incentivos para o surgimento e a consolidação das ARDCs, ampliando a sua base de possíveis demandantes.

No que toca à utilização ofensiva ou defensiva do *pass-on effect*, parte da doutrina entende que este ônus deve recair sobre o demandado, admitindo, portanto, o reconhecimento do efeito repasse.

Ferraz Júnior¹⁶¹, por exemplo, sustenta que eventual alegação do réu (produtor do bem cartelizado) de existência de repasse de sobrepreço realizado pelo autor da ação deve ser objeto de prova pelo réu que adota essa linha de defesa, por se tratar de fato desconstitutivo do direito do autor. Em mesma linha, reputa serem aplicáveis os Arts. 81 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor.

Sem destoar desta posição, Caselta¹⁶² acrescenta que a defesa está autorizada a se utilizar dos argumentos de *pass-on defence*, transferindo-se o ônus da prova para o réu nas ações de responsabilidade, com exceção para a situação dos documentos probatórios estarem sob a posse do autor da ação indenizatória.

¹⁶¹ FERRAZ JÚNIOR, Op. Cit, p.11-31.

¹⁶² CASELTA, Op. Cit., p. 117.

Por sua vez, Marques Francisco¹⁶³ encampa o entendimento para se admitir uma presunção relativa de repasse, sendo a inversão do ônus da prova subsumível exclusivamente aos casos regidos pelos CDC, em que o próprio consumidor final *strictu sensu* é o autor da ação. Tal compreensão é respaldada por Pedro Vicentini¹⁶⁴, que complementa: “tratando-se de outros intermediários na cadeia produtiva (que não o consumidor final) deve-se aplicar a regra geral de distribuição dinâmica do ônus da prova introduzida pelo novo CPC, no art. 373, § 1º”.

O TJSP, de seu turno, em recente julgado, reconheceu a viabilidade da argumentação do repasse, porém não a ponto de a mera alegação, dissociada de prova robusta nesse sentido, ser suficiente para a sua caracterização, como se percebe no julgado abaixo, em que o Tribunal reformou a sentença do juízo de primeiro grau que improvia a ARDC sob o fundamento de que o autor da ação teria repassado todo o sobrepreço ao consumidor:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – Alegada formação de cartel no comércio de cimento – Sentença que a julgou improcedente – Recurso das Autoras – Alegação de que a sentença seria nula por não ter analisado os documentos juntados nem tampouco requisitado aqueles que seriam necessários à demonstração dos fatos – Cabimento – **Caso que demanda, necessariamente, a produção de prova pericial, sendo impossível o julgamento antecipado da lide – Repasse que foi presumido pelo Juízo, mas que deve ser objeto de aferição pericial, recaindo sobre as requeridas/apeladas o ônus de prová-la, nos termos do art. 373, II, do CPC – Sentença anulada – RECURSO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO. TJSP Apelação Civil 1050035-45.2017.8.26.0100, julgada em 28/-8/2-19. (grifo nosso)**

Essa legitimação ampla tem por objetivo mais visível possibilitar àqueles afetados pela conduta colusiva o ressarcimento pelos danos experimentados, sem uma limitação expressa ao comprador direto do bem/serviço cartelizado. Privilégia-se, neste caso, uma busca da verdade real acerca dos danos efetivamente causados pelo sobrepreço de um bem/serviço no bojo de toda a cadeia produtiva de bens subsequentes.

Com a devida vênia dos que assim pensam, essa abertura ampla de legitimados tende a operar contra a concretude e integralidade do ressarcimento, bem assim em detrimento da efetividade das ARDCs, pois viabiliza-se a diluição do montante do dano entre vários lesados na cadeia produtiva em que o bem/serviço cartelizado se incorporou, tornando, sob o aspecto do racional econômico, menos provável que esses atingidos pela conduta se movimentem para

¹⁶³ MARQUES FRANCISCO, André. **Responsabilidade civil por infração da ordem econômica**. Dissertação. Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, 2014.

¹⁶⁴ VICENTINI, Op. Cit., p 186.

acionar a justiça em prol de seus ressarcimentos, cada vez menores, ante a possibilidade de verem, posteriormente, diminuídas as suas prováveis indenizações em face de comprovações supervenientes de que transferiram para a cadeia subsequente parcela desse sobrepreço.

Essa permissão do *pass-on* também torna mais árdua a tarefa de comprovação do *quantum* de dano cada comprador da cadeia produtiva realmente sofreu. Nem se diga que o fato de se transferir para o réu o ônus *probandi* de demonstrar que o autor (comprador do bem majorado) repassou parte ou todo o sobrepreço por ele pago para o segmento à jusante seria suficiente para se deduzir que, mesmo assim, o valor do sobrepreço poderia ser pleiteado por este último. Isso porque, embora válida, em tese, tal possibilidade, esta equação de quem sofreu e quanto suportou de prejuízo poderá ser alterada várias vezes ao longo de cada demanda e a toda hora haverá a possibilidade de inserção de novos lesados à medida que haja eventuais comprovações pelos réus, resultando apenas na protração no tempo do dever de ressarcir do infrator e no aumento das dificuldades de prova inerentes à essa longa passagem do tempo.

Para exemplificar o raciocínio, pensemos em um produto “ α ” que sofreu um sobrepreço de 100 unidades de moeda em face de uma conduta cartelizada de seu fabricante X. Caso esse produto venha integrar apenas uma cadeia produtiva¹⁶⁵ e seja incorporado em um produto final vendido ao consumidor final em mais duas etapas, ou seja, foi vendido para um agente econômico Y, que o vendeu também ao agente econômico Z, para somente após essa etapa ser direcionado ao consumidor.

A não admissão do *pass-on defence* torna simples a demanda ressarcitória, privilegiando o primeiro lesado da cadeia, ou seja, o agente Y, que arcou com o dano diretamente, e decidiu suportar ou repassar todo ou parte desse sobrepreço sofrido, diga-se de passagem, desconhecido por ocasião da compra, uma vez que resultante do ilícito de cartel ainda não percebido ou comprovável na ocasião. Portanto, ao final dessa ação, Y poderia ser reparado em 100 unidade monetárias pela compra do produto cartelizado com preço majorado nesse valor.

Pois bem, a questão ganha em complexidade com a admissão do *pass-on* como estratégia de defesa, havendo consequências mais graves a depender do mercado afetado. Continuando no exemplo supra, caso Y demande pela integralidade do prejuízo de 100, correrá

¹⁶⁵ Um mesmo produto pode integrar diversas cadeias produtivas, por exemplo, um relé pode vir a ser instalado em um circuito maior, que comporá um aparelho de som, que se integrará a um veículo, mas também pode se direcionar para diversos outros equipamentos eletrônicos, como um computador. O sal pode ser utilizado da cadeia produtiva de alimentos, de rações animais, de fertilizantes, etc.

o risco de X vir a comprovar que, em verdade, apenas 34% desse valor foi suportado a título de redução do lucro por Y, sendo os 66% restantes repassados para o agente econômico imediatamente seguinte daquela cadeia produtiva. Nessa situação, Y terá menos incentivos econômicos para buscar o ressarcimento, seja integral ou parcial, pois está ciente dos percentuais de repasse do sobrepreço em seu produto, muito embora possa apostar na dificuldade de comprovação por parte de X. Mas supondo-se oferecida a ARDC e feita essa prova do repasse, o processo indenizatório que era de 100 se transformará em 34 unidades monetárias, abrindo-se a partir daqui uma nova possibilidade, que é a de Z e de o consumidor final pleitearem 66, sem se saber ainda quem arcou efetivamente com quanto.

Esse quadro sucessório se repetiria, até se chegar à conclusão, por exemplo, de que Z suportou 33 unidades monetárias e o consumidor final outras 33. Todavia, o tempo para se chegar a esse resultado seria longo, permeado de cálculos sofisticados, superiores àqueles necessários para provar os sobrepreços do cartel (já muitas vezes desestimuladores da demanda), pois ter-se-ia que agregar a comprovação de repasse desses para os produtos por ele integrados, consumindo um enorme esforço probatório, atrasando o término do processo e reduzindo, outrossim, o incentivo econômico de cada agente a demandar o prejuízo sofrido, ante a redução do ganho e a permanência dos custos processuais como um fator constante, associado às incertezas do sucesso e de outros fatores, como a incapacidade financeira da empresa condenada em arcar com o ressarcimento após a longa batalha judicial.

Por isso, sem deixar de reconhecer a justeza do pensamento que reconhece a cada lesado (não comprador direto do bem cartelizado) o direito de pleitear os danos decorrentes do sobrepreço pago e repartido na cadeia de produção, creio que essa linha interpretativa conduz à inefetividade ou quando muito à baixa probabilidade de efetividade das ações reparatórias, inviabilizando-as como instrumento de justiça que procuram ser, seja pela possibilidade de sofisticação das defesas, abrindo-se margem para a necessidade de abertura de dados concernentes a custos de produção e margens de lucro, seja pela demora processual superveniente nos casos em que a tese do *pass-on* seja aceita e venha a se reconhecer novos lesados na cadeia produtiva, perpetuando-se a possibilidade reparatória e, ao mesmo tempo, protelando a reparação integral quase *sine die*.

7.6 QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS EM CASOS DE CARTEL

O Manual da Advocacia da Concorrência, produzido pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC)¹⁶⁶, explica como deve se dar a quantificação e mensuração dos danos advindos de cartel, apresentando dois tipos de métodos – comparativos e baseados na estrutura das empresas ou mercados – e trazendo formas de cálculo de sobrepreço e do seu repasse. Neste sentido, o trecho passa a explicar:

A compensação deveria ser representada pelo valor – corrigido ao longo do tempo – do dano sofrido de fato (danos emergentes) e do prejuízo resultante dos ganhos potenciais não realizados (lucros cessantes). Esses ganhos potenciais não realizados apresentam-se, em geral, na forma de receitas não realizadas devido à atuação do cartel. O prejuízo sofrido de fato, por sua vez, representa o prejuízo resultante da elevação dos preços praticados no mercado cartelizado. Chamamos de sobrepreço a diferença entre o preço imposto pelo cartel e o preço que seria observado em um cenário contrafactual. Nesse caso, o prejuízo sofrido pode ser representado pela multiplicação do sobrepreço observado pelo total de produtos adquiridos das empresas participantes do cartel. (...) Classificamos as técnicas disponíveis em dois tipos: métodos comparativos e métodos baseados na estrutura das empresas ou mercados. Em geral, métodos classificados no primeiro tipo são baseados em análises econômicas em forma reduzida e métodos classificados como parte do segundo tipo utilizam ferramentas desenvolvidas para análises econômicas estruturais. A caracterização de um método entre forma reduzida, ou estrutural leva em consideração a forma como o pesquisador define a priori a relação entre as variáveis de interesse. (...) Em um método estrutural, o pesquisador parte dos conceitos fundamentais da teoria econômica com o objetivo de especificar um modelo que considere a forma como se dá a interação entre variáveis de interesse. Em um modelo desse tipo, são revelados os mecanismos que determinam a relação entre variáveis. Em um método de forma reduzida, não há interesse na revelação de mecanismos que determinam a relação entre variáveis.¹⁶⁷

Especificamente no que diz respeito aos métodos comparativos, a SEPRAC apresenta como primeira metodologia de análise o estudo da literatura sobre o sobrepreço em determinado mercado analisado, na qual o sobrepreço seria alicerçado em estudos econométricos com base em uma atuação média de cartel, como pode ser visto abaixo:

Uma primeira maneira de mensurar os danos causados pela atuação de um cartel é considerar resultados previamente obtidos pela literatura em economia e presumir que a atuação deste determinado cartel apresenta relação com a

¹⁶⁶ BRASIL. Cálculo de danos em cartéis - Guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência. Brasília-DF, 2018. Disponível em <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/calculo-de-danos-em-carteis> Acesso em 27 de novembro de 2019.

¹⁶⁷ Ibid.

atuação média esperada de um cartel. (...) Vale ressaltar que as medidas apresentadas por esses trabalhos apresentam considerável variância. Posner (2001) analisa o sobrepreço associado a doze casos comprovados de cartéis e conclui por um sobrepreço mediano de 28%. Werden (2003) avalia 13 estudos e conclui sobrepreço mediano de 15%. Connor e Lande (2008) analisam 670 casos previamente avaliados em cerca de 200 diferentes estudos e concluem por um aumento mediano de preços da ordem de 20%.¹⁶⁸

A segunda metodologia exposta pela SEPRAC consiste em um modelo comparativo temporal, em que são utilizados dados referentes a um período de atuação do cartel e outro em que se sabe livre de seu funcionamento, como pode ser visto a seguir:

Uma outra alternativa utilizada com relativa frequência é o uso de métodos que realizam comparações ao longo do tempo. Basicamente, nesse tipo de abordagem, utilizamos dados referentes a um período no tempo em que há a informação de que o cartel não está em atuação e comparamos os preços praticados ao longo desse período com os preços definidos a partir da formação do cartel. (...) Nesse caso, é possível computar o sobrepreço resultante da atuação do cartel partindo da hipótese que o preço teria seguido uma tendência constante na ausência do cartel. Sob essa suposição, o preço contrafactual pode ser obtido a partir de um método chamado interpolação linear, que permite inferir o preço que prevaleceria a cada momento no tempo conectando o preço vigente antes da formação do cartel e o preço vigente após sua dissolução.¹⁶⁹

A terceira metodologia mostrada traz a comparação entre grupos selecionados, por meio da verificação dos preços de membros do cartel em localidades nas quais o cartel teria operado e em outros nos quais ele não teria ocorrido, como pode ser visto do trecho abaixo:

Especificamente, é possível identificar o sobrepreço resultante da atuação de um cartel específico comparando o preço determinado pelos membros do cartel com o preço vigente em situações passíveis de comparação e em que não há indícios de práticas anticoncorrenciais.¹⁷⁰

Por fim, a SEPRAC oferece enquanto método a análise denominada “diferença-em-diferenças”, mediante a qual se identifica um grupo de tratamento e controle, se define um momento em que se iniciam os efeitos do fenômeno econômico do cartel e se cotejam as informações sobre períodos anteriores e posteriores ao início do cartel, nos moldes seguintes:

O método de diferença-em-diferenças pode ser utilizado em situações em que: (i) seja possível identificar grupos de tratamento e controle, no caso, mercados com e sem atuação de cartel; (ii) seja possível definir um momento em que se iniciem os efeitos do fenômeno econômico de interesse, isto é, o momento de início das operações do cartel; (iii) haja disponibilidade de informações para

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Ibid.

períodos anteriores e posteriores ao início dos efeitos do fenômeno econômico de interesse. A ideia geral em um método de diferença-em-diferenças é que, sob determinadas condições, o efeito de interesse pode ser identificado por meio de uma comparação ao longo do tempo entre afetados – grupo de tratamento – e não afetados – grupo de controle. Isto é, o método baseia-se na análise da tendência diferencial resultante de fenômeno econômico de interesse entre grupos de tratamento e controle.¹⁷¹

Tratando dos métodos baseados na estrutura das empresas ou mercados, a SEPRAC oferece dois tipos de metodologias de quantificação de prejuízos – a mensuração do custo de produção e avaliação dos agentes econômicos sobre como estes se comportam em uma situação de cartel, com base em uma série informações como o número de participantes no mercado, a elasticidade-preço da demanda, o nível de homogeneidade dos produtos ofertados ou a disponibilidade de produtos similares¹⁷².

A seguir um trecho que explica a segunda metodologia apresentada:

Especificamente, com base em uma série de informações - número de participantes no mercado, elasticidade-preço da demanda, nível de homogeneidade dos produtos ofertados, disponibilidade de produtos similares, entre outros - é possível avaliar como os agentes econômicos se comportariam em uma série de situações de interesse, considerando que o seu comportamento é coerente com o comportamento que seria observado por agentes econômicos atuando no arcabouço de um determinado modelo clássico. Esses modelos oferecem, por exemplo, a oportunidade de avaliar, teoricamente, como agentes econômicos atuando em diferentes estruturas de mercado se comportariam frente a um aumento nos custos de produção, ou frente à entrada de um novo competidor no mercado. (...) Os modelos definidos pela teoria econômica podem ser representados por relações matemáticas que determinam que a relação entre as variáveis consideradas obedece a uma estrutura determinada pelas suposições consideradas na construção do modelo.¹⁷³

Ao avaliar os aspectos jurídicos que eventualmente possam representar entraves à quantificação dos danos em sede de ARDCs decorrentes da prática de cartel no Brasil, têm-se aventado o princípio da reparação integral do dano como um aspecto a ser superado¹⁷⁴.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ibid. Veja-se: “Uma maneira de quantificar os prejuízos associados à atuação de um cartel é o uso de métodos baseados na mensuração do custo de produção. Em termos gerais, esses métodos consistem em obter estimativas do preço contrafactual a partir de informações sobre o custo de produção associado ao produto ofertado pelos participantes do cartel. Especificamente, o preço contrafactual é determinado como o valor estimado para o custo de produção, na ausência de condutas anticoncorrenciais, acrescentado de uma estimativa de margem de lucro esperada”.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ CARVALHO, Henrique Araújo de. Quantificação do dano em ações reparatorias individuais por danos

Essa afirmação se dá porque em nosso país vigora a ideia da reparação integral, consagrada no Art. 944 do Código Civil, no sentido de que a indenização deve ser medida pela extensão dos prejuízos sofridos pelo lesado, podendo ser reduzida pelo juiz se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Portanto, para alguns, em decorrência desse princípio, não se admitiria *a priori* que o *quantum* pleiteado nas ARDCs seja baseado em estimativas¹⁷⁵.

Com as devidas vênias, o fato de o dano se basear em estimativas não ofende, de forma alguma, a finalidade do princípio da reparação integral, pois o que se visa por meio dele é propiciar ao prejudicado o seu retorno a uma situação equivalente àquela em que se encontrava anteriormente ao fato danoso, e não a proteção do ofensor.

Demais disso, são diversas as funções a serem atendidas pelo valor consagrado nesse preceito – compensatória, indenitória e punitiva –, e inúmeros os danos que podem ser reparados, como os danos emergentes, lucros cessantes, prejuízos presentes e futuros, danos econômicos e pessoais. Não há como se exigir, em danos dessa natureza, a exemplo de danos emergentes, lucros cessantes e tantos outros, uma certeza plena e irrestrita do *quantum* de prejuízo sofrido, para, em hipótese de resposta negativa, mas diante de uma estimativa razoável, simplesmente se negar a reparação.

É certo que há julgado isolado do STJ rechaçando a pretensão indenizatória fundada em meras estimativas¹⁷⁶, porém, é o caso de se distinguir situações, como nas ARDCs, em que há

decorrentes da prática de cartel no Brasil: indo além do *an debeatur*. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 7, n. 1, 2019. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/387> . Acesso em 27 de novembro de 2019.

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ Recurso Especial n. 1.280.949-SP. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. PROVA DE PARTE DO DANO. IMPOSSIBILIDADE SEM CULPA DAS PARTES. LIQUIDAÇÃO IGUAL A ZERO. Não é possível ao juízo promover a liquidação da sentença valendo-se, de maneira arbitrária, de meras estimativas, na hipótese em que a sentença fixa a obrigatoriedade de indenização do dano, mas as partes sem culpa estão impossibilitadas de demonstrar a sua extensão. Assim, por falta de previsão expressa do atual CPC, deve-se, por analogia, aplicar a norma do art. 915 do CPC/1939, extinguindo-se a liquidação sem resolução de mérito quanto ao dano cuja extensão não foi comprovada, facultando-se à parte interessada o reinício dessa fase processual, caso reúna, no futuro, as provas cuja inexistência se constatou. A norma do art. 915 do CPC/1939 preconiza que, se as provas não oferecerem elementos suficientes para que o juiz determine o valor da condenação, o liquidante será condenado nas custas, procedendo-se à nova liquidação. Ademais, o CPC/1973 não autoriza, fora das hipóteses do art. 475-B, §§ 1º e 2º, a utilização de presunções para estabelecer o montante da indenização devida. Portanto, não sendo possível apurar, na liquidação, o montante devido pela parte da condenação, sem culpa das partes, extingue-se o processo sem resolução do mérito, facultando-se à

a prática de um ilícito civil, administrativo e penal, cujas consequências para a sociedade são extremamente danosas, e requerem, por isso, uma resposta satisfatória do Judiciário, viabilizando a justa reparação de cada lesado, desde que amparada em estimativas técnicas razoáveis, e não oriunda de meros cálculos arbitrários e dessociados dos fatos, como no precedente mencionado.

Desse modo, para que o ajuizamento das ARDCs possa usufruir de maior segurança jurídica neste ponto, a jurisprudência deve caminhar para uma estimativa não necessariamente correspondente à exata da compensação do dano, mas a uma parcela quantificável com um nível mínimo de certeza admissível a título de valor a ser reparado¹⁷⁷.

7.7 O VALOR PROBATÓRIO DA DECISÃO DO CADE NAS ARDCs

O CADE é um órgão administrativo e seu Tribunal julga, dentre outros processos, aqueles contendo supostas infrações contra a ordem econômica. No exercício desse mister judicante, o Tribunal não profere decisões com caráter judicial, mas decisões administrativas, sem força vinculante para o Poder Judiciário.

A inexistência dessa vinculação em nada desmerece a profundidade, tecnicidade, legalidade e legitimidade das decisões adotadas pela autarquia, tampouco lhes retira importância. Apenas denota que os fatos assumidos como existentes e comprovados pelo juízo administrativo não necessariamente precisam ser assim considerados pelo juízo civil.

Em caminho oposto, a experiência internacional¹⁷⁸ nos mostra que as decisões finalísticas das agências de defesa da concorrência vêm sendo consideradas pelo Poder Judiciário como títulos executivos extrajudiciais e também como prova da existência da conduta e do dano.

parte reiniciar a liquidação no futuro, caso reúna, com novos elementos, provas suficientes para revestir de certeza seu direito à reparação. (REsp 1.280.949-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 25/9/2012)

¹⁷⁷ CARVALHO, Henrique Araújo de. Op. Cit.

¹⁷⁸ Estado Unidos, Canadá, Austrália e diversos países da União Europeia.

Nesse mesmo sentido, a Superintendência-Geral do CADE propôs uma alteração legislativa para as decisões do Conselho passem a ser consideradas como títulos executivos extrajudiciais para fins de ajuizamento de ARDCs, como pode ser visto abaixo:

Finalmente, sugere-se que o juiz cível possa utilizar a decisão condenatória do Plenário do Tribunal do Cade como título executivo extrajudicial e prova *prima facie* da existência da conduta e do dano, de forma a facilitar o ajuizamento das ações civis do tipo “*follow-on*”. Assim, restaria às partes potencialmente lesadas provar apenas o *quantum* do dano e o nexo causal, tal como ocorre em quase todas as jurisdições analisadas (União Europeia, Reino Unido, Alemanha, Holanda, Austrália e Canadá). Em que pese tal proposta, ações autônomas continuariam a ser ajuizadas concomitantemente à investigação do Cade, independentemente do Inquérito ou Processo Administrativo, nos termos do próprio caput do art. 47 da Lei nº 12.529, de 2011¹⁷⁹.

Desta forma, deve-se ter em conta a existência de uma preocupação do CADE de que os seus julgamentos sejam não só efetivos e exequíveis, mas também suficientes por si só, quando levados ao Poder Judiciário, para demonstrar os fatos e o dano à sociedade, facilitando, com isso, as ARDCs na modalidade complementar ou sucessiva.

Em que pese a proposta de se tornar a decisão do CADE título executivo extrajudicial para fins de futuras proposituras de ARDCs, a ideia não se mostra coerente com a análise de casos de cartéis que é desenvolvida pelo Conselho, pois nesta seara administrativa não se adentra às questões dos danos de sobrepreço ou de outros sofridos pelo mercado e pelos consumidores finais para fins de haver uma mensuração, e, por conseguinte, uma liquidez do título executivo que seria formado pela decisão, situação na qual esse título teria maior utilidade.

Aliás, de se ver que a decisão que impõe multa ou obrigação de fazer ou não fazer à parte Representada já constitui título executivo extrajudicial, a teor do Art. 93 da Lei nº 12.529/2011, de modo que uma decisão do CADE que não calcule prejuízo a terceiros, como vem ocorrendo na prática diária da autarquia, ser alçada a título executivo extrajudicial teria pouca ou nenhuma valia para fins da ARDC, pois na execução desse título o terceiro

¹⁷⁹ Disponível na Nota Técnica Nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE Disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMtfNw6RSaWB YnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuhu1cgx-BuAiGI2pCjLZznRWZf0X. Acesso em 25 de novembro de 2019.

prejudicado continuaria a ter que demonstrar o ato ilícito, o dano em concreto sofrido e o nexo de causalidade, ante a iliquidez do título formado.

Ademais, tornar a decisão do CADE título executivo para fins de danos a terceiros não se coaduna com a atividade atualmente desempenhada pela autarquia, que não quantifica danos aos consumidores e tampouco aos concorrentes, de modo que eventual previsão nesse sentido seria inócua, com efeitos, no máximo, prospectivos, no sentido de criar no ente a cultura de tentar estimar tais danos com vistas a instruir ARDCs no futuro.

De outro lado, a previsão de as decisões do CADE constituírem prova *prima facie* da existência da conduta e do dano pode ajudar a conferir maior *status* probante às decisões da autoridade, servindo para inverter o ônus da prova do autor para o réu, ao menos em relação à existência do cartel e de dano, cabendo aos demandantes provar o dano individualmente suportado e o nexo causal entre o cartelista e o seu prejuízo próprio.

Ao observarmos a jurisprudência sobre o tema, ainda que reconhecida a possibilidade revisional das decisões do CADE pelo Judiciário, têm-se emprestado força probante no tocante à prática anticompetitiva, para concessão de tutelas antecipadas e também para o provimento de ações indenizatórias, havendo uma tendência de considerar a decisão administrativa, em sede de ARDCs, como fato incontroverso da prática ilícita¹⁸⁰.

A utilização da decisão do CADE enquanto prova incontestada da prática ilícita deve ensejar, para o Juiz, um exame de verossimilhança das alegações e do padrão probatório utilizado para fins do julgamento na autarquia.

Por outro lado, há que se considerar, ainda, para fins de ajuizamento de ARDCs, a possibilidade de alteração do contexto probatório utilizado tanto pelo CADE no julgamento do processo administrativo, quanto das provas correlatas eventualmente colacionadas na persecução cível perante o Judiciário, uma vez que há sempre espaço para a anulação da condenação administrativa, bem como das provas que a embasaram, em decorrência da procedência de eventual ação anulatória.

¹⁸⁰ REQUENA, Giuliana Marchezi Franceschi Gonçalves; BERNINI, Paula Muller Ribeiro. **Valor Probatório da decisão do CADE nas Ações de Reparação de Danos decorrentes de Cartel**. In DRAGO, Bruno de Luca (Coord.). A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial. São Paulo: Ed. Singular, 2018, p. 133.

Aliás, há precedentes nos quais o Poder Judiciário se pronunciou pela desconstituição das decisões condenatórias do CADE. Entretanto, na maioria dos casos, esta situação se dá em sede de ação objetivamente voltada para este intuito, e não no ajuizamento das ARDCs, por exemplo.

Isto não quer dizer, todavia, que uma reanálise de padrão probatório ou de legalidade na instrução processual, por parte do Judiciário, não possa acontecer por ocasião do julgamento das ARDCs eventualmente propostas.

Em síntese, observa-se que o Poder Judiciário já vem aceitando a decisão do Tribunal do CADE como prova da existência de uma conduta anticompetitiva, embora sem lhe atribuir um caráter de incontestabilidade da ocorrência do ilícito ou mesmo a força executória extrajudicial pleiteada pela Superintendência-Geral.

O CADE, acertadamente, vem aperfeiçoando a sua análise de padrão probatório para embasar as suas condenações a respeito de cartel, aproximando-a dos padrões utilizados pelo Judiciário, com a perspectiva de, com isso, evitar eventuais anulações das suas decisões e fortalecer suas manifestações técnicas perante aquele Poder.

No entanto, enquanto não sobrevém alteração legislativa conferindo maior favor probante a suas decisões, permanece uma relativa insegurança jurídica para a propositura das ARDCs, diante da possibilidade de reanálise de todo quadro probatório do ilícito cartel, o que vem a se refletir na baixa incidência das ações reparatórias.

7.8 ESTRUTURA JURÍDICA DAS AÇÕES COLETIVAS

A ação individual de reparação de danos, proposta separadamente, por cada vítima, tem a tendência de gozar de alguns benefícios, como maior celeridade, por não depender de outros na mesma situação ou por prescindir de associações legalmente constituídas e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos do consumidor e das vítimas de acidentes coletivos (o consumidor por equiparação).

No ordenamento brasileiro, a experiência no Judiciário indica que ações individuais são mais bem-sucedidas que as coletivas, principalmente quando os requisitos analisados são a falta de celeridade e a alta complexidade das ações coletivas.

A ação coletiva para a tutela de interesses ou direitos coletivos ou individuais homogêneos deve ser considerada uma ação para a reparação de dano individual e divisível, mas proposta de forma coletiva por conta de uma economia processual e em razão de uma causa de pedir idêntica.

No que diz respeito aos eventuais benefícios advindos dessas ações, têm-se uma potencial redução do custo processual e a facilidade de ingressar como interveniente em processo administrativo em curso no CADE e, com isso, ter acesso a informações relevantes ainda durante o seu andamento.

Nos termos do Art. 99 do Código de Defesa do Consumidor, têm-se que as ações individuais e as ações coletivas para a tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos terão preferência de pagamento sobre créditos decorrentes de condenação prevista na Lei da Ação Civil Pública pelo mesmo evento danoso. Em outras palavras, a lei privilegiou as demandas individuais, ainda que propostas sob a forma coletiva, em detrimento daquelas veiculando direitos difusos.

A tutela coletiva deve ser compreendida sob o prisma do micro-sistema composto pela Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965-LAP), pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985-LACP) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990-CDC), como consta positivado nestes diplomas legais (Art. 21 LACP e Art. 90 CDC), com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (Art. 22 LAP, Art. 19 LACP e Art. 83 c/c 90 CDC), ainda “de acordo com o princípio geral da incidência subsidiária das normas codificadas quanto aos processos disciplinados por leis especiais”¹⁸¹.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, deve-se considerar a existência de nexo causal plúrimo:

Com o art. 942 do Código Civil, o direito positivo brasileiro instituiu um ‘nexo causal plúrimo’. Em havendo mais de um agente causador do dano, não se perquire qual deles deve ser chamado como responsável direto ou principal. Beneficiando, mais uma vez, a vítima permite-lhe eleger, dentre os corresponsáveis, aquele de maior resistência econômica, para suportar o encargo ressarcitório.¹⁸²

¹⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Ação Popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”**. São Paulo: Saraiva, 1977.

¹⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

No que diz respeito à tutela coletiva da responsabilidade civil advinda de danos da prática de cartel, eventuais ações devem ser propostas com base no procedimento ordinário. A tutela coletiva, neste ponto, possibilita o ressarcimento de atos ilícitos advindos de cartel, não estando isenta de demonstrar, ainda, a necessidade de descrição e de comprovação dos pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta, o nexo e o dano.

Para todos os fins, observa-se que o ajuizamento de ações coletivas no âmbito das ARDCs, afora os problemas de celeridade e legitimidade ativa, sofre das mesmas mazelas referentes às ARDCs propostas sob a forma individual, mas direcionadas a amparar direitos individuais homogêneos, ao passo em que nas veiculadoras de direitos difusos, pode-se listar problemas como a duplicidade de propósito ressarcitório em relação à atuação administrativa do CADE e a provável sucessoriedade a este, prolongando a persecução pública sobre um mesmo fato contra um mesmo responsável e gerando insegurança jurídica.

8 BREVE ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE AS AÇÕES REPARATÓRIAS DOS DANOS CONCORRENCIAIS DERIVADOS DE CARTEL

A presente pesquisa busca relacionar as características das ARDCs com os aspectos práticos do seu desenvolvimento. Como já explicado anteriormente, está se evidenciando cada vez mais um cenário de maior relevância da defesa da concorrência, o que cria a necessidade de observar os principais pontos de discussão e possíveis entraves que as ARDCs enfrentam na prática jurídica, bem como analisar qual a racionalidade em se estimular ou mesmo prever tais ações em nosso ordenamento jurídico.

O levantamento jurisprudencial não busca ser exaustivo sobre o assunto e se pretende um panorama sobre a situação das ARDCs no Brasil.

Foram analisados os julgamentos dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Distrito Federal, Paraná e Rio Grande do Sul, considerados os mais demandados sobre o tema, além de todos os Tribunais Regionais Federais (da 1^a, 2^a, 3^a, 4^a e 5^a Regiões) e do STJ e STF. Não foram objeto de análise decisões monocráticas dos órgãos de primeira instância.

No que diz respeito ao termo de busca utilizado, foi “cartel”, resultando em um universo de 106 decisões, que se tornaram a base para os gráficos a seguir apresentados.

Embora o termo utilizado tivesse por objeto encontrar todos os processos envolvendo a matéria concorrencial que envolve discussão sobre cartéis, considerando a metodologia adotada e a limitação temporária e geográfica estabelecida, é possível que casos relevantes não tenham sido encontrados, daí a necessidade de se considerar a análise de forma não exaustiva e completa nesse ponto.

Outra limitação encontrada é a ausência de informação sobre a atual tramitação do processo analisado, uma vez que o levantamento jurisprudencial não se propôs a verificar a ocorrência de trânsito em julgado, mas tão somente a decisão proferida e os debates nela contidos.

Sob o prisma temporal, vale mencionar que foi realizado o recorte de estudo entre 2011 e 2019, considerando o advento da Lei n° 12.529/2011 e suas respectivas previsões sobre as ARDCs.

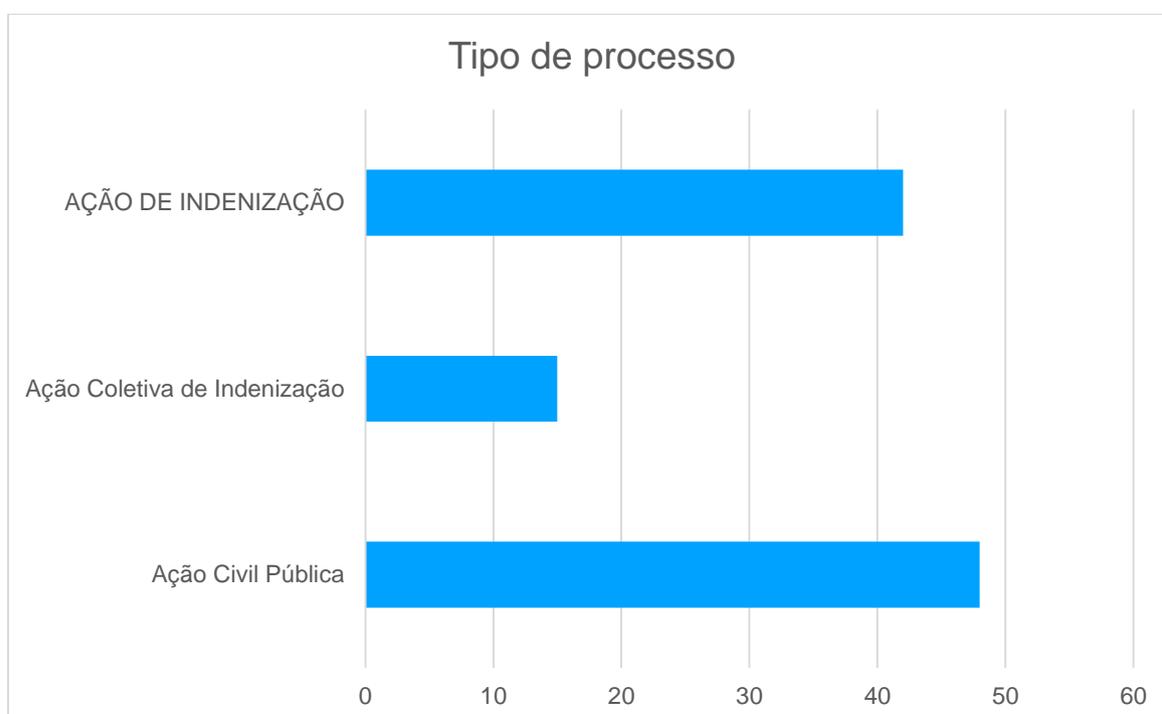
Tratando da análise e filtro dos resultados, houve a segmentação por tipo de ação movida no judiciário; natureza do julgamento e o órgão julgador; data das publicações dos julgamentos; matéria discutida; e se o entendimento oferecido foi favorável à pretensão ressarcitória ou não.

Foram excluídos desse levantamento jurisprudencial os litígios que não envolviam a matéria concorrencial, assim como aqueles em segredo de justiça.

Esse número absoluto de 106 decisões demonstra que as ARDCs, de fato, não são frequentes e, quando comparadas à quantidade total de julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário e pelo CADE¹⁸³, resta evidenciada a baixa estatística de ARDCs.

É necessário ter em conta ainda que as quantificações apresentadas pelos gráficos a seguir estão apresentadas em valores absolutos, de modo a quantificar a exata ocorrência de cada aspecto analisado.

Inicialmente, no que diz respeito ao tipo de ação, observou-se se existiriam mais ações civis de reparação, ações coletivas de reparação de danos ou ações civis públicas que tratassem deste tema, como pode ser visto no gráfico abaixo apresentado:



Fonte: Gráfico produzido pelo autor.

¹⁸³ Em média 15 casos de condenações por cartel/ano, cada qual com mais 2 pessoas jurídicas condenadas.

Dos dados colhidos, é possível depreender a grande quantidade de ações civis públicas que tratam de reparação por danos de cartel, as quais são especialmente propostas pelos Ministérios Públicos Estaduais e não necessariamente têm relação com o julgamento dos casos pelo CADE. Ademais, cumpre observar ainda que, estatisticamente, as ações coletivas que versam sobre o tema não são muito utilizadas (pela via das ACPs), o que pode ser explicado pelas especificidades atinentes ao regramento das ações coletivas no Brasil e pela demora para a resolução dos litígios desta natureza.

A título de exemplificação de ARDC movida diretamente pelo suposto prejudicado, podemos analisar a jurisprudência que segue:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – Alegada formação de cartel no comércio de cimento – Sentença que a julgou improcedente – Recurso das Autoras – Alegação de que a sentença seria nula por não ter analisado os documentos juntados nem tampouco requisitado aqueles que seriam necessários à demonstração dos fatos – Cabimento – Caso que demanda, necessariamente, a produção de prova pericial, sendo impossível o julgamento antecipado da lide – Repasse que foi presumido pelo Juízo, mas que deve ser objeto de aferição pericial, recaindo sobre as requeridas/apeladas o ônus de prová-la, nos termos do art. 373, II, do CPC – Sentença anulada – RECURSO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO. TJSP Processo nº 1050035-45.2017.8.26.0100.

Já tratando das ações coletivas que versam sobre indenização por danos advindos de cartel, temos o que segue:

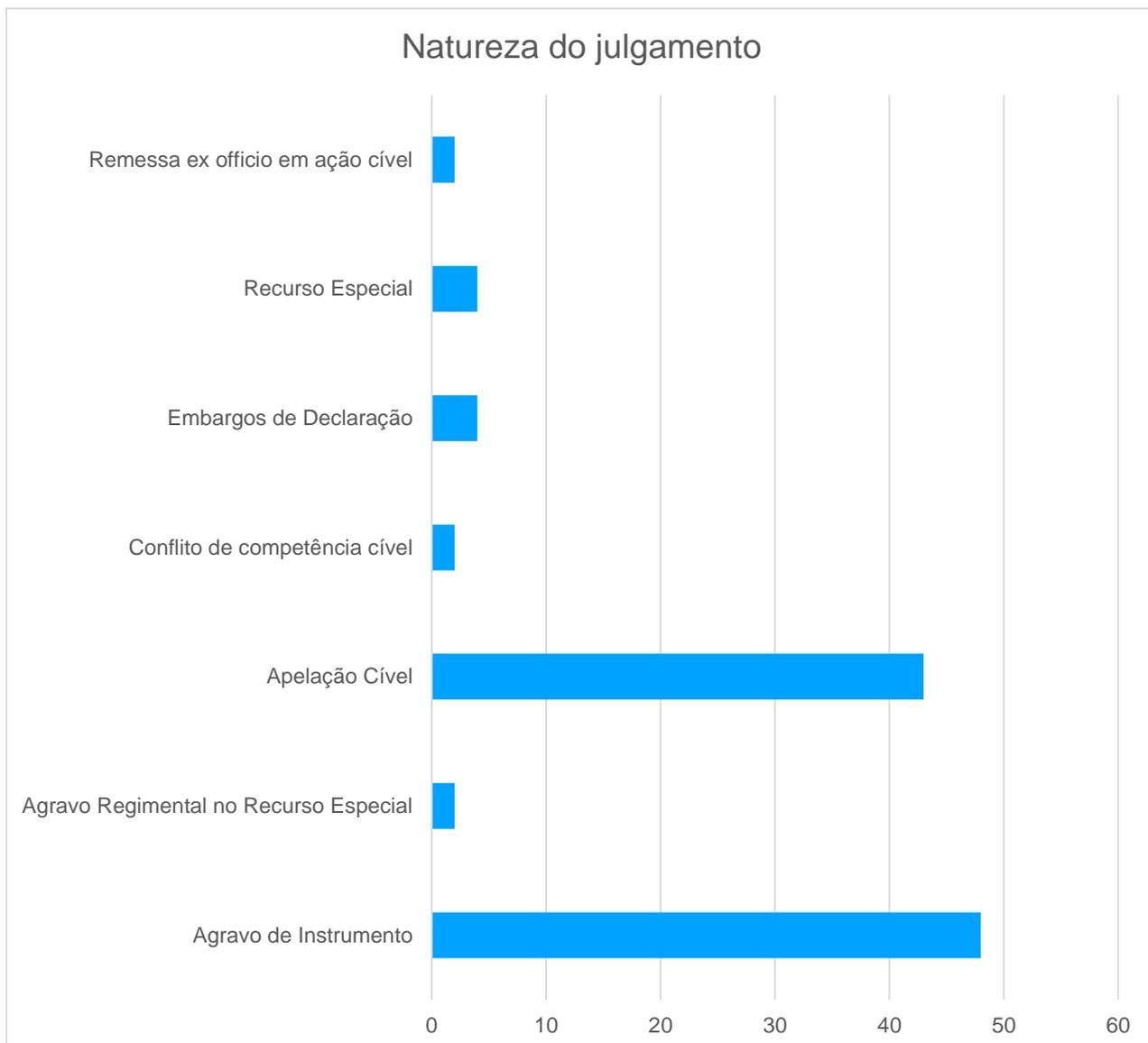
AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos - Insurgência recursal à decisão que indeferiu preliminares arguidas pela corré - Alegação de afastamento indevido - Não ocorrência - Prescrição - Inocorrência - Hipótese em que a propositura de ação penal para apuração de formação de cartel suspendeu o prazo prescricional - Prazo que só retomou a contagem após o trânsito em julgado da sentença extintiva da ação penal - Aplicação do art. 200 do CC - Alegação de impedimento dos patronos da agravada para officiar na ação coletiva - Patrocínio contra ex-cliente - Impedimento afastado - Hipótese em que os advogados não fazem mais parte do escritório de advocacia que representa a agravada na ação coletiva, além do que, suposta infração disciplinar deve ser apreciada pelo Tribunal de Ética e Disciplina da OAB - Ausência de interesse de agir da agravada na propositura da ação coletiva - Tutela de direitos individuais de não consumidores - Inocorrência - Objeto da ação que demonstra interesse comum e não exige obrigatoriamente o ajuizamento de demanda individual por cada interessado - Prestígio ao princípio da economia processual que deve prevalecer - Ação coletiva que irá proteger interesses individuais homogêneos, em virtude da alegação de prática de infração à ordem pública - Alegação de impossibilidade do ajuizamento da ação coletiva

para postular direito individual não homogêneo - Não cabimento - Matéria discutida que visa à comprovação de formação de cartel e prática de sobrepreços - Pretensão da agravada em converter o recurso de agravo de instrumento em retido - Não cabimento - Questões que podem ser analisadas desde logo, em homenagem ao princípio da economia processual - Decisão agravada mantida - RECURSO DESPROVIDO. TJSP Processo nº 2066435-97.2015.8.26.0000

Por fim, faz-se necessário observar um exemplo ilustrativo da ação reparatória através da utilização de ação civil pública:

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCESSUAL CIVIL. FORMAÇÃO/ALINHAMENTO DE PREÇOS. COMBUSTÍVEIS. POSTOS DE GASOLINA. PROVA. NECESSIDADE. Para a caracterização da formação de cartel é necessária a prova de que há o alinhamento de preços entre os fornecedores. A simples coincidência de preços não é razão suficiente para caracterizar a infração consumerista. TJMG Processo nº 1.0672.10.022640-2/008

No que diz respeito à natureza do julgamento, observou-se o tipo de processo que foi julgado, para que se pudesse examinar se as discussões nele travadas foram proferidas em decisões terminativas que tratam de mérito ou em decisões interlocutórias ou não terminativas, como pode ser visto abaixo:



Fonte: Gráfico produzido pelo autor.

Extrai-se do gráfico que boa parte das decisões analisadas cuida de acórdãos em sede de apelação cível, nas quais podem ser discutidas questões processuais e meritórias, ante o efeito devolutivo amplo desse tipo de recurso, muito embora haja maior incidência de rediscussão de mérito. Já nos processos de agravos de instrumento, na sua grande maioria, a matéria gira em torno de questões processuais e sobre produção e utilização das provas no âmbito do poder judiciário.

Tratando da exemplificação de cada natureza do julgamento que foi apresentada, temos o que segue:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM QUE SE DISCUTE A EXISTÊNCIA DE EVENTUAIS PREJUÍZOS DECORRENTES DE SUPOSTO CARTEL NO COMÉRCIO DE CIMENTO – A 30ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO ALEGOU

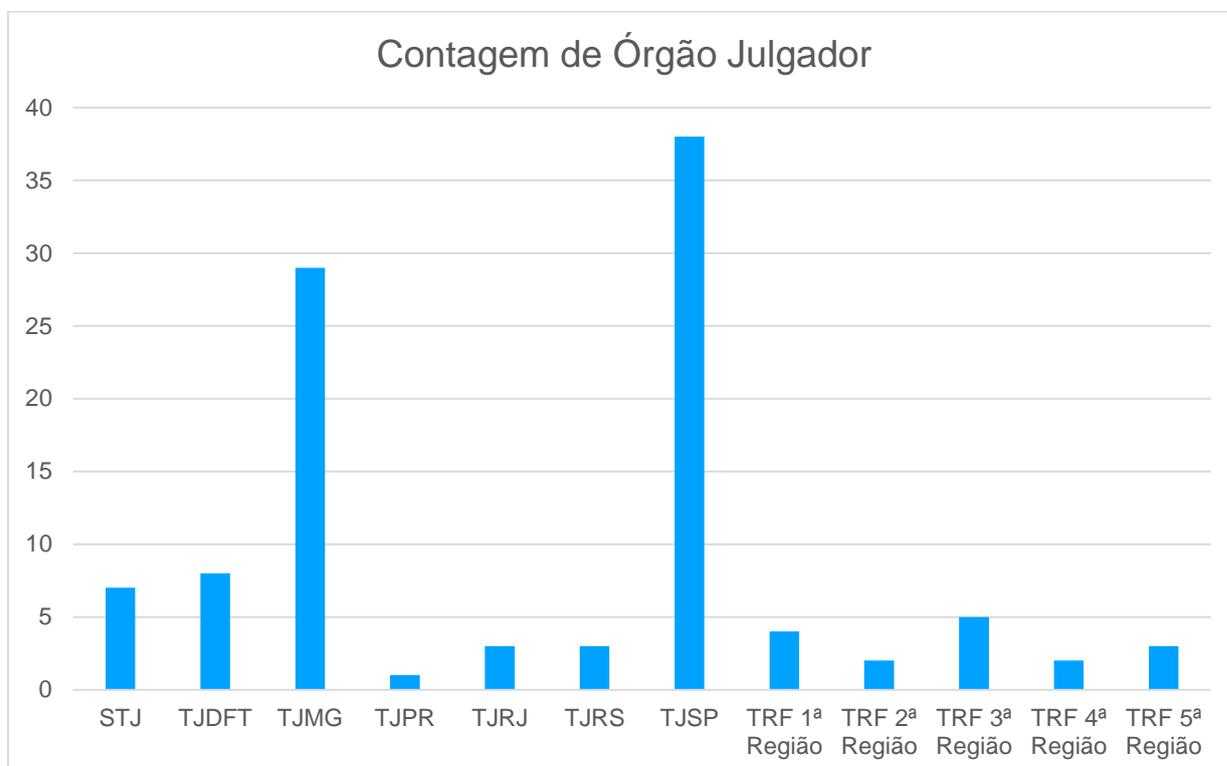
PREVENÇÃO DA 32ª CÂMARA, EM RAZÃO DE ANTERIOR JULGAMENTO DE DOIS AGRAVOS DE INSTRUMENTO – CONEXÃO - REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES E INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE - ART. 105 DO RI/TJSP – CONEXÃO NÃO VERIFICADA – CONFLITO PROCEDENTE - COMPETÊNCIA DA 30ª CÂMARA. TJSP Processo nº 0052183-21.2018.8.26.0000.

RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação indenizatória – Ato ilícito – Fundamento em alegação de formação e participação de cartel, pelas agravadas, para a majoração do preço do cimento – Ação indenizatória – Insurgência contra decisão que reconheceu a ocorrência da prescrição quanto a parte da pretensão da demandante – Aplicação da regra prevista no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, e não daquela prevista no art. 205 do mesmo diploma – Precedentes – Termo inicial do prazo prescricional que corresponde à data da decisão final do CADE, ao ensejo do julgamento de embargos de declaração – Somente se pode falar em violação do direito, no caso concreto, a partir do momento em que se reconheceu, na esfera administrativa, a prática de ato ilícito, por parte das agravadas, ao ensejo do julgamento dos embargos de declaração opostos contra a decisão do CADE, dado que, a rigor, foi somente nessa ocasião que a agravante, titular do direito subjetivo violado, passou a conhecer o fato e a extensão de suas consequências, conforme o princípio da "actio nata" – Precedentes – Inocorrência de causa de suspensão da prescrição – Reforma da decisão agravada – Recurso provido, em parte. TJSP Processo nº 2086289-72.2018.8.26.0000.

Embargos declaratórios contra Acórdão unânime, com efetiva revisão. Ação ordinária de rescisão contratual (escrito, de 1981, com aditamento) c.c. reparação de danos. Compra e venda de nitrogênio líquido. TJSP Processo nº 0030899-82.2004.8.26.0602.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA SOB A ALEGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CARTEL. INTEGRAÇÃO DO CADE AOS AUTOS COMO ASSISTENTE SIMPLES. POSTERIOR APURAÇÃO ADMINISTRATIVA DA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICADORES DE CARTELIZAÇÃO. FALTA DE INTERESSE JURÍDICO DO ASSISTENTE. POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DA INTERVENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O art. 89 da Lei 8.884/94 (que transforma o CADE em Autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências) estabelece que nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente. 2. É legítima a participação do CADE como Assistente na demanda, por deter elementos importantes para a solução da ação, auxiliando o Assistido com os seus conhecimentos técnicos sobre a matéria, bem como para tomar conhecimento da eventual existência de indícios de prática de infração contra a ordem econômica. 3. Ocorre que, no caso dos autos, já tendo sido cumpridas as atribuições institucionais do Conselho, com o julgamento no âmbito administrativo, que decidiu pelo arquivamento do processo, ante a insuficiência das provas obtidas para condenar as empresas, esvazia-se o seu interesse jurídico na presente Ação Civil Pública, como, aliás, o declarou. 4. Agravo Regimental do MPF desprovido. STJ Processo nº 2009.00.41096-7.

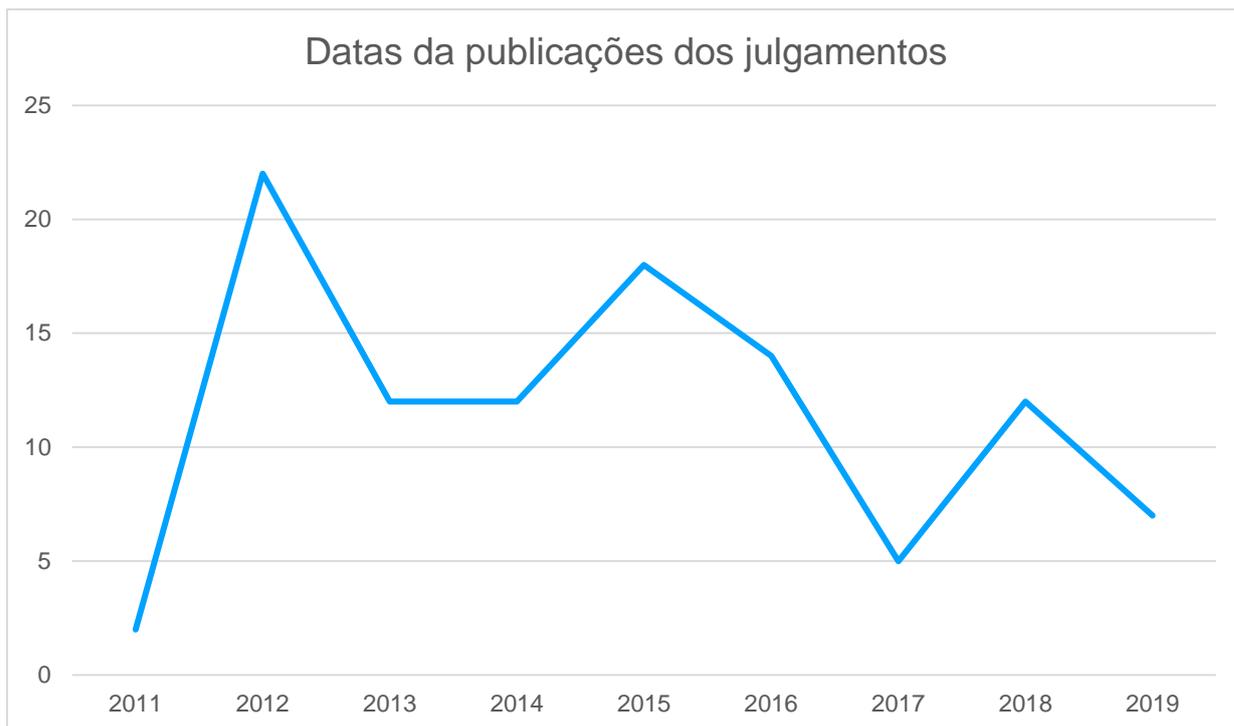
No que diz respeito à divisão do tema entre os órgãos julgadores, temos o gráfico abaixo apresentado:



Fonte: Gráfico produzido pelo autor.

Da divisão acima, chama-se a atenção para a alta incidência de demandas relacionadas a cartéis nos Tribunais de Justiça de São Paulo e de Minas Gerais, o que nos fornece uma dimensão da concentração geográfica das ARDCs. Outro ponto digno de nota é a baixa incidência de processos dessa natureza no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o que pode indicar a extrema morosidade dessas ações nos respectivos tribunais de origem, mas também a inexistência de interesse em se discutir nos tribunais superiores, uma vez que a matéria probatória nestes resta inviabilizada.

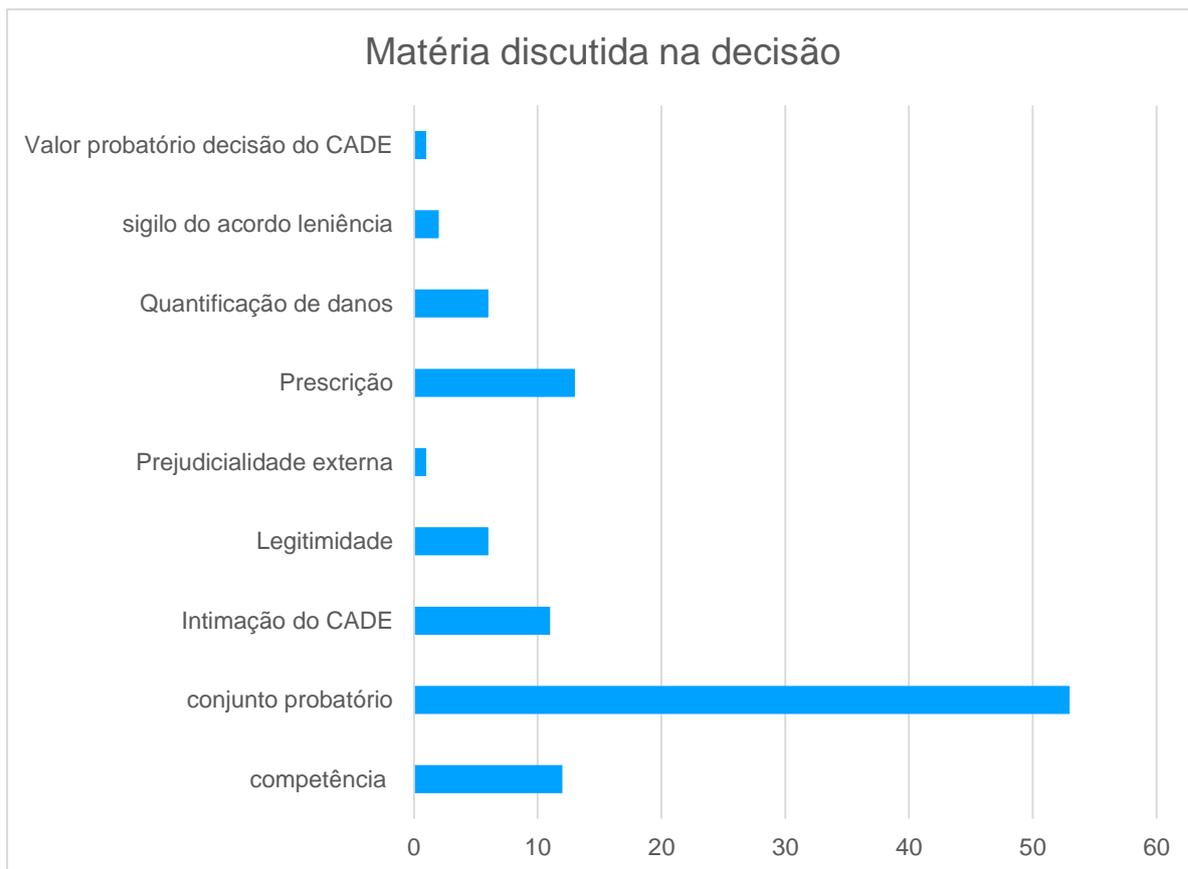
No que toca à incidência temporal das decisões que versam sobre ARDCs, temos o gráfico que segue:



Fonte: Gráfico produzido pelo autor.

Observa-se uma maior incidência de ações reparatórias logo após o surgimento da Lei nº 12.529/2011 e uma tendência de decréscimo com o decorrer do tempo até o presente momento.

No que diz respeito à análise das matérias tratadas nos julgamentos, temos o que segue:



Fonte: Gráfico produzido pelo autor.

Outro ponto que também chama atenção é a incidência de questionamentos envolvendo prescrição, matéria na qual, como já exposto neste trabalho, há uma grande variedade de teses e de argumentos que advogam tanto por diferentes formas de contagem do prazo prescricional, quanto por diferentes termos iniciais de contagem. Diversos precedentes nesses variados vetores já foram inclusive mencionados acima.

É possível observar uma maior incidência das discussões sobre o padrão probatório utilizado no âmbito do processo judicial, confirmando-se a dificuldade de se estabelecer um padrão probatório robusto e capaz de responsabilizar civilmente os eventuais praticantes de cartel, seja pela dificuldade muitas vezes de provar o cartel em si, seja pela dificuldade de comprovar o dano ou outro fator relacionado.

Especialmente no que diz respeito à prova, aspecto também considerado sensível neste trabalho, verificou-se que o Judiciário também tem sentido a necessidade de aprofundar-se sobre esse tema, seja para avaliar argumentações de defesa consistentes na ocorrência do *pass-on*, seja para dimensionar o próprio impacto do cartel no preço do produto, ou ainda para aferir

a existência do cartel, o que gera decisões de arquivamento e outras vezes de necessidade de prosseguimento na dilação probatória, como se vê nos julgados abaixo:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – Alegada formação de *cartel* no comércio de cimento – Sentença que a julgou improcedente – Recurso das Autoras – Alegação de que a sentença seria nula por não ter analisado os documentos juntados nem tampouco requisitado aqueles que seriam necessários à demonstração dos fatos – Cabimento – **Caso que demanda, necessariamente, a produção de prova pericial**, sendo impossível o julgamento antecipado da lide – **Repasse que foi presumido pelo Juízo, mas que deve ser objeto de aferição pericial, recaindo sobre as requeridas/apeladas o ônus de prová-la**, nos termos do art. 373, II, do CPC – **Sentença anulada** – RECURSO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO. TJSP Processo nº 1050035-45.2017.8.26.0100 (grifos nossos)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos - Insurgência recursal à decisão que indeferiu a exibição de documentos e produção de prova pericial - **Prova pericial econômica que se mostra pertinente e relevante para o deslinde da controvérsia - Necessidade - Hipótese que permitirá apuração de eventual existência de sobrepreços de cartel e extensão do dano decorrente das práticas anticoncorrenciais - Garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório que deve ser preservada** - Exibição de documentos nos autos - Desnecessidade momentânea - Hipótese em que o próprio expert do Juízo poderá ter acesso aos documentos nas sedes das demandadas quando do desenvolvimento dos trabalhos periciais a que for incumbido e, em eventual negativa de acesso aos documentos, a questão poderá ser reexaminada pelo Juiz da causa – Pretensão, em sede de contraminuta, de conversão do recurso de agravo de instrumento em retido - Não cabimento - Afronta ao princípio da celeridade processual e prejuízo ao bom andamento processual – Alegação, em contraminuta, de afronta aos artigos 282, III, e 396, ambos do CPC - Não caracterização - Prova pericial requerida a tempo e modo, pela autora, na petição inicial - Decisão parcialmente reformada - RECURSO PROVIDO EM PARTE. Agravo de Instrumento 2074559-69.2015.8.26.0000 – TJSP. (grifos nossos)

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORMAÇÃO DE CARTEL. WHITE MARTINS e AGA/LIND. GASES INDUSTRIAIS HOSPITALARES. PROVA INSUFICIENTE. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. A sentença acolheu o laudo pericial e julgou improcedente a acusação de formação de cartel e o controle concentrado de preços pelo fornecimento de gases industriais a hospitais federais do Rio de Janeiro, convencido o juízo de que não se fez prova cabal da repartição do mercado, assim viciando a licitação objeto do Edital nº 002/98 do Ministério da Saúde. 2. O cartel é a mais grave lesão ao princípio da livre concorrência, tal a disciplina das condutas anticompetitivas sancionadas nas Leis nº 8.884/1994 e nº 12.529/2011, por se tratar de acordo abusivo entre agentes econômicos, mediante combinação de preços, para limitar a oferta ou a variedade de produtos, e dividir o mercado, com o efeito danoso de impor

preços arbitrários, cerceando as iniciativas concorrenciais,mas é necessário demonstrar o nexo de causalidade entre a prática comercial fraudulenta e a ofensa aos fundamentos da ordem econômica. **3. Inexiste cerceamento de prova em desfavor do MPF, à falta de requisição de ofício de processo administrativo do Cade, possível de obter pelo próprio parquet no sítio eletrônico da autarquia,** amparado em diversas normas, a começar da exegese dada ao artigo 399, II, do CPC, combinado aos artigos 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/1985, e 26, I, b, da Lei nº 8.625/1993, mais os inúmeros precedentes. Irrelevante, ainda, a dispensa da perícia de organização industrial, requerida pela White Martins. Precedentes. **4. É fato notório que em 2010 o Cade condenou as rés com outras empresas à multa bilionária no P.A. 08012.009888/2003-70, pelo chamado Cartel dos Gases, de âmbito nacional, delimitado no tempo a partir de 2001, circunstância que não basta, por si só, para concluir pela procedência desta ação, restrita à atuação delas em concorrência do Ministério da Saúde para fornecimento de gases industriais para hospitais federais do Rio de Janeiro, no final da década de 90, sequer referida naquele procedimento, focado na ordem sistêmica de proteção à concorrência como um fator de orientação e funcionamento do mercado.** 5. O Cade investiga empresas de gases industriais desde 1992, instaurando quase trinta processos administrativos, até lograr, quase duas décadas depois, em 2010, reunir provas suficientes de conluio para repartir o mercado, com buscas, apreensões e interceptações telefônicas, ausentes nestes autos, que não alcançaram instrução probatória adequada, faltando-lhes desde a cópia do Edital nº 002/98, tido por burlado, e o Relatório do Ministério da Saúde reportado na investigação ministerial. 6. Os fatos objeto desta ação ensejaram representação do MPF ao Cade, que instaurou o P.A. nº 08012.004405/99-11, arquivado em janeiro/2010, inclusive por falta de provas, acolhendo, no aspecto, pareceres da SDE, ProCade e MPF à autarquia, tendo em vista que a mera diferença de preços e restrições de propostas são insuficientes para caracterizar o conluio entre os participantes, nota típica do cartel. 7. Para desqualificar o laudo judicial era imprescindível apontar erro evidente de premissa ou irregularidades flagrantes, sendo certo que o laudo complementar que analisou a composição dos preços pelo fornecimento de gases a cada um dos hospitais federais do Rio de Janeiro responde às impugnações do MPF, com os esclarecimentos prestados ao juízo, sendo insuficientes as ressalvas da procuradoria de que a existência de preços diferenciados não decorre apenas das variações nos custos de serviços e investimentos, mas também da margem de lucro e das despesas de administração. 8. Prevaleceu o entendimento de que o demonstrativo de custos, com destaque às despesas de administração (contabilidade, informática, controladoria, auditoria, jurídico, contas a receber, contas a pagar, suprimentos, compras, etc.), explicava-se em razão da estrutura de suporte requerida no fornecimento de gases ao setor público, representando em torno de 15,8% do preço final nos anos de 1995 a 1996, caindo para 11,8% nos anos seguintes, e que essa redução é decorrente nos ganhos de produtividade, eficiência e modernização, que não só a White Martins, mas inúmeras outras empresas alcançaram com a estabilização da economia. **9. A difícil comprovação de cartel, acordo anticoncorrencial feito quase sempre de forma simulada, não escrita, não pode ser somente circunstancial, restrita às diferenças de preços constatadas, pois as margens de lucro não são estáveis, o que prejudica qualquer análise comparativa. Na atividade empresarial busca-se conciliar objetivos de crescimento e de lucratividade e, nesse sentido, a margem de lucro é aquela possível conforme a negociação e a forma de competição.** 10. **É inútil o retorno do feito à instância de origem para esmiuçar provas**

antigas, jamais requeridas pelo MPF, sem prejuízo de novas demandas, à vista de fatos novos, subsidiado ou não em decisões do Cade, fundado na Lei nº 7.347/1995, que contempla as sanções dos artigos 18 e 19, voltadas ao ressarcimento de danos materiais e morais causados por infração à ordem econômica (arts. 11 e 13), com obrigação de fazer ou não fazer e pena pecuniária. **11. As sanções do CADE visam essencialmente coibir o dano concorrencial, servindo de instrumento orientador da atividade econômica, sem cogitar de danos patrimoniais e morais decorrentes do ilícito comercial, os quais hão de ser buscados na ACP, sob instrução probatória convincente.** 12. Remessa necessária desprovida. TRF3 Processo nº 0013674-13.1999.4.02.5101. (grifos nossos)

Em determinado julgado do TJMG, o Tribunal considerou a existência de arquivos apreendidos na sede de um dos réus, contendo preços semelhantes aos apresentados por outros réus em licitação pública, insuficientes para caracterizar a ocorrência do conluio e, portanto, do pedido de ressarcimento ao erário veiculado via Ação Civil Pública, consoante se extrai do julgado abaixo, demonstrativo de que o padrão probatório requerido não é fácil de ser satisfeito perante o Judiciário:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RESSARCIMENTO AO ERÁRIO - JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA - REMESSA NECESSÁRIA - CONHECIMENTO DE OFÍCIO - APELAÇÃO - ALEGAÇÃO DE FRAUDE EM LICITAÇÃO TIPO CARTA CONVITE - PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO CERTAME E RESSARCIMENTO DOS VALORES RECEBIDOS PELO PARTICULAR- ACUSAÇÃO DE COMBINAÇÃO E AJUSTE DE PREÇOS ENTRE OS LICITANTES - IMPUTAÇÃO BASEADA EM ARQUIVOS DE COMPUTADOR APREENDIDOS NA SEDE DE UM DOS RÉUS, SEMELHANTES AS PROPOSTAS APRESENTADAS PELOS OUTROS RÉUS NA LICITAÇÃO - ALEGAÇÃO DE PRODUÇÃO DOS ARQUIVOS EM SEQUENCIA, E PELA MESMA PESSOA, COM O INTUITO DE SIMULAR A CONCORRÊNCIA - PROVA PERICIAL QUE ATESTA A IMPOSSIBILIDADE DE CERTEZA QUANTO À DATA DA CONFECÇÃO E AUTORIA DOS ARQUIVOS - AUSÊNCIA DE PROVAS DO PRÉVIO AJUSTE DE VONTADES ENTRE OS LICITANTES, NO SENTIDO DE FRUSTAR A COMPETITIVIDADE DO PROCESSO LICITATÓRIO - FRAUDE NÃO DEMONSTRADA - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE - SENTENÇA CONFIRMADA, EM REMESSA NECESSÁRIA, CONHECIDA DE OFÍCIO - APELAÇÃO PREJUDICADA.

1- Tratando-se de ação civil pública, com pedido de ressarcimento ao erário, julgada improcedente, é de rigor o conhecimento do reexame necessário, na forma de art. 19, da Lei da Ação Popular, por interpretação extensiva, segundo a jurisprudência do col. Superior Tribunal de Justiça. Conhecimento de ofício da remessa necessária. 2- Pedido de reconhecimento de nulidade em processo licitatório, em razão de fraude à competitividade do certame tipo carta convite, com a respectiva condenação de devolução de valores. 3- **Acusação de formação de cartel, entre as empresas réus, que, de forma concertada, forjavam concorrência em procedimentos licitatórios, apresentando, em conluio, propostas semelhantes, para direcionar os procedimentos licitatórios a um vencedor previamente combinado.** 4- **Imputação**

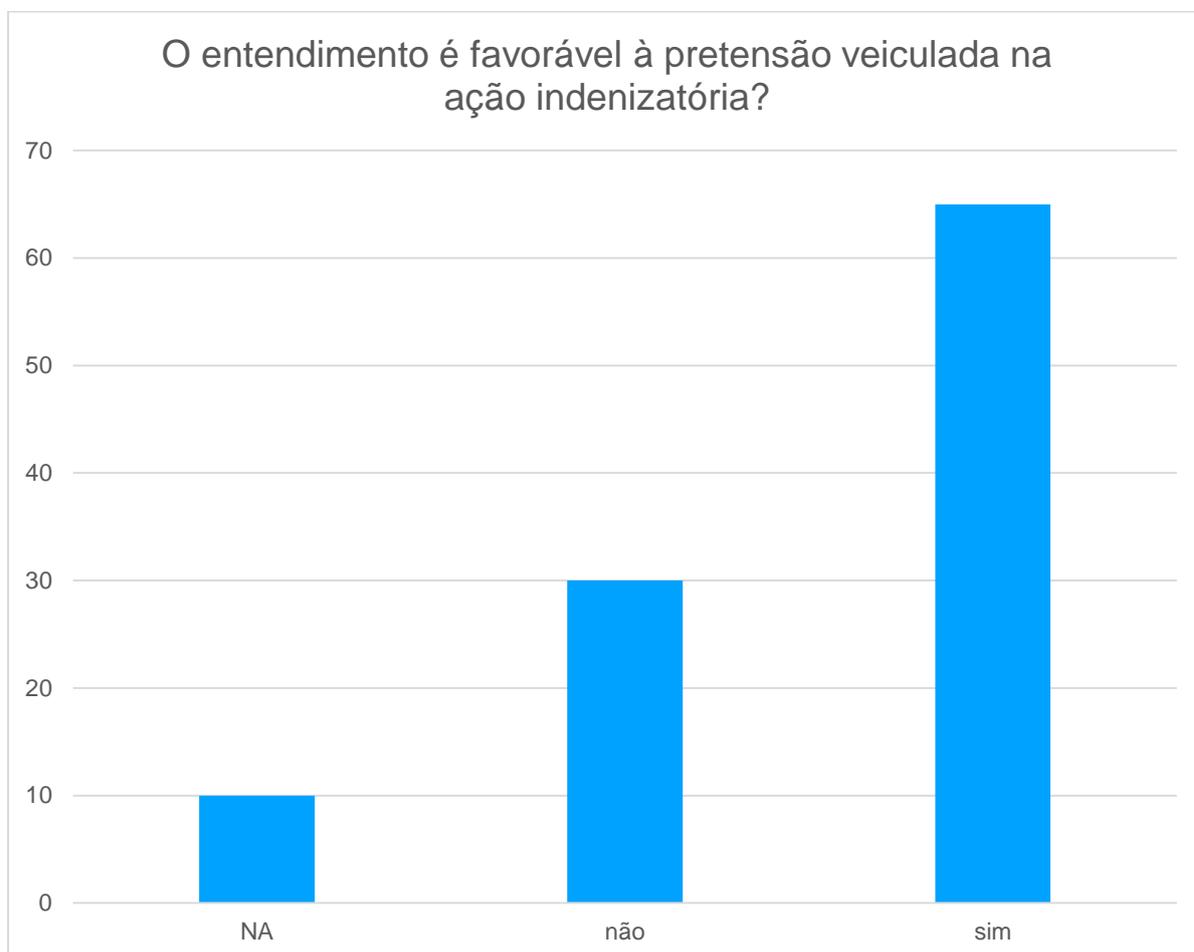
baseada na semelhança entre arquivos encontrados no computador da primeira ré e os apresentados pelas segunda e terceira ré s na licitação, que teriam a mesma data da confecção, o que indicaria a confecção em sequência, por uma mesma pessoa, com intenção de forjar a concorrência, e de frustrar o caráter competitivo dos certames. 5- Prova pericial produzida nos autos que põe em dúvida a fidedignidade das referidas informações constantes nos arquivos computadorizados, afirmando que as datas e horários constantes nos arquivos não podem ser consideradas absolutamente precisas, pois que bastaria ao usuário, alterar a data e hora do computador, que os arquivos respeitariam tal configuração; além do que explícita não ser possível se afirmar, de forma categórica, que os arquivos tenham sido criados no computador da primeira ré, explicando que os arquivos poderiam ter sido criados em outro computador, e depois copiados nos equipamentos da primeira ré. 6- **Ausência de provas de que os arquivos apreendidos foram criados em sequência, pelo mesmo autor, nos computadores da primeira ré, ainda que haja semelhança entre os arquivos apreendidos, e as propostas apresentadas pelos outros réus.** 7- **Ainda que haja o indício referente à semelhança dos arquivos, não demonstrado nem mesmo a confecção dos documentos pela mesma pessoa, e nem a prévia combinação ou ajuste, com o intento de fraudar a competitividade da licitação,** não há como se reconhecer a nulidade acusada, não havendo que se falar em devolução ao erário dos valores pagos em razão da consecução do objeto do certame, que restou incontroversa. 8- Fraude não demonstrada. Pedido julgado improcedente. 9- Sentença confirmada, em remessa necessária conhecida de ofício. Prejudicada a apelação. TJMG Apelação Civil na ACP 0333880-21.2011.8.13.0701. (grifos nossos)

Por sua vez, em outra ACP, o mesmo TJMG assim decidiu sobre circunstâncias relativamente semelhantes às acima mencionadas, a saber:

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MUNICÍPIO DE DELTA - FRAUDE EM LICITAÇÃO - FORMAÇÃO DE CARTEL - PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA - IDENTIDADE, REVEZAMENTO E PARENTESCO ENTRE OS SÓCIOS DAS EMPRESAS LICITANTES E VENCEDORAS - OFERTA DE PREÇOS IGUAIS ENTRE OS LICITANTES - DESISTÊNCIA DO MESMO LICITANTE EM TODOS OS LOTES - GRANDE DIFERENÇA DE PREÇOS ENTRE UM DOS LOTES E OS DEMAIS - FRAUDE COMPROVADA - SANÇÕES - FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO INICIAL - LEIS 8.884/94, 8.666/93 E ART. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL - PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA - PROIBIÇÃO DE PARTICIPAR EM LICITAÇÕES POR DOIS ANOS - CONTRATAÇÃO POR PREÇO SUPERIOR EM RAZÃO DO CARTEL - DANO MATERIAL CARACTERIZADO - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO - VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. TJMG Apelação Civil na ACP 1.0701.11.003762-2/001 (grifos nossos)

Esse quadro jurisprudencial denota a dificuldade referente à prova, circunstância talvez somente transponível caso se opte por conferir maior carga probatória à decisão administrativa do CADE, na condição de órgão especializado em matéria concorrencial e no exame do ilícito de cartel.

No que diz respeito à sinalização da decisão proferida, especialmente observando se as decisões são favoráveis ou não à pretensão indenizatória, temos o que segue:



Fonte: Gráfico produzido pelo autor.

Dos julgados selecionados – boa parte deles proferidos em sede de apelação, embargos de declaração, agravo de instrumento ou recurso especial – a maioria se mostrou favorável à pretensão indenizatória, seja apresentando entendimentos por uma contagem de prazo prescricional mais benéfica aos prejudicados, seja tratando da análise do padrão probatório ou seja analisando aspectos relacionados à competência. Aqui foram consideradas como favoráveis à ARDC as decisões em sentido do provimento da tese do autor, ou seja, de reconhecimento da não incidência da prescrição, da suficiência do padrão probatório, da comprovação da conduta, da adequação do cálculo de dano, da inoccorrência do *pass-on* ou da necessidade de o autor prová-lo, enfim, de qualquer provimento em prol do autor, ainda que não resolvendo definitivamente a demanda, visto que em algumas situações o julgado determinava o retorno dos autos à origem para a sua continuidade.

Ao se adentrar no mérito mesmo das pretensões indenizatórias, o quadro acima parece se inverter, com uma quantidade considerável de ações julgadas improcedentes, a exemplo do julgado abaixo, relativo ao cartel de cimento condenado pelo CADE:

VOTO DO RELATOR EMENTA – RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – Danos que, segundo a inicial, decorrem da prática de cartel atribuída às réis (acarretando sobrepreço na venda de cimento no mercado no período de 1987 a 2007) – Inicial indeferida – Da narrativa dos fatos não decorrem logicamente os pedidos – Embora a decisão administrativa do CADE tenha confirmado a formação do cartel, caberia à autora indicar e especificar o dano alegado e a correlação com os fatos – Danos que sequer foram discriminados, embora oportunizada emenda - Precedentes envolvendo casos idênticos - Sentença mantida – Recurso improvido.

9 PERSPECTIVAS DIANTE DO PROJETO DE LEI Nº 11.275/2018

Está em tramitação o Projeto de Lei nº 11.275/2018 da Câmara dos Deputados¹⁸⁴, cujo propósito é instituir novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica, em especial, às ações reparatórias por danos concorrenciais.

Diante disto, é imprescindível passar à uma breve análise das proposições ali descritas, para detalhar a racionalidade dos incentivos e mecanismos jurídicos que o Poder Legislativo está em vias de aprovar e inserir em nosso sistema brasileiro de defesa da concorrência.

O Art. 1º do Projeto prevê a alteração do art. 47 da Lei nº 12.529/2011 para que passe a constar a seguinte redação:

Art. 47.

§ 1º Os prejudicados terão direito a ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas no art. 36, § 3º, incisos I e II, sem prejuízo das sanções aplicadas nas esferas administrativa e penal.

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º aos coautores de infração à ordem econômica que tenham celebrado 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 Os signatários do acordo de leniência e do 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.

§ 4º Não se presume o repasse de sobrepreço nos casos das infrações à ordem econômica previstas no art. 36, § 3º, incisos I e II, cabendo a prova ao réu que o alegar.

Como se percebe da proposta de texto legal, pretende-se instituir a possibilidade de ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de prática de cartel e influência à conduta uniforme, isentando da multa duplicada aqueles infratores signatários de acordo de leniência ou de TCC, eximindo-os também de responsabilidade solidária pelos danos causados

¹⁸⁴ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190209>. Acesso em 20 de novembro de 2019.

pelos demais infratores do conluio. Por fim, transfere-se ao réu o ônus da prova sobre o repasse, pelo autor, de sobrepreço nos casos de cartel e de influência à conduta uniforme.

A iniciativa de autorizar o ressarcimento em dobro pelos prejuízos advindos de cartel pode ser enxergada sob dois pontos de vista. Por um lado, o legislador quer aproximar o contexto brasileiro da prática norte-americana – que autoriza a condenação ao triplo dos danos advindos de cartel – e inserir incentivos diferentes ao autor da prática cartelística, quando pensa em celebrar um acordo de leniência.

Neste sentido, como a indenização em dobro ensejaria um prejuízo razoavelmente mais gravoso ao cartelista, haveria um incremento nos incentivos em celebrar acordo de leniência, uma vez que, em assim o fazendo, o autor do ilícito antitruste estaria isento do pagamento duplicado.

Institui-se, destarte, *punitives damages* ou pena civil (condenação punitiva), com intuito de aumentar a prevenção geral e específica, ao tempo em que também se alivia a carga a ser suportada pelo beneficiário da leniência, fortalecendo a ideia de que deve haver uma espécie de corrida pela “delação”, na tentativa de dar mais atratividade ao instituto da leniência e acelerar os passos para a sua celebração.

Por outro lado, a instituição do pagamento em dobro recebe críticas de que estaria facultando o enriquecimento ilícito da parte¹⁸⁵, fomentando o futuro surgimento de ações reparatórias infundadas, sem razão de existir, mas intentadas a partir da introdução de uma cultura de litigância e da presunção/probabilidade de ganhos futuros indevidos.

Rosenvald, contudo, ao discorrer sobre a necessidade de pena civil no direito nacional, independentemente de alteração legislativa correspondente, nos ensina que o parágrafo único do Art. 944 do Código Civil já autoriza ao juiz da causa excepcionar o princípio da reparação integral, indenizando de acordo com as circunstâncias do caso, em especial a gravidade e o grau de culpa do autor. De modo diverso, para ele, pode o juiz se socorrer desse regramento para também agravar o *quantum* compensatório, sem que isso signifique ofensa à restituição integral ou mesmo enriquecimento ilícito da parte¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Aqui entendido nos termos do Art. 884 do Código Civil

¹⁸⁶ ROSENVALD, Op. Cit, p. 170.

Embora a instituição desses *punitive damages* por sentença judicial sem qualquer supedâneo legal expresso possa ser defensável em nosso ordenamento jurídico, como aliás o faz o professor Rosenvald, para as ARDCs, esta instituição, caso aprovada a lei ainda em discussão no parlamento, observará a existência de lei formal punitiva da pena, inclusive como lei especial e derogatória, na espécie, do princípio da reparação integral regedor do sistema de reparação civil.

Precisamente sobre essa liberdade legislativa para instituir a pena civil em nosso ordenamento, Rosenvald conjectura:

O que a pena civil propõe é uma permuta de critério: a substituição do cálculo subjetivo do potencial ofensor quanto à relação de custo e benefício da prática do ato ilícito, pela atuação normativa capaz de promover comportamentos constantes em que a coletividade possa realizar um prévio cálculo de confiança quanto ao proceder dos agentes econômicos. É um caminho paralelo ao perseguido pelo direito concorrencial ao proibir monopólios e o abuso de posições dominantes.

Se optarmos pela manutenção da legislação no estado atual, a única resposta do ordenamento ao cálculo matemático de lucro do empreendedor será a compensação dos danos. Trata-se de uma tutela paternalista *ex post* em favor da parte débil (no esforço hercúleo de reintegrá-las a um *status quo*), pela escolha de um sistema jurídico absentista que opta por acreditar na inerente capacidade de autoregulação do mercado, olvidando-se da própria definição de Estado Democrático de Direito. Contudo, se a postura do legislador for pelo incentivo ao individualismo responsável, o empresário conhecerá os critérios objetivos de atuação diligente em seu setor por meio de normativas específicas, determinadas e, portanto, eficazes. A sua opção por não obedecer as regras será sujeita a um juízo negativo de valoração pelo direito privado através da pena civil. O risco se relaciona a sua liberdade de escolha.¹⁸⁷

Daí porque as críticas de inobservância ao princípio do não enriquecimento ilícito ou ao princípio da restituição integral parecem não prosperar, sendo recomendável a manutenção dessa pena civil, especialmente para os casos de cartel, foco deste trabalho, vistos como o mais grave ilícito à ordem econômica e com repercussões negativas para muito além daqueles danos financeiros buscados pela via da ARDC, daí porque a previsão de pena civil se presta a desestimular condutas lesivas à sociedade, ao mercado, à economia e aos indivíduos.

No que diz respeito aos incentivos para a celebração de acordos de leniência, é possível afirmar que os dispositivos legais se encontram em linha com a melhor prática internacional sobre o tema, estimulando os acordos sem enfraquecer o ajuizamento de ARDCs,

¹⁸⁷ Ibid, p. 169.

balanceamento esse que deve ser sempre bem pensado e desenhado ao se cuidar dessas questões envolvendo leniência e ações reparatórias.

Em relação à *pass-on defence*, o legislador admitiu a sua possibilidade, mas transferiu ao réu o encargo probatório de evidenciar que o autor não suportou o prejuízo sozinho e o passou para fase subsequente da cadeia produtiva.

Sobre esse aspecto, embora dificultada a prova do repasse pelo réu, a questão traz possibilidades não desejadas no processo de reparação, já mencionadas anteriormente, como diluição do *quantum* reparatório a ser pleiteado por cada autor, sem diminuição correspondente dos custos da ação, maior dificuldade probatória e possível protelação do resultado final da ação, especialmente para fins de sua reparação integral.

Dando continuidade às alterações propostas, observa-se o debate sobre o prazo prescricional e o início da sua contagem. O projeto de lei assim propõe:

Art. 2º A Lei nº 12.529, de 30 de dezembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 46-A e 47-A:

CAPÍTULO IV

DA PRESCRIÇÃO

Art.46.....

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

§ 1º Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 desta Lei, iniciando-se sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito.

§ 2º Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito quando da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade.

O novo texto se propõe a resolver as dúvidas interpretativas mencionadas anteriormente, estabelecendo expressamente que não correrá a prescrição durante o curso do inquérito ou do processo administrativo no âmbito do CADE.

Ademais, firma-se o prazo de 5 (cinco) anos para a pretensão à reparação pelos danos causados em decorrência de infrações à ordem econômica, iniciando-se a contagem a partir da

ciência inequívoca do ilícito. A caracterização da ciência inequívoca se consumará com a publicação da decisão final do CADE sobre o processo.

A justificativa para a mudança é justamente dirimir as dúvidas e interpretações jurisprudenciais, o que pode ser observado da exposição de motivos¹⁸⁸:

Existem diversos óbices ao pleno desenvolvimento das ações de indenização em antitruste no Brasil, entre elas: (i) o prazo curto para seu exercício (prazo de 3 anos previsto no Código Civil); (ii) a indefinição a respeito do termo inicial para seu exercício; (iii) a falta de acesso a informações que autorizem a propositura de uma ação com fatos suficientes a ensejar uma condenação; e (iv) a imperiosidade de se preservar o acordo de leniência, que revolucionou a eficácia do antitruste nacional. O PLS limita-se a definir a suspensão do prazo prescricional durante o processo administrativo. Para tentar incentivar essas práticas, propõe-se aumentar o prazo de três para cinco anos, além de definir que o termo inicial seja a ciência inequívoca do ilícito, entendida como: a publicação do julgamento final do processo administrativo pelo CADE ou, alternativamente, o desfecho da ação penal.

O dispositivo legal se mostra acertado em boa parte, embora, em nossa visão, não em relação ao prazo prescricional. Conquanto se possa inferir que o prazo de 3 (três) anos é curto para a propositura de uma ação reparatória autônoma, ao se impedir o transcurso da prescrição durante o trâmite administrativo de processo perante o CADE, ter-se-á, na prática, um processo bastante demorado, findo o qual o consumidor ou o agente econômico afetado já teria todos os elementos suficientes para propor a ARDC, de modo que se torna desnecessária a concessão de prazo de 5 (cinco) anos para esse mister, o que apenas perpetua a incerteza e a insegurança para os réus. Melhor seria adotar como paradigma o modelo americano, que estabelece o prazo de um ano após o término do processo administrativo para a propositura da ação de indenização.

De outra banda, é coerente e apropriada a menção ao início da contagem do prazo prescricional após a decisão de mérito do CADE, pois, somente a partir dela, via de regra, é que se tem efetiva ciência da real existência da violação antitruste, ilícito esse bastante difícil de ser descoberto pelo particular, seja ele agente econômico, seja ele o consumidor final.

Por fim, tratando das alterações processuais, o PLS nº 283 estabelece que a decisão do Plenário do Tribunal do CADE é documento apto a ensejar a concessão de tutela de evidência, para fins de decisão liminar. Desta forma, a sugestão positiva não deixa maiores dúvidas quanto à possibilidade de utilização da decisão e dos documentos que a corroboraram no ajuizamento

¹⁸⁸ Parecer do Senado Federal nº 30, 21 de março de 2018, Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7649110&disposition=inline> Acesso em 26 de Novembro de 2019.

das ARDCs, os quais serviriam de supedâneo inclusive para a concessão de uma tutela de evidência, nos termos do art. 311 do CPC, apesar de não se indicar em qual fundamento desse dispositivo a tutela seria concedida, o que pode ser fonte de novos questionamentos no futuro.

Ademais, outro ponto de destaque é a obrigatoriedade de as empresas que celebrarem acordo junto ao CADE, após a abertura de investigação de cartel, aceitarem a arbitragem para resolução de pedidos de indenização, caso assim solicitado pela parte prejudicada, o que deve ser entendido como um estímulo a essas representadas a promoverem as indenizações devidas, dado os altos custos decorrentes dos processos de arbitragem.

Esse aspecto, contudo, pode se revelar um desestímulo à celebração de acordos no CADE, diante dos altos custos que a arbitragem traz consigo e da possibilidade de sua utilização com fins torpes, de forçar o pagamento de indenizações mesmo quando indevidas, sob pena de se ter um processo de arbitragem bastante custoso, ainda que ao final exitoso para a signatária. Ou seja, havendo demanda de arbitragem, a representada/signatária tem um potencial de sair perdendo sempre, o que gera poucos incentivos para ela aceitar o acordo de leniência.

CONCLUSÃO

O presente trabalho visou obter um panorama das ações reparatórias por danos concorrenciais oriundos de cartel no Brasil, traçando-se o cenário normativo, a sua racionalidade, a sua interrelação com o direito antitruste e com a política pública desenvolvida no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sem se descuidar de examinar também dados empíricos, extraídos da análise de julgados dos principais tribunais do país que lidam com o tema, e também expondo-se um quadro internacional, dos Estados Unidos e da União Europeia, expoentes no antitruste no mundo.

Em um primeiro momento, procurou-se examinar a ARDC, conceituando-a e trazendo uma proposta de classificação condizente com a sua natureza e finalidade, concebendo-a como instrumento não só de realização de política antitruste, mas também como elemento concretizador do direito civil, ao buscar a reparação legítima de um dano, com a repulsa ao locupletamento indevido por parte do infrator, punindo-se aquele que praticou um ato ilícito.

Adiante, discorreu-se um pouco sobre os cartéis e sua origem, considerando-os como como arranjos colusivos para fins de interferir em variáveis de mercado, como preço, quantidades e divisão geográfica de atuação, dentre outros fatores. Expôs-se que esse é, atualmente, a mais grave violação da ordem econômica, fato reconhecido inclusive pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, gerando uma série de prejuízos de caráter difuso e individual.

Em seguida, pudemos perceber que a política de defesa da concorrência tem sua aplicação e execução em todo o mundo por três modelos, o de persecução pública, o de persecução privada e o misto, em que ambos atuam e estão aptos a veicular pretensões concorrenciais, servindo não só para combater cartéis e outros ilícitos antitruste, mas também para proporcionar reparações aos lesados nessas situações de infração da ordem econômica.

Nesse equilíbrio entre *enforcement* público e *enforcement* privado, nota-se a necessidade de não se fragilizar a política de acordos de leniência, por meio de aberturas documentais muito amplas e criação de desincentivos à celebração desses acordos, com o fito de privilegiar as ARDCs e a persecução privada, sob pena de se atingir a regra de ouro da

delação, de que o seu signatário não deve ficar em situação pior do que os demais integrantes ou participantes da conduta infrativa.

Mas, sob a compreensão de que a ação estatal pode não ser suficiente para coibir as práticas anticompetitivas, vem se estabelecendo pouco a pouco mecanismos de persecução privada dos valores plasmados na Lei de Defesa da Concorrência, o que tem levado ao crescente debate sobre como estimular as iniciativas privadas nesse sentido, em especial as ARDCs, destinadas a indenizar o particular por um dano específico surgido pela conduta infrativa, no caso deste trabalho, restrita ao dano de cartel.

Procurou-se demonstrar que o estímulo a esse tipo de demanda não tem um potencial de crescimento selvagem, porquanto pouco apropriada para socorrer consumidores finais ou outros agentes econômicos cujos danos experimentados tenham sido de baixa monta, a que denominamos de microdanos individuais.

Esses microdanos, a propósito, tampouco encontram na via das ações coletivas solução para serem objeto de reparação dos lesados, ante ao fato de as mesmas dificuldades da ação individual se replicarem também na ação de defesa coletiva de direitos individuais homogêneos, a exemplo de dificuldade de prova do dano sofrido, dos valores pouco significativos dos danos e do longo tempo dos fatos, desestimulando os potenciais beneficiários irem a juízo, ainda que titulares de uma sentença reconhecendo o dano, mas condicionando o pagamento à posterior liquidação por cada interessado.

Também a ação civil pública se mostrou insatisfatória para veicular pretensão ressarcitória do direito difuso violado, visto que seu resultado final nessas situações teria o condão de praticamente repetir a reparação ocorrida no âmbito do CADE, destinada ao FDD, mas com atraso ainda maior no tempo e com duplicidade de custos. Por isso, restringiu-se a utilidade das ARDCs sobretudo a agentes econômicos integrantes de uma cadeia produtiva, cujo produto cartelizado foi majorado em razão do cartel.

Sem embargo, considerou-se também a incapacidade de as penas imputadas pelo CADE virem a satisfazer, por si só, os requisitos de uma sanção, de prevenção geral e específica, especialmente por conta da limitação punitiva com base no faturamento bruto do ramo de atividade da empresa cartelística, o que se mostra um obstáculo à devida correlação entre os

danos causados nos cartéis de longa duração e a multa máxima passível de aplicação ao agente infrator.

Esses fatores denotariam a necessidade de complementação da política pública de defesa da concorrência com a introdução dos atores privados, visando a que essa atuação, para além de importar em mera prevenção específica, tenha também um caráter dissuasório mais amplo, de prevenção geral.

A análise sobre o tema revelou a intenção do legislador em reconhecer uma complementariedade entre ambos os mecanismos de repressão, com o objetivo de trazer maior efetividade ao combate dos cartéis como um todo.

Entretanto, apesar de a atuação da persecução pública de cartéis no Brasil ser efetiva, com mais e mais cartéis sendo descobertos e punidos, as ações de reparação por danos cartelísticos não tiveram grande incremento nos últimos anos, como mostraram os gráficos da análise empírica.

Desta forma, faz-se necessária a complementação desse sistema de persecução pública, com a viabilização de ações de natureza privada, capazes de incutir um receio extra aos agentes de mercado, vale dizer, de que a prática infrativa pode vir a gerar prejuízos de diversas ordens, inclusive de ordem econômica em mais de uma seara e sob a persecução de agentes diversos, aumentando os incentivos a obedecer a lei.

No que diz respeito ao tratamento das ações de reparação de danos decorrentes de cartel em jurisdições estrangeiras, em especial sobre a aplicação dos institutos jurídicos no direito federal dos Estados Unidos e no direito comunitário europeu, foi realizada uma análise para se buscar inferir boas práticas em favor da experiência brasileira, com vistas a se extrair elementos direcionadores das perspectivas e tendências do ordenamento jurídico brasileiro.

Especificamente quanto à possibilidade de pagamento triplicado por prejuízos advindos de cartel, quando se transpõe esta situação para o contexto brasileiro, deve-se atentar para não criar situações equiparáveis ao enriquecimento ilícito, devendo eventual previsão legislativa sobre o tema considerar o amplo conceito de justiça tanto para os prejudicados quanto para aqueles apenados, buscando responsabilizar os cartelistas no montante próximo ao efetivo prejuízo à dinâmica concorrencial e ao mercado como um todo.

Viu-se que esses danos punitivos têm um potencial dissuasório elevado, porém também trazem consigo estímulos ao uso torpe da ação, sendo o seu estabelecimento em montante não exagerado, como é o caso brasileiro (*double damages* ou danos duplicados), recomendável para tornar insuportável e onerosa a prática de cartel, visto como o mais grave ilícito à ordem econômica e com repercussões negativas para muito além daqueles danos financeiros buscados pela via da ARDC, daí porque a sua previsão serviria para dissuadir condutas lesivas à sociedade, ao mercado, à economia e aos indivíduos.

No tocante ao relacionamento entre os programas de leniência e o desenvolvimento das ARDCs, da experiência internacional é possível concluir que é preciso balancear os incentivos para a continuidade dos programas de leniência (*public enforcement*), com a previsão de benefícios para o signatário da leniência em contraste com os demais participantes da conduta infrativa, sem que estes benefícios produzam, ao mesmo tempo, o efeito desencorajador do ingresso de ações reparatórias pelos afetados por uma conduta anticompetitiva (*private enforcement*), sob pena de se privilegiar um mecanismo de aplicação e persecução da lei em detrimento do outro, gerando um vácuo de efetividade em um deles.

Deve-se observar que o próprio CADE já ofereceu iniciativas neste sentido, tendo sido debatidas junto à comunidade antitruste e a sociedade como um todo, o que resultou no estabelecimento de regulamentos que buscam conciliar tanto os interesses do programa de leniência quanto o estímulo às ARDCs.

Em relação à quantificação dos danos alegados pelos prejudicados por cartéis, o ordenamento jurídico brasileiro não pode ser restritivo na metodologia de quantificação ao ponto de impossibilitar o desenvolvimento das ARDCs. Deve-se considerar se o alegado dano está relacionado com o efeito anticompetitivo da prática e realizar estudos que apresentem uma abordagem mais analítica do problema, quantificada com base nas métricas e parâmetros do mercado onde se praticou o cartel, sem a expectativa ou exigência de certeza milimétrica nesses cálculos. Aliás, proceder dessa forma seria privilegiar o infrator em detrimento da vítima.

Ao se concentrar nos tipos de efeitos anticoncorrenciais, bem como na relação entre estes efeitos e os danos experimentados pelo mercado, é possível depreender uma quantificação passível de ser utilizada em sede de ação judicial reparatória.

Relevante ter em conta ainda a existência de uma variedade de critérios que podem ser utilizados, de modo que é possível afirmar que as metodologias de quantificação de danos mais aplicadas se baseiam na análise temporal dos preços dos serviços e produtos envolvidos no cartel ou na comparação com mercados não afetados pelas condutas anticompetitivas, o que poderia ser replicado pela experiência brasileira, inclusive mediante previsão legislativa expressa, o que não restou contemplado no Projeto de Lei hoje em trâmite na Câmara dos Deputados.

No que tange ao padrão de prova para as ARDCs, a experiência brasileira poderia se utilizar da boa prática internacional e passar a considerar o *standard* mínimo probatório que eleva a decisão do órgão de defesa da concorrência à condição de prova robusta e incontestada da prática do ilícito anticompetitivo e, assim, exige apenas a demonstração da comprovação do nexo de causalidade entre os prejuízos experimentados e a prática cartelística, prescindindo-se de nova prova do cartel.

Tratando dos entendimentos sobre prescrição no ordenamento jurídico pátrio e na experiência internacional, bem como ante a existência de um projeto de lei ainda em discussão abordando o tema, chegou-se à compreensão de que se deve considerar como marco inicial para a sua contagem o trânsito em julgado do processo administrativo sancionador em trâmite no CADE – caso venha a existir investigação ou processo sobre o tema – devendo o prazo prescricional ser considerado conforme disposto no Código Civil, em especial no que diz respeito ao prazo prescricional atinente à responsabilidade civil extracontratual.

Demais disso, reputou-se demasiadamente longo o prazo prescricional de 5 (cinco) anos contido na proposta, ao menos nos casos em que há investigação administrativa com a previsão de suspensão do transcurso da prescrição nesse interregno, pois o processo administrativo já delonga geralmente tempo considerável para findar (média de sete anos para cartéis), o que teria o potencial de gerar incerteza e a insegurança jurídica para as partes, sem benefícios para os demandantes, pois após a decisão do CADE estes já disporiam de todos os elementos para a propositura da ARDC.

No tocante à legitimidade ativa, ponderou-se a inadequação da admissão do *pass-on defence*, e, conseqüentemente, do comprador indireto como legitimado para propor a ARDC, visto que essa abertura processual tenderia a operar contra a própria concretude e integralidade do ressarcimento, bem assim em detrimento da efetividade das ARDCs, pois o montante a ser

ressarcido restaria diluído entre vários lesados na cadeia produtiva em que o bem/serviço cartelizado se incorporou, tornando sob o aspecto do racional econômico menos provável que esses atingidos pela conduta se movimentem para acionar a justiça em prol de seus ressarcimentos. Viu-se que compradores diretos e indiretos são tratados de forma diversa nos Estados Unidos e na União Europeia, o primeiro reconhecendo legitimidade apenas aos primeiros e a UE a ambos.

Acerca da legitimidade passiva, observou-se a plausibilidade da responsabilização solidária dos autores do ilícito anticompetitivo, sob a compreensão de que o dano de cartel é proveniente de uma conduta colusiva, com múltiplos autores, sendo passível de se extrair a correspondente solidariedade dos Arts. 275 e 942 da Lei nº 10.406/2002.

Por fim, passando à análise empírica oferecida, depreendeu-se que a quantidade de demandas enquadradas como ARDC para fins deste estudo (danos de cartel), em comparação ao que poderia existir e a quantidade de casos de cartel que anualmente são julgados pelo CADE, continua sendo tímida e de baixa incidência, o que confirma a observação de que as ARDCs são laterais e suplementares à persecução pública oferecida pelo CADE, mas nem por isso devem ser desprezadas.

Destes mesmos dados extraídos do exame empírico é possível afirmar que as grandes discussões no âmbito do Poder Judiciário, quando se trata de ações de reparação de danos advindos da prática de cartel, versam sobre o padrão probatório, ou seja, sobre a suficiência dos documentos para caracterizar a participação dos réus na conduta lesiva, muitas vezes já objeto de condenação pelo CADE. Essa percepção tem gerado no Conselho uma consciência da necessidade de aproximação de seu padrão de prova àquele exigido pelo Judiciário, com vistas a manter incólumes suas decisões e, igualmente, viabilizar demandas reparatórias fundadas em suas decisões e conjuntos probatórios correspondentes.

Outros tópicos também recorrentes concernem à quantificação dos danos e à prescrição, sendo este último passível de solução em prazo relativamente curto, caso aprovado o Projeto de Lei em andamento na Câmara dos Deputados. Já a quantificação do dano é sempre ponto de difícil consenso, havendo, contudo, guia de natureza pública que pode ser fortalecido para fins de ser adotado como parâmetro confiável pelo Judiciário.

Viu-se, dos números extraídos da análise empírica, em uma visão bastante geral, que há poucas demandas de ARDC a cada ano, havendo decerto um grau elevado de dissociação entre as condutas cartelísticas punidas pelo CADE e essas ações, pois o Conselho vem julgando e condenando cerca de 15 casos de práticas de cartel a cada ano, tendo cada um desses em média duas ou mais pessoas jurídicas condenadas, o que poderia gerar uma multiplicidade de ações contra cada qual desses agentes, dado que o produto por eles cartelizados se destina, em regra, a diversos consumidores (agentes econômicos e consumidores finais).

Essa quantidade ainda módica de ARDCs tem um potencial enorme de crescimento, sobretudo em se considerando o caráter complementar delas na repressão do ilícito e a perspectiva positiva de sua facilitação e estímulo a partir das modificações a serem trazidas pelo Projeto de Lei, certamente introduzindo no Brasil um instrumento com caráter bastante dissuasório da prática antitruste, haja vista o caráter racional dos agentes econômicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATHAYDE, Amanda. As três ondas do antitruste no Brasil. **Jornal Jota**. Artigo disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil-01112017> Acesso em 03 de dezembro de 2019.

BONA, Jarod. The elements of antitrust injury: a two prong test. **Bona Law Business Justice.Com**. Disponível em: <https://www.businessjustice.com/the-elements-of-antitrust-injury-a-two-prong-test.html>. Acesso em 20 de outubro de 2019.

BUCCIROSSI, Paolo; MARVÃO, Catarina; SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and Damages. **SSRN**, novembro de 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2566774. Acesso em 03 de dezembro de 2019.

BUCHAIN, Luiz Carlos. **O Poder Econômico e a Responsabilidade Civil Concorrencial**. Nova Prova Editora. Porto Alegre, junho/2006.

BRASIL. **Cálculo de danos em cartéis - Guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos**. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência. Brasília-DF, 2018. Disponível em <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/calculo-de-danos-em-carteis> Acesso em 27 de novembro de 2019.

CAPOBIANCO, Antonio; LEE, Sunmi. **Relationship Between Public and Private Enforcement**. DAF/COMP/WP3(2015)14, OECD, 2015. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2015\)14&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&doclanguage=en) Acesso em 20 de agosto de 2019.

CARVALHO, Henrique Araújo de. Quantificação do dano em ações reparatórias individuais por danos decorrentes da prática de cartel no Brasil: indo além do *an debeatur*. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 7, n. 1, 2019. Disponível em <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/387> . Acesso em 27 de novembro de 2019.

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. 2012, p. 332-350

CARVALHO, Vinicius Marques; JOPPERT, Carlos Emmanuel. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013, p. 38.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016, p. 117.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. Ed. São Paulo. Atlas, 2019. P.16.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia para a celebração do Acordo de Leniência**, 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 16 de setembro de 2019.

CONNOR, John M. Private International Cartels: Effectiveness, Welfare, and Anticartel Enforcement. **Purdue Agricultural Working Paper**, nº 03-12, 2003, p. 1. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=611909 Acesso em 25 de Novembro de 2019.

CRANE, Daniel A. Optimizing private antitrust enforcement. **Vand. L. Rev.**, v. 63, p. 673-720, 2010. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol63/iss3/2>. Acesso em 18 de novembro de 2019.

DENOZZA, Francesco; TOFFOLETTI, Lucca. Compensation function and deterrence effects of private actions for damages: The case of antitrust damage suits. **Social Sciences Research Network**, março de 2018. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1116324>. Acesso em 25 de maio de 2019.

DUNNE, Niamh. The role of private enforcement within EU Competition Law. **Cambridge Yearbook of European Legal Studies**, v. 16, p. 143-187, 2014. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-yearbook-of-european-legal-studies/article/role-of-private-enforcement-within-eu-competition-law/57F7E18DF12B08046B08001C0783DDB2>. Acesso em 25 de novembro de 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Parte Geral e LINDB, Volume I**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 11-31, 2013. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/75>. Acesso em 20 de outubro de 2019.

FORDHAM, Law Review. Fraudulent Concealment as Tolling the Antitrust Statute of Limitations, 36 **Fordham L. Rev.**, v. 328, 1967. Disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol36/iss2/6>. Acesso em: 30 de novembro de 2019.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. São Paulo. Editora Saraiva: 2016, 4ª edição.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 1**, 11ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 513.

GRAELLS, Albert Sánchez. Discovery, Confidentiality and Disclosure of Evidence Under the Private Enforcement of EU Antitrust Rules. **IE Working Paper Derecho**. Setembro de 2006. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952504 Acesso em 25 de novembro de 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16ª Ed., Malheiros Editores, 2015: São Paulo.

HARRISON, Jeffrey Lynch, Private Antitrust Enforcement in the United States and the European Union: Standing and Antitrust Injury. **SSRN**, 23 de setembro de 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1932741>. Acesso em: 30 de novembro de 2019.

HELLWIG, Martin F., Private Damage Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases: An Economist's Perspective (September 2006). **MPI Collective Goods Preprint No. 2006/22**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=936153>. Acesso em: 30 de novembro de 2019.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy – The law of Competition and its Practice**. 2. Ed. Minnesota: West Group, 1999.

HOVENKAMP, Herbert. Quantification of harm in private antitrust actions in the United States. **University of Iowa Legal Studies Research Paper**, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1758751>. Acesso em 8 de novembro de 2019.

HÜSCHEL RATH, Kai; PEYER, Sebastian. Public and private enforcement of competition law: A differentiated approach. **World Competition**, v. 36, n. 4, p. 585-613, 2013. Disponível em: <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13029.pdf>. acesso em 25 de novembro de 2019.

JONES, Alison. Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and lessons form, the US. **Transnational Law Institute Journal**, Paper 10/2016. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract-2715796>. Acesso em 21 de outubro de 2019.

LE MOS, Thales de Melo. O combate aos cartéis por meio da responsabilização civil e o desafio da quantificação dos danos. **Revista de Defesa da Concorrência**, Vol. 6, n. 1, maio 2018. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/383>. Acesso em 20 de março de 2019.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. Dissertação de mestrado em Direito Civil – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010.

MARQUES FRANCISCO, André. **Responsabilidade civil por infração da ordem econômica**. Dissertação. Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, 2014.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis. Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo, Editora Singular: 2013, p. 36/37.

MCAFEE, R. Preston; MIALON, Hugo M.; MIALON, Sue H. Private v. public antitrust enforcement: A strategic analysis. **Journal of Public Economics**, v. 92, n. 10-11, p. 1863-1875, 2008. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0047272708000637>. Acesso em 25 de novembro de 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Ação Popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”**. São Paulo: Saraiva.1977.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD). **Cartels and anti-competitive agreements**. Disponível em <http://www.oecd.org/competition/cartels/> Acesso em: 30 de novembro de 2019.

PAGE, William H. The Chicago School and the evolution of antitrust: Characterization, antitrust injury, and evidentiary sufficiency. **Va. L. Rev.**, v. 75, p. 1221, 1989. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1073128?seq=>. Acesso em 25 de novembro de 2019.

PAGE, William Hepburn, The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law. William H. Page, **ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY**, Vol. 1, No. 1, ABA Section of Antitrust Law, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=692821>. Acesso em: 30 de novembro de 2019.

PASTORE, Ricardo Ferreira; MOTTA, Lucas Griebelle; IGNÁCIO, Renata Rossi. **Responsabilização solidária de cartelistas em ações indenizatórias: reflexões, limites e desafios**. In: DRAGO, Bruno de Luca (Coord.). *A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial*. São Paulo: Ed. Singular, 2018.

PEIXOTO, Bruno Lanna; ROSA, Renato Xavier da Silveira; SILVA, Ludmilla Martins. **Ações reparatórias por danos concorrenciais: termo inicial do prazo prescricional**. In DRAGO, Bruno de Luca (Coord.). *A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial*. São Paulo: Ed. Singular, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva e CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial: Doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo, Saraiva, 2016. P. 91/92.

PIRES, Alvaro. Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais. *In* POUPART, Jean et. al (orgs). **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 2008, p. 43-94.

POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. **Handbook of Law and Economics**. Vol. 1. Elsevier. 2007.

PORTO, Giovana Vieira. A cessão de crédito devido por ressarcimento ao dano material oriundo de cartel: um novo business?. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 5, n. 2, p. 131-162, 2017. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/352>. Acesso em 20 de outubro de 2019.

REQUENA, Giuliana Marchezi Franceschi Gonçalves; BERNINI, Paula Muller Ribeiro. **Valor Probatório da decisão do CADE nas Ações de Reparação de Danos decorrentes de Cartel**. *In* DRAGO, Bruno de Luca (Coord.). A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial. São Paulo: Ed. Singular, 2018.

ROSENBERG, David, e SULLIVAN, James P. Coordinating private class action and public agency enforcement of antitrust law. **Harvard Law School**. Discussion Paper n. 523. Agosto de 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=795524>. Acesso em 20 de novembro de 2019.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo. Atlas, 2013.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 58.

SEGAL, Ilya R; WHINSTON, Michael D. Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey. **Stanford Law School**. Working Paper n. 335, dezembro de 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=952067>. Acesso em 25 de outubro de 2019.

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira. Cartéis e Direito: o exemplo da Alemanha na segunda metade do século XIX. *In* Revista Brasileira de Direito Comparado n. 46, p. 52/60.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. São Paulo: Madras, 2009.

SUNSTEIN, Cass R.; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law). **The Yale Law Journal**, v. 107, n. 7, p. 2071-

2153, 1998. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/797417>. Acesso em 21 de Outubro de 2019.

STIGLER, George J. Perfect Competition: Historically Contemplated. **Journal of Political Economy**, Vol. 65, n. 1 (1965), p. 1/17. Disponível: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/257878?journalCode=jpe>. Acesso em 21 de novembro de 2019.

VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira; MENDONÇA, Nayara. A competência do poder judiciário na análise de demandas concorrenciais autônomas (ações stand alone). In DRAGO, Bruno de Luca, PEIXOTO, Bruno Lana (Coord.). **A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial**. São Paulo: Ed. Singular, 2018.

VICENTINI, Pedro. **Dano antitruste aos compradores diretos e indiretos: breves considerações sobre o pass-on effect nos regimes norte-americano, europeu e brasileiro** In DRAGO, Bruno de Luca (Coord.). *A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial*. São Paulo: Ed. Singular, 2018.

WALLER, Spencer Weber. Towards a constructive public-private partnership to enforce competition law. **World Competition**, v. 29, n. 3, p. 367-381, 2006. Disponível em: <http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=WOCO2006027> Acesso em 25 de novembro de 2019..

WHEELER, Malcolm E. Antitrust Treble-Damage Actions: Do They Work? **California Law Review**. Vol. 61, dezembro de 1973, n. 6. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2567&context=californialawreview>. Acesso em 30 de novembro de 2019.

WILS, Wouter P. J. Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?.. **World Competition**, Vol. 26, n. 3, setembro de 2003, p. 473/488. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract-1540006>. Acesso em 20 de abril de 2019.

WILS, Wouter P. J. The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages. **World Competition**, Vol. 32, n. 1, março de 2009, p 3-26. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol2/sf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087. Acesso em 29 de maio de 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de informação legislativa**, v. 21, n.127, p. 83/96. Julho/setembro de 1995. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176342/000497908.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 30 de novembro de 2019.

LEGISLATIVAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Portal da Legislação. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 de novembro de 2019.

_____. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 30 de novembro de 2019.

_____. **Decreto n° 1.306/1994**. Regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, de que tratam os arts. 13 e 20 da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, seu conselho gestor e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1306.htm Acesso em: 30 de novembro de 2019.

_____. **Decreto n° 20.910, de 6 de janeiro de 1932**. Regula a prescrição quinquenal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm. Acesso em: 30 de novembro de 2019.

_____. **Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm Acesso em: 30 de novembro de 2019.

_____. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 30 de novembro de 2019.

_____. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm Acesso em: 30 de novembro de 2019.

_____. **Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm Acesso em: 30 de novembro de 2019.

_____. **Lei n. 9.008/1995**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9008.htm. Acesso em: 30 de novembro de 2019.

_____. **Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm Acesso em: 30 de novembro de 2019.

_____. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm Acesso em: 30 de novembro de 2019.

_____. **Código de Processo Civil.** Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 30 de novembro de 2019.

_____. **Projeto de Lei nº 11.275/2018 da Câmara dos Deputados.** Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190209> Acesso em: 30 de novembro de 2019.

_____. **Projeto de Lei do Senado Federal n. 283/2016.** Dispõe sobre os procedimentos para permitir e fomentar a fusão e a incorporação de Municípios, nos termos do § 4º do art. 18 da Constituição Federal, e dá outras providências; altera a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, e a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085248> Acesso em: 30 de novembro de 2019.

_____. **Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999.** Disponível em <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view> Acesso em: 30 de novembro de 2019.

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 Texto relevante para efeitos do EEE. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.349.01.0001.01.POR Acesso em: 30 de novembro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Transcript of Sherman Anti-Trust Act, 1890.** Disponível em <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=51&page=transcript> Acesso em: 30 de novembro de 2019.

_____. **The Clayton Act.** Disponível em https://archive.org/stream/jstor-74/74_djvu.txt Acesso em: 30 de novembro de 2019.

_____. **Federal Rules of Civil Procedure.** Disponível em https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cv_rules_eff._dec._1_2018_0.pdf Acesso em: 30 de novembro de 2019.

_____. **Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act.** disponível em <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-118/pdf/STATUTE-118-Pg661.pdf> Acesso em: 30 de novembro de 2019.

JURISPRUDENCIAIS

UNIÃO EUROPEIA. DAF/COMP/WP3(2015), Courage Ltd e Bernard Crehan. Disponível em https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Ac_Courage_Crehan_20.9.2001.pdf Acesso em 25 de Novembro de 2019.

_____. Coletânea da Jurisprudência. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CC0724&from=EN> Acesso em 25 de Novembro de 2019.

ESTADOS UNIDOS. Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp. 392 U.S. 481, 1968.

_____. Illinois Brick Co. et al. v. Illinois et al. 431 U.S. 720, 1977.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79. Disponível em <http://www.cade.gov.br/> Acesso em 25 de Novembro de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.280.949-SP. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/InicioAcesso> em 25 de Novembro de 2019.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica Nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuholcgx-BuAiGIIdXH0CI2pcjLZznRWZf0X. Acesso em 25 de Novembro de 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2096817-68.2018.8.26.0000. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/> Acesso em 25 de Novembro de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em RESP n. 1.281.594-SP. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/InicioAcesso> em 25 de Novembro de 2019.

ANEXO – TABELA DE JURISPRUDÊNCIA

Órgão Julgador	Nº do Processo	Classe Processual	Tipo de processo	Ementa	Relacionado à ARDC?	Assunto	Discussão 2	Favorável à pretensão indenizatória?	Data do Julgamento
TJSP	1050035-45.2017.8.26.0100	Apelação Cível	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – Alegada formação de <i>cartel</i> no comércio de cimento – Sentença que a julgou improcedente – Recurso das Autoras – Alegação de que a sentença seria nula por não ter analisado os documentos juntados nem tampouco requisitado aqueles que seriam necessários à demonstração dos fatos – Cabimento – Caso que demanda, necessariamente, a produção de prova pericial, sendo impossível o julgamento antecipado da lide – Repasse que foi presumido pelo Juízo, mas que deve ser objeto de aferição pericial, recaindo sobre as requeridas/apeladas o ônus de prová-la, nos termos do art. 373, II, do CPC – Sentença anulada – RECURSO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO.	Sim	Conjunto probatório		sim	28/08/2019
TJSP	0052183-21.2018.8.26.0000	Conflito de competência cível	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM QUE SE DISCUTE A EXISTÊNCIA DE EVENTUAIS PREJUÍZOS DECORRENTES DE SUPOSTO CARTEL NO COMÉRCIO DE CIMENTO – A 30ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO ALEGOU PREVENÇÃO DA 32ª CÂMARA, EM RAZÃO DE ANTERIOR JULGAMENTO DE DOIS AGRAVOS DE INSTRUMENTO – CONEXÃO REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES E INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE - ART. 105 DO RI/TJSP – CONEXÃO NÃO VERIFICADA – CONFLITO PROCEDENTE - COMPETÊNCIA DA 30ª CÂMARA	Sim	Competência		NA	19/08/2019
TJSP	1076640-28.2017.8.26.0100	Apelação Cível	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	VOTO DO RELATOR EMENTA – RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – Danos que, segundo a inicial, decorrem da prática de <i>cartel</i> atribuída às rés (acarretando sobrepreço na venda de cimento no mercado no período de 1987 a 2007) – Inicial indeferida – Da narrativa dos fatos não decorrem logicamente os pedidos – Embora a decisão administrativa do CADE tenha confirmado a formação do <i>cartel</i> , caberia à autora indicar e especificar o dano alegado e a correlação com os fatos – Danos que sequer foram discriminados, embora oportunizada emenda - Precedentes envolvendo casos idênticos - Sentença mantida – Recurso improvido.	Sim	Quantificação dos danos em concreto		não	14/08/2019

TJSP	<u>1076730-36.2017.8.26.0100</u>	Apelação Cível	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	AÇÃO INDENIZATÓRIA – Sentença de improcedência. APELO DA AUTORA – Inadmissibilidade do pedido de reforma – Hipótese em que não demonstrados os danos especificamente causados à autora, que não poderiam ser comprovados por prova pericial (art. 464, § 1º, III, NCPC) - Decreto de improcedência lastreado em fatos notórios (art. 374, I, NCPC) e que não comporta reparo – Prática de <i>cartel</i> devidamente comprovada perante o CADE que não enseja o acolhimento automático do pedido, por não demonstrados os danos individualmente suportados – Inteligência dos artigos 47, da Lei Antitruste; 186, do CC; e 373, I, do CPC/2015. Admissibilidade, todavia, do pedido de minoração de honorários, a teor do que prescrevem os artigos 85, § 2º, e 87, do NCPC. Sentença mantida – RECURSO PROVIDO EM PEQUENA PARTE.	Sim	Quantificação dos danos em concreto		não	29/05/2019
TJSP	<u>1105859-57.2015.8.26.0100</u>	Apelação Cível	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. INVESTIGAÇÃO POLICIAL COM COLABORAÇÃO DA RÉ. 1. Preliminar de intempestividade afastada. 2. Benefício da gratuidade. Demonstração de dificuldade financeira pela autora. Benefício concedido. 3. Preliminar de cerceamento de defesa afastada. 4. Danos decorrentes da investigação policial. Ausência de conduta ilícita na contribuição da ré para a investigação policial e apreensão dos cilindros. Atuação dos policiais diante dos indícios presentes, e não a mando da ré. Sociedade que deve suportar eventuais ônus das investigações criminais, ainda que posteriormente venha a ser demonstrada a inexistência de fato ilícito. Ausência de má-fé da conduta da ré. Responsabilização indevida. 5. Danos decorrentes da suposta formação de <i>cartel</i> . Inexistência de comprovação ou fundamentação para a análise do pleito em grau recursal. 6. Honorários. Fixação dos honorários por equidade, com base no art. 85, §8º, do CPC, se aplica apenas quando o valor da causa é muito baixo, e não quando é elevado. Orientação do E. STJ. Alteração para fixação com base no valor da causa (art. 85, §2º, do CPC), aplicável também à improcedência (art. 85, §6º, do CPC). 7. Recursos parcialmente providos.	sim	Conjunto probatório	Prescrição	não	24/04/2019

TJSP	<u>2101940-47.2018.8.26.0000</u>	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE FIXOU O PERÍODO DE EVENTUAL RESSARCIMENTO EM DEZ ANOS ANTERIORES AO AJUIZAMENTO DA DEMANDA – FORMAÇÃO DE CARTEL – CIÊNCIA DA AGRAVANTE COM A DECISÃO DO CADE – DANOS OCORRERAM DURANTE TODO O PERÍODO DE CONLUIO ENTRE AS AGRAVADAS - RECURSO PROVIDO	Sim	Prescrição		sim	18/02/2019
------	----------------------------------	-----------------------	---------------------	---	-----	------------	--	-----	------------

TJSP	<u>2103889-09.2018.8.26.0000</u>	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	<p>RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação indenizatória – Ato ilícito – Formação e participação de <i>cartel</i>, para a majoração do preço do cimento – Agravo de instrumento – Insurgência contra decisão que reconheceu a ocorrência da prescrição quanto a parte da pretensão da demandante, determinou a suspensão do processo, até o julgamento das ações anulatórias propostas contra decisão do CADE - na qual se funda a pretensão indenizatória - e consignou que a necessidade de produção de outras provas será examinada após a cessação da suspensão do feito e a conclusão da prova pericial determinada – PRAZO PRESCRICIONAL – Aplicação da regra prevista no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, e não daquela prevista no art. 205 do mesmo diploma – Precedentes – TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL – "Dies a quo" do prazo prescricional que corresponde à data da decisão do CADE, ao ensejo do julgamento de embargos de declaração – Somente se pode falar em violação do direito, no caso concreto, a partir do momento em que se reconheceu, na esfera administrativa, a prática de ato ilícito, por parte das demandadas, ao ensejo do julgamento dos embargos de declaração opostos contra a decisão do CADE, dado que, a rigor, foi somente nessa ocasião que a agravada, titular do direito subjetivo violado, passou a conhecer o fato e a extensão de suas consequências, de acordo com o princípio da "actio nata" – Precedentes – INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO – Ação indenizatória proposta antes do término do prazo prescricional de 3 anos, previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil – Inocorrência de prescrição, quer total, quer parcial, da pretensão da agravada – PROVA PERICIAL – Insurgência contra a produção de prova técnica – Requisito de admissibilidade do recurso – Cabimento – Ausência – Decisão recorrida, que, em tal ponto, não versa sobre nenhum das hipóteses previstas na lei processual civil – conhecimento obstado no tópico – Recurso provido, em parte, na parcela conhecida.</p>	Sim	Prescrição		sim	11/10/2018
------	----------------------------------	-----------------------	---------------------	--	-----	------------	--	-----	------------

TJSP	2094420-36.2018.8.26.0000	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	<p>RESPONSABILIDADE CIVIL – Agravo de instrumento - Ação indenizatória – Ato ilícito – Formação e participação em <i>cartel</i>, para a majoração do preço do cimento – Insurgência contra decisão que reconheceu a ocorrência da prescrição quanto a parte da pretensão da demandante, e determinou a suspensão do processo, até o julgamento das ações anulatórias propostas contra decisão do CADE no qual se funda a pretensão indenizatória – PRAZO PRESCRICIONAL – Aplicação da regra prevista no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, e não daquela prevista no art. 205 do mesmo diploma – Precedentes – TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL – "Dies a quo" do prazo prescricional que corresponde à data da decisão final do CADE, ao ensejo do julgamento de embargos de declaração – Somente se pode falar em violação do direito, no caso concreto, a partir do momento em que se reconheceu, na esfera administrativa, a prática de ato ilícito, por parte das agravadas, ao ensejo do julgamento dos embargos de declaração opostos contra a decisão do CADE, dado que, a rigor, foi somente nessa ocasião que a agravante, titular do direito subjetivo violado, passou a conhecer o fato e a extensão de suas consequências, de acordo com o princípio da "actio nata" – INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO – Ação indenizatória proposta antes do término do prazo prescricional de 3 anos, previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil – FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS – Omissão que implicaria determinação de emenda e não indeferimento, de pronto, da petição inicial – Não se caracteriza, na espécie, a suposta falta de apresentação de documentos indispensáveis à propositura da ação, a impedir que se cogite de imediata extinção do processo, ao argumento de que não instruída a petição inicial com documentos que comprovem o pretense dano sofrido pela agravada, seja porque a ausência deles não impediria, em última análise, o julgamento do mérito da causa, seja porque não evidenciado, "prima facie", prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa – INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL, PELA FORMULAÇÃO DE PEDIDOS GENÉRICOS – Hipótese que, em tese, admite a formulação de pedido genérico, na medida em que não é possível determinar, desde logo, as</p>	Sim	Prescrição		sim	11/10/2018
------	---	-----------------------	---------------------	---	-----	------------	--	-----	------------

TJSP	<u>2086289-72.2018.8.26.0000</u>	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	<p>RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação indenizatória – Ato ilícito – Fundamento em alegação de formação e participação de <i>cartel</i>, pelas agravadas, para a majoração do preço do cimento – Ação indenizatória – Insurgência contra decisão que reconheceu a ocorrência da prescrição quanto a parte da pretensão da demandante – Aplicação da regra prevista no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, e não daquela prevista no art. 205 do mesmo diploma – Precedentes – Termo inicial do prazo prescricional que corresponde à data da decisão final do CADE, ao ensejo do julgamento de embargos de declaração – Somente se pode falar em violação do direito, no caso concreto, a partir do momento em que se reconheceu, na esfera administrativa, a prática de ato ilícito, por parte das agravadas, ao ensejo do julgamento dos embargos de declaração opostos contra a decisão do CADE, dado que, a rigor, foi somente nessa ocasião que a agravante, titular do direito subjetivo violado, passou a conhecer o fato e a extensão de suas consequências, conforme o princípio da "actio nata" – Precedentes – Inocorrência de causa de suspensão da prescrição – Reforma da decisão agravada – Recurso provido, em parte.</p>	Sim	Prescrição		sim	11/10/2018
------	----------------------------------	-----------------------	---------------------	---	-----	------------	--	-----	------------

TJSP	<u>0066280-87.2009.8.26.0114</u>	Apelação Cível	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	<p>Ação declaratória cumulada com pedido indenizatório. Contrato de fornecimento de gás. Inaplicabilidade do CDC. De fato, é incontroverso nos autos que a autora utiliza os gases para fins industriais, não sendo, portanto, destinatária final do produto. Cobrança de consumo mínimo. Impossibilidade. O consumo abaixo da cláusula que estipula o consumo mínimo não enseja a cobrança de tal valor, pois não houve efetiva prestação do serviço. Na verdade, o não atingimento de tal consumo autoriza a resolução contratual. No caso em tela, como o contrato já se findou, não há que se falar em resolução. Contudo, os valores cobrados indevidamente da apelante devem ser devolvidos, na forma simples, ante a inexistência de má-fé por parte da ré. No que tange à alegação segundo a qual a ré teria formado <i>cartel</i>, sendo impossível a compra de outra empresa ou negociação de cláusulas contratuais, não assiste razão à autora. De fato, como bem observou o perito judicial: "Não podemos afirmar que a Autora ficasse impedida de contatar outros fornecedores, já que os contratos não previam exclusividade no provimento dos produtos pela Ré" (fl. 691). Reajustes. Afronta à Lei 9.069/95. De fato, como esclareceu o perito, os aditivos contratuais mantiveram os índices de periodicidade do contrato principal, que, por sua vez, estabeleciam o reajuste na menor periodicidade prevista na Lei 9069/95 (art. 28, § 1º). A ré, contudo, não respeitou a lei em questão, sendo de rigor que sejam afastados os reajustes que estão em desacordo com a lei supra citada. A devolução do valor pago a maior será na forma simples. Recurso parcialmente provido.</p>	Sim	Quantificação dos danos em concreto		sim	30/08/2018
------	----------------------------------	----------------	---------------------	--	-----	-------------------------------------	--	-----	------------

TJSP	<u>2109321-09.2018.8.26.0000</u>	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – VARA EMPRESARIAL – REPARAÇÃO DE DANOS – RESOLUÇÃO 763/16 DO ÓRGÃO ESPECIAL Pedido de reparação de danos, ainda que advindo de formação de cartel (já reconhecido na via administrativa pelo CADE) é matéria que não está incluída no rol taxativo de competência das Varas Empresariais. Inteligência do art. 2º da Res. nº 763/16 do c. Órgão Especial, tratando-se de norma de exceção que deve ser interpretada restritivamente. Competência da Vara Cível comum para processo e julgamento do pedido de indenização formulado. RECURSO PROVIDO.	Sim	Competência		na	08/08/2018
TJSP	<u>0016111-35.2018.8.26.0000</u>	Conflito de competência cível	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação indenizatória – Compra e venda de cimento – Supostos prejuízos causados pelas rés em razão da formação de <i>cartel</i> - Matéria residual – Competência comum das Subseções de Direito Privado – Conflito de competência procedente para fixar a competência da Câmara Suscitada."	Sim	Competência		na	21/06/2018
TJSP	<u>2241553-19.2017.8.26.0000</u>	Agravo de Instrumento	Ação Civil Pública	Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Combustíveis. Formação de <i>cartel</i> . Conexão entre ações. Matéria que não constou da decisão agravada e que não está no rol taxativo do art. 1.015, CPC. Não conhecimento da questão. Mérito. Tutela deferida na origem para abstenção de comercialização de combustíveis a preço que resulte lucro bruto sobre o valor de compra do produto, superior a percentuais entre 17% e 20%, sob pena de lacração das bombas de abastecimento desses combustíveis, com imposição de multa. Prática abusiva por alinhamento de preços, formação de <i>cartel</i> e lucros excessivos. Liminar deferida na origem. Presença dos requisitos do art. 300, CPC e art. 84, 'caput' e § 5º, da Lei nº 8.078/90. Decisão mantida. Recurso, na parte conhecida, não provido.	Sim	Conjunto probatório		sim	16/07/2018

TJSP	<u>2222545-56.2017.8.26.0000</u>	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	<p>AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS, C.C. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. Pedido que tem por fundamento conduta ilícita praticada/exercida pelos agravados no mercado de cimento, com fixação de preços, quantidades de venda e divisão regional de mercado, com alocação de clientes entre determinadas empresas cimenteiras. Formação de <i>cartel</i> de cimento e do concreto, reconhecido pelo CADE. Ocorrência da prescrição trienal prevista no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil. Pretensão indenizatória que não depende de inquérito ou processo administrativo. Inteligência do artigo 47, da Lei nº 12.529/2011. Respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal). Desnecessária a intimação do CADE para intervir no processo, conforme previsto no artigo 118, da Lei nº 12.529/2011. Não cabe a tal autarquia intervir em feitos nos quais a discussão envolve interesses entre particulares. Inexistência de cerceamento de defesa. Desnecessária a intimação do CADE para a exibição de documentos. Inúmeras são as provas "incriminadoras", como definido pela agravante em sua petição inicial, apresentadas no processo administrativo. Perícia técnica designada pelo douto Magistrado de primeiro grau, que formulou abrangente indagação a respeito dos fatos: "Houve prática de acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção, distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio?" Litigância de má-fé não configurada, pois ausente intenção inequívoca de uma das partes de praticar atos atentatórios à dignidade da Justiça. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.</p>	Sim	Conjunto probatório		sim	28/06/2018
------	----------------------------------	-----------------------	---------------------	--	-----	---------------------	--	-----	------------

TJSP	<u>2184315-42.2017.8.26.0000</u>	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	COMPETÊNCIA RECURSAL – Ação indenizatória – Pedido inicial que suscita a prática abusiva por alinhamento de preços e formação de <i>cartel</i> , e pretende a reconstituição de prejuízos – Razões recursais que discutem a pertinência da emenda à inicial determinada na Origem – Agravo de instrumento livremente distribuído à C. 4a Câmara de Direito Privado desta Corte – Decisão do Relator sorteado que determinou a redistribuição às Câmaras Reservadas de Direito Empresarial – Redistribuição equivocada – Discussão sobre atuação coordenada de fornecedores que não se insere no âmbito atribuído às Cortes Reservadas em matéria empresarial, nos termos do artigo 5º, da Resolução n. 623/2013 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Conflito de competência negativo suscitado. Dispositivo: Não conhecem o recurso, e suscitam conflito negativo de competência.	Sim	Competência		na	06/11/2017
TJSP	<u>2194230-52.2016.8.26.0000</u>	Agravo de Instrumento	Ação Civil Pública	COMPETÊNCIA RECURSAL – Ação Civil Pública – Combustíveis – Alegação de prática abusiva por alinhamento de preços, formação de <i>cartel</i> e lucros excessivos – Tutela de urgência deferida na origem – Agravo de instrumento livremente distribuído à C. 36a Câmara de Direito Privado desta Corte – Julgamento Colegiado que determina a redistribuição às Câmaras Reservadas de Direito Empresarial – Redistribuição equivocada – Nos termos do artigo 5º, da Resolução n. 623/2013 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, matéria não afeta à esta C. 2a Câmara Reservada de Direito Empresarial – Cerne da questão relativa a relação de consumo – Hipótese, em que há prevenção gerada por ocasião da distribuição – Conflito de competência negativo suscitado. Dispositivo: Não conhecem o recurso, e suscitam conflito negativo de competência.	Sim	Competência		na	28/08/2017

TJSP	<u>0130316-15.2011.8.26.0100</u>	Apelação Cível	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	Ação Indenizatória. Compra e venda de nitrogênio líquido e locação de equipamentos. Referência a suposto " <i>cartel</i> " do gás industrial, práticas abusivas de preços e reajustes contratuais indevidos. Causa de pedir fundada em decisão administrativa do CADE, anulada no âmbito da Justiça Federal, pois sustentada em provas ilícitas. Contaminação que não se pode ignorar. Ilícitude por derivação, configurada. Inadmissibilidade da prova documental. Não realização de perícia, antes, pedido de julgamento antecipado pela autora. Inaplicabilidade do CDC. Ônus probatório, quanto ao fato constitutivo do direito, que a ela competia, e do qual não se desvencilhou (art. 333, I, do CPC/73, atual art. 373, I, do CPC/15). Ausência de defeitos ou vícios dos negócios jurídicos entabulados entre as partes. Aplicabilidade do princípio " <i>pacta sunt servanda</i> ". Quitação integral do contrato, incontroversa. Sentença reformada. Sucumbência da autora. Recurso, da ré, provido.	Sim	Conjunto probatório		não	22/06/2017
TJSP	<u>2028797-93.2016.8.26.0000</u>	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	Processual. Competência recursal. Procedimento relativo a protesto interruptivo de prescrição. Futura pretensão de natureza indenizatória que segundo se diz toma por base prejuízos decorrentes da formação de <i>cartel</i> . Questão que não diz respeito a concorrência desleal, no sentido de atos praticados por um concorrente em prejuízo do outro, mas a possíveis prejuízos causados ao mercado de consumo pela atuação coordenada de fornecedores. Litígio, pois, que não envolve matéria inserida na competência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial pela Resolução nº 623/2013. Matéria na verdade afeta à Terceira Subseção de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, nos termos do art. 5º, III.14, da citada Resolução, por versar sobre negócios jurídicos relativos a coisas corpóreas móveis. Agravo não conhecido, com determinação de redistribuição a uma das Câmaras dentre a 25ª e 36ª da C. Seção de Direito Privado desta Corte.	Sim	Prescrição		na	14/03/2016

TJSP	<u>2066435-97.2015.8.26.0000</u>	Agravo de Instrumento	Ação Coletiva de Indenização	<p>AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos - Insurgência recursal à decisão que indeferiu preliminares arguidas pela corrê - Alegação de afastamento indevido - Não ocorrência -Prescrição - Inocorrência - Hipótese em que a propositura de ação penal para apuração de formação de cartel suspendeu o prazo prescricional - Prazo que só retomou a contagem após o trânsito em julgado da sentença extintiva da ação penal - Aplicação do art. 200 do CC - Alegação de impedimento dos patronos da agravada para oficiar na ação coletiva - Patrocínio contra ex-cliente - Impedimento afastado - Hipótese em que os advogados não fazem mais parte do escritório de advocacia que representa a agravada na ação coletiva, além do que, suposta infração disciplinar deve ser apreciada pelo Tribunal de Ética e Disciplina da OAB - Ausência de interesse de agir da agravada na propositura da ação coletiva - Tutela de direitos individuais de não consumidores - Inocorrência - Objeto da ação que demonstra interesse comum e não exige obrigatoriamente o ajuizamento de demanda individual por cada interessado - Prestígio ao princípio da economia processual que deve prevalecer - Ação coletiva que irá proteger interesses individuais homogêneos, em virtude da alegação de prática de infração à ordem pública - Alegação de impossibilidade do ajuizamento da ação coletiva para postular direito individual não homogêneo - Não cabimento - Matéria discutida que visa à comprovação de formação de cartel e prática de sobrepreços - Pretensão da agravada em converter o recurso de agravo de instrumento em retido - Não cabimento - Questões que podem ser analisadas desde logo, em homenagem ao princípio da economia processual - Decisão agravada mantida - RECURSO DESPROVIDO.</p>	Sim	Prescrição		sim	15/09/2015
------	----------------------------------	-----------------------	------------------------------	---	-----	------------	--	-----	------------

TJSP	2075742-75.2015.8.26.0000	Agravo de Instrumento	Ação Coletiva de Indenização	<p>AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos - Insurgência recursal à decisão que indeferiu preliminares arguidas pela corrê - Alegação de afastamento indevido - Não ocorrência -Prescrição - Inocorrência - Hipótese em que a propositura de ação penal para apuração de formação de cartel suspendeu o prazo prescricional - Prazo que só retomou a contagem após o trânsito em julgado da sentença extintiva da ação penal - Aplicação do art. 200 do CC - Inépcia da petição inicial por ininteligência da demanda e heterogeneidade do pedido - Ausência de caracterização - Petição inicial que se encontra suficientemente instruída a permitir o seu processamento - Documentos juntados que podem permitir a apuração dos fatos descritos na exordial - Objeto da ação que demonstra interesse comum e não exige obrigatoriamente o ajuizamento de demanda individual por cada interessado - Prestígio ao princípio da economia processual que deve prevalecer - Falta de interesse de agir - Inocorrência - Matéria discutida que visa a comprovação de formação de cartel e prática de sobrepreços - Necessidade de apuração do dano decorrente das práticas anticoncorrenciais alegadas - Impossibilidade jurídica do pedido - Não caracterização - Análise perfunctória do procedimento administrativo anulado do CADE que não retira a possibilidade do ajuizamento da ação coletiva - Alegação de ausência de fixação de pontos controvertidos que causa cerceamento de defesa - Inocorrência - Juiz que, como destinatário das provas, tem o poder de fixar os pontos controvertidos de acordo com o seu convencimento - Pretensão da agravada em converter o recurso de agravo de instrumento em retido - Não cabimento - Questões que podem ser analisadas desde logo, em homenagem ao princípio da economia processual - Decisão agravada mantida - RECURSO DESPROVIDO.</p>	Sim	Prescrição		sim	25/08/2015
------	----------------------------------	-----------------------	------------------------------	--	-----	------------	--	-----	------------

TJSP	<u>2074559-69.2015.8.26.0000</u>	Agravo de Instrumento	Ação Coletiva de Indenização	<p>AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos - Insurgência recursal à decisão que indeferiu a exibição de documentos e produção de prova pericial - Prova pericial econômica que se mostra pertinente e relevante para o deslinde da controvérsia - Necessidade - Hipótese que permitirá apuração de eventual existência de sobrepreços de cartel e extensão do dano decorrente das práticas anticoncorrenciais - Garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório que deve ser preservada - Exibição de documentos nos autos - Desnecessidade momentânea - Hipótese em que o próprio expert do Juízo poderá ter acesso aos documentos nas sedes das demandadas quando do desenvolvimento dos trabalhos periciais a que for incumbido e, em eventual negativa de acesso aos documentos, a questão poderá ser reexaminada pelo Juiz da causa – Pretensão, em sede de contraminuta, de conversão do recurso de agravo de instrumento em retido - Não cabimento - Afronta ao princípio da celeridade processual e prejuízo ao bom andamento processual – Alegação, em contraminuta, de afronta aos artigos 282, III, e 396, ambos do CPC - Não caracterização - Prova pericial requerida a tempo e modo, pela autora, na petição inicial - Decisão parcialmente reformada - RECURSO PROVIDO EM PARTE.</p>	Sim	Conjunto probatório		sim	25/08/2015
------	----------------------------------	-----------------------	------------------------------	--	-----	---------------------	--	-----	------------

TJSP	<u>2196694-20.2014.8.26.0000</u>	Agravo de Instrumento	Ação Coletiva de Indenização	AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - Alegação em contraminuta do recurso de agravo - Intempestividade do recurso de agravo de instrumento - Inocorrência - Prescrição da ação originária de onde se extraiu o presente agravo recursal - Inocorrência - Suspensão do prazo prescricional - Aplicação do contido no art. 200 do CC - AÇÃO COLETIVA PARA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - Pretensão à reforma da decisão que manteve o indeferimento de antecipação inibitória de tutela - Impossibilidade - Alegação de surgimento de fato novo - Ausência de caracterização - Fase processual que não autoriza o reconhecimento da ocorrência da formação de cartel , bem como pratica de sobrepreços - Hipótese em que a anulação na esfera federal da sentença proferida no procedimento administrativo instaurado pelo CADE impede a utilização como prova para embasar o decreto de procedência da ação coletiva (processo originário) - Necessidade de dilação probatória - Caracterização - Decisão mantida - RECURSO DESPROVIDO.	Sim	Prescrição		sim	25/08/2015
TJSP	<u>0010500-24.1999.8.26.0047</u>	Apelação Cível	Ação Civil Pública	RESPONSABILIDADE CIVIL Ação Civil Pública Obrigação de Fazer e Indenização por danos morais Formação de cartel Paralelismo dos preços de venda do álcool e gasolina Improcedência do pedido Recurso ex officio Parecer da Procuradoria Geral de Justiça Decisão ultra petita Inocorrência Sentença lançada em consonância à perícia realizada Cartelização dos preços dos combustíveis em ofensa à legislação concorrencial e prejuízo à coletividade de consumidores Não configurado Alinhamento de preços decorrente da acirrada concorrência no mercado de combustíveis Insuficiência de provas Ônus probatório Autor que não demonstrou os fatos constitutivos do seu direito Artigo 333, I, CPC Inversão prevista na norma consumerista Impossibilidade Legitimação extraordinária Ministério Público Ausentes os pressupostos da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor Sentença mantida Recurso desprovido.	Sim	Conjunto probatório		não	24/02/2015

TJSP	<u>0030899-82.2004.8.26.0602</u>	Embargos de Declaração	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	Embargos declaratórios contra Acórdão unânime, com efetiva revisão. Ação ordinária de rescisão contratual (escrito, de 1981, com aditamento) c.c. reparação de danos. Compra e venda de nitrogênio líquido. Referência a suposto " <i>cartel</i> " do gás industrial, e práticas abusivas de preços. Produzida prova pericial e oral. R. sentença de parcial procedência, mantida integralmente no Aresto. Ausência de contradição, obscuridade e/ou omissão. Embargos rejeitados.	Sim	Conjunto probatório		na	03/02/2015
TJSP	<u>0030899-82.2004.8.26.0602</u>	Apelação Cível	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	Ação ordinária de rescisão contratual (escrito, de 1981, com aditamento) c.c. reparação de danos. Compra e venda de nitrogênio líquido. Referência a suposto " <i>cartel</i> " do gás industrial, e prática abusiva de preços. Produzida prova pericial e oral. R. sentença de parcial procedência, com recursos de ambas as partes. Desprovisionamento aos dois recursos, permanecendo a sucumbência recíproca.	Sim	Conjunto probatório		sim	09/12/2014
TJSP	<u>0001589-68.2000.8.26.0344</u>	Embargos de Declaração	Ação Civil Pública	EMBARGOS DECLARATÓRIOS Renovação da matéria em busca alteração da decisão Ausência de pontos omissos, obscuros ou em contradição Ação civil pública Formação de <i>cartel</i> - Matéria a exigir ampla produção probatória Indispensabilidade da apuração, diante do contraditório, de ampla prova Omissão a caracterizar o cerceamento do direito Falta a justificar a anulação da sentença e regular prosseguimento do feito - Conhecidos pela tempestividade EMBARGOS REJEITADOS.	Sim	Conjunto probatório		na	28/01/2014
TJSP	<u>0001589-68.2000.8.26.0344</u>	Apelação Cível	Ação Civil Pública	AÇÃO CIVIL PÚBLICA Revenda de combustíveis Alinhamento de preços Formação de <i>cartel</i> Responsabilização dos revendedores Matéria a exigir ampla produção probatória Insuficiência constante do inquérito civil que não justifica, em julgamento antecipado, a improcedência da ação Peça que não conta com regular contraditório e que serve apenas de base para formação do pedido judicial Indispensabilidade da apuração, diante do contraditório, de ampla prova Omissão a caracterizar o cerceamento do direito Falta a justificar a anulação da sentença e prosseguimento do feito em regular e adequada instrução RECURSO PROVIDO.	Sim	Conjunto probatório		não	17/09/2013

TJSP	<u>9157733-61.2009.8.26.0000</u>	Apelação Cível	Ação Civil Pública	Ação civil pública - Carência da ação afastada - Ação delimitada ao conhecimento da efetiva formação de cartel - Legitimidade ativa do Ministério Público, artigo 129, III da CF - A alegada ilegitimidade passiva das rés confunde-se com o mérito - Inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia Planilhas comprovam a prática de cartel - Art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça Apelos desprovidos (Voto 24884)	Sim	Conjunto probatório	Legitimidade	sim	28/11/2012
TJSP	<u>0116540-20.2012.8.26.0000</u>	Agravo de Instrumento	Ação Civil Pública	AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO CIVIL PÚBLICA Alegação de prática de preços abusivos e formação de cartéis por postos de gasolina em cidades do interior do Estado Ação que pleiteia obrigação de não fazer em relação a referidas condutas, além de condenação ao pagamento de indenização por danos morais Deferimento de perícia contábil para exame de margem de lucro bruto do agravante no período entre novembro de 1999 e novembro de 2009 Possibilidade Prova pericial que visa a aferir se persistiram os alegados abusos mesmo após a propositura da ação Pedido, formulado na exordial, de obtenção de notas fiscais referentes a período diverso, mais restrito, que não restringe a demanda, a qual não versa somente sobre aqueles meses, porquanto busca o impedimento de práticas abusivas Decisão mantida Negado provimento.	Sim	Conjunto probatório		sim	07/11/2012
TJSP	<u>0149141-75.2009.8.26.0100</u>	Apelação Cível	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	INDENIZAÇÃO. Preliminar de cerceamento de defesa. Inocorrência. Concessionária de veículos automotivos. Prejuízo alegado em decorrência de suposta imposição do valor do frete em quantia superior à praticada no mercado (" CARTEL DO FRETE"). Autora que sequer indica qual o benefício auferido pela montadora General Motors. Elevação dos custos do produto que não interessa a ela. Escolha das transportadoras pela montadora que decorre do princípio constitucional da liberdade de iniciativa. Ação civil pública com base nesses fatos julgada improcedente. Não verificada a prática de concorrência desleal. Precedente deste Egrégio Tribunal em ação similar, movida contra a mesma ré. Sentença confirmada. Recurso desprovido.	Sim	Conjunto probatório		não	25/10/2012

TJSP	9157733-61.2009.8.26.0000	Apelação Cível	Ação Civil Pública	AÇÃO CIVIL PÚBLICA Pretensão do Ministério Público objetivando a condenação dos corréus a absterem-se de praticar preços idênticos ou com diferenças insignificantes no comércio de combustíveis, bem como na reparação de danos morais suportados pelos consumidores, diante da alegada prática de <i>cartel</i> Ação relativa a responsabilidade civil extracontratual, versando matéria atinente a Direito do Consumidor e infrações contra a Ordem Econômica, que se insere na competência atribuída à Seção de Direito Privado I deste Tribunal de Justiça (1ª a 10ª Câmaras) Resolução nº 71/2007 (Instrução de Trabalho SEJ0001) Recurso não conhecido, determinando-se a sua redistribuição à Seção declinada.	Sim	Competência		não	17/08/2011
TJSP	0130316-15.2011.8.26.0100	Apelação Cível	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	Ação Indenizatória. (...) Causa de pedir fundada em decisão administrativa do CADE, anulada no âmbito da Justiça Federal, pois sustentada em provas ilícitas. (...) Ilícitude por derivação. (...) Não realização de perícia, antes, pedido de julgamento antecipado da autora. Ônus probatório, quanto ao fato constitutivo do direito, que a ela competia, e do qual não se desvencilhou (...). Sentença reformada, Sucumbência da autora. Recurso, da ré, provido.	Sim	Conjunto probatório		não	23/06/2017
TJSP	2028797-93.2016.8.26.0000	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	Protesto interruptivo de prescrição, que não gera efeito diverso além do de sua própria denominação, dirige-se contra quem a requerente escolha, sem interferência judicial.	Sim	Prescrição		sim	05/08/2016
TJSP	0245619-52.2012.8.26.0000	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	Não tendo a parte interposto agravo de instrumento contra a primeira decisão judicial ensejadora do susposto gravame, o recurso deve ser considerado intempestivo, uma vez que o pedido de reconsideração não suspende o prazo peremptório previsto em lei. Atuação do CADE que não consubstancia matéria de ordem pública, tampouco implica prejuízo a qualquer das partes.	Sim	Intimação do CADE		não	04/02/2013

TJSP	0149141-75.2009.8.26.0100	Apelação Cível	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	Indenização. Preliminar de cerceamento de defesa. Inocorrência. Concessionária de veículos automotivos. Prejuízo alegado em decorrência da suposta imposição do valor do frete em quantia superior à praticada no mercado ("Cartel do Frete"). (...) Não verificada a prática de concorrência desleal. Precedente deste Egrégio Tribunal em ação similar, movida contra a mesma ré. Sentença confirmada. Recurso desprovido.	Sim	Conjunto probatório		não	25/10/2012
TJSP	0010500-24.1999.8.26.0047	Apelação Cível	Ação Civil Pública	Responsabilidade Civil. Ação Civil Pública. Obrigação de fazer e Indenização por danos morais. Formação de cartel. Paralelismo dos preços de venda do álcool e gasolina. Improcedência do pedido. Recurso ex officio. (...) Decisão ultra petita. Inocorrência. (...) Cartelização dos preços dos combustíveis em ofensa à legislação concorrencial e prejuízo à coletividade dos consumidores. Não configurado. (...) Ônus probatório. Autor que não demonstrou os fatos constitutivos do seu direito. (...) Sentença mantida. Recurso desprovido.	Sim	Conjunto probatório		não	24/02/2015
TJSP	2000707-12.2015.8.26.0000	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	PROVA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO FUNDADA NOS PREJUÍZOS ADVINDOS DA SUPOSTA EXISTÊNCIA DE CARTEL NO MERCADO DE FABRICAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE COMPRESSORES. PRETENDIDA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO A VARA CRIMINAL PARA OBTENÇÃO DE CÓPIA INTEGRAL DE AÇÃO PENAL. INADMISSIBILIDADE. HIPÓTESE EM QUE NÃO SE DISCUTE NA PRESENTE AÇÃO A EXISTÊNCIA OU NÃO DE ILÍCITO PENAL. MAGISTRADO, ADEMAIS, QUE É O DESTINATÁRIO DA PROVA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.	Sim	Conjunto probatório		sim	19/03/2015
TJSP	9157733-61.2009.8.26.0000	Apelação Cível	Ação Civil Pública	AÇÃO CIVIL PÚBLICA. (...) Ação relativa a responsabilidade civil extracontratual, versando matéria atinente a Direito do Consumidor e infrações contra a Ordem Econômica, que se insere na competência atribuída à Seção de Direito Privado I deste Tribunal de Justiça (1ª a 10ª Câmaras) Resolução nº 71/2007 (Instrução de Trabalho SEJ0001) Recurso não conhecido, determinando-se a sua redistribuição à Seção declinada.	Sim	Competência		não	03/12/2012

TRF1	0003631-44.2002.4.01.4000	Apelação Cível	Ação Civil Pública	<p>DIREITO DA CONCORRÊNCIA. DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA CONHECER E JULGAR DEMANDA COLETIVA DA QUAL É AUTOR O PARQUET FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA AJUIZAR AÇÃO COLETIVA NA DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA (DIREITO ANTITRUSTE) E NA DEFESA DO CONSUMIDOR (DIREITO CONSUMERISTA). IMPUTAÇÃO DE FORMAÇÃO DE CARTEL PELO MERCADO VAREJISTA DE REVENDA DE COMBUSTÍVEL EM TERESINA/PI. IMPUTAÇÃO DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO E CONDUTA ANTICONCORRENCIAL COM VIOLAÇÃO ÀS REGRAS DO LIVRE MERCADO. MERCADO COMO BEM COLETIVO JURIDICAMENTE PROTEGIDO. PEDIDO DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS AGENTES ECONÔMICOS PELO DANO CAUSADO AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO SINDICATO E DOS POSTOS DE REVENDA DE COMBUSTÍVEL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE APURA DANO COLETIVO AO MERCADO. IMPUTAÇÃO DE OMISSÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO - ANP DE OMISSÃO QUANTO AO PODER DE POLÍCIA DE FISCALIZAR E SANCIONAR CONDUTAS LESIVAS AO CONSUMIDOR. LEGITIMAÇÃO PASSIVA AD CAUSAM DA ANP. PROVIMENTO DA APELAÇÃO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA PARA RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA JULGAMENTO DO MÉRITO. 1. O Ministério Público Federal ajuizou, na Justiça Federal em Teresina, ação civil pública contra a Agência Nacional do Petróleo - ANP, o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo de Teresina e contra Beethoven Brandão Empreendimentos Ltda., União Combustíveis e Serviços Ltda., Junco Comercial Ltda., Turbo Engenharia Ltda., Alegria Petróleo Ltda., Cacique Petróleo Ltda. - Posto Kennedy, Cacique Petróleo Ltda. - Posto Apache, Posto Nossa Senhora de Nazaré, Cacique Petróleo Ltda. - Posto Guarany, Posto Ipanema Ltda. - Ipanema Leste, Marques e Dias Ltda. - Marques e Coelho Ltda. - Posto Conselheiro Saraiva, Cleonice Ferreira da Silva - Posto Icarí, M e Aragão - Posto Texas, Posto Oceano - Posto Parada dos Carreiros, Cacique Petróleo Ltda. - Posto Diacuy, Posto Ipanema Ltda. - Filial Ipanema Sul, Marques e Dias Ltda. - Posto Ipanema Norte - Igatemi Distribuidora Ltda. - Cacique Petróleo Ltda. -</p>	Sim	Competência		Sim	17/10/2012
------	---------------------------	----------------	--------------------	--	-----	-------------	--	-----	------------

TRF1	0002833-81.2000.4.01.3700	Apelação Cível	Ação Civil Pública	<p>PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APURAÇÃO DE POSSÍVEIS ABUSOS NA CONCORRÊNCIA E FORMAÇÃO DE PREÇOS EM PREJUÍZO DO CONSUMIDOR. INTERESSE PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL CONFIGURADO. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. 1. Em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal objetivando instaurar procedimento visando à apuração de formação de cartel quanto à fixação do preço de combustíveis no Estado do Maranhão, bem como assegurar indenização por perdas e danos e a efetiva fiscalização da Agência Nacional do Petróleo nas atividades das revendedoras, o juízo monocrático julgou extinto o processo, por falta de interesse de agir. 2. O exame dos autos demonstra a pertinência das alegações do apelante, tendo em vista que: a) o mercado de combustíveis é sujeito à fiscalização e regulação federal (Lei n. 9.478/97); b) é impróprio afirmar que o Ministério Público Federal não detenha legitimidade para defender o consumidor em relação a eventuais abusos praticados em mercado de combustíveis que é regulamentado e fiscalizado por ente federal. Precedente: AC 2000.38.03.003351-6/MG, Rel. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Conv. Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi (conv.), Quinta Turma, DJ p.40 de 07/12/2007. 3. Por fim, não se deve ingressar no mérito da controvérsia, uma vez que a causa não está madura para julgamento, tendo em vista que algumas questões de fato postas na inicial ensejam comprovação documental, tais como: forma de fixação de preços, reflexos no preço ao consumidor final, aumento injustificado e cartelização. 4. Apelação provida, para determinar o prosseguimento do feito.</p>	Sim	Competência		sim	09/07/2012
------	----------------------------------	----------------	--------------------	--	-----	-------------	--	-----	------------

TRF2	0013674-13.1999.4.02.5101	Remessa <i>ex officio</i> em ação cível	Ação Civil Pública	<p>DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORMAÇÃO DE CARTEL. WHITE MARTINS e AGA/LIND. GASES INDUSTRIAIS HOSPITALARES. PROVA INSUFICIENTE. SENTENÇA CONFIRMADA.</p> <p>1. A sentença acolheu o laudo pericial e julgou improcedente a acusação de formação de cartel e o controle concentrado de preços pelo fornecimento de gases industriais a hospitais federais do Rio de Janeiro, convencido o juízo de que não se fez prova cabal da repartição do mercado, assim viciando a licitação objeto do Edital nº 002/98 do Ministério da Saúde. 2. O cartel é a mais grave lesão ao princípio da livre concorrência, tal a disciplina das condutas anticompetitivas sancionadas nas Leis nº 8.884/1994 e nº 12.529/2011, por se tratar de acordo abusivo entre agentes econômicos, mediante combinação de preços, para limitar a oferta ou a variedade de produtos, e dividir o mercado, com o efeito danoso de impor preços arbitrários, cerceando as iniciativas concorrenciais, mas é necessário demonstrar o nexo de causalidade entre a prática comercial fraudulenta e a ofensa aos fundamentos da ordem econômica. 3. Inexiste cerceamento de prova em desfavor do MPF, à falta de requisição de ofício de processo administrativo do Cade, possível de obter pelo próprio parquet no sítio eletrônico da autarquia, amparado em diversas normas, a começar da exegese dada ao artigo 399, II, do CPC, combinado aos artigos 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/1985, e 26, I, b, da Lei nº 8.625/1993, mais os inúmeros precedentes. Irrelevante, ainda, a dispensa da perícia de organização industrial, requerida pela White Martins. Precedentes. 4. É fato notório que em 2010 o Cade condenou as réis com outras empresas à multa bilionária no P.A. 08012.009888/2003-70, pelo chamado Cartel dos Gases, de âmbito nacional, delimitado no tempo a partir de 2001, circunstância que não basta, por si só, para concluir pela procedência desta ação, restrita à atuação delas em concorrência do Ministério da Saúde para fornecimento de gases industriais para hospitais federais do Rio de Janeiro, no final da década de 90, sequer referida naquele procedimento, focado na ordem sistêmica de proteção à concorrência como um fator de orientação e funcionamento do mercado. 5. O Cade investiga</p>	sim	Conjunto probatório		não	17/11/2014
------	----------------------------------	---	--------------------	--	-----	---------------------	--	-----	------------

TRF3	0000190-45.2017.4.03.0000	Agravo de Instrumento	Ação Civil Pública	<p>PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO INTERNO. INDEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. DESPROVIMENTO. 1. Na ação civil pública principal, alega-se que as distribuidoras agravadas passaram a deter o monopólio do setor de comercialização de combustível, obrigando os postos revendedores a trabalhar com preços acima da média, acarretando, assim, infração à ordem econômica e formação de cartel. Pretende-se, destarte, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, a suspensão da cláusula de exclusividade existente entre essas distribuidoras e os postos revendedores, o que indeferido em primeiro grau. 2. Pedido de efeito ativo ao agravo indeferido, o que desafiado pela interposição de agravo interno. 3. Em juízo de cognição sumária não restaram preenchidos os requisitos mínimos necessários à concessão do direito invocado. 4. Conforme bem consignado pelo MM. Juízo a quo: "O pedido de antecipação de tutela já foi objeto de decisão pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0016843-21.2000.4.03.0000, não cabendo ao Juízo de 1º Grau reapreciar a questão. Ademais, a simples notícia de que a participação das rés no mercado passou de aproximadamente 50% para 71,23% não configura fato por si só.". 5. Contrariamente ao alegado pelo agravante, as novas informações trazidas - no sentido de que a participação das corrés no mercado de combustível passou de aproximadamente 50% para 71,23% - não podem ser consideradas fatos novos com potencial de autorizar o reexame da antecipação de tutela, pois não implicam em qualquer alteração substancial do quadro fático já conhecido. 6. Mesmo se considerado esse aumento de participação no mercado apontado pelo agravante, não se tem presente o fumus boni juris a justificar a concessão da liminar, uma vez que o C. STJ já entendeu que, no âmbito da relação contratual entre distribuidora, revendedora e postos de gasolina, como todas as empresas que operam sob o regime de exclusividade de bandeira podem adotar o mesmo sistema contratual, os respectivos contratos, elaborados sob as regras constitucionais, legais e</p>	sim	Conjunto probatório		não	13/12/2018
------	---------------------------	-----------------------	--------------------	---	-----	---------------------	--	-----	------------

TRF3	0051034-04.1995.4.03.6100	Apelação Cível	Ação Civil Pública	<p>AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DO CADE, ASSISTENTE SIMPLES DO AUTOR. ACOLHIMENTO. INDEFERIMENTO DE UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. PRÁTICAS LESIVAS À LIVRE CONCORRÊNCIA, AO DIREITO DO CONSUMIDOR E À ORDEM ECONÔMICA. FORMAÇÃO DE CARTEL COM INTEGRAÇÃO VERTICAL. EXERCÍCIO DE POSIÇÃO DOMINANTE. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. COMPROVAÇÃO. OCORRÊNCIA DE DANOS AO MERCADO. NECESSIDADE DE REPARAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Reconhecida a competência da Justiça Federal para o julgamento da presente ação civil pública, haja vista a participação do Ministério Público Federal no polo ativo, cuja legitimidade foi o fator determinante para a sua fixação, nos termos do art. 109, I, da Constituição da República. 2. Acolhimento do pedido de desistência do CADE, nos termos do art. 89, da Lei nº 8.884/94. Intervenção voluntária no feito na qualidade de assistente simples do autor, a teor do art. 50 e seguintes do CPC. 3. Inadmissibilidade de utilização de prova emprestada. O uso excepcional desta modalidade de prova é permitido somente se produzida com participação das partes, assegurados o contraditório e a ampla defesa, incorrentes à espécie. 4. Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público Federal. Denúncia de prática comercial abusiva e lesiva restritivas à concorrência, consistentes em domínio do mercado relevante de fornecimento de matéria-prima para fabricação e comercialização de fertilizantes efetivadas após a privatização das empresas Ultrafertil e Fosfertil, que tiveram 70% do seu capital adquirido pelas empresas que formam a holding Fertifós. 5. Termo de Compromisso de Cessação celebrado entre o CADE, as rés Ultrafertil e Fosfertil e o Grupo Fertifós Administração e Participação S/A em sede de processo administrativo e homologado judicialmente, que não representou confissão sobre a matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta sob investigação. Ausência de apreciação quanto ao mérito das acusações. 6. Tipicidade das condutas praticadas pelas rés, a teor do art. 173, § 4º, da CF e da Lei nº 8.884/94. Ofensa ao princípio da livre concorrência, ao direito do consumidor e à ordem econômica. 7. Comprovação da formação de cartel com</p>	sim	Competência	Conjunto probatório	sim	28/05/2015
------	----------------------------------	----------------	--------------------	---	-----	-------------	---------------------	-----	------------

TRF3	0000233-25.2011.4.03.6100	Apelação Cível	Ação Civil Pública	<p>PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXTINÇÃO LIMINAR DA AÇÃO, À CONSIDERAÇÃO DE QUE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA DEVE COMPROVAR "PERTINÊNCIA TEMÁTICA" COM O OBJETO PRETENDIDO: NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DOS FINS DA ENTIDADE À DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS, DEFENSÁVEIS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EQUÍVOCO DA SENTENÇA, QUE RECONHECE CONTENÇÃO INEXISTENTE AO DIREITO DE LITIGAR PELO MEIO ESCOLHIDO - SENTENÇA REFORMADA PARA QUE O FEITO PROSSIGA COM A TITULARIDADE ATIVA DA APELANTE, E PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E DO CADE. 1. Trata-se de apelação interposta pela SABESP/Cia. de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, pessoa jurídica constituída sob a forma de sociedade de economia mista do Estado de São Paulo destinada ao fornecimento de água e tratamento de esgotos, contra a sentença de fls. 2.681/2684, que julgou extinta ação civil pública ajuizada pela apelante contra WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA. e outras, empresas consideradas pela CADE (Conselho Administrativa de Defesa Econômica) como formadoras de um cartel - Cartel dos Gases - destinado a "dividir o mercado" e praticar sobrepreços com lucros ilícitos, condenando-as ao pagamento de multa conforme o art. 20 da Lei nº 8.884/94. Na inicial a apelante pretendia a condenação das empresas cartelizadas ao pagamento de danos materiais e morais decorrentes de sobrepreços praticados pelo cartel desde 11/3/2001, por conta de infrações contra a ordem econômica. Afirmava que se utilizou de milhões de metros cúbicos de gases vendidos com sobrepreço pelo cartel, e que ao longo do processo administrativo que culminou na condenação das empresas o CADE apontou expressamente a SABESP como uma das vítimas desse cartel. 2. Logo após o ingresso do Conselho Administrativa de Defesa Econômica/CADE nos autos, o Juiz Federal da 21ª Vara Federal desta Capital considerou a autora parte ilegítima para a demanda à míngua de legítimo interesse de agir, já que sua finalidade institucional não é vocacionada para ajuizar ação civil pública na defesa de qualquer direito difuso ou coletivo; assinalou ainda que implicitamente a ausência de pertinência</p>	Sim	Legitimidade		sim	13/03/2014
------	----------------------------------	----------------	--------------------	---	-----	--------------	--	-----	------------

TRF5	2008.84.00.01 1318-0	Apelação Cível	Ação Civil Pública	<p>ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. COOPERATIVA DE ANESTESIOLOGISTAS. ALEGAÇÃO DE FORMAÇÃO DE CARTEL E OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA LIVRE INICIATIVA. INOCORRÊNCIA. 1. Ação Civil Pública visando a dissolução judicial da cooperativa e a condenação da mesma em indenização por dano moral coletivo, sob a alegação de prática de cartel. 2. Não existindo cláusula de exclusividade, o fato de uma determinada cooperativa congrega a maior parte de uma determinada categoria de profissionais, não implica ofensa aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, nem configura cartel, eis que o consumidor dispõe de outros médicos não cooperados. 3. A uniformização dos preços para a contratação dos serviços é da própria essência das cooperativas, eis que a fixação de uma tabela de honorários mínimos visa tão somente orientar os profissionais associados, com a finalidade de respaldar negociação com os tomadores de serviços, não caracterizando, assim, ofensa aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. 4. Descaracterizada a ofensa aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, revela-se descabida a cisão da cooperativa e a indenização por dano moral coletivo. 5. O processo de criação de cargos através de concurso público é de competência do poder Executivo. Cabe ao Judiciário, tão somente, no controle das políticas públicas, coagir aquele quando extrapola os limites de sua competência ou deixa de agir sem razão legal, a velar pelos preceitos constitucionais, não incorrendo, por consequência, em violação ao princípio da separação de poderes. 6. Cabível a determinação de criação dos cargos e a realização de concurso público para a contratação de médicos anestesiológicos em número suficiente para suprir a demanda dos hospitais universitários, porém, não em relação ao Estado do Rio Grande do Norte, já que não restou comprovada a necessidade da providência. 7. Apelação da COOPANEST/RN provida, Apelação do MPF prejudicada, e Apelação da União improvida.</p>	Sim	Conjunto probatório		não	10/09/2015
------	---------------------------------	----------------	--------------------	---	-----	---------------------	--	-----	------------

TRF5	0012333-71.1999.4.05.8300	Apelação Cível	Ação Civil Pública	<p>PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMÉRCIO VAREJISTA DE DERIVADOS DE COMBUSTÍVEIS. FORMAÇÃO DE CARTEL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SINDICATO DA CATEGORIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. JUÍZO NATURAL. DESNECESSIDADE DA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. NULIDADE DA SENTENÇA. INDEFERIMENTO DA PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL. LINEARIDADE DE PREÇOS.</p> <p>PROVA. 1. Considerando que cabe à Agência Nacional de Petróleo - ANP a fiscalização de práticas que vulnerem a livre concorrência no setor e que a presente Ação Civil Pública, que visou coibir a prática de cartel, no segmento de varejo de derivados de petróleo, foi proposta pelo Ministério Público Federal, resta patente a competência da Justiça Federal. 2. Como não se impunha decisão uniforme para todos os réus, dependendo da prova de sua participação no cartel, a hipótese é de litisconsórcio facultativo, e não, necessário. Assim, era possível o desmembramento em 4 (quatro) Ações Cíveis Públicas, diante do número de empresas envolvidas. 3. Não houve vulneração ao princípio do Juízo natural, porque foi deferido o pedido de reunião das demandas, em razão de conexão. 4. Restou demonstrada a participação do sindicato da categoria, na formação do cartel, inclusive em razão do fato da atuação coordenada das empresas só ser factível com a intervenção do mesmo. 5. Não deve prosperar a preliminar de impropriedade do procedimento, porque não era necessário aguardar a conclusão do inquérito civil público, bastando que o "Parquet" firmasse o seu convencimento, com base nos elementos já coletados. 6. A circunstância de não ter havido intimação das partes para se pronunciar sobre a decisão que, revendo posicionamento anterior, indeferiu o pedido de perícia, não justifica a nulidade da sentença. 7. As provas se destinam a convencer o julgador. Se o mesmo considerou suficiente a prova documental colacionada, impunha-se o indeferimento da prova pericial. O inconformismo da parte poderia ser deduzido (e foi) no recurso de apelação, que devolve à instância "ad quem" todas as questões abordadas na sentença, inclusive a respeito da prova. 8. Ficou demonstrado</p>	sim	Legitimidade		sim	02/08/2012
------	---------------------------	----------------	--------------------	--	-----	--------------	--	-----	------------

STJ	2014.00.3570 5-1	Embargos de Declaração	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	<p>PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CARTEL. EMPRESAS DE COMBUSTÍVEIS. CONTROLE ABUSIVO DO MERCADO. PREJUÍZO PARA OS CONSUMIDORES DO DISTRITO FEDERAL. NÃO OCORRÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 535, II, DO CPC. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. PREQUESTIONAMENTO. QUESTÃO CONSTITUCIONAL. 1. Esta Turma desproveu o recurso com fundamento claro e suficiente, inexistindo omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado. 2. Os argumentos da embargante denotam mero inconformismo e intuito de rediscutir a controvérsia, não se prestando os segundos aclaratórios a esse fim. 3. O prequestionamento dos arts. 5º, XXXV, e 37 da Constituição da República não se mostra cabível nesta via, seja porque essas matérias nem sequer foram discutidas no julgamento, seja porque não incumbe ao STJ o exame de norma constitucional, competência reservada ao Excelso Supremo Tribunal nos termos do art. 102, III, da Carta Magna. 4. A principal indagação feita no recurso das embargantes, quanto à possibilidade do Poder Judiciário imiscuir-se no mérito do ato administrativo, foi respondida por este STJ. 5. Não há contradição em se afirmar que as embargantes, empresas que controlam a distribuição e o comércio de combustíveis no Distrito Federal, formam cartel para controlar os preços dos combustíveis e seus derivados e impedir a concorrência de outras empresas do ramo. 6. A atitude das empresas, que continuam manipulando os preços dos combustíveis no Distrito Federal, é perversa para os consumidores, que continuam pagando por um produto que tem o seu preço regulado artificialmente, fora das leis de mercado. 7. Embargos de Declaração rejeitados.</p>	sim	Conjunto probatório		sim	08/03/2016
-----	-----------------------------------	------------------------	---------------------	---	-----	---------------------	--	-----	------------

STJ	2010.00.3832 3-4	Agravo Regimental no Recurso Especial	Ação Civil Pública	<p>DIREITO ECONÔMICO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROVA MIGRANTE DE PROCESSO CRIMINAL, CONSISTENTE NA UTILIZAÇÃO DE ESCUTAS TELEFÔNICAS. CARTEL DE COMBUSTÍVEIS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO LIVRE MERCADO E DA LIVRE CONCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. AGRAVO REGIMENTAL QUE VEICULA RAZÕES INSUFICIENTES PARA A REFORMA DO DECISUM. AUSÊNCIA DE NULIDADE POR OFENSA AO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE PARA ANALISAR VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESATENDIMENTO DO PRINCÍPIO DA REGULARIDADE FORMAL QUANTO À OFENSA À LEI 9.296/96. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO QUANTO À ALEGADA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E COTEJO ANALÍTICO EM TERMOS SUFICIENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. DECISÃO DE NÃO CONHECIMENTO DO RESP MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.</p> <p>1. A configuração da nulidade do acórdão do Tribunal local que julgou os Aclaratórios somente deve ser pronunciada quando a parte recorrente demonstrar exatamente em qual aspecto do julgado se verificou o vício processual que deve ser suprido, bem como qual é o prejuízo jurídico derivado do referido julgamento.</p> <p>2. Admite-se, excepcionalmente, a migração para o processo civil, de provas produzidas no processo penal, mesmo quando oriundas da quebra de sigilos constitucionais, desde que eventual vício de sua gênese não tenha sido reconhecido na instância criminal originária; neste caso, aliás, verificou-se o contrário, pois aquelas provas foram expressamente validadas no Juízo Penal competente.</p> <p>3. A não demonstração, no Recurso Especial, de eventual ilicitude probatória, não pode ser suprida nem complementada pelas razões do Agravo Interno, sob pena de se caracterizar uma segunda chance recursal.</p> <p>4. O princípio da dialeticidade obriga o Recorrente, ao elaborar sua peça recursal, a identificar de maneira objetiva e fundamentada as razões pelas quais entende deva ser reformado o pronunciamento judicial recorrido, sob pena de seu não conhecimento, ante a incidência da Súmula 284/STF: não se trata de formalismo estéril ou anexo a</p>	sim	Conjunto probatório		sim	19/04/2016
-----	---------------------	--	-----------------------	--	-----	------------------------	--	-----	------------

STJ	2013.01.9335 2-3	Recurso Especial	Ação Civil Pública	ADMINISTRATIVO E ECONÔMICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS DIFUSOS AOS CONSUMIDORES. INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA. GLP. DISTRIBUIDORAS. FORMAÇÃO DE CARTEL. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA STATE ACTION DOCTRINE. ATUAÇÃO DAS DISTRIBUIDORAS IMUNES AO CONTROLE DO ÓRGÃO ANTITRUSTE. ATIVIDADE REGULADA E FISCALIZADA PELO ESTADO. ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA OU EDUCATIVA PARA PROMOÇÃO DE AMBIENTE LIVRE E COMPETITIVO. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS. 1. O mercado de GLP - gás liquefeito de petróleo - tinha seu preço tabelado pelos órgãos reguladores competentes no período em que se alega a formação de cartel por parte das distribuidoras, o que afasta a possibilidade de punição delas. 2. Aplicação, ao caso, da state action doctrine foi formulada nos EUA para definir os casos em que a regulação estatal afastaria o controle concorrencial feito pelo órgão antitruste, quando presentes determinados requisitos: (i) a regulação estatal deve servir a um fim de política pública; e (ii) o Estado deve efetivamente obrigar determinada conduta e supervisioná-la: lição do Professor CALIXTO SALOMÃO FILHO (Direito Concorrencial: As Estruturas, São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 238-240). 3. No caso, não há dúvidas de que se está diante de um mercado regulado, o de distribuição de GLP, que seria imune, portanto, ao controle do órgão antitruste, pois facilmente se verifica que: (i) o CNP aprovou a implantação de mercado de empresas que tinha como objetivo organizar a distribuição do GLP, facilitar a sua fiscalização, evitar a proliferação de revendedores clandestinos e propiciar melhores condições de segurança ao consumidor; e (ii) o Sistema Integrado de Abastecimento era elaborado pelo próprio órgão regulador, sendo mensalmente auditado pelo DNC (Departamento Nacional de Combustíveis). Assim, está claro que a regulação servia a uma política pública, era imposta às empresas reguladas e supervisionadas pelo órgão competente. 4. Nos casos em que é o próprio Estado que excepciona a livre concorrência - como ocorre no caso dos autos, no qual foi imposto um tabelamento de preços às empresas - exsurge a importância de a autoridade antitruste exercer a chamada advocacia da concorrência.	sim	State Action Doctrine	Conjunto probatório	não	09/06/2015
-----	---------------------	------------------	--------------------	---	-----	-----------------------	---------------------	-----	------------

STJ	2009.00.4109 6-7	Agravo Regimental no Recurso Especial	Ação Civil Pública	<p>PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA SOB A ALEGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CARTEL. INTEGRAÇÃO DO CADE AOS AUTOS COMO ASSISTENTE SIMPLES. POSTERIOR APURAÇÃO ADMINISTRATIVA DA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICADORES DE CARTELIZAÇÃO. FALTA DE INTERESSE JURÍDICO DO ASSISTENTE. POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DA INTERVENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O art. 89 da Lei 8.884/94 (que transforma o CADE em Autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências) estabelece que nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente. 2. É legítima a participação do CADE como Assistente na demanda, por deter elementos importantes para a solução da ação, auxiliando o Assistido com os seus conhecimentos técnicos sobre a matéria, bem como para tomar conhecimento da eventual existência de indícios de prática de infração contra a ordem econômica. 3. Ocorre que, no caso dos autos, já tendo sido cumpridas as atribuições institucionais do Conselho, com o julgamento no âmbito administrativo, que decidiu pelo arquivamento do processo, ante a insuficiência das provas obtidas para condenar as empresas, esvazia-se o seu interesse jurídico na presente Ação Civil Pública, como, aliás, o declarou. 4. Agravo Regimental do MPF desprovido.</p>	sim	Intimação do CADE		sim	28/02/2012
-----	-----------------------------	--	-----------------------	---	-----	----------------------	--	-----	------------

TJMG	1.0024.06.984 815-8/033	Apelação Cível	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINARES - PRESCRIÇÃO - EXTRA PETITA - ASTREINTES - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - NÃO OBSERVÂNCIA DAS PROVAS CONSTANTES NOS AUTOS - REJEITADAS - OFENSA AO PRINCÍPIO DA LIVRE-CONCORRÊNCIA - RECONHECIDO NA ESFERA ADMINISTRATIVA - CADE - COISA JULGADA ADMINISTRATIVA - DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL - VERIFICADO - ONÚS DA PROVA - RÉU - INDENIZAÇÃO PELA SUBUTILIZAÇÃO DA UNIDADE INDÚSTRIAL - AUSÊNCIA DE PROVAS - NATUREZA DO CONTRATO - NÃO IMPORTANTE PARA O CONTRATO - OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ - INCORPORAÇÃO DA COBRAFER - AUSÊNCIA DE PROVAS - PERÍCIA ECONÔMICA - REALIDADE DOS LUCROS - JUROS DE MORA - RESPONSABILIDADE CONTRATUAL - HONORÁRIOS - VALOR RAZOÁVEL - SENTENÇA MANTIDA.	Sim	Prescrição	Conjunto probatório	não	29/06/2016
TJMG	1.0145.10.060 085-0/001	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREJUDICIALIDADE EXTERNA. AUSÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CADE. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. DEVER DE GUARDA. PRAZO EXÍGUO. Pode o Magistrado determinar, que a parte exhiba, em juízo, os documentos que tiver em seu poder e que sejam necessários para o regular prosseguimento do feito. Quando o prazo concedido para a exibição é exíguo, deve ser concedido prazo maior para o seu cumprimento. Recurso parcialmente provido.	Sim	Intimação do CADE		sim	13/08/2015
TJMG	1.0024.09.709 934-5/004	Agravo de Instrumento	Ação Coletiva de Indenização	AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA. POSSÍVEL FORMAÇÃO DE CARTEL PELAS REQUERIDAS. PROVAS PRODUZIDAS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DO CADE. FORÇA PROBATÓRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. DECISÃO MANTIDA.	Sim	Conjunto probatório		sim	26/04/2012
TJMG	1.0024.09.709 934-5/005	Agravo de Instrumento	Ação Coletiva de Indenização	AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA. POSSÍVEL FORMAÇÃO DE CARTEL PELAS REQUERIDAS. PROVAS PRODUZIDAS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DO CADE. FORÇA PROBATÓRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. DECISÃO MANTIDA.	Sim	Conjunto probatório		sim	05/04/2012
TJMG	1.0024.09.709 934-5/006	Agravo de Instrumento	Ação Coletiva de Indenização	AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA. POSSÍVEL FORMAÇÃO DE CARTEL PELAS REQUERIDAS. PROVAS PRODUZIDAS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DO CADE. FORÇA PROBATÓRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. DECISÃO MANTIDA.	Sim	Conjunto probatório		sim	26/04/2013
TJMG	1.0024.09.709 934-5/001	Agravo de Instrumento	Ação Coletiva de Indenização	AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA. POSSÍVEL FORMAÇÃO DE CARTEL PELAS REQUERIDAS. PROVAS PRODUZIDAS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. DECISÃO MANTIDA.	Sim	Conjunto probatório		sim	26/04/2013

TJMG	1.0024.13.305 007-0/001	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO RESSARCITÓRIA E INIBITÓRIA. FORMAÇÃO DE CARTEL E INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA. INTIMAÇÃO DO CADE. OBRIGATORIEDADE. ART. 118 DA LEI ANTITRUSTE.	Sim	Intimação do CADE		sim	05/11/2013
TJMG	1.0024.13.305 007-0/002	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - ALEGAÇÃO DE CARTEL - EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO CADE - APRESENTAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO - DESNECESSIDADE.	Sim	Intimação do CADE		sim	30/06/2016
TJMG	1.0024.00.058 875-6/001	Apelação Cível	Ação Civil Pública	APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORMAÇÃO DE CARTEL. AGRAVOS RETIDOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FUNDAMENTAÇÃO. PRELIMINARES. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER E PECUNIÁRIA. POSSIBILIDADE. INTIMAÇÃO DO CADE. ATO REALIZADO. ILICITUDE DA PROVA. AUSÊNCIA DE UTILIZAÇÃO. SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CONFUSÃO COM O MÉRITO. FORMAÇÃO DE CARTEL. PERÍCIA. AJUSTE DE PREÇOS. MERCADO RELEVANTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. RECURSOS PROVIDOS. (...) - A preliminar de ilegitimidade passiva na qual se sustenta ausência de responsabilidade por ato ilícito deve ser rejeitada, eis que se traduz em matéria meritória; - A lei de ação civil pública prevê a possibilidade de condenação cumulativa em obrigação de não fazer e pecuniária; - Realizada a intimação do CADE por ocasião de julgamento de agravo interposto nos autos, a ausência de manifestação desse não enseja nulidade por não se tratar de intervenção obrigatória; - o parquet pode atuar como autor da ação civil pública, instaurar inquérito público e ofertar parecer, vez que todas as atribuições encontram respaldo na legislação; - inexistente a comprovação quanto ao ajuste de preços e a intenção de fraudar a livre concorrência, resta afastada a prática de cartelização; - Por conseguinte, ausente o ato ilícito, rejeita-se o pedido de indenização.	Sim	Conjunto probatório		não	08/10/2013
TJMG	1.0024.09.709 934-5/007	Agravo de Instrumento	Ação Coletiva de Indenização	AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA. AÇÃO ANULATÓRIA. ALEGAÇÃO DE PREJUDICILIDADE EXTERNA. NÃO CONSTATAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO .	Sim	Prejudicialidade externa		sim	26/04/2012

TJMG	1.0672.10.022 640-2/008	Apelação Cível	Ação Civil Pública	APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCESSUAL CIVIL. FORMAÇÃO/ALINHAMENTO DE PREÇOS. COMBUSTÍVEIS. POSTOS DE GASOLINA. PROVA. NECESSIDADE. Para a caracterização da formação de cartel é necessária a prova de que há o alinhamento de preços entre os fornecedores. A simples coincidência de preços não é razão suficiente para caracterizar a infração consumerista.	Sim	Conjunto probatório		não	28/01/2016
TJMG	1.0672.10.022 640-2/002	Agravo de Instrumento	Ação Civil Pública	AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORMAÇÃO/ALINHAMENTO DE PREÇOS - COMBUSTÍVEIS - POSTOS DE GASOLINA - LIMINAR - DEFERIMENTO - REQUISITOS PRESENTES - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.	Sim	Conjunto probatório		sim	06/10/2011
TJMG	1.0701.11.003 762-2/001	Apelação Cível	Ação Civil Pública	APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MUNICÍPIO DE DELTA - FRAUDE EM LICITAÇÃO - FORMAÇÃO DE CARTEL - PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA - IDENTIDADE, REVEZAMENTO E PARENTESCO ENTRE OS SÓCIOS DAS EMPRESAS LICITANTES E VENCEDORAS - OFERTA DE PREÇOS IGUAIS ENTRE OS LICITANTES - DESISTÊNCIA DO MESMO LICITANTE EM TODOS OS LOTES - GRANDE DIFERENÇA DE PREÇOS ENTRE UM DOS LOTES E OS DEMAIS - FRAUDE COMPROVADA - SANÇÕES - FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO INICIAL - LEIS 8.884/94, 8.666/93 E ART. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL - PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA - PROIBIÇÃO DE PARTICIPAR EM LICITAÇÕES POR DOIS ANOS - CONTRATAÇÃO POR PREÇO SUPERIOR EM RAZÃO DO CARTEL - DANO MATERIAL CARACTERIZADO - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO - VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.	Sim	Conjunto probatório		sim	03/11/2015
TJMG	1.0672.10.022 640-2/001	Agravo de Instrumento	Ação Civil Pública	AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORMAÇÃO/ALINHAMENTO DE PREÇOS - COMBUSTÍVEIS - POSTOS DE GASOLINA - LIMINAR - DEFERIMENTO - LEI 12.529/11, art.36, §3º, I, a - INOBSERVÂNCIA - DECISÃO ILEGAL - CASSAR DECISÃO	Sim	Conjunto probatório		sim	21/02/2013
TJMG	1.0024.09.709 934-5/002	Agravo de Instrumento	Ação Coletiva de Indenização	AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA. POSSÍVEL FORMAÇÃO DE CARTEL PELAS REQUERIDAS. PROVAS PRODUZIDAS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. DECISÃO MANTIDA.	Sim	Conjunto probatório		sim	26/04/2012

TJMG	0333880-21.2011.8.13.0701 (1)	Apelação Cível	Ação Civil Pública	<p>EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RESSARCIMENTO AO ERÁRIO - JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA - REMESSA NECESSÁRIA - CONHECIMENTO DE OFÍCIO - APELAÇÃO - ALEGAÇÃO DE FRAUDE EM LICITAÇÃO TIPO CARTA CONVITE - PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO CERTAME E RESSARCIMENTO DOS VALORES RECEBIDOS PELO PARTICULAR- ACUSAÇÃO DE COMBINAÇÃO E AJUSTE DE PREÇOS ENTRE OS LICITANTES - IMPUTAÇÃO BASEADA EM ARQUIVOS DE COMPUTADOR APREENDIDOS NA SEDE DE UM DOS RÉUS, SEMELHANTES AS PROPOSTAS APRESENTADAS PELOS OUTROS RÉUS NA LICITAÇÃO - ALEGAÇÃO DE PRODUÇÃO DOS ARQUIVOS EM SEQUENCIA, E PELA MESMA PESSOA, COM O INTUITO DE SIMULAR A CONCORRÊNCIA - PROVA PERICIAL QUE ATESTA A IMPOSSIBILIDADE DE CERTEZA QUANTO À DATA DA CONFECÇÃO E AUTORIA DOS ARQUIVOS - AUSÊNCIA DE PROVAS DO PRÉVIO AJUSTE DE VONTADES ENTRE OS LICITANTES, NO SENTIDO DE FRUSTAR A COMPETITIVIDADE DO PROCESSO LICITATÓRIO - FRAUDE NÃO DEMONSTRADA - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE - SENTENÇA CONFIRMADA, EM REMESSA NECESSÁRIA, CONHECIDA DE OFÍCIO - APELAÇÃO PREJUDICADA.</p> <p>1- Tratando-se de ação civil pública, com pedido de ressarcimento ao erário, julgada improcedente, é de rigor o conhecimento do reexame necessário, na forma de art. 19, da Lei da Ação Popular, por interpretação extensiva, segundo a jurisprudência do col. Superior Tribunal de Justiça. Conhecimento de ofício da remessa necessária.</p> <p>2- Pedido de reconhecimento de nulidade em processo licitatório, em razão de fraude à competitividade do certame tipo carta convite, com a respectiva condenação de devolução de valores.</p> <p>3- Acusação de formação de cartel, entre as empresas réus, que, de forma concertada, forjavam concorrência em procedimentos licitatórios, apresentando, em conluio, propostas semelhantes, para direcionar os procedimentos licitatórios a um vencedor previamente combinado.</p> <p>4- Imputação baseada na semelhança entre arquivos encontrados no computador da primeira ré e os apresentados pelas segunda e terceira réus na licitação, que teriam a mesma data da confecção</p>	Sim	Conjunto probatório	-	não	16/04/2019
------	-------------------------------	----------------	--------------------	--	-----	---------------------	---	-----	------------

TJMG	1.0701.11.003 762- 2/0010037622- 30.2011.8.13. 0701 (1)	Apelação Cível	Ação Civil Pública	EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MUNICÍPIO DE DELTA - FRAUDE EM LICITAÇÃO - FORMAÇÃO DE CARTEL - PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA - IDENTIDADE, REVEZAMENTO E PARENTESCO ENTRE OS SÓCIOS DAS EMPRESAS LICITANTES E VENCEDORAS - OFERTA DE PREÇOS IGUAIS ENTRE OS LICITANTES - DESISTÊNCIA DO MESMO LICITANTE EM TODOS OS LOTES - GRANDE DIFERENÇA DE PREÇOS ENTRE UM DOS LOTES E OS DEMAIS - FRAUDE COMPROVADA - SANÇÕES - FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO INICIAL - LEIS 8.884/94, 8.666/93 E ART. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL - PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA - PROIBIÇÃO DE PARTICIPAR EM LICITAÇÕES POR DOIS ANOS - CONTRATAÇÃO POR PREÇO SUPERIOR EM RAZÃO DO CARTEL - DANO MATERIAL CARACTERIZADO - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO - VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. Não configura cerceamento de defesa tão somente o fato de ter sido julgado antecipadamente a lide, haja vista que sequer foi justificada a necessidade de outra prova imprescindível para o deslinde da questão, sendo certo que a perícia pode ser realizada em liquidação de sentença, se for o caso. Se o conjunto probatório dos autos, sobretudo após análise conglobante da identidade e revezamento dos sócios na composição societária das empresas, do grau de parentesco entre os sócios e o réu que participou da licitação em nome próprio, do andamento e do resultado da licitação, dá guarida ao pleito ministerial, restando comprovado o conluio doloso entre os licitantes e a formação de cartel para fraudar o Pregão Presencial nº 005/2009, Linhas 02 ,03 e 04, do Município de Delta, deve ser mantida a sentença que reconheceu o ato ilícito. O Poder Judiciário deve se ater ao princípio da congruência, sendo vedado fundamentar seus julgados em argumentos diversos dos discutidos nos autos, razão pela qual se o pleito inaugural se limita à aplicação das sanções previstas nos art. 87, III, c/c 88, II, da Lei 8.666/93 e art. 186 e 927 do Código Civil, não se pode julgar com fundamento diferente. Comprovada a prática de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação, deve ser mantida a condenação à suspensão temporária de participação em licitação da Administração pelo prazo de 2	sim	Conjunto probatório		sim	03/11/2015
------	---	----------------	-----------------------	---	-----	---------------------	--	-----	------------

TJMG	1.0024.13.305 007- 0/0010711520- 25.2013.8.13. 0000 (1)	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO RESSARCITÓRIA E INIBITÓRIA. FORMAÇÃO DE CARTEL E INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA. INTIMAÇÃO DO CADE. OBRIGATORIEDADE. ART. 118 DA LEI ANTITRUSTE. - Nas ações judiciais em que se discute a repressão ou prevenção de infrações contra a ordem econômica, a intimação do CADE para esclarecer se tem interesse em intervir no feito como assistente é obrigatória, nos termos do art. 118, da Lei Antitruste.	sim	intimação do CADE		sim	05/11/2013
TJMG	1.0024.13.305 007- 0/0010711520- 25.2013.8.13. 0000 (2)	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO RESSARCITÓRIA E INIBITÓRIA. FORMAÇÃO DE CARTEL E INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA. INTIMAÇÃO DO CADE. OBRIGATORIEDADE. ART. 118 DA LEI ANTITRUSTE. - Nas ações judiciais em que se discute a repressão ou prevenção de infrações contra a ordem econômica, a intimação do CADE para esclarecer se tem interesse em intervir no feito como assistente é obrigatória, nos termos do art. 118, da Lei Antitruste	sim	intimação do CADE		sim	05/11/2013

TJMG	1.0024.00.058 875- 6/0010588756- 19.2000.8.13. 0024 (1)	Apelação Cível	Ação Civil Pública	<p>EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORMAÇÃO DE CARTEL. AGRAVOS RETIDOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FUNDAMENTAÇÃO. PRELIMINARES. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER E PECUNIÁRIA. POSSIBILIDADE. INTIMAÇÃO DO CADE. ATO REALIZADO. ILICITUDE DA PROVA. AUSÊNCIA DE UTILIZAÇÃO. SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CONFUSÃO COM O MÉRITO. FORMAÇÃO DE CARTEL. PERÍCIA. AJUSTE DE PREÇOS. MERCADO RELEVANTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. RECURSOS PROVIDOS.</p> <ul style="list-style-type: none"> - A fundamentação sucinta de decisão não enseja sua nulidade; - Não se conhece de recurso interposto em duplicidade em face da preclusão consumativa; - Segundo precedentes do STF, o Magistrado não está obrigado a analisar todos os fundamentos trazidos pelas partes, havendo imposição tão-somente de análise de todos os pedidos. Nulidade não verificada; - A preliminar de ilegitimidade passiva na qual se sustenta ausência de responsabilidade por ato ilícito deve ser rejeitada, eis que se traduz em matéria meritória; - A Lei de Ação Civil Pública prevê a possibilidade de condenação cumulativa em obrigação de não fazer e pecuniária; - Realizada a intimação do CADE por ocasião de julgamento do agravo interposto nos autos, a ausência de manifestação desse não enseja nulidade por não se tratar de intervenção obrigatória; - O Parquet pode atuar como autor da ação civil pública, instaurar inquérito público e ofertar parecer, vez que todas as atribuições encontram respaldo na legislação - Inexistente a comprovação quanto ao ajuste de preços e a intenção de fraudar a livre concorrência, resta afastada a prática de cartelização; - Por conseguinte, ausente o ato ilícito, rejeita-se o pedido de indenização; - Recursos providos. 	sim	conjunto probatório	intimação do CADE	não	08/10/2013
------	---	----------------	-----------------------	--	-----	------------------------	----------------------	-----	------------

TJMG	1.0024.09.709 934- 5/0020008805- 22.2011.8.13. 0000 (1)	Agravo de Instrumento	Ação Coletiva de Indenização	EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA. POSSÍVEL FORMAÇÃO DE CARTEL PELAS REQUERIDAS. PROVAS PRODUZIDAS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. DECISÃO MANTIDA. Para o deferimento da tutela antecipada, revela-se imperiosa a existência de prova inequívoca, suficiente para convencer o magistrado da verossimilhança das alegações apresentadas, bem como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Presentes estes requisitos é de ser mantida a decisão que deferiu a antecipação.	sim	conjunto probatório		sim	26/04/2012
TJMG	1.0024.09.709 934- 5/0040045285- 96.2011.8.13. 0000 (1)	Agravo de Instrumento	Ação Coletiva de Indenização	EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA. POSSÍVEL FORMAÇÃO DE CARTEL PELAS REQUERIDAS. PROVAS PRODUZIDAS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DO CADE. FORÇA PROBATÓRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. DECISÃO MANTIDA. Para o deferimento da tutela antecipada, revela-se imperiosa a existência de prova inequívoca, suficiente para convencer o magistrado da verossimilhança das alegações apresentadas, bem como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Presentes estes requisitos é de ser mantida a decisão que deferiu a antecipação	sim	conjunto probatório		sim	26/04/2012
TJMG	1.0024.09.709 934- 5/0060046115- 62.2011.8.13. 0000 (1)	Agravo de Instrumento	Ação Coletiva de Indenização	EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA. POSSÍVEL FORMAÇÃO DE CARTEL PELAS REQUERIDAS. PROVAS PRODUZIDAS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DO CADE. FORÇA PROBATÓRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. DECISÃO MANTIDA. Para o deferimento da tutela antecipada, revela-se imperiosa a existência de prova inequívoca, suficiente para convencer o magistrado da verossimilhança das alegações apresentadas, bem como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Presentes estes requisitos é de ser mantida a decisão que deferiu a antecipação.	sim	conjunto probatório		sim	26/04/2012
TJMG	1.0024.09.709 934- 5/0140503815- 28.2011.8.13. 0000 (1)	Agravo de Instrumento	Ação Coletiva de Indenização	EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA. POSSÍVEL FORMAÇÃO DE CARTEL PELAS REQUERIDAS. PROVA PERICIAL, NOMEAÇÃO DO EXPERT. DECISÃO ACERTADA. Quando se trata de perícia complexa, pode o julgador nomear mais de um perito para a realização da prova, quando as questões debatidas nos autos abranjam mais de uma área de conhecimento especializado.	sim	conjunto probatório		sim	26/04/2012

TJMG	1.0024.09.709 934- 5/0010730885- 70.2010.8.13. 0000 (1)	Agravo de Instrumento	Ação Coletiva de Indenização	EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA. POSSÍVEL FORMAÇÃO DE CARTEL PELAS REQUERIDAS. PROVAS PRODUZIDAS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. DECISÃO MANTIDA. Para o deferimento da tutela antecipada, revela-se imperiosa a existência de prova inequívoca, suficiente para convencer o magistrado da verossimilhança das alegações apresentadas, bem como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Presentes estes requisitos é de ser mantida a decisão que deferiu a antecipação.	sim	conjunto probatório		sim	26/04/2012
TJMG	1.0702.02.031 326- 9/0010313269- 59.2002.8.13. 0702 (1)	Remessa <i>ex officio</i> em ação cível	Ação Civil Pública	EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO - REJEITADA - FORMAÇÃO DE CARTEL - DISTRIBUIDORAS DE GÁS - AJUSTE DE PREÇOS - CARACTERIZAÇÃO - DANOS MORAIS COLETIVOS - OCORRÊNCIA - QUANTUM INDENIZATÓRIO - CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - TERMO INICIAL - CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS DE MORA. Se as razões da apelação atacam suficientemente a sentença e demonstram o inconformismo da parte apelante, rebatendo, de forma clara e direta, os fundamentos que embasaram as conclusões do juiz, impõe-se a rejeição da preliminar de não conhecimento do recurso. O ajuste de preços do gás pelas distribuidoras, impondo aos representantes preços de revenda, com o intuito de limitar a livre concorrência, caracteriza a prática de cartel e configura danos morais coletivos por infração da ordem econômica. A fixação do dano moral coletivo tem caráter subjetivo, não havendo critérios pré-estabelecidos para o arbitramento do dano. Assim, cabe ao juiz, por seu prudente arbítrio e, tendo sempre em mente, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, estimar, no caso concreto, um valor justo a título de indenização. Se a obrigação é extracontratual, impõem-se juros de mora a partir do evento danoso, por força da Súmula 54 do STJ. A seu tempo, a correção monetária será computada a partir da data do arbitramento, a teor da Súmula 362 do STJ.	sim	conjunto probatório	quantificação de danos	sim	22/11/0018

TJMG	1.0024.13.305 007- 0/0070460679- 68.2017.8.13. 0000 (1)	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	<p>EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - REFERÊNCIA A SUPOSTO CARTEL DE GASES INDUSTRIAIS - CAUSA DE PEDIR FUNDADA EM DECISÃO ADMINISTRATIVA DO CADE - POSTERIOR ANULAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA PELA JUSTIÇA FEDERAL BASEADA EM DECISÃO STJ - DECLARAÇÃO DE ILICITUDE DAS PROVAS - PERDA SUPERVENIENTE DA CAUSA DE PEDIR - FALTA DE INTERESSE DE AGIR DO AUTOR - EXTINÇÃO DO PROCESSO - ART. 485, I DO NCPC - EFEITO TRANSLATIVO.</p> <p>Deve ser concedido o efeito translativo ao recurso de agravo de instrumento para extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, I do NCPC, tendo em vista a perda superveniente da causa de pedir, bem como a ausência de interesse de agir do autor/agravante.</p>	sim	conjunto probatório	Valor probatório decisão do CADE	não	01/03/0018
TJMG	1.0024.10.067 307- 8/0010175020- 75.2017.8.13. 0000 (1)	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	<p>EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. SUPOSTAS INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA E FORMAÇÃO DE CARTEL. DECISÃO SANEADORA. ORDEM DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS REFERENTES ÀS OPERAÇÕES DE EXPORTAÇÃO DE VERGALHÕES DE AÇO. DESNECESSIDADE. DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA. AGRAVO PROVIDO.</p> <p>- A cognição efetivada pelo Juízo é informada pelo princípio do livre convencimento motivado (art. 370, CPC de 2015), razão pela qual incumbe ao Juiz determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.</p> <p>- Considerando que a causa de pedir da ação originária está centralizada em suposta formação de cartel e divisão do mercado nacional por parte da Ré, ora Agravante, impõe-se a reforma da decisão que ordenou a exibição de documentos referentes às operações realizadas no cenário internacional quanto ao comércio de vergalhões de aço.</p>	sim	conjunto probatório		na	02/08/2017

TJMG	1.0024.13.305 007- 0/0020191888- 65.2016.8.13. 0000 (1)	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	<p>EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - ALEGAÇÃO DE CARTEL - EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO CADE - APRESENTAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO - DESNECESSIDADE.</p> <p>A produção de provas deve se limitar aos interesses das partes do processo. O juiz é o destinatário da prova, podendo ele, nos termos do art. 130, do CPC, determinar a realização das provas que entende necessárias ao deslinde do feito, bem como indeferir as que se mostrarem inúteis ou meramente protelatórias, sem que isso configure cerceamento ao direito de defesa das partes.</p>	sim	conjunto probatório	intimação do CADE	sim	30/06/0016
TJDF	0025639- 97.2013.807.0 000	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	<p>AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CADE. CARTELIZAÇÃO. AÇÃO COLETIVA PARA REPARAÇÃO DE DANOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS AO CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS. ANTECIPAÇÃO DA PRETENSÃO RECURSAL. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES NÃO COMPROVADA. QUESTÕES PROCESSUAIS QUE DEVEM SER APRECIADAS PELO JUÍZO SINGULAR. RECURSO IMPROVIDO.</p>	Sim	Conjunto probatório		não	26/02/2014

TJDFT	#####	Apelação Cível	Ação Civil Pública	<p>ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÃO CIVIL. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. FORMAÇÃO DE CARTEL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. VALIDADE. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO CONFIGURADA. NULIDADE DO CONTRATO. DEVOLUÇÃO DE RECURSOS AO ERÁRIO. 1. A Polícia Civil do Estado de São Paulo em sede de investigação criminal para apurar supostos fatos praticados pelos Apelantes, relacionados à formação de cartéis para fraudar licitações, obteve autorização para a realização de interceptação telefônica, a qual foi utilizada para instruir a presente ação civil pública. Posteriormente, acolhendo a alegação suscitada na defesa preliminar de um dos acusados, o Juízo Criminal Estadual declarou-se incompetente para o julgamento da causa e suscitou conflito negativo de competência perante o c. Superior Tribunal de Justiça, que decidiu que a Justiça Federal era competente para processar e julgar o processo, eis que os ilícitos contra a ordem econômica atingiram diversos Estados. 2. Em razão disso, os Apelantes defendem a ilicitude da interceptação telefônica por decorrência da incompetência absoluta do Juízo Estadual que a decretou, ressaltando manifestação exarada pelo eminente Procurador da República na ação penal que fora autorizada a escuta telefônica. 3. Contudo, ao contrário do que faz crer os ora Recorrentes, o membro do Ministério Público Federal manifesta-se pela necessidade do reconhecimento da inadmissibilidade da interceptação telefônica somente após o dia 24 de maio de 2012, quando restou comprovado que a esfera de atuação da organização investigada atingia vários estados e órgãos de governo. 4. Seria drástico imaginar que uma organização criminosa se furtasse ao cumprimento da lei (tornando inúteis as provas inicialmente coletadas pelo juízo estadual e por decorrência todo o processo) por ser ainda maior e mais pernicioso à sociedade, atuando em vários estados da federação ao invés de apenas em um, mas é justamente essa a conclusão que leva ao raciocínio adotado pelos recorrentes. 5. A coleta de provas foi absolutamente legítima, pois autorizada e realizada pelos órgãos competentes até o momento em que foi</p>	sim	conjunto probatório		SIM	31/10/2018
-------	-------	----------------	--------------------	---	-----	---------------------	--	-----	------------

TJDFT	20160020130 383AGI	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	<p>AGRAVO DE INSTRUMENTO. INADEQUAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 1.015, DO CPC. PRECLUSÃO TEMPORAL. PRELIMINARES REJEITADAS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ALEGAÇÃO DE CARTEL. INTIMAÇÃO DO CADE. ART. 118, DA LEI Nº 12.529/2011.</p> <p>1. Quando a parte pede a intimação de terceiros e, havendo omissão na decisão, maneja embargos de declaração, nos quais o magistrado afirma que não é o caso de intimação do terceiro, o caso enquadra-se na hipótese do inciso IX do art. 1.015, do CPC, tendo em vista que, rejeitando os embargos e manifestando expressamente sobre a impossibilidade de intimação, o magistrado acaba por indeferir o pedido de intervenção de terceiros.</p> <p>2. Demonstrando a parte recorrente que, na resposta dos embargos de declaração, seu pedido de intimação de terceiros foi respondido, não há que se falar em preclusão temporal, verificando-se que houve observação do prazo recursal entre a publicação da decisão proferida nos embargos e a interposição do recurso.</p> <p>3. Se a alegação da agravante é que teve prejuízo com formação de cartel e sendo este um ato ilícito, inclusive, considerada uma das mais graves infrações da ordem econômica, o CADE deve ser intimado para se manifestar se tem interesse ou não em intervir no feito, na forma do art. 118, da Lei nº 12.529/2011.4. Agravo provido.</p>	sim	intimação do CADE		sim	16/11/2016
-------	-----------------------	-----------------------	---------------------	---	-----	-------------------	--	-----	------------

TJDFT	20130111418 800APC	Embargos de Declaração	Ação Civil Pública	<p>EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORMAÇÃO DE CARTEL. EMPRESAS RESPONSÁVEIS PELA DISTRIBUIÇÃO DO GÁS LIQUIFEITO DE PETRÓLIO NO DISTRITO FEDERAL. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. OBSCURIDADE. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.</p> <p>1. Os Embargos de Declaração, a teor do artigo 1.022 do novo Código de Processo Civil, têm caráter integrativo e são utilizados tão somente com o propósito de sanar possíveis vícios de omissão, contradição ou obscuridade.</p> <p>2. Afasta-se a alegação de omissão se todos os temas foram apreciados detidamente pelo órgão colegiado.</p> <p>3. Reconhece-se a existência de obscuridade a fim de acolher parcialmente os embargos manejados pela Liquigás Distribuidora Ltda e Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda para esclarecer que a condenação no percentual de 20% deve incidir sobre o lucro líquido das empresas réis referente ao ano de 2009, nos termos postulados na inicial, e o limite estabelecido no julgado - R\$ 250.000,00 - deverá englobar, além do valor indenizatório, a correção monetária e os juros de mora.</p> <p>4. Embargos opostos pela Supergasbrás Energia Ltda rejeitados e pela Liquigás Distribuidora Ltda e Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda parcialmente acolhidos.</p>	sim	Quantificação de danos		SIM	19/10/2016
-------	-----------------------	---------------------------	-----------------------	--	-----	---------------------------	--	-----	------------

TJDFT	20130111418 800APC	Apelação Cível	Ação Civil Pública	<p>DIREITO ECONÔMICO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA REJEITADA. QUESTÕES PRELIMINARES E PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO JÁ APRECIADAS POR ESTA EG. TURMA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE REANÁLISE DA MATÉRIA PELO MESMO ÓRGÃO JULGADOR. PRECLUSÃO. DANOS COLETIVOS AOS CONSUMIDORES. INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA. FORMAÇÃO DE CARTEL. EMPRESAS RESPONSÁVEIS PELA DISTRIBUIÇÃO DO GÁS LIQUIFEITO DE PETRÓLIO NO DISTRITO FEDERAL. ACORDO. DEMONSTRAÇÃO. DANO MORAL COLETIVO. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA.</p> <p>1. Rejeita-se a preliminar de inadmissibilidade do recurso por ausência de fundamentação se evidenciado que o apelante expôs de forma clara e precisa os argumentos que reputa aptos a amparar sua pretensão de reforma da sentença, discorrendo pontualmente a respeito dos elementos probatórios tendentes a demonstrar a veracidade dos fatos alegados na inicial.</p> <p>2. Se as preliminares e a prejudicial de mérito de prescrição, ambas suscitadas pelo apelado, foram apreciadas em agravo de instrumento interposto contra decisão proferida por ocasião do saneamento do feito, ainda que pendente a análise dos recursos excepcionais pelas cortes superiores de justiça, torna-se preclusa a matéria, inadmitindo-se, pois, a reanálise das questões pelo mesmo órgão julgador.</p> <p>3. A formação de Cartel, como se sabe, consubstancia-se na prática de conduta articulada entre empresas concorrentes com o propósito de neutralizar a competição entre elas. Assim, mediante colusão, manipulam o mercado, seja por acordo de preços, seja em virtude da divisão de clientes ou por controle de quantidades produzidas, em verdadeiro prejuízo à ordem econômica e, por consequência, à sociedade como um todo.</p> <p>4. Reforma-se a sentença para julgar procedente a pretensão</p>	sim	conjunto probatório		sim	08/06/2016
-------	-----------------------	----------------	-----------------------	--	-----	------------------------	--	-----	------------

TJDFT	20140020166 679AGI	Agravo de Instrumento	Ação Civil Pública	<p>PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO ESTATAL. INÉPCIA DA INICIAL POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. ÔNUS PROBATÓRIO NÃO DESINCUMBIDO. INOCORRENTES. SUSPENSÃO DA AÇÃO CIVIL EM FACE DA AÇÃO PENAL. PREJUDICIALIDADE EXTERNA INEXISTENTE. FACULDADE DO MAGISTRADO. ART. 64 DO CPP. PROVA EMPRESTADA. CONTRADITÓRIO RESPEITADO. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA FIRME DO STJ E TJDFT. TRAMITAÇÃO EM SEGREDO DE JUSTIÇA. SITUAÇÃO NÃO PREVISTA NO ART. 155 DO CPC.</p> <p>INDEFERIMENTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO</p> <p>1. Não merece acolhimento a alegação de prescrição da pretensão estatal, pois ainda que o suposto cartel tenha se formado no ano de 2005, sua duração se deu até abril de 2010, inclusive tendo a Operação Júpiter sido instaurada de agosto de 2009 a maio de 2010. Como a denúncia apura fatos ocorridos principalmente em agosto e setembro de 2009 e também em maio de 2010 (fls. 90/131) e a ação distribuída em 29/09/2013, não há incidência da prescrição.</p> <p>2. Asituação fática delineada nos autos demonstra o interesse do parquet em ajuizar ação civil pública para garantir a ordem econômica, a fim de proteger normas constitucionais como a liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e repressão ao abuso do poder econômico. No caso em espécie, a finalidade é defender os direitos dos consumidores no que tange aos danos decorrentes do ajuste de preços (cartel).</p> <p>3. Sem amparo a alegação de ocorrência de bis in idem por já se ter em trâmite, perante o CADE, averiguação preliminar versando sobre os fatos narrados na demanda, por se tratar de esfera de responsabilidades distintas, bem como em homenagem ao princípio da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito.</p> <p>4. Atramitação de uma ação penal apenas deve desencadear a suspensão do curso da ação civil quando for inquestionável a prejudicialidade existente entre os feitos. Ou seja, ocorrerá quando a decisão proferida no primeiro venha a influenciar na apreciação do segundo, conforme inteligência do art. 64 do</p>	sim	Conjunto probatório	prova emprestada	sim	05/11/2014
-------	-----------------------	-----------------------	--------------------	--	-----	---------------------	------------------	-----	------------

TJDFT	20140020166 943AGI	Agravo de Instrumento	Ação Civil Pública	<p>AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSE E DIREITOS COLETIVOS. CARTEL. DECISÃO CONFIRMADA.</p> <p>1. Na ação civil pública, em que se busca a defesa dos interesses e direitos da coletividade, a causa possui valor inestimável, não guardando exata relação com o rol exemplificativo do artigo 259 do Código de Processo Civil, tratando-se de valor imensurável, motivo pelo qual deve prevalecer, inicialmente, a estimativa do autor.</p> <p>2. Não tendo o valor dado à causa sido fixado de forma aleatória, tendo, ao contrário, se embasado em parecer do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDE/SDE, deve ser observado o valor dado pelo autor, em caso de não ser possível aferir o valor efetivo, bem como se a parte impugnante não indicar justificativa plausível para a alteração postulada.</p> <p>3. O valor da causa é meramente estimativo, não ficando o julgador adstrito a referido valor em caso de eventual condenação.</p> <p>4. Recurso conhecido e desprovido.</p>	sim	Quantificação de danos	impugnação do valor da causa	sim	17/09/2014
TJRJ	0010179-36.2006.8.19.0209	Apelação Cível	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	<p>APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ALEGAÇÃO DE PRÁTICA DE CARTEL NA COMERCIALIZAÇÃO DO PAPEL CUT SIZE E ILÍCITO CONTRATUAL CAUSADOR DE ANULAÇÃO DE LICITAÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVA DE ATOS ANTICORRENCIAIS, NÃO LOGRANDO A PARTE AUTORA DEMONSTRAR, DE FORMA INEQUÍVOCA, QUE AS EMPRESAS FORNECEDORAS DO REFERIDO PAPEL TERIAM COMBINADO A PRÁTICA DE ATOS CAPAZES DE LIMITAR A LIVRE CONCORRÊNCIA, DOMINAR O MERCADO DE PAPEL, AUMENTAR ARBITRARIAMENTE OS LUCROS E EXERCER DE FORMA ABUSIVA POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO FORNECEDOR. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL PARA ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.</p>	sim	conjunto probatório		não	29/11/2016

TJRJ	0007678-77.2005.8.19.0037	Apelação Cível	Ação Civil Pública	<p>Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público em face de postos de gasolina de Nova Friburgo, sob a alegação de que os réus adotaram prática de alinhar os preços de revenda de combustíveis, de comum acordo, frustrando a concorrência e prejudicando o consumidor - Formação de Cartel. Sentença de improcedência do pedido, sob o fundamento da insuficiência de provas. Examinando o conjunto probatório verifica-se que o Laudo da Agência Nacional de Petróleo concluiu haver indícios de infração contra a ordem econômica nos mercados de distribuição e revenda de gasolina em Nova Friburgo. Todavia, tais indícios deveriam ser comprovados de forma indubitosa, ao longo da instrução do feito, principalmente, com a demonstração inequívoca de que os empresários do ramo de comércio de postos de gasolina procederam à combinação dos preços dos combustíveis. Da mesma forma, a prova oral colhida, também não foi suficiente para demonstrar a existência de ajustamento de conduta entre os postos de gasolina, ora demandados.</p> <p>Ausência de prova pericial a demonstrar o alinhamento de preços e aumento arbitrário de lucro. Suposto alinhamento de preços fulminado pela decisão do Conselho Administrativo de Direito Econômico - CADE, no sentido de arquivar o procedimento da averiguação preliminar. Não obstante a Lei nº 8.884/94, não exigir a necessidade de que o resultado seja efetivamente alcançado, isto não exime o autor de comprovar a prática das condutas descritas nos artigos 20 e 21 da mencionada legislação - Manutenção da Sentença - Desprovimento da Apelação.</p>	sim	conjunto probatório		não	11/06/2013
------	---------------------------	----------------	--------------------	---	-----	---------------------	--	-----	------------

TJPR	0004872-52.2014.8.16.0000	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONTRATO DE FORNECIMENTO DE GASES MEDICINAIS - ALEGAÇÃO DE QUE OS PREÇOS SERIAM ABUSIVOS - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONCEDIDA - PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DIANTE DA SUSPENSÃO DA DECISÃO QUE RECONHECEU A EXISTÊNCIA DE CARTEL - IMPOSSIBILIDADE - REQUISITOS DO ARTIGO 273 DO CPC PRESENTES - VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES CONFIGURADA NA POSSÍVEL PRÁTICA DE CARTEL, MESMO COM A DECISÃO SUSPensa - RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO CONSTATADO - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA MANTIDA - DESPROVIMENTO.	sim	Conjunto probatório		sim	08/07/2014
TRF 4ª Região	5021730-87.2011.404.7100	Apelação Cível	Ação Civil Pública	AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS DIFUSOS AOS CONSUMIDORES. INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. GLP. DISTRIBUIDORAS. FORMAÇÃO DE CARTEL. INDENIZAÇÃO. (...) 2. A prova dos autos revela que as empresas distribuidoras de gás agiam de forma concertada, em conluio, por meio da "Área Operacional Metropolitana (na região de Porto Alegre/Canoa). (...) 6. Mantida a indenização arbitrada.	sim	conjunto probatório		sim	27/06/2014
STJ	2015/0219111-7	Recurso Especial	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	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	sim	conjunto probatório	sigilo acordo leniência	sim	08/03/2016
TJRS	0282516-64.2015.8.21.7000	Agravo de Instrumento	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO E ANULAÇÃO DE DÉBITOS, C/C PEDIDO DE TUTELA INIBITÓRIA. ALEGAÇÃO DE SUPOSTA FORMAÇÃO DE CARTEL ENTRE EMPRESAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE GASES MEDICINAIS. UTILIZAÇÃO DE PROVAS DECLARADAS ILÍCITAS, POR DECISÃO JUDICIAL, DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DECLARADO NULO. IMPOSSIBILIDADE. (...) não há falar em oficiar o CADE para que este forneça cópia de documentos de dito processo administrativo, quando sequer justificado pelo magistrado o seu aproveitamento (...). AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.	sim	conjunto probatório	intimação do CADE	na	26/02/2016

TRF 3ª Região	0000233-25.2011.4.03.6100	Apelação Cível	Ação Civil Pública	PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXTINÇÃO LIMINAR DA AÇÃO, À CONSIDERAÇÃO DE QUE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA DEVE COMPROVAR "PERTINÊNCIA TEMÁTICA" COM O OBJETO PRETENDIDO: NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DOS FINS DA ENTIDADE À DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS, DEFENSÁVEIS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EQUÍVOCO DA SENTENÇA, QUE RECONHECE CONTENÇÃO INEXISTENTE AO DIREITO DE LITIGAR PELO MEIO ESCOLHIDO - SENTENÇA REFORMADA PARA QUE O FEITO PROSSIGA COM A TITULARIDADE ATIVA DA APELANTE, E PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E DO CADE.	sim	Legitimidade		sim	13/03/2014
TRF 3ª Região	0051034-04.1995.4.03.6100	Apelação Cível	Ação Civil Pública	AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DO CADE, ASSISTENTE SIMPLES DO AUTOR. ACOLHIMENTO. INDEFERIMENTO DE UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. PRÁTICAS LESIVAS À LIVRE CONCORRÊNCIA, AO DIREITO DO CONSUMIDOR E À ORDEM ECONÔMICA. FORMAÇÃO DE CARTEL COM INTEGRAÇÃO VERTICAL. EXERCÍCIO DE POSIÇÃO DOMINANTE. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. COMPROVAÇÃO. OCORRÊNCIA DE DANOS AO MERCADO. NECESSIDADE DE REPARAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.	sim	conjunto probatório		sim	28/05/2015

STJ	1.554.986/SP	Recurso Especial	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	<p>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 propostas na origem, na qual se pretende a indenização por danos decorrentes de conduta de concerto de documentos obtidos por meio de acordo de leniência e inquérito policial. (...)</p> <p>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. (...)</p> <p>9. Recurso especial da Electrolux do Brasil S.A. prejudicado pela perda superveniente de objeto. Recurso especial da Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A. conhecido e não provido. Prejudicada a medida cautelar vinculada ao recurso especial.</p>	sim	conjunto probatório	sigilo acordo leniência	sim	03/08/2016
-----	--------------	------------------	---------------------	---	-----	---------------------	-------------------------	-----	------------

TRF 2ª Região	0013674-13.1999.4.02.5101	Apelação Cível	Ação Civil Pública	DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORMAÇÃO DE CARTEL. WHITE MARTINS E AGA/IND. GASES INDUSTRIAIS HOSPITALARES. PROVA INSUFICIENTE. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. A sentença acolheu o laudo pericial e julgou improcedente a acusação de formação de cartel e o controle concentrado de preços pelo fornecimento de gases industriais a hospitais federais do Rio de Janeiro, convencido o juízo de que não se fez prova cabal da repartição do mercado, assim viciando a licitação objeto do Edital nº 002/98 do Ministério da Saúde. 2. O cartel é a mais grave lesão ao princípio da livre concorrência, tal a disciplina das condutas anticompetitivas sancionadas nas Leis nº 8.884/1994 e nº 12.529/2011, por se tratar de acordo abusivo entre agentes econômicos, mediante combinação de preços, para limitar a oferta ou a variedade de produtos, e dividir o mercado, com o efeito danoso de impor preços arbitrários, cerceando as iniciativas concorrenciais,mas é necessário demonstrar o nexo de causalidade entre a prática comercial fraudulenta e a ofensa aos fundamentos da ordem econômica. (...) 12. Remessa necessária desprovida.	sim	conjunto probatório		não	17/11/2014
---------------	---------------------------	----------------	--------------------	---	-----	---------------------	--	-----	------------

TRF 1ª Região	0002833-81.2000.4.01.3700	Apelação Cível	Ação Civil Pública	<p>PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APURAÇÃO DE POSSÍVEIS ABUSOS NA CONCORRÊNCIA E FORMAÇÃO DE PREÇOS EM PREJUÍZO DO CONSUMIDOR. INTERESSE PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL CONFIGURADO. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. (...) 2. O exame dos autos demonstra a pertinência das alegações do apelante, tendo em vista que: a) o mercado de combustíveis é sujeito à fiscalização e regulação federal (Lei n. 9.478/97); b) é impróprio afirmar que o Ministério Público Federal não detenha legitimidade para defender o consumidor em relação a eventuais abusos praticados em mercado de combustíveis que é regulamentado e fiscalizado por ente federal. (...) 3. Por fim, não se deve ingressar no mérito da controvérsia, uma vez que a causa não está madura para julgamento, tendo em vista que algumas questões de fato postas na inicial ensejam comprovação documental, tais como: forma de fixação de preços, reflexos no preço ao consumidor final, aumento injustificado e cartelização. 4. Apelação provida, para determinar o prosseguimento do feito</p>	sim	Legitimidade		sim	09/07/2012
TRF 1ª Região	0003631-44.2002.4.01.4000	Apelação Cível	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	<p>DIREITO DA CONCORRÊNCIA. (...) COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA CONHECER E JULGAR DEMANDA COLETIVA DA QUAL É AUTOR O PARQUET FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA AJUIZAR AÇÃO COLETIVA NA DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA (DIREITO ANTITRUSTE) E NA DEFESA DO CONSUMIDOR (DIREITO CONSUMERISTA). IMPUTAÇÃO DE FORMAÇÃO DE CARTEL PELO MERCADO VAREJISTA DE REVENDA DE COMBUSTÍVEL EM TERESINA/PI. (...) PEDIDO DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS AGENTES ECONÔMICOS PELO DANO CAUSADO AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO SINDICATO E DOS POSTOS DE REVENDA DE COMBUSTÍVEL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE APURA DANO COLETIVO AO MERCADO. (...) PROVIMENTO DA APELAÇÃO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA PARA RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA JULGAMENTO DO MÉRITO</p>	sim	Legitimidade		sim	17/10/2012

TJRS	0385530-98.2014.8.21.7000	Agravo de Instrumento	Ação Civil Pública	<p>AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. Desentranhamento de nota técnica elaborada pela ANP e remetida pelo CADE: os documentos têm por objeto, em suma, a análise da prática de delitos no mercado de revenda de combustíveis na cidade de Rio Grande, inclusive com a análise do comportamento dos preços da gasolina e do etanol. Resta evidente a pertinência temática desta documentação com a presente demanda, que tem por objeto a apuração de eventuais irregularidades praticadas em relação ao preço de comercialização da gasolina. Descabe o desentranhamento.</p> <p>(...)Agravo de instrumento improvido.</p>	sim	conjunto probatório		sim	11/02/2015
TJRS	70045295565	Apelação Cível	Ação Civil Pública	<p>APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORMAÇÃO DE CARTEL PARA VENDA DE COMBUSTÍVEIS. A condenação dos requeridos na esfera criminal faz certo o dever de indenizar. Impossibilidade de reexaminar a culpa.(...) Indenização a danos morais coletivos, minorada. Solidariedade afastada. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. PROVIDO APELO DE LAÍSE PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESPROVIDO. RECURSO DOS CORRÉUS PROVIDO, EM PARTE.</p>	sim	conjunto probatório		sim	27/08/2015
TJRJ	0007678-77.2005.8.19.0037	Apelação Cível	Ação Civil Pública	<p>Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público em face de postos de gasolina de Nova Friburgo, sob a alegação de que os réus adotaram prática de alinhar os preços de revenda de combustíveis, de comum acordo, frustrando a concorrência e prejudicando o consumidor - Formação de Cartel. Sentença de improcedência do pedido, sob o fundamento da insuficiência de provas. (...) Ausência de prova pericial a demonstrar o alinhamento de preços e aumento arbitrário de lucro. Suposto alinhamento de preços fulminado pela decisão do Conselho Administrativo de Direito Econômico -CADE, no sentido de arquivar o procedimento da averiguação preliminar. (...) - Manutenção da Sentença - Desprovisionamento da Apelação.</p>	sim	conjunto probatório		não	11/06/2013

TJDF	0016790-05.2014.8.07.0000	Agravo de Instrumento	Ação Civil Pública	PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO ESTATAL. INÉPCIA DA INICIAL POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. ÔNUS PROBATÓRIO NÃO DESINCUMBIDO. INOCORRENTES. SUSPENSÃO DA AÇÃO CIVIL EM FACE DA AÇÃO PENAL. PREJUDICIALIDADE EXTERNA INEXISTENTE. FACULDADE DO MAGISTRADO. ART. 64 DO CPP. PROVA EMPRESTADA. CONTRADITÓRIO RESPEITADO. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA FIRME DO STJ E TJDF. TRAMITAÇÃO EM SEGREDO DE JUSTIÇA. SITUAÇÃO NÃO PREVISTA NO ART. 155 DO CPC. INDEFERIMENTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJDF- AGI 0016790-05.2014.8.07.0000 / DF, Rel. Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA, 5ª Turma Cível, DJ fls. 183/189 de 13/11/2014)	sim	Prescrição		não	05/11/2014
TRF 5ª Região	0012334-56.1999.4.05.8300	Apelação Cível	Ação Civil Pública	PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMÉRCIO VAREJISTA DE DERIVADOS DE COMBUSTÍVEIS. FORMAÇÃO DE CARTEL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SINDICATO DA CATEGORIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. JUÍZO NATURAL. DESNECESSIDADE DA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. INDEFERIMENTO DA PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL. LINEARIDADE DE PREÇOS. PROVA. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Agravo retido improvido. Apelações parcialmente providas	sim	Competência		sim	22/11/2012
TRF 4ª Região	5021730-87.2011.404.7100	Apelação Cível	Ação Civil Pública	AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS DIFUSOS AOS CONSUMIDORES. INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. GLP. DISTRIBUIDORAS. FORMAÇÃO DE CARTEL. INDENIZAÇÃO.	sim	conjunto probatório		sim	27/06/2012
STJ	1.390.875	Recurso Especial	Ação Civil Pública	ADMINISTRATIVO E ECONÔMICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS DIFUSOS AOS CONSUMIDORES. INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA. GLP. DISTRIBUIDORAS. FORMAÇÃO DE CARTEL. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA STATE ACTION DOCTRINE . ATUAÇÃO DAS DISTRIBUIDORAS IMUNES AO CONTROLE DO ÓRGÃO ANTITRUSTE. ATIVIDADE REGULADA E FISCALIZADA PELO ESTADO. ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA OU EDUCATIVA PARA PROMOÇÃO DE AMBIENTE LIVRE E COMPETITIVO. RECURSOS ESPECIAIS	sim	Competência		não	09/06/2015