

**24.º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

Data: 24 a 26 de outubro de 2018.

Local: Grande Hotel Campos do Jordão – Campos do Jordão | São Paulo | Brasil

**AÇÕES DE REPARAÇÃO CIVIL NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO:  
DEFININDO FRONTEIRAS ENTRE O COMBATE A CARTÉIS E O PROGRAMA  
DE LENIÊNCIA**

**I - Introdução**

O artigo 47 da Lei 12.529/11 (“Lei de Defesa da Concorrência”)<sup>1</sup>, em linha com a disposição do artigo 927 do Código Civil<sup>2</sup>, trata do direito de ação no âmbito antitruste e estabelece que os prejudicados poderão ingressar em juízo para obter a cessação de práticas que constituam infração à ordem econômica, além do recebimento de indenização por perdas e danos sofridos. Tratam-se das ações de reparação por danos concorrenciais (“ARDC”), que vêm sendo cada vez mais objeto de discussão pelas autoridades e pela comunidade jurídica como elemento de dissuasão de cartéis e de outras práticas anticompetitivas.

O presente artigo buscar delinear as principais discussões envolvendo as ARDC, como base para um painel que será apresentado sobre o tema por ocasião do 24º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, organizado pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC. A Parte II traz um breve panorama estatístico do número de processos administrativos por práticas de cartel condenados pelo CADE comparativamente ao número estimado de ARDC; a Parte III aponta a problemática em se estimular ARDC sem que haja desincentivo aos programas de leniência e negociações de

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Termos de Compromisso de Cessão de Prática (“TCC”); a Parte IV ilustra as principais iniciativas de estímulo às ARDC; a Parte V trata dos aspectos econômicos relacionados às ARDCs, e por fim, a Parte VI traz a conclusão, com os principais pontos que serão abordados no painel.

### **II – Processos Administrativos e ARDC em números**

Entre 2012, ano em que a nova lei de defesa da concorrência entrou em vigor, e 2017, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE julgou pouco mais de 200 processos administrativos para apuração de possíveis violações à ordem econômica, tendo havido decisões pela condenação em 130 deles. Só nos últimos 3 anos, foram 67 processos com decisões por condenação, dos quais 33 envolviam práticas de cartel<sup>3</sup>.

Até 2011, contudo, a estimativa é que havia aproximadamente 20 processos no judiciário de pessoas ou empresas que buscaram reparação de danos decorrentes de carteis. Hoje, o CADE trabalha com um número pouco superior a 100 ARDC<sup>4</sup>. É muito pouco ao se considerar que nesse mesmo período foi julgado e condenado um número superior de processos administrativos pelo CADE, e que cada um desses processos, a depender do setor econômico, pode envolver centenas ou até milhares de prejudicados, aptos a ingressar com ARDC.

### **III – O desafio dos incentivos às ARDC**

Atualmente, a Lei de Defesa da Concorrência prevê em seu artigo 37, inciso I, a pena de multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, que nunca deve ser inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

Tomando-se como exemplo um cartel, que a princípio seria a mais grave das infrações

---

<sup>3</sup> Estatísticas apresentadas no Relatório de Gestão 2017 publicado pelo CADE, disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2017/relatorio-de-gestao-2017-1.pdf>. Último acesso em 4.6.2018.

<sup>4</sup> Nesse sentido, <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/mercadoaberto/2017/06/1894220-aco-es-movidas-por-lesados-por-carteis-crescem-e-criam-conflito-com-leniencia.shtml>. Último acesso em 5.6.2018.

à ordem econômica, e em que se pese a previsão de sanção também sob a esfera criminal<sup>5</sup>, a jurisprudência do CADE tem se atido a um percentual da ordem de 12-20% para aqueles ditos carteis *hardcore*<sup>6</sup> (em que existem um maior grau de institucionalização), sendo na maioria das vezes de aproximadamente 15% (ou pouco superior a esse patamar em alguns casos específicos). Ocorre que, como reconhecido pelo próprio CADE com base em estudos da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, “os carteis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo”<sup>7</sup>, ou seja, a depender da duração do cartel, a pena financeira administrativa poderia, teoricamente, ser significativamente inferior ao sobrepreço total praticado, tornando o cartel economicamente vantajoso<sup>8</sup>.

Nesse contexto, ainda que seja imprescindível que medidas para estimular a propositura de ARDC como política de direito da concorrência sejam implementadas, isso deve ocorrer de forma muito precisa e meticulosa. De fato, se por um lado o incremento da propositura de ARDC aumenta o risco financeiro para agentes que praticam infrações à ordem econômica, fazendo com que haja uma maior dissuasão à prática de tais condutas, por outro, esse mesmo risco pode prejudicar o programa de leniência do CADE (que prevê imunidade apenas nas esferas administrativa e criminal), tão essencial na detecção e investigação de carteis<sup>9</sup>, além do próprio programa de Termos de Compromisso de Cessação de Prática – TCCs. Isso porque, a necessária delação e cooperação com as investigações pode expor o interessado na esfera civil, fazendo com que provavelmente seja grande o número de demandas em seu desfavor em um ambiente de estímulo às ARDC.

---

<sup>5</sup> Segundo artigo 4º da Lei 8.137/90, constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

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.

A pena para a prática é a de reclusão, de 2 a 5 anos e multa.

<sup>6</sup> Nesse sentido: Cordeiro, Alexandre. “Multa esperada, TCC e segurança Jurídica – O CADE tem um padrão para se calcular a multa nos casos de carteis?” Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columas/doutrina-antitruste/multa-esperada-tcc-e-seguranca-juridica-27062017>. Último acesso em 5.6.2018.

<sup>7</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. “Cartilha do CADE”, atualizada em maio de 2016. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>. Último acesso em 5.6.2018.

<sup>8</sup> Embora o próprio artigo 37 da Lei de Defesa da Concorrência tente eliminar essa assimetria ao estipular que a multa aplicada à empresa “nunca deve ser inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”, na prática observa-se que a jurisprudência majoritária do CADE tende a seguir o critério mais objetivo, referente ao percentual do faturamento do agente econômico limitado especificamente ao ano anterior à instauração do processo administrativo.

<sup>9</sup> De acordo com o Relatório de Gestão do CADE, só em 2017, o programa de leniência resultou em 21 acordos de leniência, sendo que 7 deles envolveram a concessão do benefício da “leniência plus”, quando os investigados em um processo de cartel delatam outro caso de colusão que não era de conhecimento do CADE.

#### IV – As iniciativas adotadas e pretendidas pelas autoridades para estimular ARDC

Ações visando estimular o ajuizamento de ARDC não são novidade no direito brasileiro, embora tenham se intensificado consideravelmente nos últimos anos. Em 2010, por ocasião do julgamento do processo administrativo que ficou conhecido como “Cartel dos Gases Industriais”, o então Conselheiro Relator do caso, Fernando Furlan, incluiu em seu voto um capítulo específico sobre ação privada e ação civil pública, tendo consignado que “a sanção imposta pelo CADE dedica-se essencialmente a abordar o dano causado à concorrência como instrumento orientador da atividade econômica no Brasil. A multa imposta pelo Conselho não repara os danos patrimoniais e morais causados a pessoas específicas. A indenização por tais danos deve ser engendrada pelas vias judiciais cabíveis”<sup>10</sup>. E como iniciativa concreta para fomentar ARDC, determinou em seu voto a divulgação dessa possibilidade a potenciais interessados, por meio da remessa da decisão emitida pelo CADE<sup>11</sup>.

Mais recentemente, em dezembro de 2016, já com um enfoque mais voltado ao tema, o CADE colocou em consulta pública uma minuta de resolução com dispositivos de estímulo a ARDC<sup>12</sup>. A proposta incluiu, sobretudo, previsão de (i) redução tanto da contribuição pecuniária em negociações de TCCs quanto da multa administrativa para participantes de condutas anticompetitivas investigadas que comprovarem o ressarcimento judicial ou extrajudicial no âmbito de ADRC; e (ii) regras de confidencialidade e acesso a documento no CADE como elemento probatório em ADRC, tendo como base as fases do processo administrativo. No âmbito da exposição de motivos para a resolução, o CADE elaborou ainda propostas legislativas sobre aspectos cíveis relativos ao ajuizamento de ADRC, tratando de temas como prescrição e responsabilidade solidária.

---

<sup>10</sup> Processo Administrativo nº. 08012.009888/2003-70. Voto do Conselheiro Fernando Furlan, emitido em 1.9.2010. Íntegra do processo disponível em [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?K0Xi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfrn8\\_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnV5To9AThgax0yiv91mB1jun9BCIYIAj40\\_hzzvf9\\_Dn](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?K0Xi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfrn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnV5To9AThgax0yiv91mB1jun9BCIYIAj40_hzzvf9_Dn). Último acesso em 6.6.2018.

<sup>11</sup> Nesse sentido, “No Brasil, porém, quase não se tem notícias de ações privadas em razão de danos causados por cartéis. Perde-se, assim, um importante fator a desestimular a prática do conluio. E os prejudicados também deixam de ser ressarcidos pelos danos causados. Tendo em vista a necessidade de estimular e promover o ajuizamento de ações privadas pelas vítimas do cartel, entendo necessário divulgar essa possibilidade junto aos potenciais interessados. Por esse motivo, determino o envio desta decisão às seguintes organizações [...]” (*Ibid*, p.126).

<sup>12</sup> Consulta Púyblica CADE5/2016. Disponível em <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>. Último acesso em 6.6.2018.

Os documentos ficaram em consulta para comentários por aproximadamente 3 meses e até o momento medidas específicas não foram implementadas pelo CADE.

No âmbito legislativo, e em linha com as propostas feitas pouco depois pelo próprio CADE, o Projeto de Lei do Senado nº. 283/2016 (“PLS 283/2016”)<sup>13</sup>, de autoria do Senador Aécio Neves, sugere alterações na Lei de Defesa da Concorrência com o objetivo de estimular ARDC, e inclui disposições para (i) tornar a multa administrativa por prática de cartel proporcional ao tempo de duração da infração; (ii) instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo<sup>14</sup>; (iii) tratar da responsabilidade solidárias pelos danos causados pelos autores da infração, eximindo os signatários de acordo de leniência e TCC<sup>15</sup>; (iv) tornar a decisão do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência<sup>16</sup>; bem como (v) prevenir a ocorrência de prescrição durante a vigência do inquérito ou processo administrativo no âmbito do CADE<sup>17</sup>.

O PLS 283/2016 aguarda votação pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, com parecer já emitido pelo Senador Armando Monteiro, votando pela aprovação do projeto com algumas alterações, nos termos do Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado. Em breve síntese, sugeriu-se a supressão da correlação entre a multa administrativa e a duração do cartel, sob a justificativa de que isso geraria um ônus probatório adicional ao CADE, aumentando o tempo de análise dos processos administrativos<sup>18</sup>; bem como o aumento do prazo prescricional para ARDC 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.

---

<sup>13</sup> Maiores informações disponíveis em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>. Último acesso em 5.6.2018.

<sup>14</sup> O ressarcimento em dobro de danos em caso de repetição de indébito está até então previsto expressamente apenas no Código de Defesa do Consumidor (artigo 42) e no Código Civil (artigo 940).

<sup>15</sup> A proposta visa evitar o desestímulo ao programa de leniência e TCC, garantindo que a reparação para os signatários desses acordos seja equivalente à vantagem auferida pela prática de cartel.

<sup>16</sup> Conforme previsão do artigo 311 do Código de Processo Civil e objetivando imprimir maior celeridade às ARDC, atribuindo-lhes um grau de efetividade imediata.

<sup>17</sup> A pretensão por reparação civil, nos termos do artigo 206, § 3º, inciso V, prescreve em 3 anos. A proposta legislativa visa evitar que ocorra prescrição no curso da investigação administrativa, sem que o CADE tenha concluído sua análise e emitido uma decisão final condenatória.

<sup>18</sup> A título ilustrativo, sem a previsão sugerida na redação inicial do PLS 283/2016 em vigor, os processos administrativos julgados em 2017 pelo CADE tiveram tempo médio de tramitação de 8,1 anos, conforme dados apresentados no Relatório de Gestão do Conselho.

Recentes contribuições do IBRAC resultaram na retirada do PLS 283/2016 de pauta para votação, a fim de que fossem avaliados alguns ajustes pontuais propostos. Um exemplo é incluir a possível utilização de arbitragem para reparação de danos patrimoniais causados por práticas anticompetitivas, regulando-se assim os incentivos para sua adoção. A ideia é estimular um canal alternativo, notadamente mais célere que a tradicional via judicial, para que haja a efetiva reparação.

### **V – Aspectos Econômicos no âmbito das ARDCs**

Sob a perspectiva quantitativa, um dos principais desafios associados às ARDC é a determinação da vantagem auferida, ou seja, quanto ou qual foi o sobrepreço praticado pelo cartel que consubstanciaria um pedido de reparação. Essa questão foi recentemente endereçada por meio da edição de um guia prático pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac), do Ministério da Fazenda<sup>19</sup>. O guia traz uma análise detalhada sobre métodos econômicos e ferramentas estatísticas que podem ser utilizados para avaliações quantitativas em três situações distintas: (i) detectar a presença de cartéis; (ii) mensurar o sobrepreço resultante do funcionamento de cartéis; e (iii) mensurar o repasse desse sobrepreço ao longo da cadeia produtiva. São abordadas, de forma não exaustiva, metodologias desenvolvidas pela literatura econômica concorrencial para prover os legitimados a propor ARDC.

Neste sentido, ressalta-se a relevância da quantificação adequada dos danos relacionados em casos de cartéis, visto que ela norteia o nível apropriado de compensação das vítimas da conduta (consumidores diretos e indiretos) em ARDC, sendo os principais fatores relacionados ao dano o sobrepreço e o efeito repasse (*pass-on*).

Juntamente com as demais iniciativas, trata-se, sem dúvida, de uma louvável contribuição para as discussões, embora seja importante que haja uma uniformidade mínima de critérios a serem observados na prática como elementos de quantificação de vantagem auferida, como forma de conferir maior segurança jurídica e previsibilidade aos prejudicados no

---

<sup>19</sup> Ministério da Fazenda, Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac). Manual Advocacia da Concorrência. Cálculo de danos em cartéis – guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos. Divulgado em 18.5.2018 e disponível em <https://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/quias-e-manuais/calculo-de-danos-em-carteis>. Último acesso em 7.6.2018.

ajuizamento de ARDC.

## **VI – Conclusão**

Inúmeros são os questionamentos que permeiam a tentativa de conciliar a propositura de ARDC e os programas de leniência e TCC. A discussão inclui as iniciativas concretas que vêm sendo adotadas pelas autoridades; a possibilidade de ressarcimento em dobro para os prejudicados excetuar ou não os signatários dos acordos; a confidencialidade ou disponibilização de documentos utilizados pelo CADE para formar seu convencimento relativamente a terceiros interessados; o prazo prescricional para as ARDC; a metodologia que deve ser utilizada para determinação da vantagem auferida para fins de reparação; o eventual papel que a arbitragem pode ter na discussão, dentre outros.

O painel sugerido objetiva aprofundar as discussões e tratar das melhores práticas para difusão e aprimoramento de ARDC, por meio de uma exposição e debate com profissionais de diferentes formação, especializados em direito da concorrência.

Vinícius Marques de Carvalho, ex-presidente e conselheiro do CADE e atualmente advogado da área, acompanhou de perto a evolução do tema ao longo dos últimos anos tanto sob a perspectiva das autoridades quanto do setor privado. O Procurador-Geral do CADE, Sr. Walter Agra Junior, tem estado à frente da matéria pelo CADE e em sua apresentação no 23º Seminário Internacional do IBRAC, ocorrida pouco após sua posse, trouxe o tema de ARDC como um dos principais desafios de sua gestão como procurador. Bruno Drago, advogado da área e Diretor do Contencioso Econômico do IBRAC, tem coordenado o monitoramento de ARDC e pode trazer um panorama mais concreto do assunto, incluindo dados estatísticos. Finalmente, Fabiana Tito, economista, pode materializar a discussão sob a perspectiva econômica e quantitativa, tratando das metodologias que vêm sendo utilizadas para calcular vantagem auferida, tema inclusive objeto de sua tese de doutorado.

\* \* \*