

AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS NO BRASIL: OBSTÁCULOS E SUGESTÕES

JULHO 2023

CARLOS RAGAZZO
ISABEL VELOSO

Apresentação Técnica

Este livro consiste no produto final do Projeto “Superação dos obstáculos à aplicação privada do direito da concorrência”, Proposta Siconv nº 057590/2017, conforme Portaria CFDD nº 9, de 11 de outubro de 2017, publicada no Diário Oficial da União em 13/10/2017, Seção 1, Páginas 45 e 46. O projeto foi desenvolvido no âmbito da parceria entre a Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas e o Fundo de Direitos Difusos.



FICHA CATALOGRÁFICA

Dados Internacionais de Catalogação na
Publicação (CIP)

(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Ragazzo, Carlos; Veloso, Isabel

Ações de reparação de danos concorrenciais no
Brasil [livro eletrônico]: obstáculos e
sugestões /

- Rio de Janeiro:

Ed. dos Autores, 2023.

PDF

Bibliografia.

ISBN 978-65-00-75017-1

1. Concorrência - Leis e legislação - Brasil
2. Direito da concorrência - Brasil 3. Direito
econômico 4. ARDC 5. Reparação civil I. Ragazzo,
Carlos; Veloso, Isabel II. Título.

23-164843

CDU-34:33:381.81(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito da concorrência: Direito
econômico 34:33:381.81(81)

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB
8/8415



Equipe do projeto

Coordenadores:

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo
Isabel Cristina Veloso de Oliveira

Equipe de pesquisa:

Gabriel Araújo Souto
Laura Fonseca Leite
Mariana Luiza de Assunção Soares
Pedro Canellas Cavalcanti Vieira
Renata Cristina do Nascimento Antão
Vinícius Bertolini Casaca



SUMÁRIO

Introdução.....	8
Capítulo 1. Contexto de análise: sistema de reparação privada no Brasil	13
1.1 Base legal de reparação privada por danos concorrenciais	16
1.2 Contexto das novidades legislativas da Lei nº 14.470/2022	21
Capítulo 2. Visão inicial sobre o baixo volume de ARDCs Pré-Lei 14.470/2022	29
2.1 Ausência de cultura de reivindicação de danos por consumidores.	29
2.2 Incerteza quanto ao prazo prescricional: marco inicial de contagem	31
2.3 Dificuldade de comprovação do dano do ilícito concorrential....	45
Capítulo 3. <i>Status</i> do sistema de reparação privado pré-Lei nº 14.470/2022	50
3.1 Levantamento jurisprudencial feito neste projeto de pesquisa.....	51
3.2 Análise de apelações em ações movidas pelo Ministério Público ..	55
3.2.1 Apelações em sede de ações julgadas improcedentes	57
3.2.2 Apelações em sede de ações julgadas procedentes	62
3.3 Análise de apelações em ARDCs movidas por particulares.....	70
3.3.1 Apelações em sede de ações julgadas improcedentes	74
3.3.1.1. Desprovimento das apelações devido à prescrição	76
3.3.1.2. Desprovimento devido ao conjunto probatório	78
3.3.1.3. Desprovimento devido à insuficiência de prova do ilícito	79
3.3.1.4. Desprovimento devido à insuficiência de prova do dano	83
3.3.1.5. Desprovimento devido à verificação de <i>pass-on</i>	89

3.3.2 Apelações em sede de ações julgadas procedentes	90
3.3.2 Proponentes vencedores em primeira e em segunda instância	94
Capítulo 4. Percepção setorial: entrevistas com <i>stakeholders</i> sobre ARDCs no Brasil	98
Capítulo 5. <i>Benchmarking</i> Europeu: sistematização de medidas pró-ARDCs	120
5.1 <i>Baseline</i> europeu: razões metodológicas para comparação com o Brasil	121
5.2 Construção do marco legal europeu de reparação de danos concorrenciais	129
5.2.1 Livro verde: propostas para fomentar ações de indenização	130
5.2.2 Livro branco: definição de diretrizes para políticas públicas ...	131
5.2.3 A Diretiva nº 2014/104/UE, de 2014.....	134
5.2.4 Estágio de desenvolvimento de <i>private actions</i> na Europa.....	136
Capítulo 6. Obstáculos versus possíveis soluções para o fomento de ARDCs	139
6.1 Prescrição para a propositura de ARDCs	150
6.2 Prova do ilícito anticompetitivo	155
6.3 Acesso a evidências para individualização do ato ilícito	161
6.3.1 Pontos abordados pela Comunicação (2020/C 242/01)	166
6.3.2 Análise comparativa com as diretrizes previstas no Brasil.....	172
6.4 Quantificação do dano decorrente do ilícito concorrencial.....	177
6.4.1 Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indenização	180
6.4.1.1 Métodos comparativos.....	183
6.4.1.3 Detalhes sobre as aplicações: quantificação do dano....	188
6.4.1.3.1 Quantificação do preço adicional	189
6.4.1.3.2 Quantificação dos danos causados pelo efeito do volume.....	191
6.4.1.3.3 Quantificação dos efeitos resultantes das práticas de exclusão nos concorrentes do autor da prática infracionária .	192

6.4.1.3.4 Quantificação dos danos causados aos clientes dos autores da infração	194
6.4.2 Consulta pública da Espanha sobre quantificação de danos	194
6.4.3 Espaço para aprimorar as instruções disponíveis no Brasil?	208
6.5 Adoção da <i>pass-on defense</i>	210
6.5.1 Estudo e guia diretivo de <i>pass-on</i> europeu	211
6.6 Tempo de duração das ações no Judiciário	218
6.6.1 Métodos alternativos de solução de conflitos na EU	223
Capítulo 7. Sugestões para o uma estrutura de fomento adicional a ARDCs	226
7.1 Regime de governança e acesso a evidências a partir do Poder Judiciário	228
7.2 Modificações nos documentos orientativos de metodologias de cálculo de danos	229
7.3 Modificações nos documentos orientativos de metodologias de cálculo de <i>pass-on</i>	232
7.4 Fomento ao desenvolvimento de soluções alternativas de conflito	234
Lista de Referências	236
Anexo	249

Introdução

O combate às condutas anticompetitivas no Brasil ocorre em três frentes: (i) esfera administrativa, por meio da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade); (ii) esfera penal, por meio da estrutura de persecução criminal, como Polícia e Ministério Público (e o Poder Judiciário) especialmente para sancionar o crime de cartel; e (iii) esfera cível, na qual os agentes afetados por condutas podem pleitear indenizações privadas por meio das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDCs) perante o Judiciário.

Dentre os três âmbitos, a esfera cível, na qual ocorre a persecução privada de ilícitos concorrenciais, constitui o objeto central deste estudo acadêmico. Prevista no art. 47 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), as ARDCs possibilitam a atuação de indivíduos e entidades, desde que diretamente lesados, agindo em defesa de seus interesses, bem como a atuação das entidades legitimadas pelo art. 82 do Código de Defesa do Consumidor¹, como Ministério Público, a Defensoria Pública,

¹ TÍTULO III – Da Defesa do Consumidor em Juízo CAPÍTULO I – Disposições Gerais Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público; II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente

entes federados, órgãos públicos e associações com atuação na defesa dos direitos dos consumidores –, principalmente via Ação Civil Pública.

LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011

Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

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.

§ 1º Os prejudicados terão direito a ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, sem prejuízo das sanções aplicadas nas esferas administrativa e penal. [\(Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022\)](#)

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo 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. [\(Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022\)](#)

§ 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. [\(Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022\)](#)

§ 4º Não se presume o repasse de sobrepreço nos casos das infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, cabendo a prova ao réu que o alegar. [\(Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022\)](#)

Art. 47-A. A decisão do Plenário do Tribunal referida no art. 93 desta Lei é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, permitindo ao juiz decidir

destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear. § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm > Acesso em: 02/06/2023.

liminarmente nas ações previstas no art. 47 desta Lei. [\[Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022\]](#)

Basicamente, este estudo foi motivado por dois principais fatores: (i) a constatação já endossada em estudos acadêmicos; do CADE e do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC); de que as ARDCs são pouco difundidas no Brasil; e (ii) a expectativa quanto ao potencial do aumento da propositura de ARDCs como forma de complementar o *public enforcement* concorrencial, o que se espera ter aumentado com a recente promulgação da Lei Ordinária nº 14.470/2022², que teria resolvido obstáculos relevantes à sua difusão.

Além de ressarcir propriamente os danos dos prejudicados, as indenizações civis podem funcionar como um desestímulo à prática de atos anticompetitivos. Isso porque aumentam o grau de imprevisibilidade dos membros de um conluio quanto às possíveis perdas decorrentes de sanções, não apenas na esfera administrativa e penal, mas também cível, dificultando a mensuração dos benefícios de práticas delituosas por parte dos agentes envolvidos. Trata-se de uma variável adicional na relação custo-benefício a ser considerada antes da prática de um ilícito concorrencial, aumentando os riscos inerentes às condutas.

Embora se destine a alguma forma de reparação da sociedade, as multas impostas pelo CADE e recolhidas ao Fundo de Direitos Difusos não têm como objetivo reparar diretamente os danos causados pelas empresas delitivas aos consumidores. Dessa maneira, a ARDC é a única forma para

² BRASIL. Lei nº 14.470/2022. 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.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14470.htm> Acesso em: 06/06/2023.

que consumidores eventualmente prejudicados vejam reparados danos materiais e morais incorridos. Contudo, ainda que o direito de ação por indivíduos se encontre expressamente reconhecido pela Lei nº 12.529/2011, existe um consenso de que há obstáculos para o exercício desse direito, o que fez com que o número de ARCDs propostas no Judiciário se mantivesse reduzido, apesar da multiplicação de condenações por condutas anticompetitivas por parte do CADE.

Tal realidade, porém, ocorre na contramão de experiências estrangeiras, em que as ações são consolidadas ou vêm se ampliando nos últimos anos. Como exemplo, nos EUA, elas são comuns há décadas, ao passo que, na União Europeia, tiveram maior desenvolvimento e sucesso após a aprovação da Diretiva 2014/104³, a qual promoveu o *enforcement* privado do direito concorrencial nos países membros.

Este projeto pretende se somar a esse debate, realizando um mapeamento de obstáculos, bem como das iniciativas que foram adotadas para solucioná-los, com base em experiências nacionais e internacionais, a fim de identificar que elementos ainda constituem barreiras a ações de reparação de dano concorrencial. Em síntese, o objeto central da presente pesquisa será a busca de soluções para a superação dos obstáculos à aplicação privada do direito concorrencial, sobretudo diante da promulgação da Lei Ordinária nº 14.470/2022. A superação destes envolve o mapeamento e o desenvolvimento de estratégias capazes de resolvê-los ou, ao menos, minimizá-los.

³ EUROPEAN COMMISSION. 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=CELEX%3A32014L0104> > Acesso em: 09/05/2023.

Este estudo foi construído com base em cinco eixos metodológicos: (i) análise da base legal de reparação por danos concorrenciais disponível no Brasil; (ii) análise doutrinária sobre ARDCs no Brasil; (iii) pesquisa jurisprudencial; (iv) entrevista com *stakeholders* relevantes; e (v) mapeamento de boas práticas estrangeiras e recomendações de Organizações Internacionais.

Capítulo 1. Contexto de análise: sistema de reparação privada no Brasil

No âmbito administrativo, são consideradas infrações à ordem econômica quaisquer das condutas anticompetitivas enumeradas no art. 36 da Lei nº 12.529/2011, independente de culpa e ainda que o objetivo não tenha sido alcançado: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. No parágrafo terceiro desse artigo, a lei exemplifica condutas que configuram as hipóteses previstas no *caput*⁴.

Contudo, como dito anteriormente, o Brasil possui um sistema híbrido, que permite também a persecução penal e privada. Na esfera penal, cabe ao Ministério Público o papel de titular, executando as funções de investigação e denúncia de crimes dessa natureza. O escopo de crimes investigados, contudo, foi bastante limitado, adotando postura diferente das infrações administrativas. Apenas para trazer um contexto concreto,

⁴ Dentre as condutas exemplificadas para tangibilizar o tipo descrito na Lei estão: acordar, combinar, manipular ou ajustar preços, quantidade produzida ou divisão de mercado com concorrente; promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; criar dificuldades para o funcionamento de empresa concorrente; impedir o acesso de concorrentes às fontes de insumo; utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros.

o art. 116 da Lei nº 12.529/2011⁵ modificou a redação do art. 4º da Lei nº 8.137/1990⁶, que trata dos crimes contra a ordem tributária, ordem econômica e contra as relações de consumo, e revogou os artigos 5º e 6º, de modo que apenas os crimes de cartel permaneceram com relevância penal – excluindo-se outras condutas anticompetitivas.

A Lei nº 8.137/1990 dispõe, em seu art. 4º, que constitui crime contra a ordem econômica: (i) abusar do poder econômico mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; e (ii) formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, voltado para a fixação artificial de preços, controle regionalizado do mercado ou controle de rede de distribuição ou de fornecedores. A pena prevista nessa lei é de reclusão de dois a cinco anos e multa. Contudo, cabe pontuar que, em muitos casos, as ações penais não estão restritas à investigação de uma prática de cartel, mas sim a um escopo mais amplo de investigação, em especial conjuntamente relacionadas a crimes de corrupção e lavagem de dinheiro.

Por fim, o terceiro sistema de aplicação do direito antitruste, e principal objeto desta pesquisa, é a responsabilidade civil em matéria concorrencial. Na esfera administrativa, a multa imposta por conduta anticompetitiva não tem por finalidade reparar danos patrimoniais ou

⁵ 116. O art. 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 4º
I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; a) (revogada); b) (revogada); c) (revogada); d) (revogada); e) (revogada); f) (revogada); 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. III - (revogado); IV - (revogado); V - (revogado); VI - (revogado); VII - (revogado)." (NR).

⁶ BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm> Acesso em 01/02/2022.

morais sofridos por pessoas ou grupos específicos, tendo como destino o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85)⁷ e regulamentado pela Lei nº 9.008/95⁸.

Trata-se de um fundo de natureza contábil que reúne o valor arrecadado por meio de multas aplicadas pelo CADE, pelo Ministério Público (Federal, do Trabalho, Estadual e Distrital) e pela Secretaria Nacional do Consumidor⁹. O objetivo do fundo é a recomposição de danos causados a direitos difusos e coletivos. Na prática, tais recursos retornam à sociedade por meio do financiamento de projetos voltados para um dos seguintes eixos temáticos: "I - Promoção da recuperação, conservação e preservação do meio ambiente; II - Proteção e defesa do consumidor; III - Promoção e defesa da concorrência; IV - Patrimônio cultural brasileiro; e V - Outros direitos difusos e coletivos"¹⁰.

Contudo, uma das principais consequências de um cartel, por exemplo, é a transferência indevida de renda de adquirentes de produtos e serviços aos membros do conluio, o que demanda tratamento jurídico. Nesse esteio, cabe àqueles que entendem terem sido prejudicados recorrer ao Poder Judiciário para obter reparação. Segundo o entendimento da

⁷ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm> Acesso em: 01/02/2022.

⁸ BRASIL. Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, que cria, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9008.htm> Acesso e: 01/02/2022.

⁹ "Em 2018, o Cade foi responsável por mais de 94% de todo valor recolhido ao FDD: R\$590.798.105. Desde a vigência da Lei nº 12.529/2011, o órgão antitruste já arrecadou cerca de R\$ 3 bilhões ao fundo". Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-arrecada-r-329-4-milhoes-ao-fundo-de-direitos-difusos-no-primeiro-semester-de-2019>> Acesso em: 01/02/2022.

¹⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. O que é o Fundo de Defesa de Direitos Difusos - FDD. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/institucional>> Acesso em: 01/02/2022.

OCDE, “[...] a aplicação privada está preocupada principalmente em restabelecer o *status quo* daqueles que foram prejudicados por uma determinada conduta. Em vez de reprimir ou sancionar uma ação, a indenização é baseada na reparação de uma lesão”¹¹⁻¹².

1.1 Base legal de reparação privada por danos concorrenciais

No Brasil, a reparação de danos de modo amplo, ou seja, não apenas voltada para danos concorrenciais, está prevista no regime geral do Código Civil em vigor, sendo regida pelo art. 927 e seguintes do Código Civil (Lei nº 10.406/2002)¹³. De acordo com o Código Civil, a dimensão do ato ilícito se dá a partir do artigo 186, que prevê que “[a]quele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Naturalmente, infrações à concorrência, como cartéis, já figurariam como atos passíveis de ressarcimento civil aos indivíduos prejudicados. Contudo, a previsão de reparação de danos individuais ou individuais homogêneos

¹¹ “The primary goal of private enforcement, in its turn, is to compensate damaged parties. In other words, whereas penalties (including administrative ones) aim at discouraging infringements, private enforcement is mainly concerned with re-establishing the status quo ante of those who have been harmed by a certain conduct. Rather than repressing or sanctioning an action, indemnification is based on repairing an injury”. OCDE. Relationship between public and private antitrust enforcement, 2015, p.2. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En)>. Acesso em: 01/02/2022.

¹² “[...] compensation of the harm is fundamental so that companies who comply with the law do not suffer from a competitive disadvantage, and victims who are harmed do not bear the costs of the infringements: these costs must be borne by the infringers. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, 2008, p.10. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008SC0404&from=EL>>. Acesso em: 01/02/2022., p. 10.

¹³ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 01/02/2022.

está transcrita também na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011). Como dito anteriormente, o art. 47¹⁴ prevê que os prejudicados, individualmente ou por meio dos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078/1990¹⁵ (Lei de Defesa do Consumidor), poderão ingressar em juízo para pleitear seus interesses, obter a cessação de práticas e o recebimento de indenização. Tal ação, segundo a previsão normativa, ocorre independentemente de um eventual procedimento instaurado no CADE. De modo semelhante, essa possibilidade estava contemplada pelo art. 29 da antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/1994¹⁶ - revogada).

Somente reunindo as provas que congreguem o ato ilícito e o prejuízo sofrido, é possível requerer judicialmente o ressarcimento pelas perdas e danos. Para tal, é necessário demonstrar que, além do abalo patrimonial,

¹⁴ "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." BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm> Acesso em: 01/02/2022.

¹⁵ "Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear". BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 01/02/2022.

¹⁶ Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do 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 processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação. BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm#:~:text=Transforma%20o%20Conselho%20Administrativo%20de,econ%C3%B4mica%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs> Acesso em: 01/02/2022.

há nexo de causalidade entre o ilícito e o dano anticoncorrencial, tendo em vista que o art. 403 do CC prevê que “[...] as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”¹⁷. Portanto, as ações devem ser baseadas na comprovação de que o ilícito concorrencial deu causa ao dano sofrido.

O sistema previsto na norma concorrencial não se desvia dessa lógica: o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 prevê que “os prejudicados” individualmente ou por meio dos legitimados previstos no art. 82 da Lei nº 8.078/1990¹⁸ (Código de Defesa do Consumidor) poderão ingressar em juízo em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos. Os “prejudicados” devem ser entendidos como aqueles que sofreram impactos em virtude de condutas anticompetitivas, devendo estar configurados: (i) a ocorrência de uma conduta competitiva; (ii) o prejuízo ao reclamante; e (iii) a relação causal entre o dano e o prejuízo.

Assim, entes federados lesados por licitações em virtude da prática de cartel e empresas que tiveram que arcar com sobrepreços devido a condutas anticompetitivas são agentes legitimados a buscar indenização por danos privados. Cabe ressaltar que, *a priori*, o termo “prejudicados” não distingue compradores diretos e indiretos.

O trecho do artigo 47 estipula que “os prejudicados” devem ingressar em juízo para buscar reparação dos danos individualmente ou por meio dos legitimados previstos no art. 82 da Lei nº 8.078/1990. Ou seja, as ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) podem ser individuais ou

¹⁷ “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. BRASIL. LEI N.º 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 01/02/2022.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 01/02/2022.

coletivas. Mais especificamente, o art. 82 da Lei nº 8.078/1990 confere legitimidade aos seguintes entes: (i) Ministério Público; (ii) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; (iii) às entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo código; e (iv) às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo código, dispensada a autorização assemblear¹⁹.

Dentre esses, convém fazer apontamentos sobre o papel desempenhado pelo MP nas ações coletivas. Cabe ao MP fazer o ajuizamento da ação coletiva em nome das partes prejudicadas ou se encarregar da fiscalização dos esforços de outra entidade. Segundo informação da OCDE, no Brasil, o MP, em suas esferas estaduais e federais, tem sido o maior responsável pela proposição de ações de reparação de danos coletiva, em sua maioria relacionados à defesa do consumidor²⁰.

¹⁹ Art. 82. “§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”. BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 01/02/2022.

²⁰ “Além do quadro legal descrito acima para a reparação de danos por iniciativa privada, o Ministério Público Federal brasileiro tem competência para, segundo o artigo 129, inciso III da Constituição Federal, promover ação civil pública em defesa de consumidores ou empresas lesadas pela conduta anticompetitiva. Estas ações são motivadas por razões de interesse público, como a proteção de direitos coletivos, e são similares a ações civis públicas ajuizadas em face de violação a outras leis, como leis de proteção ambiental. Ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal não fazem parte do enquadramento comumente aplicável às ações de iniciativa privada para reparação civil de danos concorrenciais, e qualquer ressarcimento pago será recebido pelo Estado em nome da coletividade das partes prejudicadas. Contudo, elas têm o objetivo de sanar ou endereçar o mesmo suposto dano que o buscado pelas ações de iniciativa privada para a reparação de danos concorrenciais. O Ministério Público, tanto na esfera estadual quanto federal, tem sido responsável pela maioria das ações civis públicas buscando reparação coletiva, a maioria das quais estão relacionadas a casos envolvendo direitos do consumidor”. OCDE (2019), Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil. Disponível em: <www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm> Acesso em: 01/02/2022.

Há ainda que se trazer alguns apontamentos sobre a legitimidade passiva. Segundo o art. 31 da Lei nº 12.529/2011, a Lei de Defesa da Concorrência, a legitimidade passiva se aplica “[...] às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

Dessa forma, tais pessoas e entidades estão sujeitas a figurar no polo passivo de ARDCs na hipótese de praticarem uma infração concorrencial. Cabe reforçar, tendo em vista a previsão contida no art. 47 da Lei nº 12.529/2011²¹, que não há interconexão entre ações de reparação cível ajuizadas e o andamento de procedimentos no âmbito do CADE, embora existam consequências específicas decorrentes dessa relação. A Lei nº. 14.470/2022 excetuou expressamente o leniente ou o agente que tenha celebrado TCC da possibilidade de ter que pagar o ressarcimento em dobro, também não incidindo sobre eles responsabilidade solidária pelos danos praticados pelos demais autores da infração à ordem econômica num caso concreto²².

²¹ 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. [...] BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm> Acesso em: 06/06/2023.

²² Art. 1º [...] “§ 1º Os prejudicados terão direito a ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, sem prejuízo das sanções aplicadas nas esferas administrativa e penal.

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo 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.” BRASIL. Lei nº 14.470, de 16 de novembro de 2022.

1.2 Contexto das novidades legislativas da Lei nº 14.470/2022

Antes de avançar, cumpre mencionar o contexto de criação da Lei nº 14.470/2022, que entrou em vigor em 16/11/2022, e as principais mudanças que foram introduzidas no ordenamento. O PLS 283/2016, de autoria do então senador Aécio Neves (PSDB/MG), começou a tramitar no Senado em 2016.

Em seu texto inicial, a proposição tinha por objetivo alterar a Lei nº 12.529/2011 para: (i) tornar a multa à prática de cartel por empresa ou grupo econômico, proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica; (ii) instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os réus que assinarem acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, além de outros incentivos ao acordo de leniência, desde que este seja feito mediante apresentação de documentos que permitam ao CADE estimar o dano causado; (iii) determinar a sustação do termo da prescrição durante a vigência do processo administrativo; e (iv) tornar a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela de evidência (que consiste em uma espécie de tutela provisória prevista no artigo 311 do Código de Processo²³, que tem como propósito a antecipação provisória dos efeitos da decisão final) .

Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm > Acesso em: 06/06/2023.

²³ "Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente." BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil.

Na exposição de motivos, a proposta apresentava como objetivo aprimorar o caráter dissuasório da multa imposta pelo CADE em condenações de empresas por infração à ordem econômica, além de estimular o ajuizamento de ARDCs.

Conforme destacado pela exposição de motivos, à época, o teto da multa administrativa imposta era de 20% do valor do faturamento bruto da empresa obtido no exercício anterior à instauração do processo administrativo. Algo que, juntamente com o número incipiente de ações privadas, podia servir como incentivo à prática de infrações à ordem econômica, uma vez que os ganhos de uma infração bem-sucedida e duradoura poderiam ser maiores do que a potencial sanção imposta na esfera administrativa. Para subsidiar esse entendimento, a exposição de motivos menciona, como justificativa, que a literatura econômica aponta que o sobrepreço médio decorrente de casos de cartel é de cerca de 20%.

Contudo, no decorrer da tramitação, a proposta de tornar o cálculo da multa decorrente da infração proporcional ao seu tempo de duração não obteve êxito²⁴. A CCJ aprovou a matéria com três ementas, dentre elas, a supressão do art. 1º do PLS que estabelece multa proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica. Na sequência, o mesmo entendimento foi acompanhado pela Comissão de Assuntos

Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > Acesso em: 21/06/2023.

²⁴ “Art. 37 I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo bem como nos demais exercícios de efetiva atuação do cartel, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;”. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 283, de 2016. Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4751686&ts=1668722174969&disposition=inline&_gl=1*17g9ovm*_ga*NzcwMzc4MzMxLjE2ODYxNjkxMDY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjE2OTAwNi4xLjEuMTY4NjE2OTAzM54wLjAuMA..> > Acesso em: 06/06/2023.

Econômicos²⁵. Conforme descrito no Parecer (SF) nº 122, de 2018, “[...] quase sempre a duração do cartel é de difícil comprovação”, de modo que utilizar a duração do cartel como uma condição de elemento central da dosimetria não seria o melhor caminho. O Parecer ressaltou ainda que, sempre que possível, ao aplicar os critérios de dosimetria previstos no art. 45 da Lei nº 12.529/2011, o CADE leva em consideração o tempo de duração do cartel.

A proposição, portanto, passou a ser restrita a assuntos relacionados à reparação civil de danos concorrenciais. Mais especificamente, a proposição original perpassava os seguintes pontos: primeiramente, previa ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica, não sendo o dispositivo aplicável aos coautores que tenham assinado acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação cujo cumprimento tenha sido declarado pelo CADE. Adicionalmente, aos signatários de tais acordos não seria aplicável responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica²⁶. Ao final da tramitação, tais propostas

²⁵ “Segundo o Parecer da CCJ, “a redação atual do art. 37, que é muito semelhante àquela encontrada em outras jurisdições com experiência na defesa da concorrência, já permite ao CADE aplicar penalidades rigorosas e diferenciadas, de acordo com a gravidade da situação, o que inclui o tempo de duração do cartel. Por essas razões, não concordamos com a alteração proposta pelo art. 1º do PLS”. Sigo, portanto, o entendimento da CCJ pela supressão do art. 1º do PLS nº 283, de 2016, com as devidas vênias ao autor da matéria. Diante do exposto aprovamos a Emenda - CCJ nº 2.” Parecer (SF) Nº 122, de 2018. Disponível em: < [²⁶ Proposição original: ““Art. 47. § 1º Os prejudicados terão direito ao ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas no art. 36, §3º, I e II, sem prejuízo das eventuais sanções aplicadas na esfera administrativa e penal. §2º Não se aplica o disposto no §1º aos coautores de infração à ordem econômica que tenham assinado acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática cujo cumprimento tenha sido declarado pelo CADE, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados \[...\] §4º Os signatários do acordo de leniência e termo de compromisso de cessação de prática são responsáveis apenas pelo dano que causaram aos prejudicados, não incidindo sobre eles responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica. ” \(NR\).” SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7893990&ts=1668722175844&disposition=inline&_gl=1*1wicia2*_ga*NzcxMzc4MzMxLjE2ODYxNjkwMDY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjE3MDk3NS4yLjEuMTY4NjE3MTU5NC4wLjAuMA..> Acesso em: 07/06/2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

foram mantidas nos termos da proposição original. Isso porque as análises proferidas foram no sentido de que a desobrigação de reparar danos em dobro funcionaria como incentivo a mais para que acordos sejam celebrados com o CADE²⁷.

Ainda a esse respeito, a proposição previa que o benefício de isenção do pagamento do ressarcimento em dobro por parte dos coautores de infração à ordem econômica que tenham assinado acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação só seria aplicável caso o signatário entregasse ao CADE documentos que permitissem a estimação do dano decorrente da infração à ordem econômica²⁸. Esse trecho, contudo, foi suprimido diante do entendimento de que poderia desincentivar a celebração de acordos de leniência, considerada um instrumento importante para a detecção e dissuasão de cartéis.

Senado nº 283, de 2016. Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4751686&ts=1668722174969&disposition=inline&_gl=1*zsi1cq*_ga*NzcwMzc4MzMxLjE2ODYxNjkwMDY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjE3MDk3NS4yLjEuMTY4NjE3MTk3OS4wLjAuMA.. > Acesso em: 06/06/2023.

²⁷ “Esses são benefícios àqueles que cooperarem com as investigações do CADE e com a desarticulação de cartéis, que são combinações ilícitas, secretas e intrinsecamente instáveis. O programa de acordos do CADE é importante para aumentar essa instabilidade dos cartéis, pois, a qualquer momento, um dos membros poderá denunciar a conduta ilícita à autoridade em contrapartida aos benefícios do acordo. Portanto, a desobrigação de reparar danos em dobro e de ter que pagar aos terceiros prejudicados os danos causados por todos os participantes do cartel são incentivos a mais para que pessoas jurídicas e naturais façam acordos com o CADE e ajudem a autoridade a investigar e a punir condutas contrárias à concorrência, tornando-as mais arriscadas, aumentando seu custo e dissuadindo-as.” SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016. Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4751686&ts=1668722174969&disposition=inline&_gl=1*zsi1cq*_ga*NzcwMzc4MzMxLjE2ODYxNjkwMDY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjE3MDk3NS4yLjEuMTY4NjE3MTk3OS4wLjAuMA.. > Acesso em: 06/06/2023.

²⁸ “§3º A aplicação do benefício previsto no §2º fica condicionada à entrega, pelo signatário do acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, de documentos que permitam ao CADE a estimação do dano decorrente da infração à ordem econômica.” SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016. Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4751686&ts=1668722174969&disposition=inline&_gl=1*zsi1cq*_ga*NzcwMzc4MzMxLjE2ODYxNjkwMDY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjE3MDk3NS4yLjEuMTY4NjE3MTk3OS4wLjAuMA.. > Acesso em: 06/06/2023.

Como segundo bloco temático, a proposição previa que eventual decisão do Plenário do CADE seria apta a fundamentar a concessão de tutela de evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente nas ARDCs²⁹. A proposta foi endossada pela CCJ e pela CAE³⁰ e sancionada na versão final³¹.

Por fim, como quarto bloco temático, a proposição original previa que, quando a ação de indenização se originar do direito previsto no art. 47, não ocorreria prescrição durante a vigência do inquérito ou processo administrativo no âmbito do CADE. Quanto a esse ponto, o parecer da CAE rememorou que, como a Lei de Defesa da Concorrência não estabelece prazo prescricional para as ARDCs, aplica-se a regra geral prevista no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, que prevê que a prescrição ocorre em três anos, contados a partir da violação do direito.

²⁹ Proposição original: "Art. 3º O art. 93 da Lei nº 12.529, de 30 de dezembro de 2011, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 93. Parágrafo único. A decisão do Plenário do Tribunal é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente nas ações previstas no art. 47 desta Lei." (NR)". SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016. Disponível em: < [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4751686&ts=1668722174969&disposition=inline&gl=1*zsilcq*_ga*NzcXmZc4MzMxLjE2ODYxNjkWMDY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjE3MDk3NS4yLjEuMTY4NjE3MTk3OS4wLjAuMA..](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4751686&ts=1668722174969&disposition=inline&gl=1*zsilcq*_ga*NzcXmZc4MzMxLjE2ODYxNjkWMDY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjE3MDk3NS4yLjEuMTY4NjE3MTk3OS4wLjAuMA..>)> Acesso em: 06/06/2023.

³⁰ "A esse respeito, é importante destacar dois pontos: em primeiro lugar, a decisão do Tribunal do CADE é uma decisão colegiada, tomada após o devido processo legal, por maioria entre sete membros, todos eles sabatinados por esta Comissão e aprovados pelo plenário do Senado após indicação do Presidente da República. Em segundo lugar, a possibilidade de concessão de tutela de evidência e de decisão liminar tende a dar mais celeridade às ações para reparação de danos concorrenciais, o que representa um estímulo à sua propositura e um custo adicional para aqueles que burlam a Lei de Defesa da Concorrência. Portanto, em termos econômicos o disposto no art. 3º do PLS contribuir para aumentar a dissuasão de condutas anticompetitivas." Parecer (SF) Nº 122, de 2018. Disponível em: < [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7893990&ts=1668722175844&disposition=inline&gl=1*1wicia2*_ga*NzcXmZc4MzMxLjE2ODYxNjkWMDY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjE3MDk3NS4yLjEuMTY4NjE3MTU5NC4wLjAuMA..](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7893990&ts=1668722175844&disposition=inline&gl=1*1wicia2*_ga*NzcXmZc4MzMxLjE2ODYxNjkWMDY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjE3MDk3NS4yLjEuMTY4NjE3MTU5NC4wLjAuMA..>)> Acesso em: 07/06/2023.

³¹ "Art. 47-A. A decisão do Plenário do Tribunal referida no art. 93 desta Lei é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente nas ações previstas no art. 47 desta Lei." BRASIL. Lei nº 14.470, de 16 de novembro de 2022. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14470.htm> Acesso em: 07/06/2023.

Ou seja, até então, diferentemente do que já estava instituído na União Europeia³² por exemplo, a instauração de um procedimento por parte do CADE não tinha condão para suspender o prazo prescricional. Dessa forma, se a decisão administrativa ocorresse em prazo superior a três anos e a parte tomasse conhecimento, por exemplo, de um acordo de leniência após esse prazo, a pretensão da reparação seria prejudicada. Diante dessa preocupação, a CCJ e a CAE sugeriram ampliar o prazo prescricional de três para cinco anos, bem como definir que o termo inicial para a contagem seria a ciência inequívoca do ilícito, a ser entendida como a “[...] a publicação do julgamento final do processo administrativo pelo CADE ou, alternativamente, o desfecho da ação penal”. Tais sugestões foram aprovadas e estão contidas na Lei nº 14.470/2022³³.

³² Conforme previsto no artigo 10 da Directive 2014/104/EU of the european parliament and of the council, o prazo de prescrição para a propositura de ARDCs fica suspenso durante a tramitação de um procedimento administrativo para a avaliar eventual conduta anticompetitiva. “Artigo 10.o Prazos de prescrição 1. Os Estados-Membros estabelecem, nos termos do presente artigo, as regras aplicáveis aos prazos de prescrição para intentar ações de indemnização. Essas regras determinam quando começa a correr o prazo de prescrição, a duração do mesmo e as circunstâncias em que este é interrompido ou suspenso. 2. O prazo de prescrição não começa a correr antes de cessar a infração ao direito da concorrência e de o demandante ter conhecimento, ou se poder razoavelmente presumir que teve conhecimento: a) Do comportamento em causa e de que este constitui uma infração ao direito da concorrência; b) Do facto de a infração ao direito da concorrência lhe ter causado dano; e c) Da identidade do infrator. 3. Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição para intentar a ação de indemnização seja pelo menos de cinco anos. 4. Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição seja suspenso ou, consoante o direito nacional, interrompido, se a autoridade da concorrência tomar medidas no âmbito de uma investigação ou de um processo relativo a uma infração ao direito da concorrência com a qual a ação de indemnização esteja relacionada. A suspensão termina, no mínimo, um ano depois de a decisão em matéria de infração se ter tornado definitiva ou depois de o processo ter sido de outro modo concluído”.

³³ Art. 2º A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 46-A e 47-A, incluídos, respectivamente, nos Capítulos IV e V do Título V: “Art. 46-A. Quando a ação de indenização por perdas e danos originar-se 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 por ocasião da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade.” BRASIL. Lei nº 14.470, de 16 de novembro de 2022. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14470.htm> Acesso em: 07/06/2023.

Quanto aos assuntos adicionados à proposição original e posteriormente sancionados, cumpre observar a previsão de que “§ 4º Não se presume o repasse de sobrepreço nos casos das infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, cabendo a prova ao réu que o alegar.” (NR). Essa foi uma proposta da Comissão de Assuntos Econômicos com o intuito de complementar o alcance das mudanças sugeridas pela proposição. Isso porque, conforme destacado no Parecer da CAE, um elemento relevante para a proposição de ações de reparação de danos em cartéis reside no ônus da prova do repasse do sobrepreço praticado pelo cartel (*pass-on*).

Basicamente, além de comprovar a prática de sobrepreço por parte do cartelista, cabia ao proponente da ação demonstrar que não houve repasse de sobrepreço ao próximo elo da cadeia e, em particular, ao consumidor final. E, naturalmente, o réu poderia argumentar que, se o sobrepreço foi integralmente repassado ao consumidor, o autor da ação não sofreu propriamente qualquer dano, com exceção dos casos em que houve perda da clientela em função do aumento do preço.

Em outros termos, segundo o entendimento da CAE, a discussão quanto ao repasse de sobrepreço, tinha o potencial de impor um ônus elevado às pessoas jurídicas interessadas em propor ARDCs. Sendo assim, a comissão sugeriu a inclusão de um parágrafo prevendo que não se presume o repasse de sobrepreço, sugestão essa que foi incorporada à Lei ora em vigor. Por fim, resta destacar que, após a tramitação nas duas casas legislativas, o projeto de lei submetido à sanção presidencial continha dispositivo que previa que eventuais Termos de Cessação de Conduta (TCC) firmados junto ao CADE que incluíssem o reconhecimento da participação na conduta investigada por parte do compromissário ensejariam a obrigação deste de submeter a juízo arbitral controvérsias

que tenham por objetivo a reparação de prejuízos sofridos nos casos em que a parte prejudicada tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar com sua instituição.

Essa disposição, no entanto, não subsistiu. Seguindo manifestação do Ministério da Justiça e Segurança Pública, a Presidência da República optou por vetar o dispositivo. Dentre as razões do veto está o entendimento de que a proposição legislativa contrariava o interesse público por estipular compromisso arbitral que poderia desincentivar a assinatura de TCCs³⁴.

³⁴ “Razões do veto “A proposição legislativa estabelece que o termo de compromisso de cessação de prática que contenha o reconhecimento da participação na conduta investigada incluiria obrigação de submeter a juízo arbitral a controvérsias que tivessem por objeto pedido de reparação de prejuízos sofridos por infrações à ordem econômica, quando a parte prejudicada tomasse a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordasse, expressamente, com sua instituição. Entretanto, em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público, uma vez que a imposição legal de estipular o compromisso arbitral no termo de compromisso da cessação poderia gerar o aumento nos custos para as partes. Atualmente estas já são obrigadas a colaborar com a autoridade e a cessar a conduta anticompetitiva. A proposição legislativa poderia servir, assim, como um desincentivo à assinatura de acordo por alguns agentes, especialmente, por aqueles que não tivessem condições financeiras de arcar com os gastos de uma eventual arbitragem. Além disso, as cláusulas arbitrais podem ser negociadas com as partes compromissárias como um mecanismo de incentivar as Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDCs).” Essas, Senhor Presidente, são as razões que me conduziram a vetar o dispositivo mencionado do Projeto de Lei em causa, as quais submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional. BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 599, de 16 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Msg/Vep/VEP-599-22.htm> Acesso em: 17/06/2023.



Capítulo 2. Visão inicial sobre o baixo volume de ARDCs Pré-Lei 14.470/2022

A percepção da escassez da reivindicação de danos concorrenciais por meio de ARDCs gerou uma série de debates no Brasil. Esse cenário vem sendo atribuído a quatro principais fatores: (i) ausência de cultura de reivindicação de danos por consumidores; (ii) incerteza quanto ao prazo prescricional: marco inicial de contagem; (iii) dificuldade de acesso às evidências da conduta; e (iv) dificuldade de comprovação do dano concorrencial.

2.1 Ausência de cultura de reivindicação de danos por consumidores.

A construção de uma cultura de reivindicação demanda maior clareza das normas e esforços de divulgação do tema, fazendo com que as partes se sintam estimuladas a ingressar com a ação. Diversos fatores contribuem para dificultar a cultura de reivindicação de danos privados concorrenciais. Talvez o principal deles diga respeito à ausência de precedentes judiciais e de conhecimento dos tribunais sobre o tema. A falta de decisões consistentes (o que será apresentado de forma empírica em capítulo posterior deste relatório) sobre o tema gera incertezas a

advogados e demandantes, naturalmente, desmotivando a propositura de ações³⁵.

Esse cenário se agrava diante do custo e tempo dos processos – algo que, no Brasil, não se restringe a um tipo único de ação, mas que é particularmente presente em ARDCs. No caso específico das ARDCs, o fato de os processos judiciais serem sabidamente longos e onerosos somados à incerteza quanto ao resultado podem ser fatores determinantes para desmotivar o ingresso de ações³⁶. Em diversos casos, as vítimas de práticas anticompetitivas não possuem conhecimentos sobre a possibilidade de buscar indenizações³⁷. Outro fator que também contribui para a ausência de cultura está associado a questões tangenciais que afastam possíveis proponentes de ARDCs, a exemplo do temor quanto à continuidade da relação comercial por parte do agente que incorreu na prática ou mesmo de represálias³⁸.

³⁵ CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC*. v. 19, n. 21, jan./jul., p. 332-350, 2012.

³⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

³⁷ CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016.

³⁸ MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. *Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis*. Dissertação (Mestrado profissional em Direito dos Negócios) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18247>. Acesso em: 01/02/2022.

2.2 Incerteza quanto ao prazo prescricional: marco inicial de contagem

Antes da Lei nº. 14.470/2022³⁹, existia algum consenso no sentido de que o prazo prescricional⁴⁰ aplicável às ARDCs era aquele contido no artigo 206, § 3º, inciso V do Código Civil brasileiro, que determina que a pretensão de reparação civil prescreve em três anos. Durante esse interregno (até a promulgação da lei em 2022), a Lei nº. 12.529/2011 já estabelecia o direito dos prejudicados à reparação pelos danos sofridos por ato anticoncorrencial, mas em nada aduzia sobre a prescrição da pretensão indenizatória; logo, a regra aplicável acabava sendo a do Código Civil.

Além disso, doutrina e jurisprudência refletiam divergências a respeito do marco inicial de contagem do prazo prescricional, em particular: se deve ocorrer a partir do momento em que a violação ocorreu ou quando o reclamante toma conhecimento sobre a conduta ilegal. Esse conflito decorre da leitura do art. 189 do Código Civil⁴¹, segundo o qual, violado o direito, nasce o titular da pretensão. Assim, em tese, segundo uma interpretação literal, cometido o ato ilícito, já se iniciaria o prazo

³⁹ “Art. 46-A. Quando a ação de indenização por perdas e danos originar-se 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 por ocasião da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade.”

⁴⁰ a definição de prescrição deve ser destacada com base no entendimento de Pontes de Miranda, como: “(...) a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação.” PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Tratado de direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, 1974. p. 100. Na prática, se atribui à prescrição o efeito de extinguir a ação em questão utilizando a justificativa da negativa do exercício de ajuizamento no tempo cabível com base no ordenamento jurídico brasileiro. CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. Da prescrição e decadência. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

⁴¹ “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

prescricional para que o detentor do direito violado busque a reparação do dano. O termo inicial, portanto, seria a violação ao direito.

Ao interpretar o parágrafo anterior, nota-se que há um prejuízo gerado àqueles que só tomam conhecimento de que o direito foi violado muito tempo depois (em razão do segredo da prática lesiva); ou àqueles que não saibam que um determinado ato consiste em uma violação do direito; ou mesmo não saibam quando foi cometida a violação ao direito ou quem cometeu o ilícito. Em particular, diferentemente de outros ilícitos, há significativa dificuldade de comprovação do cartel por conta dos desafios da investigação ou do conhecimento da existência do acordo.

Os próprios órgãos públicos especializados nessa tarefa, que deflagram processos administrativos, buscas e apreensões etc., com o objetivo principal de reunir provas relevantes para que haja a comprovação do ato ilícito, enfrentam dificuldade e extenso período até que ele seja comprovado. Ao interpretar os artigos 189⁴² c/c 206, §3⁴³, inciso V do Código Civil de maneira literal, se beneficia àquele que praticou o ato ilícito e causa um grande desincentivo para que esse tipo de ação seja

⁴² “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

⁴³ Art. 206. Prescreve: [...] § 3º Em três anos: I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos; II - a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias; III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela; IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa; V - a pretensão de reparação civil; VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição; VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo: a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima; b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento; c) para os liquidantes, da primeira assembléia semestral posterior à violação; VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial; IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.[...] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

ajuizada. Assim, um primeiro argumento surge com a intenção de tornar inequívoco o prazo da contagem a partir da publicização de julgamento da conduta anticoncorrencial investigada pelo CADE. Já um segundo argumento serve apenas para casos em que haja uma investigação em âmbito criminal, propondo como solução para essa questão o termo de contagem do prazo a partir da sentença penal definitiva no juízo criminal, já que se trata de uma causa de impedimento da prescrição.

O CADE sinalizou, por meio da “NOTA TÉCNICA Nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE”, que a adoção de uma interpretação literal, ou seja, que considere o termo inicial como o momento da lesão do direito, pode tornar o prazo prescricional demasiadamente pequeno, sobretudo quando se trata de cartéis que ocorreram ao longo de vários anos e com difícil detecção. A hipótese de contagem a partir do conhecimento da conduta, por sua vez, se desmembra em ao menos duas alternativas: (i) o marco inicial da prescrição seria a publicação da decisão final do CADE; ou (ii) o marco final seria o desfecho da ação penal – o que ampliaria o tempo para o ajuizamento de ações.

Segundo aponta a doutrina que antecedeu a promulgação da Lei nº 14.470/2022, haveria ainda alternativas para o início da contagem, a exemplo das ocasiões nas quais um agente confessa sua participação em um delito no âmbito de um acordo, cuja existência é tornada pública, ou da consideração do marco inicial a partir do julgamento por parte do CADE de todos os embargos de declaração relacionados à decisão final⁴⁴.

⁴⁴ MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares. Private damages in Brazil: early beginnings, big stumbling blocks. Disponível em: <http://www.competitionpolicyinternational.com/private-damages-in-brazil-early-beginnings-big-stumbling-block/>. Acesso em: 01/02/2022

Em razão dos fatores acima, foi comum a utilização, pelo titular do direito indenizatório, de ações de protesto judicial para afastar o risco da prescrição para casos de reparação de danos por cartel em que há a indefinição acerca do termo inicial do prazo prescricional da pretensão indenizatória, seja por ausência de determinação jurisprudencial específica em casos de reparação de danos de cartel, ou por ausência de norma específica sobre a prescrição nestes casos. Tal medida está prevista no artigo 202, inciso II do Código Civil⁴⁵, em que o protesto judicial constitui causa de interrupção da prescrição, podendo o prejudicado, portanto, se valer dessa ação específica para interromper o prazo prescricional e afastar a possibilidade de perecimento de sua pretensão enquanto coleta os dados necessários para o ajuizamento da demanda.

Entre os pré-requisitos necessários para ingressar com tal ação é importante citar a verificação do juiz que despacha a ação de protesto, devendo analisar se de fato existe o legítimo interesse para a realização do protesto. Tal expressão estava contida no artigo 867 do Código de Processo Civil de 1973⁴⁶ e, embora não tenha sido repetida no novo Código de Processo Civil nos artigos que regulam esse tipo de

⁴⁵ Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II - por protesto, nas condições do inciso antecedente; III - por protesto cambial; IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor. Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

⁴⁶ "Art. 867. Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito." LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. (REVOGADA).

procedimento (artigos 726⁴⁷ a 729⁴⁸), a doutrina entende que a verificação do “legítimo interesse” deve continuar a ser realizada.

2.3. Dificuldade de acesso às evidências da conduta anticompetitiva

Superado o desconhecimento da matéria, uma primeira barreira que se apresenta aos potenciais interessados no ajuizamento de uma ARDC está no acesso às evidências probatórias da conduta anticompetitiva. Em outros termos, uma das questões que devem ser enfrentadas é a dificuldade de produção de provas suficientes para que haja a comprovação do delito.

Estudos reconhecem a complexidade do acesso a provas, algo que *per se* pode ser problemático para a propositura de ARDCs⁴⁹. Conforme destacado na doutrina, há dados classificados como sigilosos pelo CADE e, quanto aos documentos em posse do réu, ainda que o juiz possa

⁴⁷ “Art. 726. Quem tiver interesse em manifestar formalmente sua vontade a outrem sobre assunto juridicamente relevante poderá notificar pessoas participantes da mesma relação jurídica para dar-lhes ciência de seu propósito.

§ 1º Se a pretensão for a de dar conhecimento geral ao público, mediante edital, o juiz só a deferirá se a tiver por fundada e necessária ao resguardo de direito.

§ 2º Aplica-se o disposto nesta Seção, no que couber, ao protesto judicial”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

⁴⁸ Art. 729. Deferida e realizada a notificação ou interpelação, os autos serão entregues ao requerente. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

⁴⁹ Conforme destacado pela OCDE, “Firstly, in Brazil, as in other jurisdictions, there are legal and procedural obstacles to damage actions. These include the need for complex economic analyses, evaluation of risk and the calculation of damages, which are notoriously difficult to obtain by private parties.¹⁵ The issue of access to documents within an administrative proceeding file at CADE, and particular leniency documents, is of crucial importance. 16. Information and documents provided in the scope of a leniency agreement are kept confidential by CADE. Access to these documents is restricted to those who are being investigated, as well as Other public authorities, such as the Federal Public Ministry. However, the Judiciary has not yet ruled on whether the signing a leniency agreement is considered a formal confession which can give rise to necessary compensation damages. OCDE. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, 2015. Disponível em: <
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2015)23/En/pdf)> Acesso em: 09/06/2023.

ordenar a exibição de documentos com base no art. 396 do CPC⁵⁰, “[...] não pode ser descartada a possibilidade de o infrator da ordem econômica não se mostrar suficientemente proativo no fornecimento desses documentos, como parte de sua estratégia processual”⁵¹. Outro ponto destacado pela doutrina é que, não obstante o material produzido pela instrução do CADE possa conter elementos para embasar ARDCs, o uso de documentos dessa natureza como prova pode trazer duas principais consequências negativas: (i) prejuízo a investigações em curso; e (ii) em médio prazo, desincentivo aos Acordos de Leniência⁵²⁻⁵³.

Como forma de endereçar parcialmente o ponto, o CADE desenvolveu um estudo que culminou na publicação, em 30/11/2016, da Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE⁵⁴, que apresenta informações sobre a experiência nacional e internacional quanto a propostas regulamentares, legislativas e de *advocacy* sobre as ARDCs, bem como do acesso a documentos relacionados a acordos de leniência e TCCs no Brasil.

⁵⁰ “Art. 396. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder.” LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.

⁵¹ GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. Revista do IBRAC. v. 21, n. 26, jul./dez., p. 135-154, 2014.

⁵² SCHWARTZ, Edward. “Access to Leniency Documents and the Effectiveness of Private Damages Claims – The US and EU Defense Perspective”. 20º Seminário do IBRAC, 2014.

⁵³ “[...] considerando que a autoridade antitruste exige das partes de um acordo a confissão expressa de sua participação na conduta colusiva, inclusive apresentando provas da conduta de forma a colaborar com as investigações em curso, uma disponibilização destas informações, que tornariam mais fáceis a propositura de ações de indenização, poderá reduzir o interesse das empresas neste tipo de acordo. Ressalta-se que as empresas avaliam a conveniência e oportunidade de assinarem estes acordos – às vezes essenciais para a condenação da prática pela autoridade – e as suas consequências colaterais, no que tange responsabilização em outras esferas. ATHIAS, Daniel Tobias. “Cartel, acordos de leniência e responsabilidade civil por danos privados”. Jota, 27.abr.2015. Disponível em: <
https://www.jota.info/login?redirect_url=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cartel-acordos-de-leniencia-e-responsabilidade-civil-por-danos-privados-27042016 > Acesso em: 17/06/2023.

⁵⁴ CADE. 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?DZ2uWeaYicbuRZEFhBf-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMljZ1_bzRh-8lkzt1-iNRyLL15Izf-3xQwsFz3fuho1cgx-BuAiGldXH0CI2pcjLZznRWZf0X > Acesso em: 06/02/2022.

Na referida Nota Técnica, ao mencionar o tema do acesso a documentos e informações oriundos de acordos de leniência e TCC no Brasil, o CADE demonstrou preocupação quanto ao risco de expor signatários de Acordos de Leniência e TCC a uma situação pior do que a dos agentes que não cooperaram com as investigações. Adicionalmente, segundo o órgão, a confidencialidade das informações consubstancia um direito e uma obrigação do proponente dos acordos e o acesso indevido a esses documentos pode trazer prejuízos irreversíveis às partes e à própria investigação do cartel – além de prejudicar o Programa de Leniência e de TCC do CADE como um todo, maculando a confiança da capacidade do CADE de proteger informações. Observa ainda que a quebra da confidencialidade em relação ao signatário do acordo pode expor a parte proponente a uma reação antecipada dos demais coautores da conduta anticompetitiva que não possuem acordo de colaboração com o órgão – prejudicando, por exemplo, o bom andamento de uma busca e apreensão, além de, potencialmente, expor informações concorrencialmente sensíveis. Sendo assim, defende a necessidade de encontrar a medida adequada entre a proteção dos documentos e informações de Acordo de Leniência e TCC, gerando um balanceamento entre a manutenção da atratividade dos programas de Leniência e TCC e o fomento ao ajuizamento das ARDCs no Brasil.

Pouco tempo depois, uma decisão proferida pela Terceira Turma do STJ, em sede do Recurso Especial nº 1.554.986/SP, impôs limitações à confidencialidade de dados produzidos no âmbito de acordos de leniência – passando a ser utilizada para subsidiar a propositura de ARDCs. Mais especificamente, na decisão da Terceira Turma do STJ em sede do Recurso Especial nº 1.554.986/SP, a Turma deliberou pela limitação da confidencialidade de dados de acordo de leniência firmado com o CADE. Segundo o entendimento, “[...] não se pode admitir sua [sigilo] proteção indefinida no tempo, perdendo sentido sua manutenção após

esgotada a fase de apuração da conduta (...)” de forma que competiria ao CADE “prestar informações e fornecer cópias dos autos dos procedimentos administrativos ao Poder Judiciário, quando requeridas para instruir ações judiciais (...)”⁵⁵.

Contudo, na sequência, por ocasião do julgamento de embargos de declaração, em consonância à preocupação de interferência nas investigações, o STJ reconheceu que, até que o julgamento do processo administrativo seja concluído, se justifica o sigilo em favor da instrução

⁵⁵ PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DEVER DE COLABORAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ACORDO DE LENIÊNCIA. SIGILO. EXTENSÃO. LIMITES. OPOSIÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Ação de reparação de danos materiais proposta na origem, na qual se pretende a indenização por danos decorrentes de conduta de concerto de preços em mercado relevante, na qual se requereu a juntada de documentos obtidos por meio de acordo de leniência e inquérito policial. 2. No que tange à obtenção de documentos sob guarda de juízo criminal, a posterior apreciação da questão trazida sob a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC e interposição de novo recurso especial resulta na perda superveniente do interesse recursal, prejudicando o julgamento do recurso especial interposto por Electrolux do Brasil S.A. 3. O acordo de leniência é instituto destinado a propiciar a obtenção de provas da prática de condutas anticoncorrenciais, por meio do qual se concede ao coautor signatário benefícios penais e administrativos. 4. Nos termos da legislação, assegura-se o sigilo das propostas de acordo de leniência, as quais, eventualmente rejeitadas, não terão nenhuma divulgação, devendo ser restituídos todos os documentos ao proponente. 5. Aceito e formalizado o acordo de leniência, a extensão do sigilo somente se justificará no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos cujo segredo deverá ser guardado também em tutela da concorrência. 6. Todavia, ainda que estendido o sigilo, não se pode admitir sua protração indefinida no tempo, perdendo sentido sua manutenção após esgotada a fase de apuração da conduta, termo marcado pela apresentação do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo. 7. O dever geral de colaboração para elucidação dos fatos, imposto nos termos do art. 339 do CPC, somente é afastado por meio de regras expressas de exclusão, entre as quais o sigilo profissional calcado na necessidade precípua de manutenção da relação de confiança inerente a determinadas profissões, o que não se afigura razoável na hipótese dos autos em que a relação entre signatários do acordo e a entidade pública se vinculam por meio do exercício do poder de polícia. 8. Nos termos da Lei n. 12.529/11, art. 11, X, compete aos conselheiros do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica prestar informações e fornecer cópias dos autos dos procedimentos administrativos ao Poder Judiciário, quando requeridas para instruir ações judiciais, de modo que eventual sigilo do procedimento administrativo não pode ser oposto ao Poder Judiciário. 9. Recurso especial da Electrolux do Brasil S.A. prejudicado pela perda superveniente de objeto. Recurso especial de Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A. conhecido e não provido. Prejudicada a medida cautelar vinculada ao recurso especial. (STJ - 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).

processual⁵⁶: Na referida decisão, há, contudo, uma ressalva de que o CADE tem a atribuição de fazer o juízo de proporcionalidade quanto à divulgação dos documentos envolvidos, sujeito a exame judicial posterior, “[...] com vistas à concretização de tutelas juridicamente protegidas — sigilo empresarial, informações relevantes para fins concorrenciais, etc”.

Pouco tempo depois, em 12/09/2018, o CADE publicou a Resolução CADE 21/2018⁵⁷, que regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos, inclusive aquelas oriundas de Acordos de Leniência, TCC e ações judiciais de busca e apreensão.

⁵⁶ “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO 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. APRECIÇÃO DE FORMA PONTUAL E CONCRETA QUANTO À EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO LEGALMENTE PROTEGIDO. ASSISTÊNCIA DO CADE ADMITIDA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. (...) 2. Não há omissão no acórdão embargado, que ressaltou expressamente a possibilidade de alegação de sigilo em razão do conteúdo de documentos de forma pontual e concreta, afastando, contudo, o sigilo amplo, este assegurado apenas enquanto durarem as providências investigativas. Da mesma forma, não configura omissão a pretensão não alcançada pelos limites do recurso especial apreciado, no que tange à regulamentação geral e abstrata da extensão do sigilo legalmente assegurado pelo art. 86, § 9º, da Lei n. 12.529/2011. 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. 4. Embargos de declaração rejeitados.” (STJ – 3ª Turma – Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.554.986/SP – Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze – Julgado em 20/02/2018 – Acórdão publicado no DJe em 06/03/2018).

⁵⁷ CADE. RESOLUÇÃO Nº 21, DE 11 DE SETEMBRO DE 2018. Disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011, relativos à articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil. Regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão, além de fomentar as Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais (ACRDC). Disponível em:

<
https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=0523083&codigo_crc=A2E13386&hash_download=9b3f71e8039de2ec1d9ac70868783b2d9a79cd1154c42349a295051bedd35a0a5172548281582b4fcbea05029db9139017f0aee5af7b44c84f9743a4d43c8b4a&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0>

Acesso em: 07/06/2023.

Dentre os pontos mais importantes, a resolução define que são públicos os documentos e informações relacionados a processos administrativos, com exceção de: (i) histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do Cade com base em documentos e informações de caráter autoacusatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC – tendo em vista o risco às atividades de inteligência e/ou efetividade dos Programas de Leniência e TCC; (ii) documentos e informações cobertos por sigilo, nos termos dos artigos arts. 44, §2º⁵⁸, 49⁵⁹, 85, §5º⁶⁰ e 86, §9º⁶¹ da Lei nº 12.529, de 2011; (iii) que constituam segredo industrial; (iv) informações cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos; (v) informações cobertas por sigilo previstas na legislação,

⁵⁸ Art. 44. Aquele que prestar serviços ao Cade ou a Seae, a qualquer título, e que der causa, mesmo que por mera culpa, à disseminação indevida de informação acerca de empresa, coberta por sigilo, será punível com multa pecuniária de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sem prejuízo de abertura de outros procedimentos cabíveis. [...] § 2º O Regulamento definirá o procedimento para que uma informação seja tida como sigilosa, no âmbito do Cade e da Seae. BRASIL. Lei 12.529/2011. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm> Acesso em: 07/06/2023.

⁵⁹ Art. 49. O Tribunal e a Superintendência-Geral assegurarão nos procedimentos previstos nos incisos II, III, IV e VI do caput do art. 48 desta Lei o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos ou exigidos pelo interesse da sociedade. Parágrafo único. As partes poderão requerer tratamento sigiloso de documentos ou informações, no tempo e modo definidos no regimento interno. BRASIL. Lei 12.529/2011. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm> Acesso em: 07/06/2023.

⁶⁰ Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei. [...] § 5º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial. [...] BRASIL. Lei 12.529/2011. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm> Acesso em: 07/06/2023.

⁶¹ Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: [...] § 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. BRASIL. Lei 12.529/2011. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm> Acesso em: 07/06/2023.

como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça; (vi) informações contempladas pelas hipóteses previstas nos arts. 91 a 94 e 219 do Regimento Interno do Cade; (v) que tenham sigilo definido por decisão judicial; e (vi) 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.

A norma prevê ainda detalhes específicos do acesso a documentos por fase processual, ou seja: fase de negociação, fase de instrução e decisão final do Plenário do CADE. Durante a fase de negociação, está previsto o tratamento sigiloso e/ou restrito da proposta. Na fase de instrução⁶² serão disponibilizadas nos autos públicos as versões públicas da Nota Técnica de instauração e da Nota Técnica final da SG-CADE⁶³. Por fim, na fase da

⁶² “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. 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”. CADE. Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018.

⁶³ Art. 10. Durante a fase de instrução do Processo Administrativo Para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, a qual se realiza na Superintendência-Geral ou no Tribunal do Cade, serão disponibilizadas nos autos públicos as versões públicas da Nota Técnica de instauração e da Nota Técnica final da Superintendência-Geral do Cade. § 1º As Notas Técnicas referidas no caput deste artigo conterão, sem prejuízo do disposto no art. 187 do Regimento Interno do Cade, pelo menos: I – a indicação do representado e, quando for o caso, do representante; II – a enunciação da conduta ilícita imputada ao representado; III – o resumo dos fatos a serem apurados; IV – a indicação do preceito legal relacionado à suposta infração. § 2º Os documentos e as informações que deverão ser classificados como de acesso restrito durante a fase de instrução, constituirão apartado específico e serão classificados conforme os parâmetros estabelecidos no artigo 9º.

decisão final pelo Plenário do Tribunal do CADE são disponibilizados a público os documentos e informações de acesso restrito previstos no §2º do art. 10º (mencionados anteriormente) ⁶⁴.

Além dos dispositivos previstos na referida Resolução, no Brasil, quando se trata de Acordos de Leniência e TCC, cuja proteção de informações é matéria determinante⁶⁵, a LDC e o RICADE possuem dispositivos específicos para assegurar o tratamento confidencial aos documentos e informações fornecidas pelos acordantes. Mais especificamente, a confidencialidade do Acordo de Leniência está prevista no art. 86, § 9º⁶⁶

⁶⁴ Além de trazer maior clareza e previsibilidade quanto à divulgação de informações, a Resolução prevê uma medida para fomentar a reparação por danos concorrenciais, qual seja: considerar como circunstância atenuante para o cálculo da contribuição pecuniária do TCC, ou no momento da aplicação das penas previstas nos arts. 37 e 38 da Lei nº 12.529/2011, o ressarcimento extrajudicial ou judicial no âmbito de ARDCs. "Art. 12. A Superintendência-Geral do Cade e o Plenário do Tribunal do Cade poderão considerar como circunstância atenuante, no momento do cálculo da contribuição pecuniária em sede de negociação de TCC, ou no momento da aplicação das penas previstas nos arts. 37 e 38 da Lei nº 12.529/2011, o ressarcimento extrajudicial ou judicial, devidamente comprovado, no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, considerada nos termos do art. 45, incisos V e VI da Lei 12.529/2011." CADE. Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018.

⁶⁵ "Another important aspect regarding the interplay between leniency and private claims is related to the level of protection offered by the agency to documents put forth by leniency applicants. For the incentives for leniency to be preserved, confidentiality of all documents submitted under the Program must be strictly enforced so as to ensure adequate protection against disclosure in private lawsuits, and thus avoid placing the leniency applicant in a less favorable situation than the other cartel members." "The risk of disclosure of such leniency documents, especially in view of cross-jurisdictional cases, might deter a cartel member from applying for leniency in Brazil. Even though CADE has been adopting a number of measures to ensure that the leniency documents and the identity of the leniency applicant remain confidential throughout the investigation, it is still unclear how it will treat the leniency documents following the adjudication of the case" MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares. *Private damages in Brazil: early beginnings, big stumbling blocks*. Disponível em: <http://www.competitionpolicyinternational.com/private-damages-in-brazil-early-beginnings-big-stumbling-block/>. Acesso em: 01/02/2022

⁶⁶ "Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: [...] § 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo." BRASIL. Lei 12.529/2011. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm > Acesso em: 07/06/2023.

da LDC e no art. 200, §§ 1º e 2º do RICADE⁶⁷. A confidencialidade do TCC, por sua vez, está prevista no art. 85, § 5º⁶⁸ da LDC e no art. 179, §3º do Ricade⁶⁹.

Em termos práticos, atualmente, a decisão final do Plenário do Tribunal do CADE é seguida da divulgação da versão pública do voto e dos

⁶⁷ "Art. 200. Caso o proponente não seja o primeiro a comparecer perante a Superintendência- 58 Geral ou, por outra razão, não haja mais disponibilidade para a propositura do acordo de leniência para a infração noticiada, o Superintendente-Geral, o Coordenador-Geral de Análise Antitruste 10 ou outro servidor expressamente designado para essa finalidade, informará tal indisponibilidade ao proponente, podendo certificá-lo de que consta na fila de espera para eventual proposição de um acordo de leniência sobre a mesma infração noticiada. § 1º Na hipótese do caput deste artigo, a certidão emitida pela Superintendência-Geral conterá a qualificação completa do proponente, a identificação dos outros autores conhecidos da infração a ser noticiada, os produtos ou serviços afetados, a área geográfica afetada e, quando possível, a duração estimada da infração noticiada, além da data e horário do comparecimento perante a Superintendência Geral, sem qualquer informação sobre a identidade dos demais proponentes e sobre a ordem cronológica de espera do proponente com relação a eventuais outros proponentes anteriores ou subsequentes. § 2º Será emitida nova declaração de que trata o art. 199 deste Regimento Interno para o proponente seguinte na fila de espera prevista no caput deste artigo, o qual será convidado a iniciar a negociação da proposta de acordo de leniência, nas seguintes hipóteses: I - caso a proposta de acordo de leniência em negociação seja rejeitada pela Superintendência-Geral; II - caso o proponente detentor da declaração referida no caput do art. 199 deste Regimento Interno desista da proposta em negociação; ou III - caso haja descumprimento dos prazos previstos no § 3º do art. 199 e do art. 205 deste Regimento Interno. [...] CADE. Regimento Interno do CADE. Versão: 14/04/2023. Disponível em: < <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-14-04-2023.pdf>> Acesso em: 10/06/2023.

⁶⁸ Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei. [...] § 5º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial. [...] BRASIL. Lei 12.529/2011. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm> Acesso em: 07/06/2023.

⁶⁹ Art. 179. Qualquer representado interessado em celebrar o compromisso de cessação de que trata o art. 85 da Lei nº 12.529, de 2011, deverá apresentar requerimento do termo ao Cade, dirigido ao Conselheiro-Relator, se os autos do processo administrativo já houverem sido remetidos ao Tribunal, na hipótese do art. 74 da Lei 12.529, de 2011, ou ao Superintendente-Geral, se o procedimento preparatório de inquérito administrativo, o inquérito administrativo ou o processo administrativo ainda estiverem em curso na Superintendência-Geral. [...] § 3º A critério do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, poderá ser deferido tratamento de acesso restrito à apresentação do requerimento, aos seus termos, ao andamento processual e ao processo de negociação. CADE. Regimento Interno do CADE. Versão: 14/04/2023. Disponível em: < <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-14-04-2023.pdf>> Acesso em: 10/06/2023.

documentos e informações que forem considerados relevantes para a imputação da conduta às partes envolvidas (com exceção, por exemplo, de Acordo de Leniência, TCC, busca e apreensão, que constituem apartado específico)⁷⁰⁻⁷¹. Tal voto conta com a individualização da conduta e, conseqüentemente, com a qualificação da participação dos coautores a partir do nível de prova existente. Dada a extensão do documento, em alguns casos, é possível que transcreva as principais evidências da conduta – ainda que alguns documentos permaneçam em sigilo, uma vez que cabe ao CADE a competência legal para regular o termo final do sigilo.

Em síntese, na configuração atual, os interessados em propor uma ARDC podem encontrar barreiras ao acesso a informações colhidas pelo CADE, em particular, quando essas informações estão arroladas em

⁷⁰ Art. 11. A decisão final do Plenário do Tribunal do Cade tornará públicos documentos e informações de acesso restrito previstos no §2º do art. 10º. [...] São elas: “Art. 10. Durante a fase de instrução do Processo Administrativo Para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, a qual se realiza na Superintendência-Geral ou no Tribunal do Cade, serão disponibilizadas nos autos públicos as versões públicas da Nota Técnica de instauração e da Nota Técnica final da Superintendência-Geral do Cade. [...] § 2º Os documentos e as informações que deverão ser classificados como de acesso restrito durante a fase de instrução, constituirão apartado específico e serão classificados conforme os parâmetros estabelecidos no artigo 9º”. [...] 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. CADE. Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018.

⁷¹ “[...] o conjunto de Acordo de Leniência, fatos e documentos apresentados pelos Beneficiários integram a confissão da conduta e só podem ser divulgados a terceiros não-Representados após o julgamento do caso em sessão pública.” CADE. Guia Recomendações probatórias para propostas de acordo de leniência com o CADE. 2021. Disponível em: < <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-recomendacoes-probatorias-para-proposta-de-acordo-de-leniencia-com-o-Cade.pdf> > Acesso em: 10/06/2023.

investigações ainda em curso ou quando associadas a Acordos de Leniência e TCC. Para trazer maior clareza ao tratamento das informações e à busca pelo justo meio entre o fomento das ARDCs e do *enforcement* público, resguardando os acordos de cooperação-, é que o CADE publicou a Resolução CADE nº 21/2018, que regulamentou o acesso de terceiros a documentos e informações relacionadas a procedimentos administrativos. Em síntese, a Resolução estabelece o sigilo dos documentos como uma exceção regulada por dispositivo específico⁷².

2.3 Dificuldade de comprovação do dano do ilícito concorrencial

No âmbito da distribuição do ônus da prova, o procedimento encontrado nas Ações de Reparação Privadas é semelhante àqueles referentes ao ajuizamento de qualquer outro tipo de Ação de Reparação Cível norteadas pelo Código de Processo Civil. Como principal entrave é possível citar a dificuldade da vítima em provar suas alegações quanto

⁷² 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 embase o caráter restrito de outros documentos e informações além daqueles elencados neste artigo. § 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.

aos danos patrimoniais e/ou morais sofridos, algo que pode ser desafiador, requerendo análises econômicas e jurídicas complexas⁷³. É preciso ainda comprovar que há nexo causal entre a conduta e o dano sofrido, e demonstrar que não houve o repasse do sobrepreço na cadeia produtiva (*pass on*)⁷⁴, o que pode desencorajar o ajuizamento de ações⁷⁵⁻⁷⁶.

Para configurar o dano, é possível que o prejudicado precise acessar dados sensíveis do réu, como livros contábeis e notas fiscais de compra e venda de insumos, dentre outros documentos que possam viabilizar um cálculo de sobrepreço por exemplo. Naturalmente, o réu pode criar obstáculos para fornecer esse tipo de documentação nos autos, dificultando a comprovação do dano sofrido pelo autor. Pode ainda alegar expiração da obrigação legal de guarda desses documentos, conforme o parágrafo único do artigo 195 do Código Tributário Nacional (Lei nº. 5.172/66)⁷⁷ – favorecendo-se do lapso temporal entre a conduta e o ajuizamento da ação. Portanto, a assimetria de informação quanto à dimensão do dano e a dificuldade de obter provas para fundamentar a ação podem ser entendidas como entraves às ARDCs.

A ausência de uma metodologia consolidada na jurisprudência combinada à dificuldade de acessar documentos contábeis do réu,

⁷³ LEMOS, Thales de Melo e. O combate a cartéis por meio da responsabilização civil e o desafio da quantificação de danos. Revista de Defesa da Concorrência, nº 1, maio 2018, p. 24-54.

⁷⁴ MAGGI, Bruno de Oliveira. Cartel: responsabilidade civil concorrencial. Thomson Reuters, 2021.

⁷⁵ CONSELTA, Daniel Costa. Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel. São Paulo: Singular, 2016.

⁷⁶ GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. Revista do IBRAC. v. 21, n. 26, jul./dez., p. 135-154, 2014.

⁷⁷ Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los. Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram. BRASIL. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm > Acesso em: 07/02/2023.

dificulta o estabelecimento de um modelo de cálculo de danos capaz de trazer previsibilidade para incentivar a propositura das ARDCs. Essa questão se torna ainda mais grave quando se considera que tais cálculos são apreciados por um poder judiciário sem experiência na matéria. Na tentativa de lançar luz à questão, em 2018, a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) publicou o manual “Cálculo de danos em cartéis: Guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos”⁷⁸. O Guia reconhece que um dos maiores obstáculos está na comprovação e mensuração do prejuízo.

Conforme expõe o Guia, “[o] princípio geral é que indenizações desse tipo devam reposicionar as vítimas do cartel à situação em que elas estariam na ausência de sua atuação”. A quantificação do prejuízo deve considerar uma análise contrafactual, a partir da verificação da diferença entre a situação no cenário real (cartelizado) *vis-à-vis* uma situação hipotética na qual o cartel não existiria. A compensação deveria ser representada pelo valor do dano sofrido (incluindo a correção monetária) e os ganhos potenciais não realizados (lucros cessantes) – ou seja, receitas não obtidas devido ao esquema de cartel.

Com o objetivo de desmistificar a ideia de que inexitem ferramentas capazes de calcular o dano com robustez, o Guia reúne uma lista com alguns métodos disponíveis, que podem ser divididos em: métodos comparativos e métodos baseados na estrutura das empresas ou mercados. Os métodos comparativos incluem desde comparações simples, às vezes pautadas em suposições, até métodos econométricos

⁷⁸ 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. 2018. Disponível em: < <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/calculo-de-danos-em-carteis/view> > Acesso em: 07/02/2023.

complexos, a depender da qualidade dos dados disponíveis. Exemplo de abordagem consiste em utilizar informações sobre preços praticados em momento anterior e posterior ao cartel e assumir que o preço teria seguido uma tendência constante caso o cartel não tivesse ocorrido.

Os métodos baseados na estrutura das empresas ou mercados, por sua vez, utilizam um período ou um grupo de referência para estimar os efeitos da atuação do cartel. Como exemplo, é possível quantificar os prejuízos causados por um cartel por meio da mensuração do custo de produção. Contudo, em muitos casos, as informações necessárias para operacionalizar o cálculo são de natureza confidencial. Mas esse não é o único obstáculo para essa mensuração, dado que há dificuldades, como a variação na forma como cada empresa contabiliza custos fixos e custos de depreciação; ou da adequação da margem a ser contabilizada.

Enfim, ainda que existam desenhos que possam ser utilizados, a exemplo dos modelos de cálculo de cartel propostos no Manual da Advocacia da Concorrência⁷⁹, o método varia conforme as características do mercado e dados disponíveis, algo que pode resultar em grandes incertezas por parte dos proponentes.

Por fim, resta abordar a questão do *pass-on defense defense*: o debate sobre o repasse da majoração de preços causada pelo cartel à cadeia produtiva. Ou seja, casos em que “[...] o impacto adverso da sobretaxa sobre o reclamante pode ser reduzido quando há repasse parcial ou total do sobrepreço aos seus próprios clientes, por meio de um aumento de preço”⁸⁰. O debate sobre *pass-on defense* pressupõe a necessidade de

⁷⁹ CADE. Guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/calculo-de-danos-em-carteis/view> Acesso em: 10/06/2023.

⁸⁰ EUROPEAN COMMISSION. Study on the Passing-on of Overcharges. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>> Acesso em: 08/02/2021.

investigar qual agente da cadeia de produção efetivamente suportou os danos causados ao cartel, uma vez que essa é a parte legítima para pleitear uma reparação – bem como sobre a quem cabe o ônus da prova.

Capítulo 3. Status do sistema de reparação privado pré-Lei nº 14.470/2022

Ao longo da última década, alguns estudos produzidos no Brasil constataram que é baixo o número de ARDCs no país. Em 2011, foram identificadas cerca de 20 ações dessa natureza no âmbito de uma pesquisa de mestrado desenvolvida na FGV Direito Rio⁸¹. Em 2015, um estudo publicado pela Revista Direito de Defesa da Concorrência apontou que houve um crescimento de 450% no número de acórdãos proferidos no âmbito de ARDCs no Brasil, passando de quatro acórdãos entre 2009 e 2011 para vinte e dois acórdãos entre 2012-2014⁸². Como último exemplo, em 2017, um trabalho, premiado pelo IBRAC-TIM 2017, constatou que, em um período de 22 anos (1995 a 31 de agosto de 2017), foram identificadas apenas 69 ações com pedido de reparação por dano moral e/ou material causado por cartel⁸³.

Por fim, uma dissertação de mestrado defendida em 2020 no IDP mapeou a existência de 50 processos no período compreendido entre 2011 e

⁸¹ CARVALHO, L. C. L. G. D. Fundação "Responsabilidade Civil Concorrencial: a Busca pela Efetiva Reparação de Danos" (FGV Direito Rio, 2011). Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10470>> Acesso em: 03/02/2021.

⁸² MACHADO, Luiza A., "Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização" (novembro, 2015), *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 3, nº 2.

⁸³ 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: 03/02/2021.

setembro de 2019⁸⁴. Como critérios metodológicos utilizados, a pesquisa limitou o mapeamento a seis tribunais estaduais considerados os mais relevantes na matéria: 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 Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). No âmbito da Justiça Federal e dos Tribunais Superiores, por sua vez, não houve recorte. Para coletar os processos, a pesquisa utilizou o termo “cartel” combinado aos filtros de assunto “direito civil” e “direito processual civil”.

3.1 Levantamento jurisprudencial feito neste projeto de pesquisa.

Para se somar aos esforços de mapeamento feitos em trabalhos anteriores que expuseram um cenário de incipiência na propositura de ARDCs, a equipe de pesquisa buscou elaborar uma metodologia voltada para o mapeamento dos “obstáculos” (tal qual o nome do projeto antecipa) encontrados pelos proponentes de ARDCs. Mais especificamente, este levantamento não se presta a identificar o número de ARDCs já propostas, mas sim a contabilizar e analisar recursos interpostos pelas partes dos processos e já julgados, de modo a identificar: (i) os proponentes dos ARDCs; (ii) a localização do tribunal em que o processo foi protocolado; (iii) os setores de mercado abrangidos pelas ARDCs; (iv) os temas e subtemas das apelações; e (v) os resultados. Mais adiante, o capítulo 5 analisará qualitativo variáveis presentes nas decisões.

Antes de avançar, cumpre fazer alguns apontamentos metodológicos.

⁸⁴ MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel. 2020. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2992>>. Acesso em: 08/07/2022.

i. Recorte temporal

Em consonância com orientações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2002) e dos esforços empreendidos por autoridades concorrenciais de diversos países, em particular países membros da União Europeia e Estados Unidos, em 2003, o Brasil passou a considerar o combate a cartéis uma prioridade. Naquele momento, passou a utilizar ferramentas sofisticadas de investigação, a exemplo da realização de operações de busca e apreensão e celebração de acordos de leniência. Poucos anos depois, em 2009, realizou a primeira operação internacional simultânea em casos de cartel, atuando junto ao Departamento de Justiça dos EUA, FBI e Comissão Europeia. Desde então, o CADE vem investigando e impondo, quando é o caso, multas por cartel para empresas e pessoas físicas em decorrência de investigações de cartel⁸⁵.

Considerando esse momento de ampliação do combate a cartéis, o recorte temporal da pesquisa tem início em 2003 e se encerra em dezembro de 2022 – data da finalização da etapa de construção da base de dados deste estudo.

ii. Âmbito de análise e metodologia de coleta de dados

Quanto ao âmbito da análise, é preciso especificar que a pesquisa não conta com dados referentes a decisões em primeira instância. Isso porque os portais desses tribunais não permitem buscas por palavras-chave, mas somente consultas processuais mediante numeração específica. Quanto às decisões em segunda instância – foco da análise, todos os tribunais estaduais foram contemplados.

⁸⁵ CADE. Combate à Cartéis e Programa de Leniência. (2009), 3ª edição.

As buscas no portal de jurisprudência de cada estado revelaram algumas dificuldades, em particular devido à ausência de padronização dos sistemas. Em maior detalhe, as bases de dados dos tribunais analisados possuem não apenas diferentes “interfaces” em suas páginas eletrônicas, como também diferentes ferramentas de pesquisa para a varredura dos julgados. Houve dificuldade em obter bons resultados com base em um mesmo conjunto de palavras-chave. Dessa forma, foi necessário adaptar um conjunto de palavras-chave que fosse mais adequado às particularidades de cada portal de busca.

Para manter a padronização, as combinações de pesquisa utilizadas pela presente pesquisa integram um mesmo grupo de palavras previamente estabelecido. O conjunto de palavras-chave utilizadas foi desenvolvido a partir de terminologias que remetam às infrações à ordem econômica, como: a) cartel; b) conduta concertada; c) conduta colusiva; d) coordenação; e) colusão; e f) ajuste de preços. Também foi necessário adotar expressões para refinar a busca, como: “indenização”, “ação civil pública”, “reparação”, “dano”, de maneira que surgissem mais resultados relacionados à reparação privada.

Esse método utilizado restringiu o número de casos. Por outro lado, coletou muito material relacionado a direito penal, principalmente *habeas corpus*. Sendo assim, toda a vez que os casos eram relacionados a *habeas corpus*, crime, Código de Processo Penal (CPP) ou temas relacionados, se optou por descartar o material. Em menor escala, houve decisões relativas a pedido de anulação ou redução de multas aplicadas pelo CADE que, como não se enquadravam no escopo, não foram analisados.

Por fim, todos os resultados obtidos relacionados ao tema da pesquisa foram adicionados à planilha e teve início a etapa de leitura manual das principais peças de cada processo para eliminar falsos positivos. Essa

leitura resultou no corte de cerca de 65% dos processos coletados por meio da metodologia adotada.

Adicionalmente, assumindo as limitações das pesquisas em bases de dados jurídicas – tendo em vista a incompletude de processos disponibilizados; a equipe do projeto requereu aos profissionais entrevistados que enviassem listas de processos – que foram analisados e incluídos na base de dados.

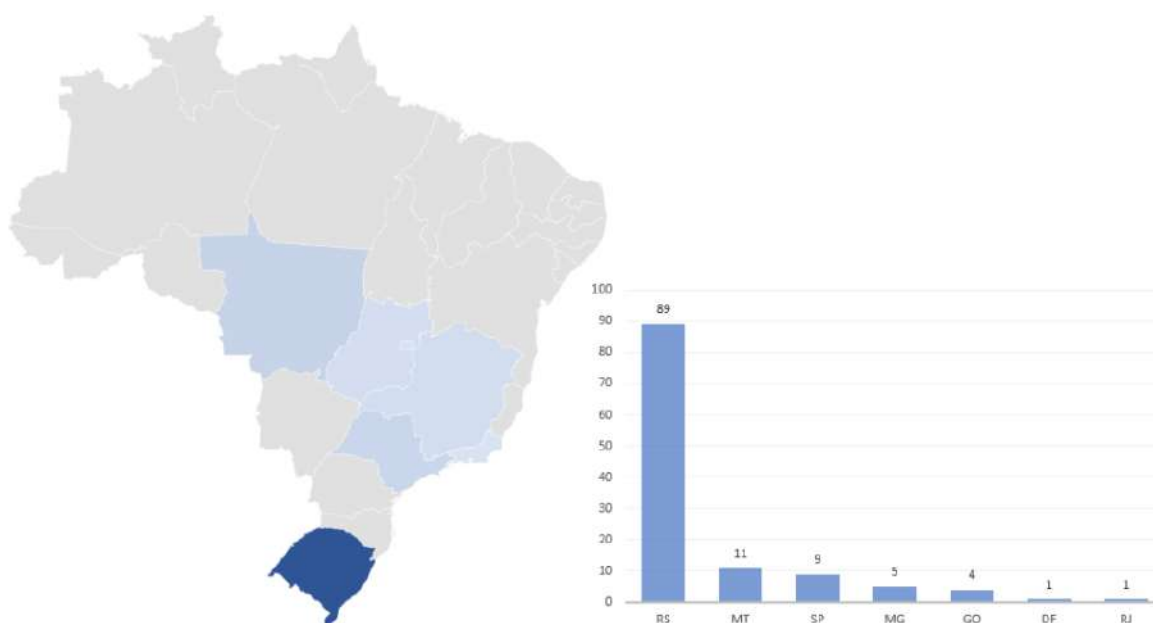
Por fim, cumpre mencionar que, embora a pesquisa tenha retornado alguns tipos de peças processuais geradas em segunda instância, tais como: (i) agravos de instrumento; e (ii) embargos de declaração; se optou por focar os esforços analíticos nos acórdãos referentes às apelações. Isso porque a apelação cível se trata de um recurso interposto pela parte insatisfeita tendo o propósito de alterar parcial ou integralmente a decisão proferida. É um mecanismo que possibilita, em segunda instância, a revisão de uma decisão emitida pelo juiz. São, portanto, documentos propícios para extrair, em particular, as principais dificuldades encontradas pelos proponentes para obter a reparação de danos concorrenciais; bem como as estratégias e argumentações adotadas pelos réus.

Outro ponto importante a ser mencionado é que se optou por subdividir a análise entre ações pelo Ministério Público, por meio de ações civis públicas, e ARDCs propostas por particulares. A escolha se deve às notáveis diferenças entre o perfil dessas ações, bem como à necessidade de identificar os diferentes obstáculos enfrentados pelos diferentes tipos de legitimados ativos.

3.2 Análise de apelações em ações movidas pelo Ministério Público

Ao todo foram mapeadas 120 apelações já julgadas em Ações Civis Públicas movidas pelo MP que tinham por objetivo a reparação de danos concorrenciais por meio do pagamento de indenização decorrente de dano extrapatrimonial coletivo causado aos consumidores difusamente considerados. Embora todos os tribunais de justiça tenham sido pesquisados, as referidas apelações contemplam apenas sete unidades federativas. Em particular, a maioria das apelações dessa natureza no Brasil, até dezembro de 2022, estão concentradas no RS. Com menor recorrência, há registros de peças dessa natureza em MT, SP, MG, GO, DF e RJ.

Gráfico 01 – Número de apelações já julgadas em ARDCs propostas pelo MP



Fonte: Elaboração própria.

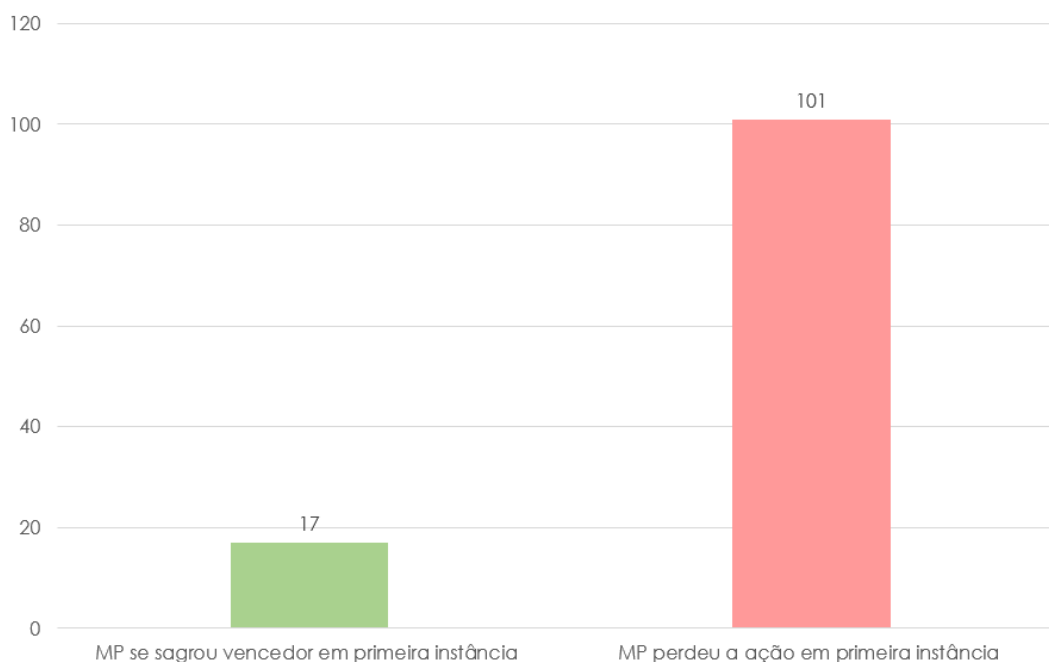
A maioria absoluta dos casos versa sobre o mercado de combustíveis, com 118 das 120 apelações encontradas por meio da pesquisa jurisprudencial realizada⁸⁶ (vide ANEXO 1).

Em sua totalidade, as ações movidas pelos Ministérios Públicos no mercado de combustíveis têm como cerne o pedido de reparação concorrencial em decorrência da suposta formação de cartel entre postos de combustíveis de localidades específicas. Foram analisadas as decisões das apelações de modo a coletar: (i) os autores dos recursos; (i) os principais temas de mérito abordados (em alguns casos, mais de um tema central foi analisado); e (iii) os resultados das decisões. Dentre as 118 apelações analisadas relacionadas ao mercado de revenda de combustíveis, o MP havia se sagrado vencedor em primeira instância em apenas 17 casos:

⁸⁶ Há dois recursos referentes ao mercado de GLP, são elas: (i) Apelação Cível nº 0036211-12.2013.8.07.0001 (TJDFT); e (ii) Apelação Cível nº 70049611866 (TJMG). Nos dois casos, após sentença inicial de improcedência, o MP conseguiu a reforma da sentença para a condenação das requeridas ao pagamento de indenização por danos morais coletivos.

⁸⁶ A Apelação Cível nº 0036211-12.2013.8.07.0001 (TJDFT), julgada em 08/06/2016, foi apresentada no âmbito de uma ação civil pública que pleiteou o ressarcimento de danos coletivos aos consumidores devido a um cartel no mercado de distribuição de GLP no Distrito Federal. Mais especificamente, o MP apelou pela reforma da sentença que julgou a ação improcedente. A apelação versou sobre os elementos probatórios tendentes a demonstrar a veracidade dos fatos alegados na inicial. O MPDFT conseguiu obter a reforma da sentença proferida em primeira instância para julgar procedente a pretensão inicial e condenar a ré ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de 20% sobre o faturamento líquido no âmbito do Distrito Federal, limitado ao teto de R\$ 250.000,00 para cada empresa. A segunda apelação, por sua vez, julgada em 24/11/2018, é referente a uma ação civil pública ajuizada pelo MP de Minas Gerais em face de algumas distribuidoras de GLP, cujo propósito era a condenação das requeridas ao pagamento de indenização por danos morais coletivos. Na inicial, o MP alegou que restou apurado em inquérito civil público, realizado pela Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Consumidor, que as empresas requeridas teriam combinado o preço do botijão de gás e seus respectivos índices de aumento no período compreendido entre 1999 e 2001, impondo tais acordos e eventuais punições aos revendedores locais. A sentença da primeira instância, contudo, entendeu que “não restou configurada a prática de cartel, nem demonstrada a horizontalidade dos preços praticados no mercado regional”. Irresignado, o MPMG manejou recursos de apelação alegando que o conluio estaria comprovado conforme escutas ambientais realizadas pela SDE, que evidenciaram a ocorrência de uma reunião para fixação de preços. A apelação foi deferida: houve a reforma da sentença e o julgamento de que o pedido inicial seria procedente.

Gráfico 02 – Resultado das Ações Civis Públicas em primeira instância



Fonte: Elaboração própria

3.2.1 Apelações em sede de ações julgadas improcedentes

As razões que motivaram a perda da Ação Civil Pública em primeira instância estavam associadas ao entendimento de que o conjunto probatório não seria suficiente para caracterizar ilícito concorrencial e ensejar o pagamento de indenização. A metodologia utilizada pelo MP para produzir provas indiciárias nesses precedentes foi baseada em: (i) comparação da similaridade dos preços entre postos de combustíveis em períodos específicos; e (ii) análise da margem de lucro bruta obtida por esses postos. Especificamente, a obtenção da margem de lucro bruta foi possível a partir da comparação dos preços praticados na revenda com preços praticados pelo elo da distribuição, com uso de dados públicos da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Por fim, foi feita a comparação da margem de lucro bruta dos postos supostamente envolvidos em cartel com a margem de lucro bruta de

estabelecimentos localizados em outros municípios tomados como referência.

Nesse conjunto de casos, o juízo em primeira instância considerou que, embora aponte similaridades, a metodologia aplicada não foi capaz de comprovar que os postos participavam de conduta acertada com outros concorrentes tendentes a prejudicar o consumidor, por ferir a concorrência. Como não havia elementos capazes de formar juízo de convencimento acerca de acordo, as decisões foram pela improcedência do pedido. Por fim, há casos ainda em que os dados reunidos pelo MP como prova indiciária sequer apresentavam similaridade suficiente entre as margens de lucro do réu vis-à-vis dos demais postos da região.

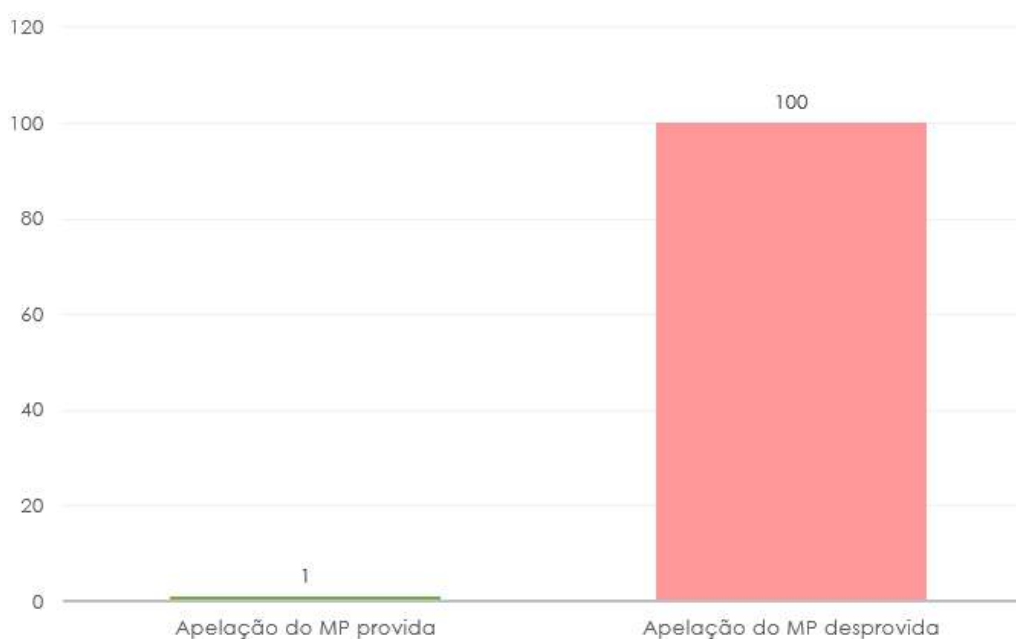
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TJRS - Trecho da sentença objeto de apelação por meio da Apelação Cível nº 70076019397 (Nº CNJ: 0366054-69.2017.8.21.7000 – Julgada em 08/11/2018.

“No que diz com a alegação de cartel, **o elemento único invocado pelo Ministério Público é a aquela alegada semelhança entre as margens de lucro dos postos de combustíveis** de Rio Grande entre julho e setembro de 2008, isso conforme tabela que consta da inicial (fl. 04). Contudo, aquela tabela demonstra que as margens de lucro (o mark-up, como diria a ré) da gasolina vendida nos postos da cidade variam de 18,5% a 29,2% – uma diferença significativa. Mais ainda: se esta ré participa de um cartel, é inexplicável que sua margem de lucro seja de 29,2% (a maior dentre as pesquisadas pelo autor) quando a média do município é de 22,5% segundo o próprio autor”.

Dentre as 101 apelações em que o MP buscou reverter decisão de improcedência do pedido inicial por falta de provas, o parquet teve êxito em apenas um recurso: Apelação Cível nº 360 703-5/ 3 - 00 (TJSP), julgado em 08/02/2010⁸⁷:

Gráfico 03 – Resultado das Apelações do MP

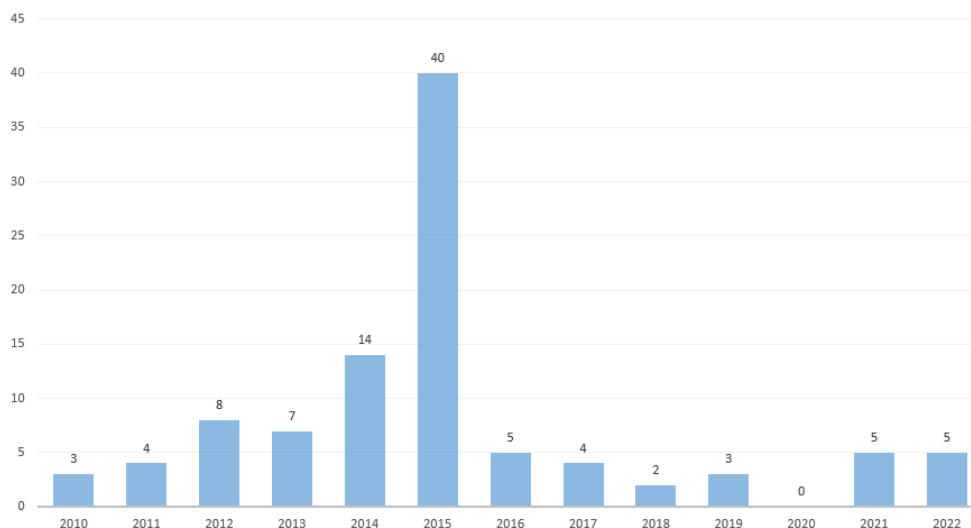


Fonte: Elaboração própria

⁸⁷ "AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Violação à ordem econômica - Formação de cartel - Revendedores de combustível que praticaram durante determinado período, preços idênticos em relação à gasolina, álcool e diesel, ou com diferença percentual economicamente insignificante - Empresas que constituíram no mínimo 88,88% do mercado total - Acordo que se presume diante do domínio de mercado - Recurso provido para julgar procedente a ação - Caracteriza-se infração à ordem econômica, pela cartelização na revenda de combustíveis, o acordo, ainda que tácito, entre postos de gasolina que seja apto a prejudicar a livre concorrência, especialmente se os membros integrantes do cartel dispunham de suficiente poder de mercado para influenciar os preços ou outras condições comerciais" TJSP. APELAÇÃO N.º 360 703-5/3-00 - JOSÉ BONIFÁCIO.

O gráfico 04 mostra o ano das decisões das apelações desprovidas em segunda instância:

Gráfico 04 – Ano de julgamento das apelações do MP contra a decisão de que as provas não seriam suficientes



Fonte: Elaboração própria

Em todas as apelações desprovidas em segunda instância, se concluiu que, apesar do trabalho e boa-fé do Ministério Público para apresentar solução adequada à possível ofensa à livre concorrência (art. 170, IV, CF), as provas elencadas não foram suficientes para essa finalidade. Em algumas apelações, a exemplo da Apelação cível nº 70031050321, o juízo de segunda instância considerou que não basta simplesmente analisar a margem de lucro bruto ou eventuais similaridades de preços, mas sim executar uma investigação quanto à existência de cartel em ação penal específica na qual os investigados terão direito ao devido contraditório, para, então, pleitear reparação aos consumidores na esfera cível. Abaixo destaca-se trecho de uma decisão em segunda instância tomada, recentemente, em 2022, ressaltando a insuficiência do conjunto probatório para condenação:



Tribunal de Justiça do Mato Grosso TJ-MT: Apelação Cível nº 0000883-83.2013.8.11.0106 MT

“Para a caracterização da prática de cartel, mostra-se imprescindível a comprovação de que, os concorrentes atuam em cooperação, com o intuito de controle de mercado, alinhamento de preços e limitação de concorrência”.

Todavia, o Autor não logrou êxito em comprovar o fato constitutivo do direito.

Em que pese existirem indícios de variação mínima de preço ao consumidor final, tal fato, despido de elementos probatórios, acerca do conluio entre os concorrentes, não justifica eventual medida excepcional, de possível intervenção do Poder Judiciário na atividade econômica.

Não obstante o Relatório Técnico elaborado pelo Centro de Apoio Operacional, do Ministério Público Estadual tenha aferido a margem de lucro bruta na ordem de 30%, o que evidenciaria suposto excesso ou abuso, tal fato, além de não constituir objeto, causa de pedir ou pedido da vertente demanda, não possui relação com a prática de alinhamento de preços, podendo ser proposta ação própria para coibir tal prática.

No mesmo sentido, abaixo está compilada uma decisão do TJRS:

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N.º
70060710902 (Nº CNJ: 0263653-94.2014.8.21.7000)

[...] exclusivamente pelo exame da prova documental acostada aos autos, a qual permite definição quanto à ocorrência, ou não, do alegado aumento abusivo de preços nos combustíveis no período objeto da ação, **baseado o Ministério Público apenas no critério da margem bruta de lucro – MBL, impõe-se o indeferimento da produção de provas pericial contábil e testemunhal, assim como da expedição de ofício à Agência Nacional do Petróleo – ANP, não se podendo desconsiderar que a prova é destinada ao juiz, a quem incumbe indeferir diligências inúteis, na forma do artigo 130, CPC.**

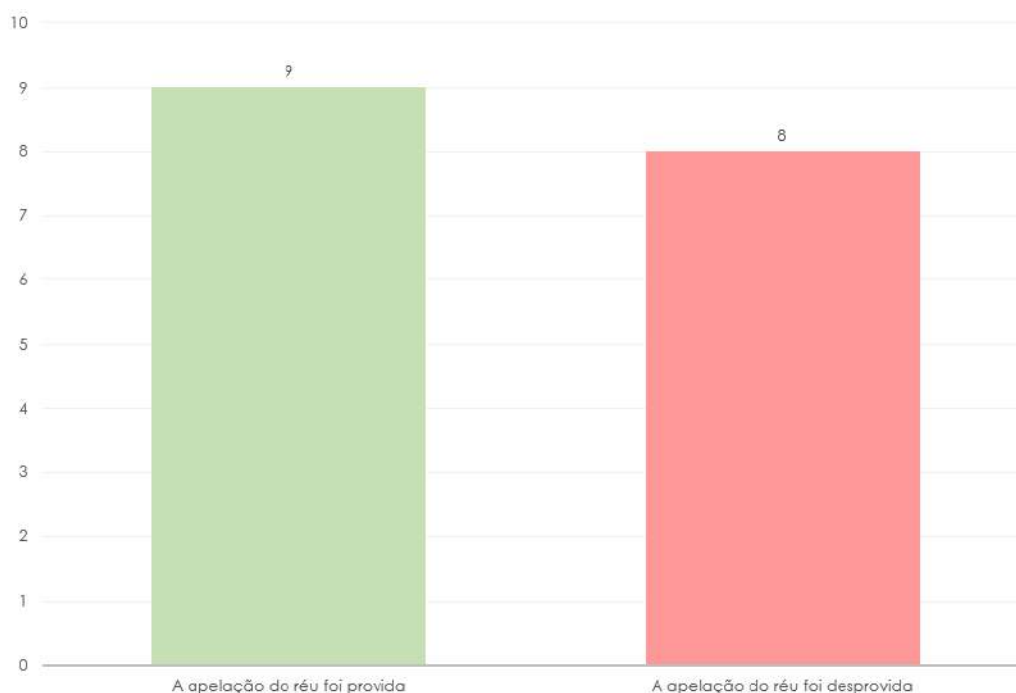
AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. COMBUSTÍVEL. AUMENTO DA MARGEM BRUTA DE LUCRO – MBL. PRÁTICA ABUSIVA DE PREÇOS. INOCORRÊNCIA.

Fundada a causa de pedir da ação coletiva de consumo apenas no critério da margem bruta de lucro – MBL, o qual desconsidera os custos da empresa no desenvolvimento da sua atividade, não se apresenta ele suficiente a caracterização da alegada prática abusiva de preços, não fosse o preço médio da gasolina comum, no período objeto da ação, pesquisado pela Secretaria da Fazenda do Estado, não destoar significativamente do maior preço praticado pela ré.

3.2.2 Apelações em sede de ações julgadas procedentes

Na sequência, foram analisadas as ações em que o MP se sagrou vencedor em primeira instância. O gráfico 05 apresenta o resultado das referidas apelações.

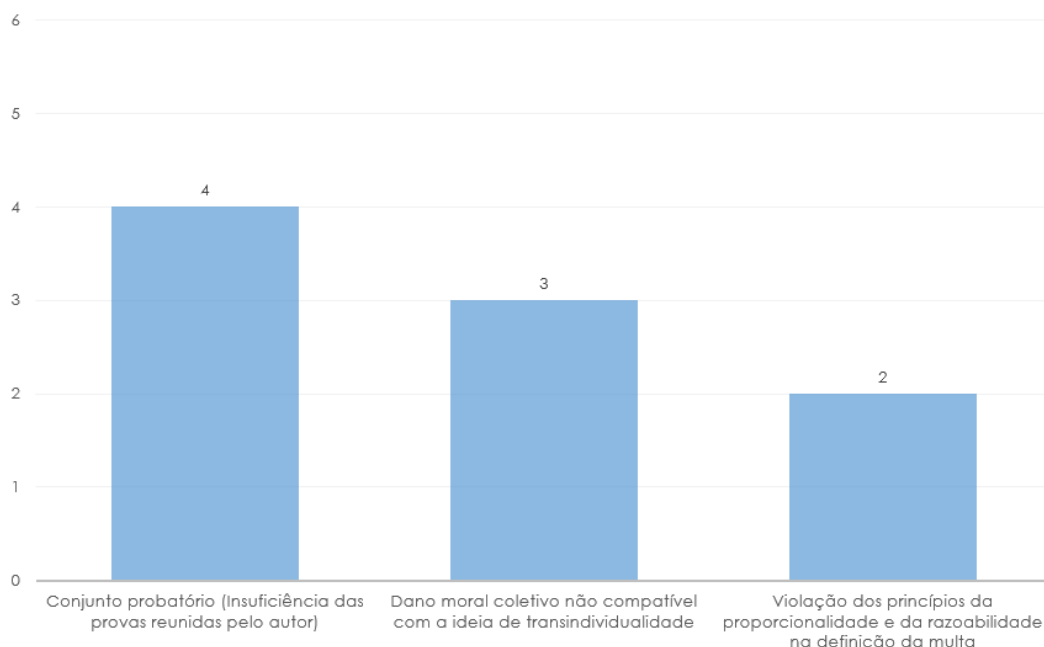
Gráfico 05 – Resultado das apelações de réus contra decisões de condenação em primeira instância



Fonte: Elaboração própria

Em 8 decisões analisadas, a sentença em primeira instância foi mantida, garantindo a condenação da ação de reparação proposta pelo MP. Nas demais, conforme será aprofundado posteriormente, os argumentos apresentados para reverter a sentença tratavam de insuficiência do conjunto probatório reunido pelos réus (que, como se viu, foi o motivo principal para o insucesso da grande maioria das ações movidas pelo MP buscando reparação no mercado de combustíveis), e de alegação de cerceamento de defesa. Quanto às decisões que deram provimento aos apelos de réus, o gráfico 06 apresenta os principais argumentos utilizados:

Gráfico 06 – Resultado das apelações de réus contra decisões de condenação em primeira instância



Fonte: Elaboração própria

Há quatro decisões que deram provimento a apelações dos réus quanto à suposta insuficiência das provas reunidas pelo autor, sendo que, em apenas uma, o Tribunal houve por bem entender que haveria uma conduta ilícita, embora também tenha negado o pedido de dano moral formulado pelo Ministério Público⁸⁸. Entre as demais, na Apelação Cível nº 1.0105.05.146417-7/002 (TJMG), com julgamento em 06/05/2010, o relator optou por prover o recurso para julgar improcedente a ação civil pública proposta pelo Ministério Público por entender que a mera comparação

⁸⁸ Na Apelação Cível nº 71152.12.2011.8.09.0127 (TJGO), julgada em 15/07/2019, o tribunal de segunda instância confirmou a decisão que antecipou os efeitos da tutela para determinar que os postos que figuram como réus cessem e se abstenham de praticar a venda de combustíveis com preços iguais ou semelhantes, considerando-se o fracionamento até a centésima parte da moeda e desprezando-se os milésimos; bem como a determinação para que os réus publiquem e divulguem, às suas expensas, o extrato de sentença em dois jornais de ampla circulação. Contudo, acolheu o argumento de improcedência do pedido de indenização por danos morais por ante a falta de comprovação do dano moral sofrido

de preços praticados por postos de gasolina em uma mesma área não seria suficiente para a caracterização de cartel, uma vez que se trata de prática corriqueira do Brasil e influenciada pelo fato de que “toda a gasolina que nós usamos neste país sai da Petrobrás”.



TJMG - TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

Apelação Cível nº 1.0105.05.146417-7/002 (TJMG)

“[...] uma das coisas que mais me chama a atenção é esta questão do preço de combustíveis, neste país.

Infelizmente, apesar de todos os avanços, nós temos uma visão de que é o próprio Governo que obriga os postos de gasolina a fazerem esse tipo de cartelização.

Porque a diferença de preço de gasolina, não preciso ir longe, basta ir aqui, na Cristiano Machado, da saída do túnel até a chegada na Praça de São Bernardo, para nós vemos, que a diferença de preço de gasolina é uma moeda que não existe no nosso país, são milésimos. Nós temos centavos, a diferença entre dois postos que abasteço, que são dois postos Shell, e algumas vezes num posto Alle, a diferença desses postos; um é 2,297, o outro é 2,299, dois milésimos de diferença.

E o que o ilustre representante do Ministério Público fez, aqui, foi entender que toda a gasolina estava sendo vendida ao mesmo preço, que é a cartelização, quando, na verdade, eu acho que, se todos compram no mesmo lugar, e toda a gasolina que nós usamos neste país sai da Petrobrás. Ela pode ser batizada depois, com solvente ou outras coisas, mas, toda gasolina, seja ela qual for, exceto os limítrofes lá do sul, que na cidade de Livramento atravessa a fronteira e vai comprar gasolina a 0 centavo, lá. Nós aqui pagamos o preço taxado pela Petrobrás, que vai do Rio Grande do Sul ao Norte do país. Como eu posso aduzir a presença de uma cartelização se é o próprio Governo que impõe”.

[...] Há uma diferença. Agora, **se todos os postos estão numa mesma avenida, a concorrência entre eles é inevitável, mesmo porque quem colocar um preço de gasolina mais baixo ali, ou não der uma vantagem qualquer, como costumam dar (como, por exemplo, "lave o seu carro "; " encha o tanque e lave o seu carro ", ou" óleo parcelado em cinco vezes ")**, **se eles não derem, vão quebrar**. Por isso, mais uma vez, pedindo vênha aos ilustres Presidente e Revisor, eu estou provendo o recurso para julgar improcedente esta ação civil pública proposta pelo Ministério Público.

Na Apelação Cível nº 1.0024.00.058875-6/001 (TJMG), com julgamento em 08/10/2013, a decisão em segunda instância considerou que a sentença de condenação deveria ser reformada diante do entendimento de que a prova coligida pelo MP era frágil e que essa fragilidade havia sido apontada no próprio laudo pericial.



Apelação Cível nº 1.0024.00.058875-6/001 (TJMG)

"[...] a prova coligida nos autos é frágil a embasar a procedência do pedido, uma vez que a sentença se baseou apenas no laudo pericial, sendo que o próprio perito asseverou: "As diversidades apontadas no argüido retratam estatisticamente a população que se pretendeu examinar. Este perito ao desenvolver o laudo se ateve a validar o número de unidades que efetivamente puderam ser examinadas a partir da orientação do professor Mário F. Triola, indicando na conclusão de letra "e" (ff. 2868), em que se demonstrou que o resultado da amostra representa mais de 85% de confiabilidade, com margem de erro de 5%" (f. 3129)", ou seja, margem de confiabilidade inferior àquela exigida para trabalhos estatísticos, qual seja, 95%.

Ademais, o laudo pericial apontou que, durante o período de 07 a 11 de maio de 2000, 30 postos praticaram preços diferentes de R\$ 1,32, inclusive com diferença de centavos, **sendo que alguns dos estabelecimentos periciados tiveram margem de lucro inferior a 10%, fato esse que reforça a alegação de inexistência de formação de cartel, visto que não aumentaram arbitrariamente os lucros**".

Por sua vez, na Apelação Cível nº 0070082.97.2011.8.09.0049 (TJGO), com julgamento em 2019, a decisão em segunda instância deu provimento ao recurso por considerar que o paralelismo nos preços demonstrado pelo MP não foi suficiente para o reconhecimento da prática de cartel e consequentemente para ensejar reparação dos consumidores:



Apelação Cível nº 0070082.97.2011.8.09.0049 (TJGO)

"[...] mostra-se imprescindível a existência de prova robusta hábil a evidenciar o ajuste ou acerto de preços abusivos entre as empresas do ramo, ônus atribuído ao demandante, de acordo com a regra prevista no inc. I do art. 373 do CPC. **Trata-se de tarefa difícil distinguir as práticas de paralelismo simples de preços e cartel, posto que aquele não é proibido por lei, especialmente no ramo de combustíveis que apresentam homogeneidade no produto revendido**".

Há três decisões favoráveis quanto a apelações que têm como tema central (ou um dos temas centrais) a alegação de que dano moral coletivo não é compatível com a ideia da transindividualidade. Especificamente, os apelos defendem a ideia de que "[...] os danos morais são ofensas aos direitos da personalidade, assim como o direito à imagem

constitui um direito de personalidade, ou seja, àqueles direitos da pessoa sobre ela mesma", de modo que devem se dirigir à pessoa individual. Todos esses apelos ocorreram no TJMT. Os três apelos providos foram julgados em 2012⁸⁹. À época, o TJMT considerou que a condenação deveria ser afastada, pois, "[...] somente os fatos e acontecimentos capazes de romper com o equilíbrio psicológico do indivíduo, podem justificar a configuração da pretensão indenizatória"; de outro modo, poderia haver uma "banalização deste instituto".

Tribunal de Justiça do Mato Grosso TJ-MT: Apelação Cível nº 35378/2012

Em relação ao pedido de redução da indenização por danos morais coletivos, a sentença deve ser modificada, pois somente os fatos e acontecimentos capazes de romper com o equilíbrio psicológico do indivíduo, podem justificar a configuração da pretensão indenizatória, sob pena de ocorrer uma banalização deste instituto.

[...]

Pela juridicidade de suas razões, comporta destaque quanto a indenização do dano moral coletivo, os fundamentos desenvolvidos pelo Ministro Teori Zavascki, no julgamento do REsp 598.281/MG, aplicáveis à hipótese in foco: "Todavia, a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. **Não parece ser compatível com o dano moral a ideia da "transindividualidade" (da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando "a parte sensível do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas"** (Clayton Reis, Os Novos

⁸⁹ TJMT. Apelação cível nº 35443/2012; TJMT. Apelação cível nº 43037/2012; e TJMT. Apelação cível nº 35378/2012.

Rumos da Indenização do Dano Moral, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236), "tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente

os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado" (Yussef Said Cahali, Dano Moral, 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 20, apud Clayton Reis, op. cit., p. 237).

[...]

A ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um vultus singular e único. Os danos morais são ofensas aos direitos da personalidade, assim como o direito à imagem constitui um direito de personalidade, ou seja, àqueles direitos da pessoa sobre ela mesma.

Há duas decisões favoráveis a apelações que têm como tema central a alegação de que a multa estabelecida na sentença condenatória violaria os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Na Apelação cível nº 0005637-21.2006.8.11.0007 (TJMT), julgada em 11/09/2012, a decisão em segunda instância optou não apenas por reduzir, mas por afastar a multa diante do entendimento de que, embora não haja dúvidas de que o réu apelante praticou condutas que resultaram em danos aos consumidores, não foi possível reunir indícios suficientes de que o abuso sofrido pelos consumidores tenha resultado em "[...] grande comoção ou transtorno, afetando o sentimento coletivo e causando desequilíbrio à vida social, sem o que se afasta a incidência do alegado dano moral coletivo".

Por sua vez, na Apelação cível nº 0002573-61.2007.8.11.0041 (TJMT), julgada em 02/02/2016, houve uma redução de 50% em relação ao valor inicialmente instituído, mantendo incólume os demais pontos da sentença recorrida (limitação da margem de lucro de 20% e obrigação de veiculação da condenação nos meios de comunicação. A decisão de

reduzir a multa foi motivada pela percepção de que a conduta ocorreu por alguns dias e não como uma ação contínua.

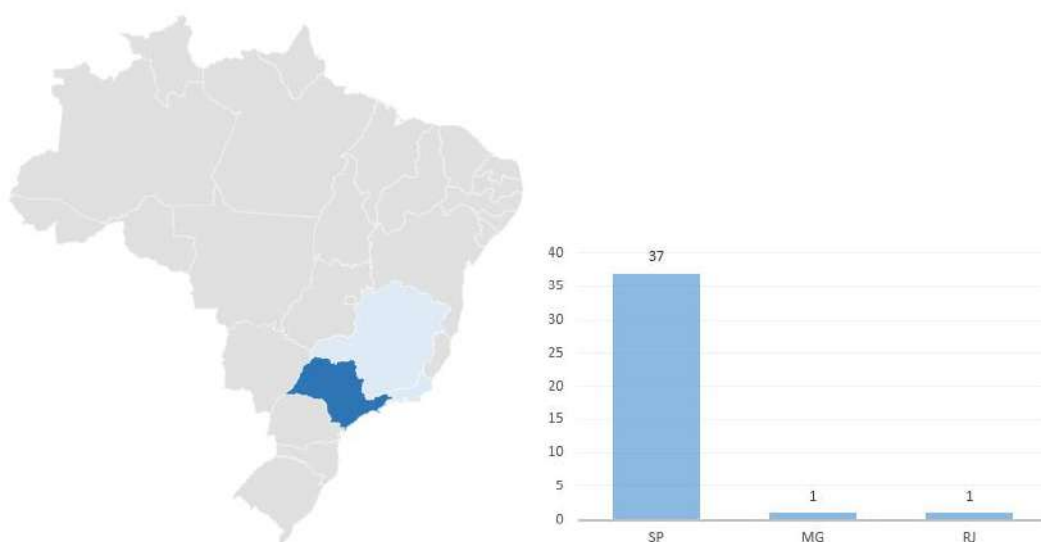
Tribunal de Justiça do Mato Grosso TJ-MT: Apelação Cível nº 0002573-61.2007.8.11.0041

Analizando a situação fática que culminou com a condenação da Apelante, observo que a prática abusiva ocorreu **entre os meses de maio de 2006 a dezembro de 2006 e que a margem de lucro superior a 20% (vinte por cento), com a venda do álcool etílico, deu-se em determinados dias, ou seja, não foi uma ação contínua, cotidiana.** Dessa forma, em respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o valor da condenação, a título de danos materiais coletivamente, deve ser reduzido para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

3.3 Análise de apelações em ARDCs movidas por particulares

Ao todo foram mapeados 39 julgamentos de apelações em ARDCs movidas por particulares. Tal número contempla apenas três unidades federativas. A maioria das apelações dessa natureza no Brasil, até dezembro de 2022, está concentrada no estado de São Paulo. Com menor recorrência, há registros em MG e RJ.

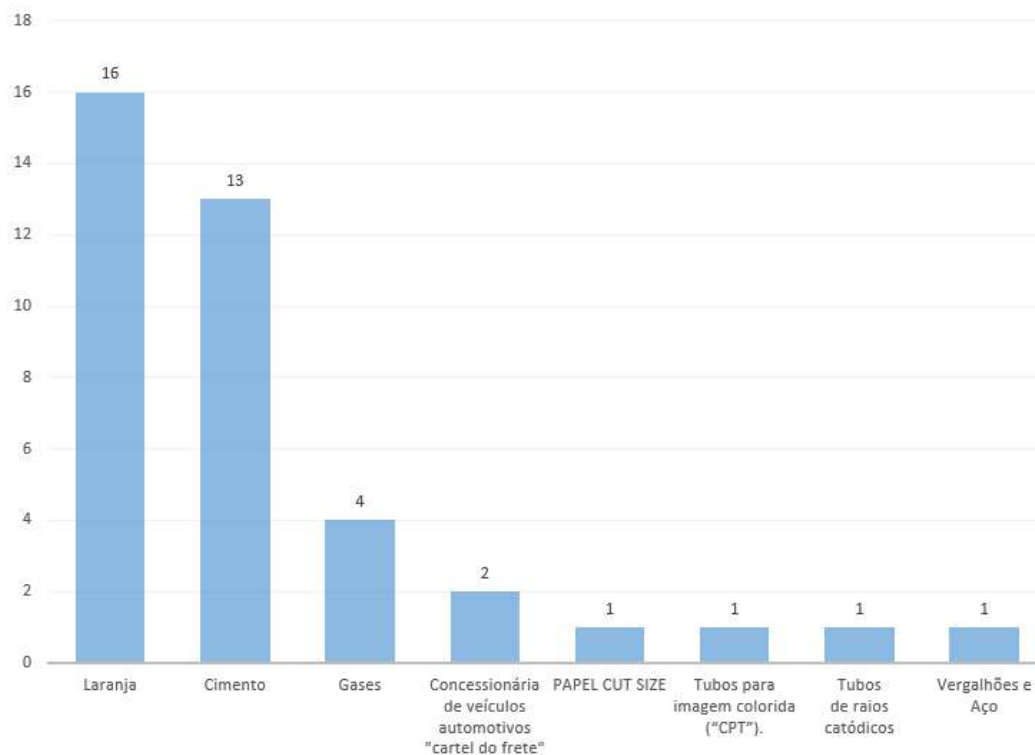
Gráfico 07 – Número de apelações já julgadas em ARDCs propostas por particulares



Fonte: Elaboração própria.

Para compreender o âmbito dessas ações, os processos foram categorizados a partir dos respectivos mercados. O gráfico 08 demonstra que foram mapeadas apelações em ações ajuizadas por particulares em oito mercados distintos, com destaque para os mercados de Laranja, Cimento e Gases Industriais:

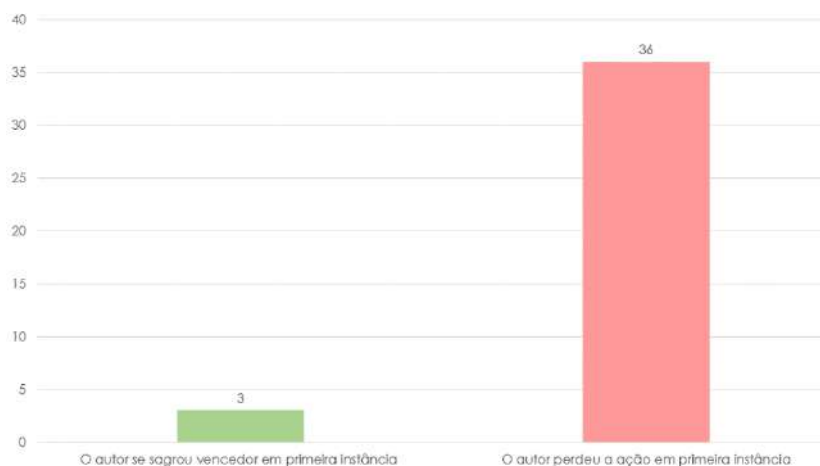
Gráfico 08 – Mercados relevantes contemplados pelas apelações analisadas



Fonte: Elaboração própria.

Dentre as ARDCs analisadas relacionadas, os particulares proponentes das ações haviam se sagrado vencedores em primeira instância em apenas 3 casos:

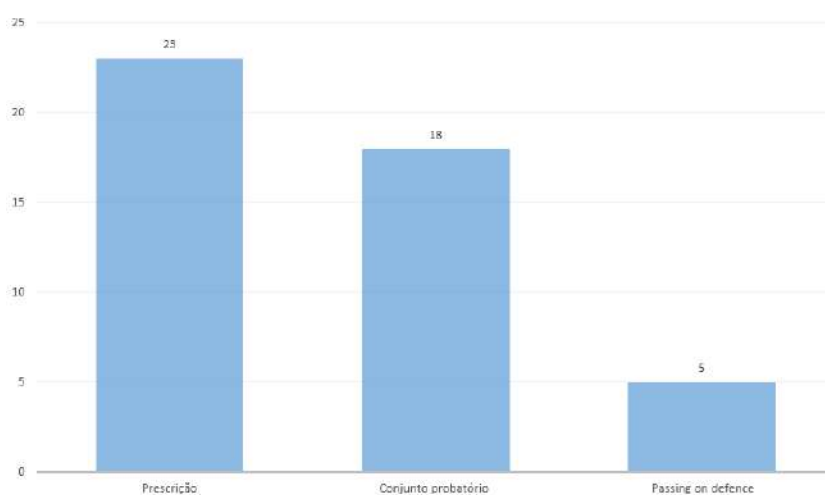
Gráfico 09 – Resultado das ARDCs em primeira instância



Fonte: Elaboração própria

Em todos os casos em que o particular, autor da ação, não obteve êxito, as razões que motivaram o indeferimento da ARDC em primeira instância estavam associadas a ao menos um desses pontos: (i) conjunto probatório; (ii) *passing on defense* (ausência de evidência de que a autora não repassou o sobrepreço aos consumidores); ou (iii) prescrição.

Gráfico 10 – Principais pontos que levaram ao indeferimento em primeira instância

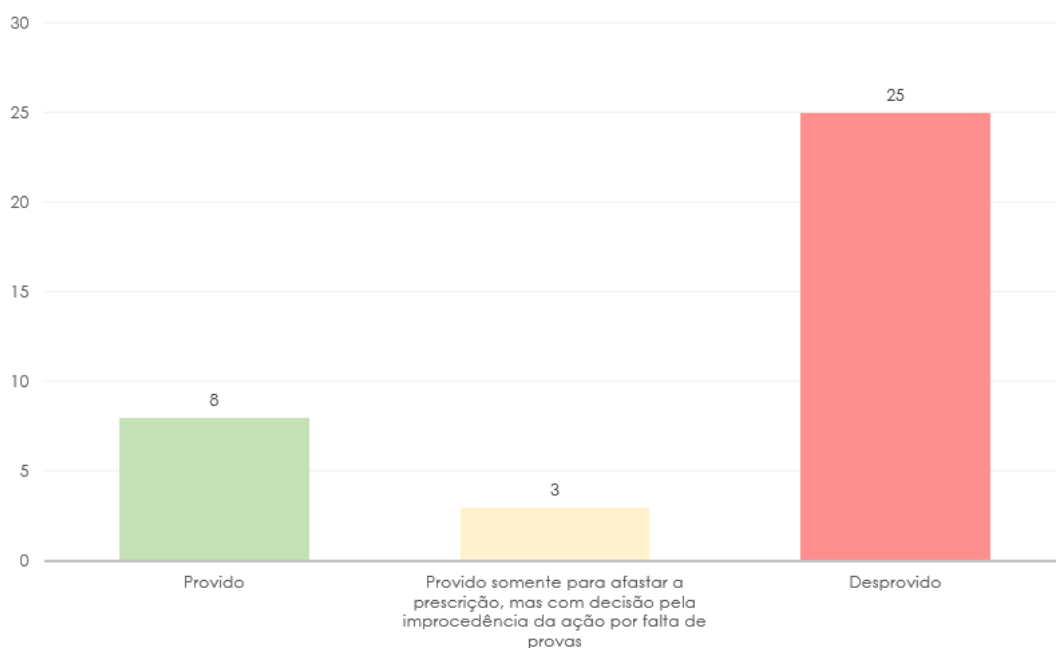


Fonte: Elaboração própria

3.3.1 Apelações em sede de ações julgadas improcedentes

Dentre as 36 apelações em que os particulares tentaram reverter decisão em primeira instância de improcedência do pedido inicial quanto a um ou mais temas, eles se sagraram vencedores em apenas 8 casos, em geral concedendo maior prazo para produção de provas⁹⁰, concedendo apelo para a produção de prova pericial⁹¹ ou afastando a prescrição⁹².

Gráfico 11 – Decisões quanto às apelações dos autores das ARDCs



Fonte: Elaboração própria

O gráfico 12 apresenta o ano das decisões de desprovimento das apelações em segunda instância ou providas somente para afastar a

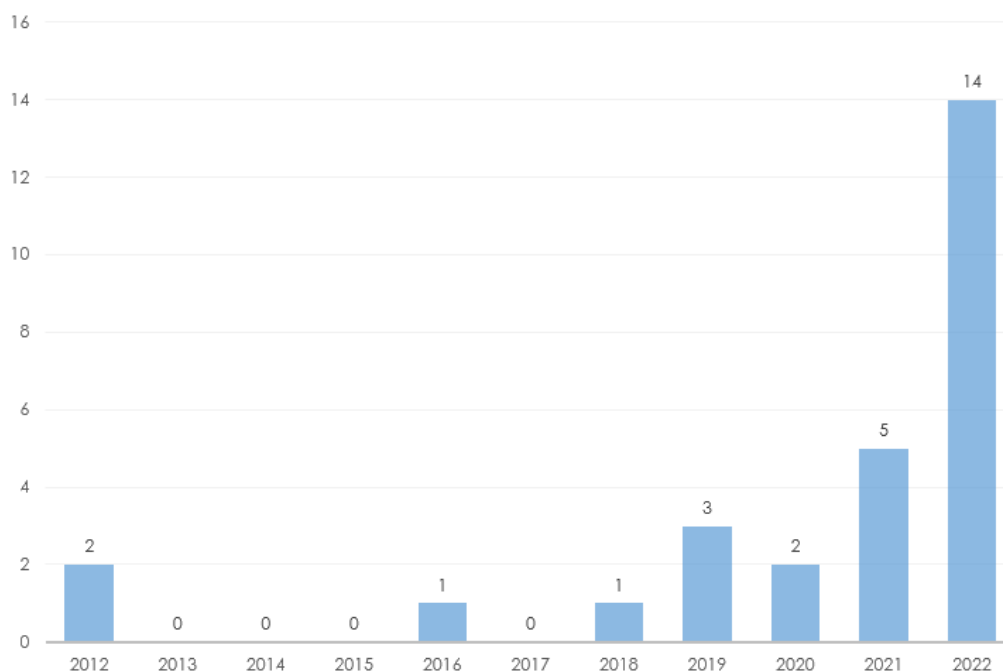
⁹⁰ Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível nº 1077205-89.2017.8.26.0100.

⁹¹ Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível nº 1049435-24.2017.8.26.0100;
Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível nº 1049928-98.2017.8.26.0100.

⁹² Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível nº 1050023-31.2017.8.26.0100;
Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível nº 1014294-58.2015.8.26.0020;
Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível nº 1014284-14.2015.8.26.0020.

prescrição⁹³, mas com decisão pelo desprovimento da ação por falta de provas:

Gráfico 12 – Ano de julgamento das apelações dos particulares desprovidas

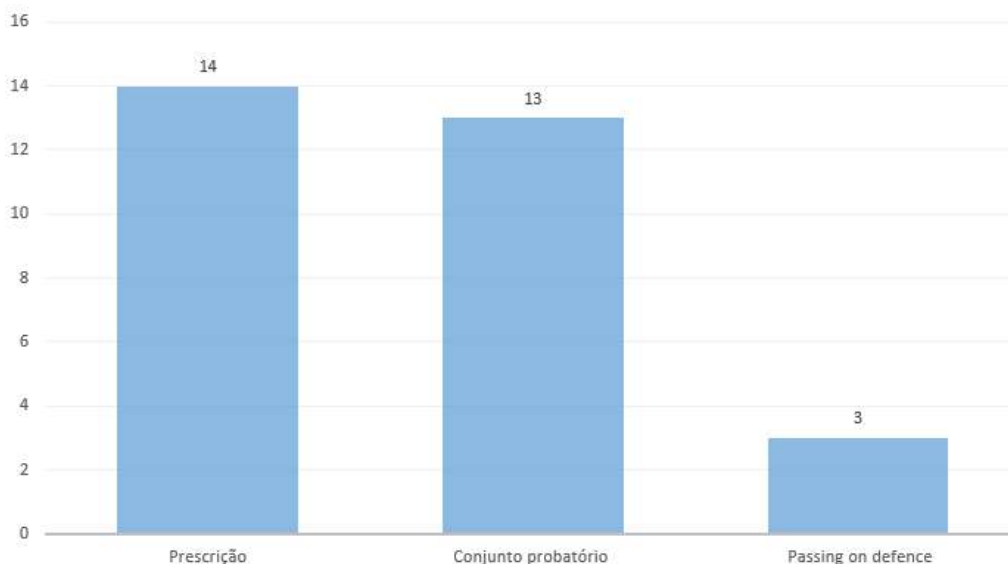


Fonte: Elaboração própria

O gráfico 13, por sua vez, apresenta os temas centrais das apelações, lembrando que uma apelação pode abordar mais de um tema:

⁹³ Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível nº 1076706-08.2017.8.26.0100; Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível nº 1013093-40.2015.8.26.0114; Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível nº 1076386-55.2017.8.26.0100.

Gráfico 13 – Temas centrais indeferidos nas apelações



Fonte: Elaboração própria

3.3.1.1. Desprovisionamento das apelações devido à prescrição

Quatorze apelações foram desprovidas em virtude da prescrição. Todas foram julgadas entre 18/05/2021 e 12/12/2022 e estão relacionadas ao mercado de laranja. Em breve síntese, desde 1999 o CADE vem instaurando procedimentos⁹⁴ para investigar suposto cartel no mercado de compra de laranja para produção de suco de laranja concentrado congelado (SLCC), que teria operado entre 1999 e 2006, gerando prejuízos a produtores rurais, que forneciam laranja *in natura*, e consumidores. Em 28/02/2018, o CADE concluiu pelo arquivamento do processo administrativo em relação aos representados Sucocítrico Cutrale Ltda.; Bascitrus Agroindústria S.A.; Cargil Agrícola S.A.; Fischer S.A.

⁹⁴ CADE. Processo Administrativo nº 087010.000729/2016-16 (Autos restritos nº 08012.008372/1999-14); CADE. Processo Administrativo nº 08700.000738/2016-67 (Autos restritos nº 08012.001255/2006-66); e CADE. Processo Administrativo nº 08700.000739/2016-10 (Autos restritos nº 08012.010505/2007-30).

Agroindústria; Citrovita Agro Industrial Ltda.; Louis Dreyfus Commodities Agroindustrial; Associação Brasileira de Exportadores de Cítricos (ABECITRUS), tendo em vista o cumprimento integral das obrigações estabelecidas nos respectivos Termos de Compromisso de Cessação por eles celebrados com o CADE, conforme dispõe o art. 85, §9º da Lei n. 12.529/11.

Por meio do acordo, as partes se comprometeram a cessar a prática, além de pagar contribuição pecuniária no valor de R\$ 301 milhões a serem recolhidos ao Fundo de Direitos Difusos. Ocorre que tais representados eram réus em ARDCs movidas por produtores rurais. Tais produtores tiveram ação indeferida em primeira instância por prescrição, dada a longevidade dos contratos firmados. Em suas apelações, os autores argumentavam que o TCC seria uma espécie de confissão do ato ilícito, de modo que a decisão que homologou os TCC(s) corresponderia a uma decisão condenatória (em consonância com o previsto no art. 184 do Regimento Interno do CADE). Sendo assim, o termo inicial da contagem prescricional deveria ser a data de publicação do TCC.

Contudo, em todas as apelações, o juízo de segunda instância concluiu que o TCC firmado junto ao CADE em 29/11/2016 teria ocorrido sem confissão textual de culpa, apenas reconhecendo a troca de informações. O juízo de segunda instância salientou ainda que a natureza da movimentação que ocorreu em 28/02/2018 correspondeu apenas a um arquivamento em função do cumprimento do TCC e não a uma decisão com caráter condenatório, por exemplo. Adicionalmente, as decisões em segunda instância rememoram e reconhecem que o procedimento administrativo no âmbito do qual foi firmado o TCC em conjunto com o CADE teve início em 2006 – fato notório por meio do qual as apelantes poderiam ter tido conhecimento da suposta conduta.



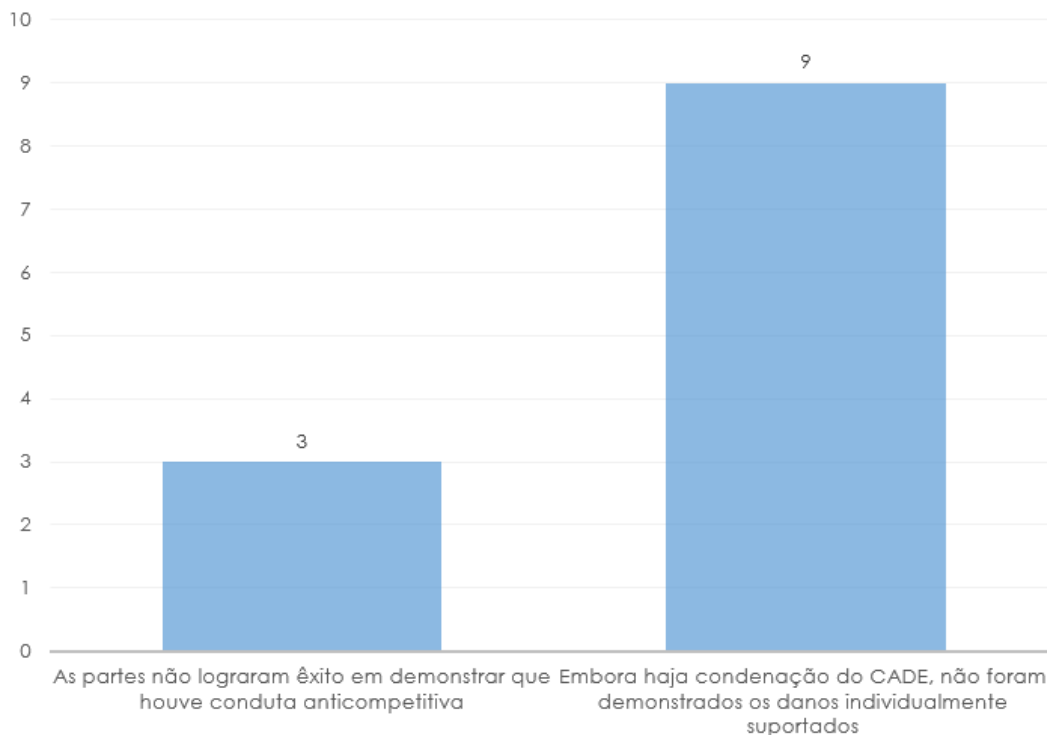
Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível: AC 1000565-
83.2021.8.26.0236 – TJSP

"A prescrição foi corretamente reconhecida, incidindo o prazo de três anos, **pois nasce o direito à reparação com a produção do prejuízo e a partir da análise da causa adequada, sendo caso de responsabilidade extracontratual.** Tem-se assim o termo inicial da contagem aquele estabelecido no art. 206, § 3º, V e ainda art. 189, do CC, pois o Termo de Cessação de Conduta firmado no CADE (TCC) foi celebrado pela ré, mas não há textual confissão de culpa, ou seja, a ciência inequívoca da lesão não pode ser atribuída ao encerramento dos procedimentos, tampouco à celebração do TCC, conforme o citado art. 47 da Lei 12.529/11. Desde 2006 teve início o procedimento administrativo pelo CADE, fato esse notório, com possibilidade evidente de conhecimento de imputação de práticas pela ré em deflagração de operação, não sendo cabível considerar o trâmite do procedimento como relevante (há mais de 17 anos). **Ademais, embora o autor alegue que houve reconhecimento da conduta pela ré para a formação do TCC, os documentos probatórios apontam apenas o reconhecimento de compartilhamento de informações,** longe de ser confissão de cartel. Significa dizer que a prescrição restou caracterizada, consideradas as datas de celebração dos contratos ou mesmo a data de celebração dos Termos de Cessação de Conduta, pois publicados em 29.11.2016 (fls. 188/195), com ajuizamento da ação em 03.2021".

3.3.1.2. Desprovimento devido ao conjunto probatório

Em relação ao conjunto probatório, doze apelações foram desprovidas. O gráfico 14 apresenta as razões pelas quais os recursos foram indeferidos:

Gráfico 14 – Temas centrais indeferidos nas apelações



Fonte: Elaboração própria

3.3.1.3. Desprovimento devido à insuficiência de prova do ilícito

Há três casos em que as partes não lograram êxito em demonstrar que houve conduta anticompetitiva. Nesses casos, o juízo de segunda instância considerou que as partes não lograram êxito em demonstrar, de forma inequívoca, que o réu teria participado de conduta anticompetitiva. As apelações nº 9119101-63.2009.8.26.0000 (TJSP); e nº 0149141-75.2009.8.26.0100 (TJSP), julgadas respectivamente em 11/04/2012 e 25/10/2012, têm como cerne o suposto “cartel do frete” e, em ambos os casos, a General Motors do Brasil Ltda figura como réu.

Mais especificamente, as autoras das ações são concessionárias de veículos automotivos da marca General Motors do Brasil Ltda. que

protocolaram ações de indenização alegando que a General Motors estaria supostamente impondo valor do frete em quantia superior à praticada no mercado em decorrência de participação em suposto “cartel do frete”.

Em ambos os casos, a sentença em primeira instância julgou improcedente a ação, sob o fundamento de que “[...] não foi evidenciada incúria dos apelados para a concorrência desleal narrada na inicial ou mesmo benefício revertido em favor deles”. Inconformadas, no âmbito das referidas apelações, as autoras sustentaram cerceamento de defesa e, no mérito, que a obrigatoriedade de filiação à Associação Nacional dos Transportes de Veículos - ANTV, que teria sido imposta pelos apelados “[...] lhe causou prejuízos; e que se trata de um cartel formado em violação aos dispositivos da lei antitruste”.

Contudo, a segunda instância manteve a sentença, considerando que: (i) a lide estava em condições de ser julgada antecipadamente, porque era desnecessária a produção de outras provas, além das constantes nos autos; (ii) seria um contrassenso supor que a montadora teria interesse no aumento do custo final de seus veículos; e (iii) não há ainda prova de eventual influência da ré na ANTV, nem de que impunha barreira à entrada de empresas transportadoras concorrentes no mercado de transporte de veículo.



Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível: AC 0149141-
75.2009.8.26.0100 – TJSP

“De fato, não se vislumbra ilicitude na contratação das empresas de transporte, em vista do princípio constitucional da liberdade de iniciativa. **Não há ainda prova de eventual influência da ré na ANTV, nem de que impunha barreira à entrada de empresas transportadoras concorrentes no mercado de transporte de veículo.**

Vale dizer, a toda evidência, a obrigatoriedade de registro na ANTV não se deu para prejudicar as concessionárias, pois, como já dito, a montadora não se beneficia com o aumento arbitrário do custo do produto. O bom senso indica que o interesse econômico consiste na competitividade dos produtos vendidos.

Não se pode deixar de considerar ainda que os prejuízos sustentados pela apelante em razão do elevado valor dos fretes não se apresentaram evidentes, não se configurando desarrazoada a hipótese de tê-los repassado ao consumidor, consoante bem exposto na respeitável sentença impugnada (fls. 718).

Com efeito, porque reduzida a margem de lucro, em razão da elevação do custo final do produto, tudo indica que foram os consumidores que arcaram com o aumento do preço.”

Por sua vez, no âmbito da Apelação Cível nº 0010179-36.2006.8.19.0209, julgada em 11/12/2016, houve uma tentativa de reverter sentença proferida em primeira instância quanto à insuficiência de prova de atos anticoncorrenciais. Mais especificamente, a empresa Click Papel Distribuidora de Papel Ltda. protocolou ação de reparação de danos

contra a International Paper do Brazil, que fornece papel *cut size*, alegando que há fixação conjunta do preço de papel *cut size* no Brasil.

Como elementos probatórios, a autora colacionou: (i) pronunciamento por escrito do Diretor Presidente da Distribuidora Rio Branco Comércio e Indústria de Papéis Ltda., em resposta ao ofício da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda; (ii) depoimento prestado pela testemunha Andrés Romero, presidente da ANDIPA, de que, em síntese, é de fácil verificação e comprovação que tal divisão prejudica a concorrência e, ainda, de existir um acordo entre os fabricantes, o que impede que os distribuidores escolham de quem querem comprar o papel; (iii) o fato de ser exceção a existência de distribuidores comuns entre a apelada e a também fornecedora Suzano (o que poderia configurar divisão de mercado); e (iv) reportagens sobre o suposto cartel. Contudo, o juízo considerou que a apelante não logrou êxito em demonstrar que as empresas fornecedoras do referido papel teriam combinado a prática de atos anticoncorrenciais.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível: AC 0010179-
36.2006.8.19.0209

"[...] tais questões foram enfrentadas e bem fundamentadas na sentença, destacando o juízo a quo que, conforme documentos juntados pela apelante, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica está atento às manobras realizadas pelos principais fabricantes do papel *cut size*, visando ao impedimento da formação de cartel. Destacou ainda o Magistrado sentenciante a notícia de acordo firmado entre o CADE, a Votorantim e a ora apelada (pasta 000352),

com o objetivo de impedir a constituição de exclusividade com distribuidores no setor de papel A4.

Quanto ao depoimento prestado pela testemunha arrolada pela apelante no tocante à alegada formação de cartel, declarou aquela, em síntese, que o mercado de papel está concentrado nas mãos da Suzano e da ora apelada, e que o conceito de cartel é econômico e seria um termo muito forte para ser usado, já que é difícil sua comprovação."

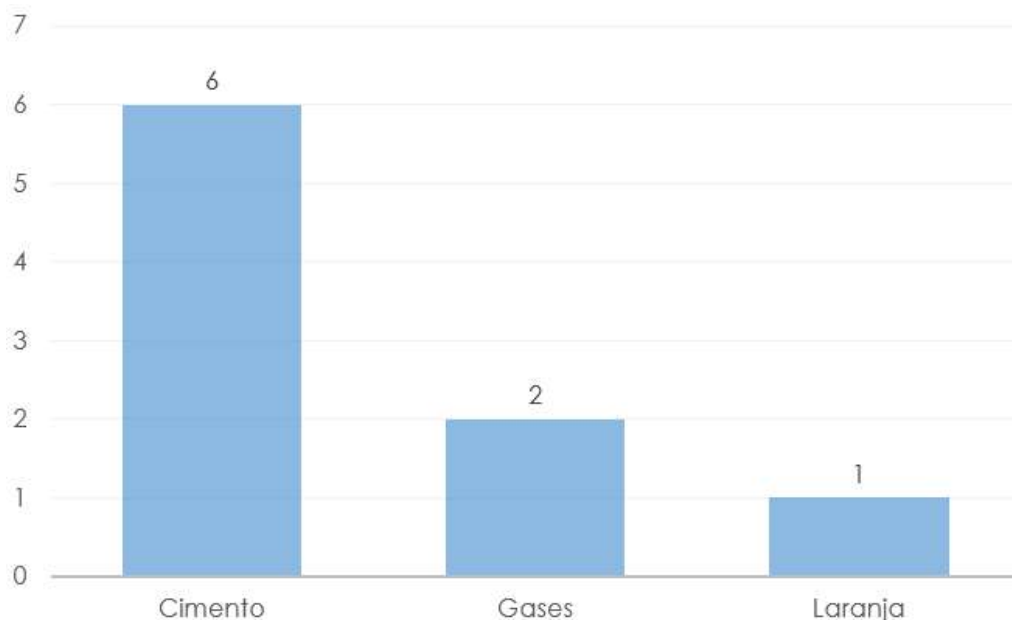
Ainda sobre a alegada prática ilícita de exclusividade no fornecimento, também refutada na sentença, cumpre destacar que na contestação foram juntados documentos que confirmam negociações feitas pela apelante com outra empresa de fornecimento de papel, RIPASA, inclusive com requerimento de falência proposto pela referida empresa em face da ora apelante, o que vai de encontro com a sua alegação de que não possuía relação comercial com aquela empresa.

Desta feita, **ainda que se conclua pela existência de indícios de infração contra a ordem econômica no mercado de fornecimento do papel cortado, tipo cut size, caberia à apelante, ao longo do trâmite processual, demonstrar, de forma inequívoca, que as empresas fornecedoras do referido papel teriam combinado a prática de atos capazes de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, dominar o mercado de papel, aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante** no mercado fornecedor (artigo 36 da Lei 12.529, de 30/11/2011 – Defesa da Concorrência), o que não se verificou na hipótese.

3.3.1.4. Desprovemento devido à insuficiência de prova do dano

Há ainda nove apelações em que o juízo de segunda instância considerou a ausência de pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, o dano e o nexo causal, inexistindo assim o dever de indenizar. O gráfico 15 apresenta os mercados relevantes das referidas decisões:

Gráfico 15 – Ausência de comprovação de danos - Mercados relevantes



Fonte: Elaboração própria

Seis apelações⁹⁵ que tiveram esse desfecho são relacionadas ao mercado de cimento. Em breve contextualização, o chamado cartel do cimento (PA nº 08012.011142/2006-79), que teria durado cerca de 20 anos, supostamente consistiu em um acordo de fixação de preços e quantidades de venda de cimento, bem como divisão regional do mercado e alocação de clientes entre as empresas cartelizadas. Segundo reportado nas investigações, as empresas empreendiam ainda ações para impedir o ingresso de novos agentes no mercado, em particular, com a implementação de medidas para restringir o acesso às fontes de insumo para a fabricação do produto. Por fim, passaram a atuar no

⁹⁵ TJSP. Apelação Cível nº 1076730-36.2017.8.26.0100; TJSP. Apelação Cível nº 1076640-28.2017.8.26.0100; TJSP. Apelação Cível nº 1076734-73.2017.8.26.0100; TJSP. Apelação Cível nº 1076944-27.2017.8.26.0100; TJSP. Apelação Cível nº 1049985-19.2017.8.26.0100; TJSP. Apelação Cível nº 1076706-08.2017.8.26.0100.

mercado de concreto por meio da aquisição de concreteiras, incluindo a troca de ativos entre si.

Como resultado do processo administrativo, seis empresas, seis pessoas físicas e três associações foram condenadas ao pagamento de multa que, somadas, totalizam R\$ 3,1 bi. Houve ainda a determinação da venda de fábricas e impedimento quanto à realização de operações no ramo de concreto entre 2014 (ano da condenação) e 2019. Tal condenação foi embasada principalmente em provas coletadas durante uma busca e apreensão realizada em 2007, incluindo e-mails, anotações e outros documentos. À época estimou-se que o cartel teria provocado inúmeros prejuízos e que foi capaz de alterar a estrutura do mercado de cimento. No âmbito das obras públicas, por exemplo, estimou-se que a duplicação da BR-101 Nordeste teria tido um sobrepreço superior a R\$ 11 milhões e o Rodoanel na ordem de R\$ 7 milhões a mais nos cofres públicos. O voto do conselheiro relator, por sua vez, estimou que, ao longo de 20 anos, o ilícito gerou prejuízos à sociedade de ao menos R\$ 28 bi⁹⁶.

Em suas apelações no âmbito das ARDCs, os autores⁹⁷ não conseguiram estabelecer o nexo entre a condenação do CADE no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79 e os danos individualmente sofridos.

⁹⁶ CADE. Cade multa em R\$ 3,1 bilhões o cartel de cimento. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-multa-em-r-3-1-bilhoes-o-cartel-do-cimento>> Acesso em: 11/05/2023.

⁹⁷ Construtoras, como: EGESA ENGENHARIA S/A, Construtora Rodominas Ltda, PAEZ DE LIMA CONSTRUÇÕES COMÉRCIO E EMPREENDIMENTOS LTDA, Garden Engenharia e Empreendimentos LTDA e Seta Construções e Comércio Ltda, Construtora Itamaracá Ltda., MECANORTE CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA (autora), Mendes Júnior Engenharia S.A., Rdr Engenharia Ltda, Construtora G-maia Ltda, dentre outras.



Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível: AC 1076730-
36.2017.8.26.0100 – TJSP

“(...) sopesados os argumentos da autora, interessada que era no acolhimento de sua pretensão, **deixou de provar a ocorrência de dano, específico a ela (art. 373, I, do NCPC), demonstração esta impassível de ocorrer pela via da prova pericial contábil.** Com efeito, **a inicial contém prova contundente quanto ao processo administrativo que teve seguimento junto ao CADE (...) e, não há dúvidas, pois, de que houve formação de cartel prática nociva à sociedade como um todo. Todavia, não há demonstração, nem mesmo em fase inicial, de que a autora tenha sido diretamente afetada por essa prática,** sendo de se ressaltar que a perícia, embora seja um meio de prova, ela tem por objetivo o “exame, vistoria ou avaliação” (art. 464, NCPC) sobre fatos e provas que já tenham sido trazidos aos autos, sendo, na hipótese, “impraticável” (art. 464, §1º, III, NCPC), eis que a autora sequer trouxe elementos para esse exame. E militam, em desfavor das teses invocadas pela autora, fatos que independem de prova, isto é, fatos notórios (art. 374, I, NCPC). É de comum sabença que os contratos celebrados com o Poder Público têm assegurada a manutenção do equilíbrio econômico de prestações (art. 37, XXI, da CF/1988), bem como que o preço dos imóveis são reajustados, nos compromissos de compra e venda, por índices específicos relacionados ao custo da construção civil (a exemplo do famigerado INCC). (...) Não há sequer início de prova ou documentos hábeis a, uma vez submetidos a exame pericial, demonstrar prejuízo dano a cuja demonstração a autora não poderia se frutar, e cuja existência se revela muitíssimo remota, diante dos fatos notórios acima elencados. Repise-se: **a ocorrência de cartel, ainda que demonstrada, não ensejava o acolhimento automático da pretensão, eis que gera um dano difuso à sociedade. O dano individual, específico, não foi comprovado, e não se afigura plausível**” (fls. 5/7 do v. acórdão).

Duas apelações⁹⁸ que tiveram o mencionado desfecho são relacionadas ao mercado de gases industriais. Ao julgar as apelações, o tribunal de segunda instância considerou que, embora seja de conhecimento público que o Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70 resultou na condenação por unanimidade das fabricantes de gases hospitalares e industriais que integravam o "cartel do oxigênio" ao pagamento de multa total de R\$ 3 bilhões, posteriormente anulada na justiça, as partes não conseguiram provar que foram prejudicadas pela referida conduta.



Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível: AC 1013093-40.2015.8.26.0114– TJSP

"[...] é de se verificar que a pretensão revisional, nos termos em que colocada pela demandante, que não comportaria ser acolhida, pois, vê-se, conforme bem observado pelo Juízo a quo, que a autora busca a revisão contratual de serviço que fora prestado por mais de trinta anos sem qualquer contestação.

Note-se, outrossim, que a autora limita-se a alegar vagamente a respeito de reajustes abusivos nos aditamentos do contrato, sem, contudo, indicar dado técnico ou concreto algum, nem indicar qualquer elemento comparativo, para embasar tal assertiva, não evidenciando, assim, a abusividade dos reajustes ou preços previstos nestes aditamentos e, por conseguinte, necessidade de revisão pretendida. Sequer indica a evolução dos valores cobrados ao longo da contratação.

⁹⁸ TJSP. Apelação Cível nº 1013093-40.2015.8.26.0114; TJSP. Apelação Cível nº 1033917-62.2015.8.26.0100.

A alegação de que a White Martins veio a ser reprimida pelo CADE pela formação de cartel não é suficiente, por si só, para configurar a prática de preços abusivos para fornecimento de seus produtos.

Por fim, a Apelação Cível nº 1002754-32.2019.8.26.0615 (TJSP), movida por produtores rurais em desfavor da Citrovita Agro Industrial Ltda., tentou reverter uma decisão de primeira instância quanto à classificação de inépcia da inicial (não suprida após a determinação da emenda); e de que houve tentativa de uso de um TCC, firmado pelo réu⁹⁹, para alegação de dano individual e pedido de reparação. Ou seja, a decisão era no sentido de que não teria ocorrido uma demonstração mínima dos prejuízos. A decisão, contudo, foi mantida em segunda instância.



Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível: AC 1002754-32.2019.8.26.0615– TJSP

“Os autores, na qualidade de produtores rurais, cobram da ré, empresa de suco concentrado, indenização pelos danos sofridos na negociação do preço da laranja nos anos de 2005 e 2006, imputando-lhe a prática de formação de cartel, supostamente abordada no processo administrativo 08012.008372/1999-14, do Conselho Administrativo de Defesa CADE que findou em 06.03.2018, por meio de “termos de cessação de conduta”, que teve por objeto preservar e proteger as condições concorrenciais do mercado brasileiro de aquisição de laranjas para o processamento de suco.

[...]

⁹⁹ Junto ao CADE no âmbito do Processo Administrativo 08012.008372/1999-14.

Os autores não apresentaram os valores que entendem devido a título de dano moral e material, prova fácil de ser produzida, pois eles conheciam o valor de mercado à época e o valor da venda forçada do produto que foi realizada para evitar o perecimento.

O que se pretende, em verdade, é o acolhimento automático do pedido, sem demonstração mínima dos prejuízos, com imputações genéricas, o que não pode ser admitido, sob pena de violação a ampla defesa”.

3.3.1.5. Desprovemento devido à verificação de *pass-on*

Há ainda três apelações¹⁰⁰ desprovidas que têm como um dos temas centrais a tese de *passing on defense*. Mais especificamente, são apelações que tramitaram no TJSP relacionadas ao mercado de cimento (Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79), julgadas em 15/05/2021, 10/02/2022 e 04/08/2022. Em todos os casos, o juízo de segunda instância confirmou o entendimento de que o sobrepreço teria sido notoriamente repassado ao consumidor, não havendo qualquer evidência de que tenha havido prejuízo direto às apelantes, tendo concluído ainda que o ônus da prova do prejuízo seria das autoras das ARDCs.

¹⁰⁰ TJSP. Apelação Cível nº 1049985-19.2017.8.26.0100; TJSP. Apelação Cível nº 1049985-19.2017.8.26.0100; TJSP. Apelação Cível nº 1076386-55.2017.8.26.0100.



Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível: AC 1076386-
55.2017.8.26.0100– TJSP

“Todavia, como anotado com propriedade pela I. Magistrada, a autora **não apresentou a menor evidência de que não repassou o sobrepreço aos proprietários das obras, ainda mais que afirma que somente em 04/08/2014 teve ciência da cartelização, e o fenômeno impactou todas as empresas de sua área de atuação, e pelo menos após esta data, deveria ter apresentado documentos contábeis de que, conscientemente, suportou tal prejuízo gerador de perdas e danos**, não bastando, para possibilitar a dilação probatória, a afirmação no recurso, de que a sentença “não observou possíveis fatores internos à gestão da apelante, como a eventual redução da margem de lucro, fidelização de clientela, dentre outras possibilidades, tais como a possibilidade de prejuízo em determinadas obras” (fls.5.043), sem apontar um caso concreto. Deve o juiz indeferir a produção de provas sem delimitação do objeto a ser periciado (obras, clientes, etc,) e sem demonstração da sua viabilidade, inexistindo cerceamento de defesa, ou danos emergentes a serem indenizados”.

3.3.2 Apelações em sede de ações julgadas procedentes

Quanto às ações vencidas pelos particulares em primeira instância, foram analisadas as decisões referentes a 3 apelações protocolados por réus contra a sentença de reparação de danos concorrenciais. Em 2 decisões analisadas, a sentença em primeira instância foi mantida em sede de apelação, dando ganho de causa à autora. O gráfico 16 apresenta o resultado das referidas apelações.

Gráfico 16 – Resultado das apelações de réus contra decisões de condenação em primeira instância



Fonte: Elaboração própria

A decisão que deu provimento ao apelo do réu ocorreu no âmbito da Apelação Cível nº 0130316-15.2011.8.26.0100 (TJSP), julgada em 22/06/2017. Em primeira instância a Granel Química Ltda. havia conseguido provimento de sentença de reparação de danos proposta em desfavor da Air Liquide Brasil Ltda, que figurou como uma das representadas no Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70 movido pelo CADE.

Na apelação, contudo, a Air Liquide trouxe como fato novo a notícia de que as provas colhidas pelo CADE e a decisão proferida administrativamente pela referida autarquia segundo a qual ficou caracterizada a formação de cartel pela ré e demais empresas do ramo em prejuízo da autora foram consideradas nulas devido ao uso de provas ilícitas produzidas no âmbito da ação criminal (mais especificamente,

teriam sido feitas escutas telefônicas em decorrência tão somente de denúncia anônima feita à Secretaria de Direito Econômico)¹⁰¹.

¹⁰¹ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). FORMAÇÃO DE CARTEL. MERCADO DE GASES INDUSTRIAIS E MEDICINAIS. MULTA. PROVA EMPRESTADA DO PROCESSO PENAL. RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (FRUITS OF POISONOUS TREE DOCTRINE). ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. AUTONOMIA. DESCOBERTA INEVITÁVEL. MITIGAÇÃO. DESCABIMENTO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA AUTONOMIA DA PROVA QUE FUNDAMENTOU A DECISÃO ADMINISTRATIVA. NULIDADE. EFETIVIDADE DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO. MAJORAÇÃO. I - Afigura-se nula a decisão proferida em processo administrativo perante o CADE, que condenou empresa do ramo de gases industriais e medicinais, por formação de cartel, tendo em vista que está fundamentada em acervo probatório diretamente decorrente de provas ilícitas produzidas no âmbito da ação criminal, assim reconhecidas em acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça. II - Na espécie dos autos, não há que se falar em provas autônomas, uma vez que o material produzido na ação penal forneceu fundamento probatório imprescindível para o procedimento administrativo no CADE. Ademais, não prospera a pretendida mitigação da prova ilícita por derivação, com amparo na teoria da descoberta inevitável, na medida em que não restou demonstrado que a existência do aludido cartel seria fatalmente comprovada sem as informações decorrentes das interceptações telefônicas realizadas no juízo penal. Do contrário, o que se percebe é que os indícios de práticas anticompetitivas que o CADE dispunha não eram suficientes para conduzir a elementos fáticos que alavancassem uma condenação administrativa por infração à ordem econômica. III - Com efeito, não se trata da aplicação irrestrita ao caso vertente da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of poisonous tree doctrine*), que conduz à contaminação das provas derivadas de evidências ilícitas, nos termos do § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal, mas, sim, de prestigiar a norma constitucional inserta no inciso LVI do art. 5º da Carta Política Federal, que veda a admissão de provas obtidas por meios ilícitos, em qualquer processo judicial ou administrativo, promovendo, desse modo, a efetiva garantia instrumental do devido processo legal, posto que, na espécie dos autos, restou evidente que a condenação imposta pelo CADE fundamenta-se em elementos diretamente relacionados com o conjunto probatório declarado nulo nos autos da citada ação penal. Precedentes do TRF/1ª Região. IV - No que tange à fixação da verba honorária, prospera a insurgência da promovente, eis que o valor não se encontra em conformidade com a regra do § 4º do art. 20 do CPC, então vigente, com vistas nos parâmetros previstos nas alíneas a, b e c do § 3º do aludido dispositivo legal. Assim, atentando-se para a importância da causa, a natureza da demanda, o princípio da razoabilidade, bem como respeitando o exercício da nobre função e o esforço despendido pelos ilustres advogados da autora, na espécie, afigura-se razoável a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de honorários de sucumbência. V - Apelação do CADE desprovida. Apelação dos autores parcialmente provida, para majorar a verba honorária e deferir o pedido de substituição dos bens dados em garantia. (TRF-1 - AC: 00495390320104013400 0049539-03.2010.4.01.3400, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Data de Julgamento: 27/04/2016, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 17/05/2016 e-DJF1)

Sendo assim, o juízo de segunda instância considerou que a prova documental que fundamentou a ARDC também deveria ser considerada ilícita.



Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível: AC 0130316-15.2011.8.26.0100– TJSP

"Observe-se, a propósito, que foi justamente na decisão administrativa daquela autarquia nesse sentido (Proc. 08012.009888/2003-70), acostada aos autos com a inicial, que se arvorou o pedido da autora.

Ocorre que o processo administrativo instaurado pelo CADE foi objeto de ação, de competência da Justiça Federal (Proc. nº 0049217-80.2010.4.01.2400/DF), em que o Eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região referendou entendimento de que, naquele processo administrativo, houve utilização de acervo probatório diretamente decorrente de provas ilícitas.

Este fato conduz, via de consequência, à contaminação também da sobredita prova documental utilizada na presente ação, porque igualmente derivada de prova ilícita.

A ilicitude do acervo probatório utilizado pelo CADE, esclareça-se, foi reconhecida inicialmente no curso da Ação Criminal nº 0004517-95.2009.403.6181, já transitada em julgado.

Isto porque, houve escuta telefônica decorrente tão somente de denúncia anônima feita à Secretaria de Direito Econômico que era responsável por instruir a análise concorrencial dos atos de concentração econômica, bem como investigar e apurar as infrações à ordem econômica, que posteriormente seriam julgadas pelo CADE, sem que estivesse embasada em outras investigações."

3.3.2 Proponentes vencedores em primeira e em segunda instância

Conforme antecipado, há dois casos em que o autor se sagrou vencedor em primeira instância e, após apelações dos réus, manteve a sentença. Na Apelação Cível nº 1.0024.06.984815-8/033 (TJMG), a ARCELOR MITTAL BRASIL S/A (sucessora da Siderúrgica Belgo-Mineira S.A) apelou contra sentença obtida pela Cobraco Comercial Brasileira de Aço Ltda e outros em primeira instância que decidiu pela condenação da ré ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes da progressiva interrupção das atividades comerciais das autoras. A peça inicial e parte da instrução foi baseada no julgamento do CADE no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.004086/2000-21, que apurou condutas predatórias das empresas Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira, Gerdau S.A. e Siderúrgica Barra Mansa S.A. no mercado de vergalhões de aço.

Conforme apurado no processo administrativo, as empresas acusadas teriam imposto preços acima daqueles que seriam praticados em um cenário competitivo, além de dividir o mercado de fornecimento de vergalhões de aço. À época, as Requeridas detinham cerca de 97% do *market share* no mercado de vergalhões. Durante a instrução foram reunidas evidências que sustentaram a condenação das acusadas, para as quais foi acordada contribuição pecuniária equivalente a 7% dos seus respectivos faturamentos obtidos no ano anterior ao início da investigação, além de terem firmado TCC com remédios comportamentais para evitar novas práticas ilícitas¹⁰².

No âmbito dessa ARDC, a Arcelor Mittal do Brasil alega, dentre outros pontos, que: (i) houve prescrição; e que (ii) as provas seriam insuficientes pois "[...] as apeladas apenas aproveitaram trechos do julgamento do CADE, não sendo incorporada, nos autos, a íntegra do documento"; (iii) o

¹⁰² CADE. Processo administrativo nº 08012.004086/2000-21.

perito judicial demonstrou que não analisou as provas dos autos; (iv) não era ônus da requerente produzir prova negativa; o ônus da prova nesse caso era das apeladas, em consonância com o art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil (CPC). O recurso, contudo, foi indeferido.

Em relação ao mérito, a decisão em primeira instância foi mantida. Da mesma forma, quanto à prescrição, foi mantido o entendimento da primeira instância de que: (i) em relação ao pleito de dano moral e à imagem, entendeu o juízo de origem que estavam prescritos, considerando o transcurso do prazo superior a 3 (três) anos constantes do atual código civil; (ii) quanto às perdas e danos, dois grupos foram considerados: 1. Prejuízos oriundos da prestação de serviços e 2. Prejuízos oriundos das relações de distribuição. O primeiro grupo foi considerado prescrito ante a rescisão do contrato outrora firmado entre as partes, ocorrida em 09/04/2001. Quanto ao segundo grupo, concluiu-se que não haveria prescrição, pois, “[...] as últimas relações comerciais ocorreram em 2003 e 2004”, razão pela qual não havia transcorrido prazo superior a 3 (três) anos, negando a apelação, ao final, constatando que, além de não ter havido prescrição, haveria evidência de cartel e do dano diretamente sofrido pelo autor da ação.



TJMG - TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº
1.0024.06.984815-8/033

“Assim, apesar do esforço dos procuradores da parte autora no sentido de arrimar o pedido de indenização na responsabilidade extracontratual ou aquiliana entendendo que os danos sofridos por elas advêm diretamente do contrato firmado. 96. Não há como se condenar

a ré pelas condutas anticoncorrenciais reconhecidas pelo CADE, pois há imensa dificuldade - para não impossível - em se quantificar os danos gerados nas economias das empresas autoras, além disso, houve condenação das três empresas e essa ação somente fora proposta contra a BELGO MINEIRA. 97. **Portanto, correta a decisão de primeiro grau que reconheceu e julgou os pedidos iniciais reconhecendo as condutas anticoncorrenciais dentro do contrato**".

Por fim, a Apelação nº 0030899-82.2004.8.26.0602 (TJSP) ocorreu no âmbito de ação ordinária de rescisão contratual c.c. reparação de danos movida pelo Laboratório Bio Vet Ltda. contra a Air Liquide Brasil Ltda.. A ação foi embasada no Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, relacionado ao cartel de gases industriais. Em primeira instância, a ré foi condenada ao pagamento de R\$ 336.223,00, encontrado em perícia, valor esse que teria sido cobrado a maior do Laboratório. A Air Liquide recorreu alegando que (i) houve prescrição e que teria ocorrido a "[...] quitação dos valores ora cobrados, já que no decorrer da relação contratual as faturas foram honradas normalmente, sem qualquer ressalva pelos representantes da acionante"; e que (ii) os preços que vigoraram sob a égide de contrato estavam em conformidade com a "economia do País".

Quanto à prescrição, a decisão em segunda instância considerou que "[...] a discussão se refere ao período compreendido entre janeiro de 2000 a julho de 2004" de modo que, considerando o prazo de três anos, a ação poderia ter sido proposta até 11/01/2006 (tendo sido protocolada ainda em 2004). Quanto ao mérito, considerou que o apelo da AIR Liquide seria igualmente infundado, ao entender que "[...] o ponto culminante da ação era se houve ou não prática abusiva de preços, o que restou indicado pela prova pericial contábil."



Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível: AC 0030899-
82.2004.8.26.0602 – TJSP

“Importante destacar que caberia à ré comprovar que a acionante não realizou todos os pagamentos a maior, como afirmou, através de notas ou recibos, o que não fez.

As testemunhas de fls. 1636/1649, pouco ou nada esclareceram quanto à discussão, já que não souberam informar precisamente como eram realizadas as negociações e reajustes entre as empresas litigantes, ou mesmo se teriam acertado valores de forma verbal.

E veja-se que ainda que não seja a requerente destinatária final do nitrogênio líquido, e ou mesmo que não se aplique o CDC para o caso, como bem ponderado pelo MM. Juiz a quo, tal é pouco relevante para o deslinde da questão, pois **o ponto culminante da ação era se houve ou não prática abusiva de preços, o que restou indicado pela prova pericial contábil.**

Com relação à alegação de que a autora teria dado quitação dos valores, pois pagara as faturas sem quaisquer ressalvas, importante destacar que essa assertiva não se mostra precisa, já que inconformada com o preço que vinha honrando pelo produto ingressou com Interpelação Judicial, como igualmente fundamentado pelo magistrado singular.

Assim, outra não poderia ser a solução da lide, senão o acolhimento do pedido de rescisão contratual, com a devolução do valor pago a maior, encontrado pelo perito (R\$ 336.223,00)".

Capítulo 4. Percepção setorial: entrevistas com *stakeholders* sobre ARDCs no Brasil

Como uma das principais etapas empíricas do estudo, entre novembro de 2021 e março de 2022, foram realizadas trinta e duas entrevistas com profissionais vinculados a escritórios de advocacia, bem como membros da academia que se dedicam a pesquisas sobre direito concorrencial. Para tal, a equipe elaborou um modelo de questionário com base em pesquisa bibliográfica, contendo vinte perguntas sobre o tema. Três principais grupos de agentes foram entrevistados: (i) advocacia privada; (ii) membros da academia; e (iii) integrantes do poder público.

Foram reunidos nomes de advogados atuantes na matéria por meio de buscas sobre ações de reparação por danos concorrenciais, incluindo escritórios de grande porte que lidam com ações de reparação por danos concorrenciais; escritórios de médio e pequeno porte especializados em direito concorrencial e/ou ações de reparação por danos concorrenciais. A amostra dos entrevistados no meio jurídico também foi selecionada a partir de *rankings* de advocacia na área de direito concorrencial, a exemplo de: (i) Leaders League, (ii) The Legal 500 e (iii) Chambers & Partners.

Quanto à academia, constam dentre os entrevistados: (i) pesquisadores que publicaram artigos de opinião ou acadêmicos sobre reparação privada de danos concorrenciais em portais como IBRAC e Google Scholar; e (ii) pesquisadores que têm como objeto de estudo atual ações de reparação por danos concorrenciais por meio de pesquisa em portais

profissionais (LinkedIn) e *websites* institucionais de instituições de ensino superior e *think tanks*. No âmbito do poder público, foi entrevistado um membro do CADE.

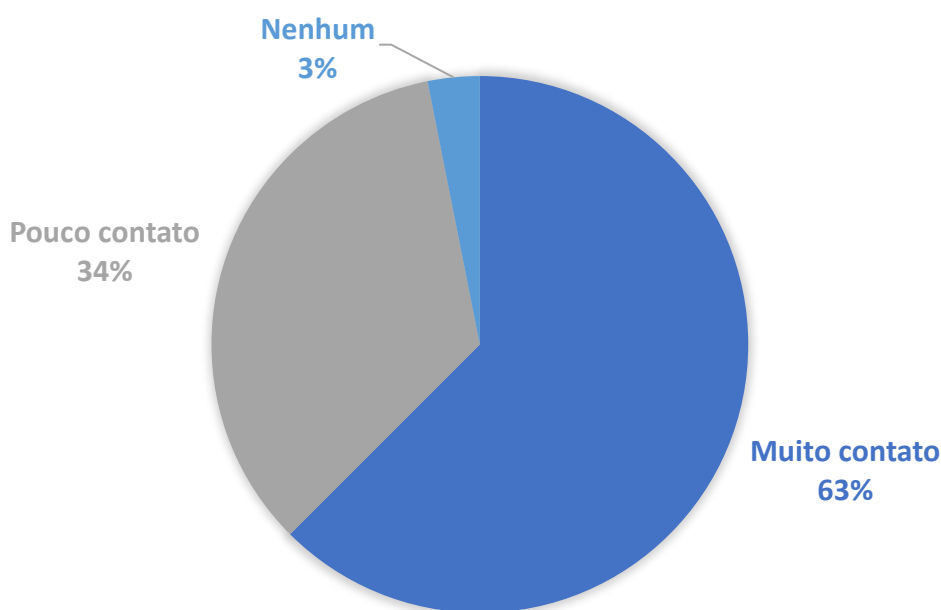
Cabe observar ainda que tais entrevistas foram anonimizadas: técnica adotada para permitir que os profissionais comentassem os pontos com maior liberdade. Todas as entrevistas foram realizadas *online*, por meio das plataformas (i) Zoom, (ii) Microsoft Teams ou (iii) Google Meets, e duraram o tempo necessário para que o entrevistado respondesse a totalidade das perguntas – em geral, entre 1h e 1h30min. Foi adotada a *Chatham House rule*, em que, para as respostas, os entrevistados não teriam a sua identidade e nem a sua filiação reveladas, a fim de manter o mais rígido grau de revelação de perspectivas, impressões e conhecimento nas perguntas. Por essa razão, as respostas apresentadas neste capítulo estão anonimizadas e foram escolhidas com base na robustez argumentativa e detalhamento da opinião do entrevistado.

Basicamente, as perguntas foram divididas em dois grandes blocos: (i) mapeamento de obstáculos; e (ii) mapeamento de propostas de solução. Neste capítulo, trataremos de perguntas relacionadas ao primeiro bloco, dentre elas, estão: I- Contato com o tema: (i) recorrência do contato dos entrevistados com o tema; e (ii) se já foram procurados por adquirentes indiretos; II- Quanto à perspectiva sobre a área: (i) a que se pode atribuir o histórico de poucas ARDCs no Brasil; e (ii) se é possível afirmar qual o grau de êxito nas ARDCs no país; III – Quanto aos obstáculos para a aplicação privada do Direito da Concorrência: (i) se as vítimas de atos anticoncorrenciais têm (algum grau) de consciência sobre a existência das ações privadas de reparação civil (considerando (a) multinacionais, (b) nacionais de grande porte, (c) nacionais de médio porte e (d) nacionais de pequeno porte); (ii) se há alguma dificuldade na identificação dos afetados pelo ilícito concorrencial para posteriormente

oferecer algum serviço jurídico; e (iii) se há dificuldade para a obtenção de provas; IV- Quanto à prescrição: (i) se é claro o prazo prescricional que deve ser considerado para as ações privadas em direito da concorrência; e (ii) se está claro o marco inicial para a contagem desse prazo.

Quando perguntados sobre a recorrência do contato com ações privadas de reparação civil em direito da concorrência¹⁰³, a maioria dos entrevistados (vinte) reportaram que tinham bastante contato com ARDCs, enquanto onze disseram ter pouco contato e apenas um entrevistado disse não ter nenhum contato.

Gráfico 17 – Contato com o tema de ARDCs



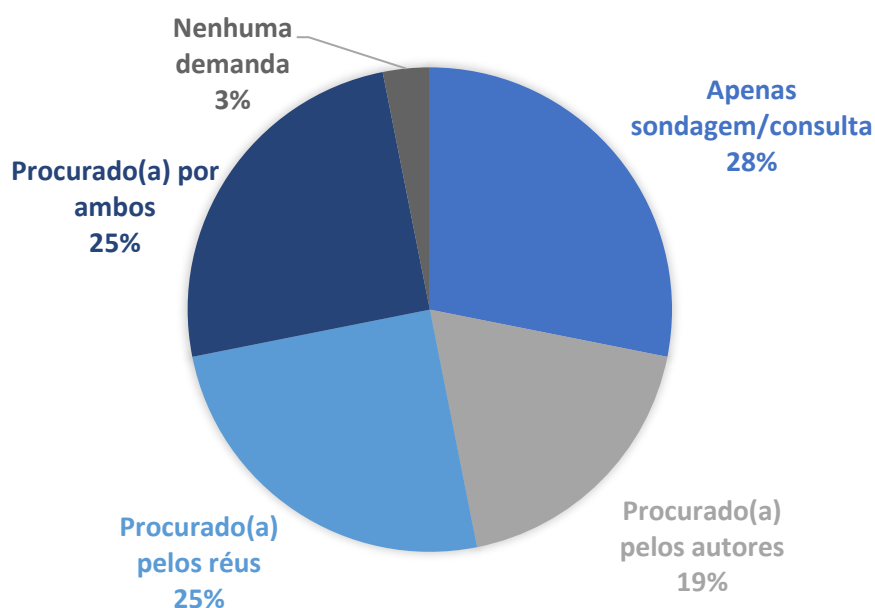
Fonte: Elaboração própria.

Foi perguntado qual o tipo de demanda por processos dessa natureza que os entrevistados tinham, e se já havia sido procurado por grupos que

¹⁰³ Pergunta: O quão recorrente foi seu contato com ações privadas de reparação civil em Direito da Concorrência?

representem clientes para a proposição dessas ações¹⁰⁴. Das respostas coletadas: (i) oito entrevistados disseram que já/são procurados por réus, (ii) seis disseram ser/terem sido procurados por autores, (iii) oito disseram que são procurados por ambos, (iv) nove disseram ser/terem sido procurados apenas para sondagem/consulta sobre o tema; e (v) apenas um entrevistado disse nunca ter tido demanda por ARDCs.

Gráfico 18 – Demanda por ARDCs



Fonte: Elaboração própria.

Na sequência, os entrevistados foram questionados sobre como é a proteção do adquirente indireto no Brasil, segundo suas experiências e se já tiveram contato com algum caso que envolvesse esse tipo de consumidor¹⁰⁵. Apenas quatro entrevistados disseram que tiveram contato com casos envolvendo consumidores indiretos, enquanto vinte e oito

¹⁰⁴ Pergunta: Qual é o tipo de demanda por processos dessa natureza? Já foi procurado/a por grupos que representem clientes para a proposição dessas ações?

¹⁰⁵ Pergunta3: Como é hoje a proteção do adquirente indireto no Brasil, segundo a sua experiência? Já teve contato com algum caso que envolvesse esses consumidores?

disseram não terem tido contato com esse tipo de consumidor. As seguintes opiniões foram selecionadas:

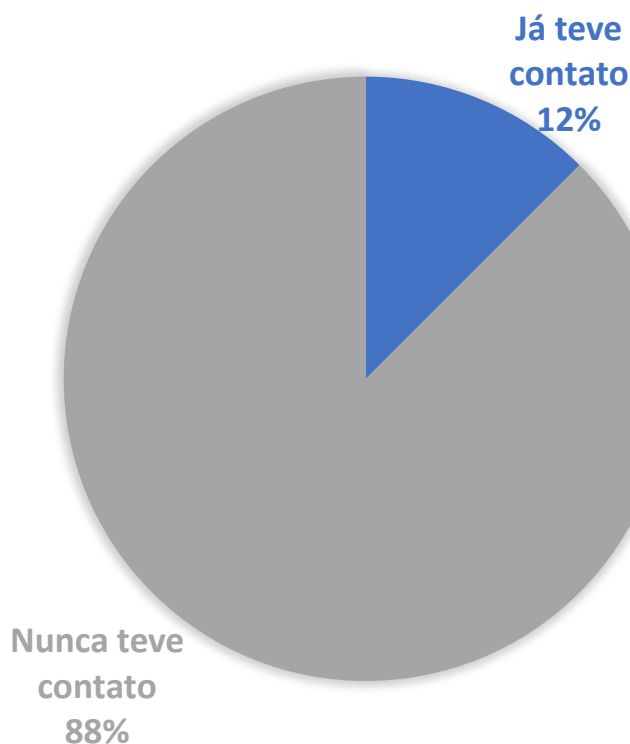
"A primeira delas é a barreira informacional: pessoas físicas não sabem que podem buscar danos sofridos por um cartel, e ao mesmo tempo não entendem o repasse de preço ao produto comprado. A segunda é a barreira processual: o Brasil não conta com um processo civil coletivo eficiente: não há nada parecido com a *class action* americana. Existe uma cultura que vê o acesso à justiça como custoso."

"Não vejo e não tive contato. O maior problema do Brasil é o nexo causal: quem ao final suportou o dano. Acredito que os juízes brasileiros teriam a sensibilidade para pensar a partir da resposta do cartelista. Como é uma matéria fora do conhecimento do judiciário, tenho a impressão de que ele não tem o alcance para fazer essa diferenciação."

"Esse tema se relaciona com a *pass-on defense*, já que acresce dificuldade às demandas. Se houve dano, ele não foi sofrido diretamente pelo demandante, e sim pelo consumidor final. Isso acrescenta muita incerteza sobre o resultado de uma demanda como essa. Talvez caiba até uma discussão sobre legitimidade ativa. **No Brasil, se o consumidor acaba sendo o agente que sofre o dano no fim da cadeia, a rigor ele tem uma pretensão reparatória, porém terá um desafio de provar o dano e seu impacto, bem como a diluição dele na cadeia consumerista."**

"Já vi caso de dano indireto. Há um problema informacional pelo baixo volume de consulta. Não é uma ação simples, não dá para confiar na jurisprudência e não consigo fazer um *assessment* para dizer se é provável que você ganhe. Há também a barreira cultural de convencer os legitimados da ação civil pública a entrarem com esse tipo de ação."

Gráfico 19 – Contato com casos de adquirente indireto no Brasil



Fonte: Elaboração própria.

Ao tratar das perspectivas no Brasil, foi perguntado ao que se pode atribuir o histórico de poucas ARDCs no país¹⁰⁶. Como se trata de uma pesquisa de percepção, a ideia era primeiro obter uma resposta espontânea do entrevistado com relação à sua experiência para justificar o número baixo de ações no setor. Mais especificamente, ao passo que as perguntas estimuladas/induzidas são mais estruturadas e direcionadas, em geral contendo opções de resposta predefinidas que podem, em maior ou menor grau, apresentar um viés ao sugerir determinadas respostas ou

¹⁰⁶ Pergunta: A que ou a quem se pode atribuir o histórico de poucas ARDCs no Brasil?

opções; as perguntas espontâneas são abertas e não direcionadas, conferindo maior liberdade aos participantes para expressar opiniões, experiências e ideias¹⁰⁷.

De uma forma geral, os entrevistados destacaram a demora para o transcurso de ARDCs como o principal obstáculo para o desenvolvimento desse perfil de ação, o que acaba sendo um reflexo dos altos custos envolvidos. No caso de representações coletivas, o alto grau de dependência do Ministério Público também foi considerado um fator que sinaliza um cenário em que poucas ARDCs são propostas:

(i) **“As ARDCs podem levar 10-15 anos até uma decisão final. O tempo médio de transcurso dessa ação é o principal óbice. A característica do judiciário brasileiro em geral é um óbice. (...) Não é devido a inércia do CADE. O CADE tem trabalhado na detecção e dissuasão, além de divulgar as decisões. Uma economia brasileira mais concentrada em relação aos EUA produz um receio para demandar judicialmente contra fornecedores e ocorrer uma represália.”**

(ii) **“O principal obstáculo é o custo judicial (de tempo). Tem um custo muito alto do judiciário, principalmente o custo sucumbencial e o tempo. A insegurança jurídica se reflete no custo. (...). Quando o Ministério Público não propõe uma ARDC, é mais difícil grupos de consumidores se organizando para pleitear esse tipo de reparação.”**

Também foi reforçada a falta de conhecimento dos potenciais autores sobre o assunto e o pouco incentivo pré-Lei nº 14.250/2022 aos litigantes para propor ARDCs:

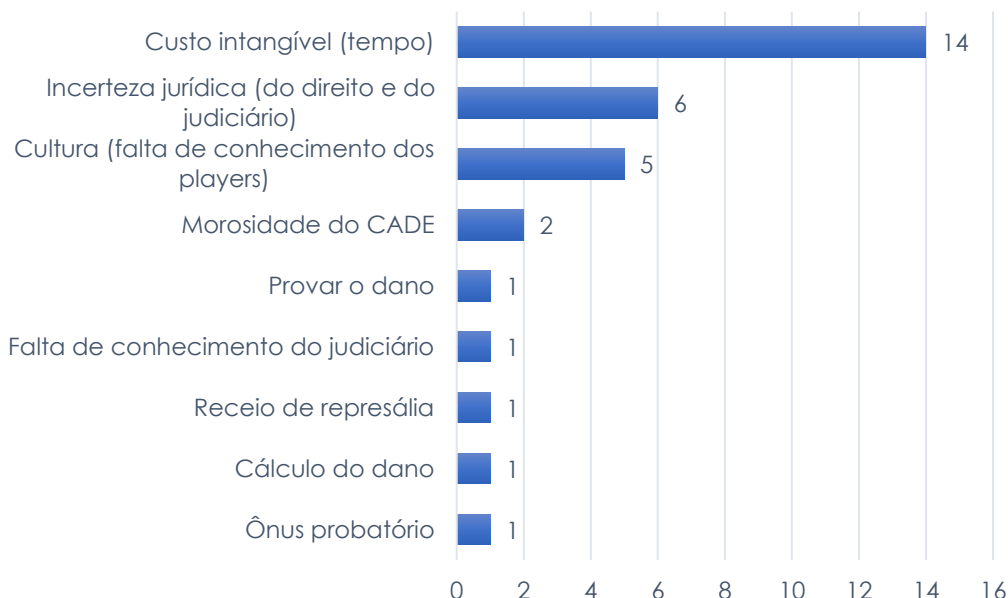
¹⁰⁷ INSTITUTO PHD. Qual a diferença entre pesquisa estimulada e pesquisa espontânea. 20/06/2011. Disponível em: < <https://www.institutophd.com.br/qual-a-diferenca-entre-pesquisa-estimulada-e-pesquisa-espontanea/>> Acesso em: 10/06/2023.

“Apesar da alta litigância no Brasil, essa matéria ainda falta conhecimento principalmente dos autores das ações e organização de grupos lesados. Do ponto de vista das empresas, ainda há uma barreira cultural de “não processar” para “amanhã não ser processado”, mesmo que isso tenha diminuído. Falta conhecimento da metodologia das ARDCs. Quando as empresas veem os valores envolvidos, elas tomam o risco desse aspecto cultural. O processo civil brasileiro dá poucos incentivos para os lesados moverem ações, como a *class action* nos EUA. Nos EUA, a empresa que lesionou é obrigada a dar conhecimento aos lesados sobre seu ilícito e a possibilidade de reparação.”

A maioria dos entrevistados (quatorze) disse que o grande problema é o custo intangível (tempo), enquanto seis disseram que o principal problema é a incerteza jurídica (do direito material e do judiciário). Cinco falaram que a cultura (falta de conhecimento dos *players*) do mercado é o maior empecilho.

Dois reportaram que é a morosidade do CADE o principal problema, enquanto um entrevistado considerou que não há um problema principal, mas sim a combinação de cinco obstáculos, quais sejam: (i) o ônus probatório, (ii) o cálculo do dano, (iii) o receio de represália, (iv) a falta de conhecimento do judiciário, e (v) prova do dano. Como seria de se esperar, diversos fatores contribuem para um número baixo de ARDCs, embora os entrevistados tenham majoritariamente apontado o fator tempo, mesmo quando associado a outros temas que também representam obstáculos a ações:

Gráfico 20 – Opinião sobre motivo de poucas ARDCs no Brasil



Fonte: Elaboração própria.

Identificada a questão sobre obstáculos via pergunta espontânea, o entrevistador questionou sobre até que ponto os altos custos de um processo judicial, incluindo os tangíveis e intangíveis, como tempo despendido, afetam a proposição de ARDCs e se isso é um ponto questionado pelos clientes¹⁰⁸.

Vinte e nove entrevistados disseram que os altos custos judiciais afetam muito a proposição de ARDCs e que são frequentemente questionados por clientes sobre tal custo, enquanto apenas três entrevistados falaram que tais custos afetam pouco a proposição de ARDCs. Embora os custos tangíveis tenham sido mencionados (como custo de manutenção do processo, pareceres técnicos e econômicos, em especial para o cálculo do dano etc.), o ponto principal que se extraiu dos entrevistados, agora

¹⁰⁸ Pergunta: Até que ponto os altos custos de um processo judicial (tangíveis e intangíveis, como tempo despendido) afetam a proposição de ARDCs? Isso é um ponto questionado pelos clientes?

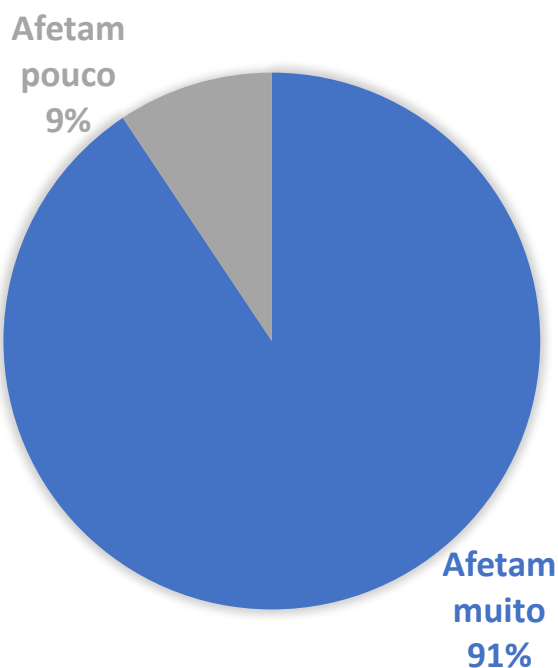
em pergunta específica, foi novamente o tempo do processo, considerado não apenas como principal obstáculo, mas como muito relevante.

(i) **“Afeta muito, continua sendo um problema. Os clientes sempre questionam o custo judicial quando se interessam por propor a ARDCs. Muitas vezes aceitam uma negociação extrajudicial não favorável para evitar o custo e tempo judicial. As empresas que trabalhei não encaram o processo como custoso por meio de honorários, e sim pelo tempo.”**

(ii) **“Era e ainda é um problema. A ARDC não é para qualquer advogado. Ele tem que se acostumar com o trabalho da perícia. O tempo reflete também no custo do advogado. ARDCs demoram muito. Não vejo evolução e mudanças para mitigar os custos do processo judicial. O direito concorrencial é ainda para poucos no Brasil e assusta: falta conhecimento no tema.”**

(iii) “Os custos tangíveis são os custos relacionados a captação do cliente, a manutenção dos processos demorados, e até a comunicação com o cliente. De uma forma geral, ainda há um problema de acesso à justiça para o consumidor final, pois elas não veem o judiciário acessível e barato. Além disso, é um processo complexo: depende de parecerista, de cálculo de sobrepreço. O mercado financeiro pode auxiliar financiando esse tipo de demanda e indiretamente contribuindo para o acesso à justiça. Para quem investe nas causas internacionais, é barato para arcar com custos brasileiros devido à moeda. **O tempo é um problema em geral. Ainda existe uma demora em relação a análise desse tipo de ação no Brasil.** A criação de varas especializadas pode mitigar esse problema.”

Gráfico 21 – Opinião sobre até que ponto os altos custos judiciais afetam a proposição de ARDCs



Fonte: Elaboração própria.

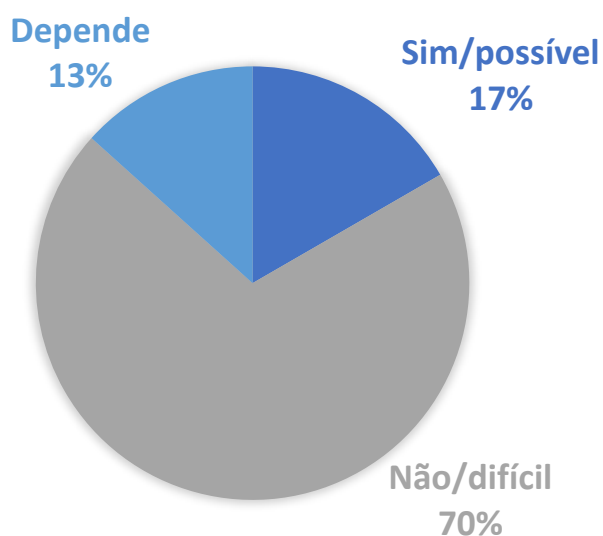
De forma a aprofundar a questão relacionada aos custos intangíveis, foi perguntado também se é possível afirmar qual o grau de êxito nas ARDCs¹⁰⁹. A maioria dos entrevistados (vinte e um) responderam que não é possível ou que é difícil, enquanto cinco entrevistados reportaram que é possível e quatro entrevistados disseram que depende das circunstâncias de cada caso:

¹⁰⁹ Pergunta: É possível afirmar qual o grau de êxito para o causador do ato ilícito nos processos dessa natureza?

(i) **“Não é possível estimar o percentual de êxito: depende do tribunal. Em Minas Gerais é mais favorável, em São Paulo é mais incerto. A maior parte das ações do cartel de cimento foi julgada sem resolução de mérito. Outras ações tiveram sucesso, como as ARDCs do cartel de vergalhões de aço e o cartel dos gases dependem do tribunal.”**

(ii) **“Desconheço uma sentença transitada em julgado. Não há histórico de sucesso, mas há probabilidade de sucesso. No Brasil demora de 15-20 anos. No exterior é bem diferente, 5-7 anos – 90% em acordo e 10% em decisão. Nos EUA, a ação corre mais rápida, mas tem a barreira da jurisdição do ilícito. Na Europa, Holanda, Alemanha e Inglaterra, nessa ordem, costumam ser mais rápidos.”**

Gráfico 22 – Opinião sobre estimativa do grau de êxito de ARDCs



Fonte: Elaboração própria.

Para aprofundar pontos associados a obstáculos decorrentes de fatores culturais, os entrevistadores indagaram ao grupo escolhido para a presente pesquisa se as vítimas de atos anticoncorrenciais têm (algum

grau) de consciência sobre a existência das ações privadas de reparação civil¹¹⁰. Para essa pergunta, se estabeleceu os seguintes cenários de percepção para empresas: (i) multinacionais, (ii) nacionais de grande porte, (iii) nacionais de médio porte e (iv) nacionais de pequeno porte.

Para as empresas multinacionais, todos os trinta e dois entrevistados responderam que essas empresas têm consciência de ARDCs. No que tange às empresas de grande porte, vinte e três entrevistados responderam que esse tipo de empresa tem consciência de ARDCs, enquanto nove responderam que elas não têm. O cenário, no entanto, começa a mudar de forma relevante para as empresas de menor porte. Para as empresas de médio porte, sete entrevistados responderam que elas têm consciência desse tipo de ação, enquanto vinte e cinco responderam que elas não têm consciência de ARDCs.

Já para as empresas de pequeno porte, dois entrevistados responderam que elas têm consciência de ARDCs, enquanto a maioria absoluta (trinta entrevistados) respondeu que elas não têm. A percepção majoritária, portanto, é que empresas pequenas não tem consciência desse tipo de ação indenizatória no Brasil:

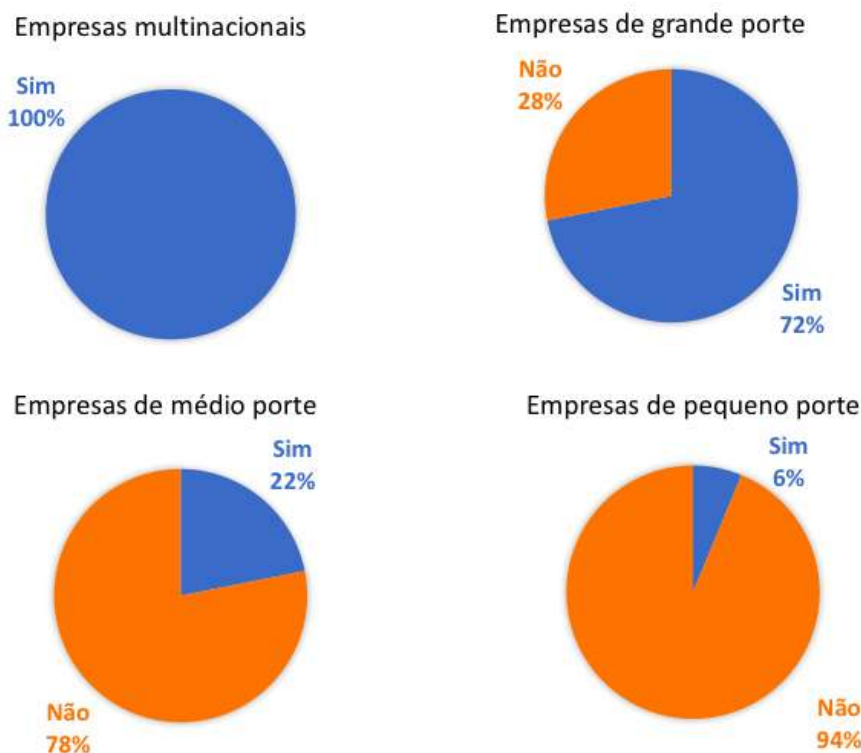
“Nem todas. Multinacionais tem consciência plena, as empresas grandes do Brasil, a maior parte tem, principalmente se tem um departamento de antitruste. Empresas médias não têm tanta, e empresas pequenas não tem. A advocacia privada tem que acabar com assimetria informacional e trazer o advocacy. A maioria do dinheiro está no eixo do polo passivo, o que acaba limitando a discussão pela maioria dos advogados de antitruste e novas ações.”

¹¹⁰ Pergunta: As vítimas de atos anticoncorrenciais têm a consciência da existência das ações privadas de reparação civil? O que a advocacia privada pode fazer para auxiliar esses indivíduos?

Houve, no entanto, uma resposta que fez uma comparação com departamentos jurídicos internacionais, chamando a atenção que, no Brasil, mesmo multinacionais teriam uma baixa consciência sobre esse tipo de demanda:

“O nível de *awareness* é baixo. Seja local, pequeno, médio porte e multinacionais no Brasil (o jurídico brasileiro têm um *awareness* muito baixo). O *awareness* é muito grande no exterior, mas em raros casos o jurídico do exterior envolve o jurídico brasileiro. O projeto de recuperação de dano geralmente é tocado pela matriz. A advocacia tem dificuldade de estar dos dois lados do polo passivo. Financiamento de litígios (*funding*) pode fomentar a atuação da advocacia privada. É muito difícil convencer os clientes a pagarem honorários para ARDC, então a maioria pede para trabalhar no êxito, por isso que o financiamento externo e interno do escritório é importante.”

Gráfico 23 – Opinião sobre consciência de vítimas sobre ARDCs



Fonte: Elaboração própria.

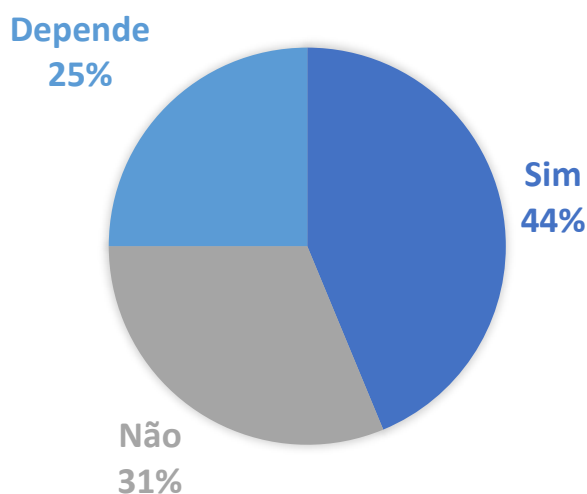
Foi perguntado também se há alguma dificuldade na identificação dos afetados pelo ilícito concorrencial para posteriormente oferecer algum serviço jurídico¹¹¹. Quatorze entrevistados disseram que há dificuldade na identificação de vítimas, enquanto dez responderam que não há dificuldade. Oito entrevistados responderam que depende das circunstâncias. Parte dos entrevistados relataram que a dificuldade de identificação, embora exista, seria menor para grandes lesados. Mas houve quem chamasse a atenção para o fato de que o processo de *enforcement* público não tem por objetivo identificar lesados como um entrave adicional para a propositura de ARDCs no Poder Judiciário:

¹¹¹ Pergunta: Há alguma dificuldade na identificação dos afetados pelo ilícito concorrencial para posteriormente oferecer algum serviço jurídico?

(i) “Tem. Obviamente alguns grandes lesados os advogados conseguem identificar. **Mas a lista de clientes representativos das empresas você nunca vai ter, sempre vai ter um cliente inesperado. Em termos de deterrence, se o public enforcement desse um pouco mais de visibilidade, seria muito representativo.**”

(ii) “Tem, pois não é a preocupação do CADE. Ele está preocupado em comprovar a existência do cartel e não quais clientes foram afetados pelo cartel. Provar que foram afetados é difícil para os clientes.”

Gráfico 24 – Dificuldade na identificação dos afetados pelo ilícito concorrencial



Fonte: Elaboração própria.

Superados os aspectos preliminares, a pesquisa questionou se é claro o prazo prescricional que deve ser considerado para as ações privadas em

direito da concorrência, bem como o marco inicial para a contagem desse prazo¹¹².

Quanto ao marco inicial para a contagem do prazo prescricional, observando o Código Civil, vinte e dois entrevistados disseram que o prazo inicial não é claro, enquanto dez disseram que esse marco é claro. Quanto ao período do prazo prescricional, houve empate. Dezesesseis entrevistados disseram que esse prazo é claro, enquanto outros dezesesseis consideraram que o prazo prescricional não é claro. Contudo, em sua maioria, os entrevistados opinaram que questões relacionadas ao prazo prescricional deixaram de ser um problema de grandes dimensões, uma vez que a jurisprudência vem auxiliando nesse impasse:

“Foi um grande problema no início. Hoje não é um grande problema pela jurisprudência do STJ. Falta só um caso de cartel para sacramentar esse problema. **É um problema nas cortes inferiores, mas o PLS 283/2016 tende a mitigar isso. Sempre fomos conservadores no prazo de 3 anos. O problema realmente era o termo inicial. O termo inicial melhorou muito ao longo dos anos ao considerar a ciência inequívoca.**”

Os entrevistados destacaram que a interpretação pode variar de tribunal para tribunal:

¹¹² Pergunta: Observando o Código Civil, é clara a decisão sobre qual prazo prescricional deve ser considerado para as ações privadas em Direito da Concorrência? E quanto ao marco inicial para a contagem desse prazo?

“O início da contagem é o mais complicado. O prazo é facilmente solucionado: são 3 anos. E o dano é extracontratual. Na primeira instância tem de tudo. Já nos Tribunais já resolveu: dano extracontratual e 3 anos. **Quanto ao início da contagem, em São Paulo, conta sobre a decisão final do CADE, apesar de ter 2 ou 3 casos contrários a esse posicionamento. Se for consumidor final, o prazo é de 5 anos**, pois aplica o CDC, mas não há ações desse tipo.”

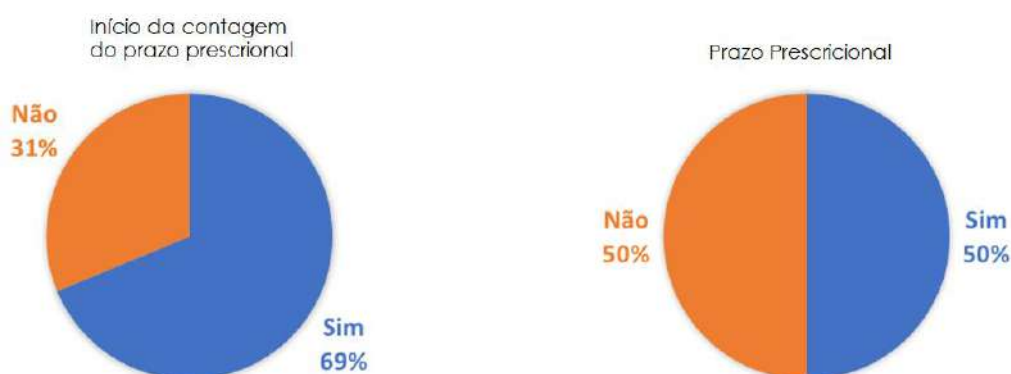
Há, contudo, uma parcela de entrevistados que ainda considera que há uma falta de clareza quanto ao prazo de prescrição e ao marco inicial da contagem:

“Não é clara. Por exemplo, **o cartel de vergalhão de aço aplicou o *actio nata* e acabou com a demanda**, o que dá um grau de incerteza muito grande. Sim, gera dúvidas, pois depende da teoria de prescrição que o juiz vai aplicar. A depender do Projeto de Lei n.º 11.275/2018, pode resolver.”

Por fim, parte dos entrevistados ressaltou que o posicionamento quanto ao tema pela primeira instância e nos tribunais de segunda instância e superiores podem divergir:

“No STJ, não é um problema. **O posicionamento deles é a partir de que tenha a ciência inequívoca.** Mas nos tribunais de primeira instância, é difícil emplacar essa tese. Depende do juiz quanto ao entendimento da decisão do CADE. A tendência ao longo do tempo é que seja favorável aos autores o estabelecimento da prescrição.”

Gráfico 25 – Opinião sobre se o marco inicial da contagem e o prazo prescricional geram dúvidas (observando o Código Civil)



Fonte: Elaboração própria.

Seguindo os questionamentos com relação a aspectos que podem consubstanciar obstáculos à propositura de ARDCs, se indagou aos entrevistados se há alguma dificuldade na obtenção de provas de ilícitos concorrenciais para embasar o processo judicial¹¹³, dezessete entrevistados falaram que há muita dificuldade, enquanto quinze

¹¹³ Pergunta: Há alguma dificuldade na obtenção de provas de ilícitos concorrenciais para embasar o processo judicial?

entrevistados disseram haver pouca dificuldade na obtenção de provas de ilícitos concorrenciais. Dentre os entrevistados que consideraram que há muita dificuldade para a obtenção de provas de ilícito, destacou-se a falta de atualização da jurisprudência para auxiliar as demandas *follow-on*:

“É um enorme obstáculo. **Quem busca uma ação de follow-on não tem todos os instrumentos para provar o nexo causal que alega.** A obtenção de prova no processo civil assegura ao litigante quais provas ele precisa obter, o que não se sabe ou se tem acesso no âmbito do direito concorrencial para provar o dano. Não houve alteração de jurisprudência administrativa e judicial para acesso às provas, tampouco mudanças na lei.”

Contudo, dentre as respostas, houve ainda destaques para evoluções recentes. Muitos ressaltaram que, mesmo que ainda exista dependência do CADE para obtenção de provas, a Resolução nº 21 de 2018 contribuiu para trazer maior clareza e para ampliar o acesso às provas:

“Sim, pois as empresas dependem do CADE para conseguir provas. Após a Resolução nº 21 de 2018, foi um grande incentivo para diminuir os obstáculos. Talvez tenha um aumento de ARDCs com esse novo conjunto de provas que as empresas podem construir em cima. Não sei qual foi o efeito colateral em acordos de leniência.”

Outro avanço importante destacado diz respeito à decisão da Terceira Turma do STJ em sede do Recurso Especial nº 1.554.986/SP, que deliberou

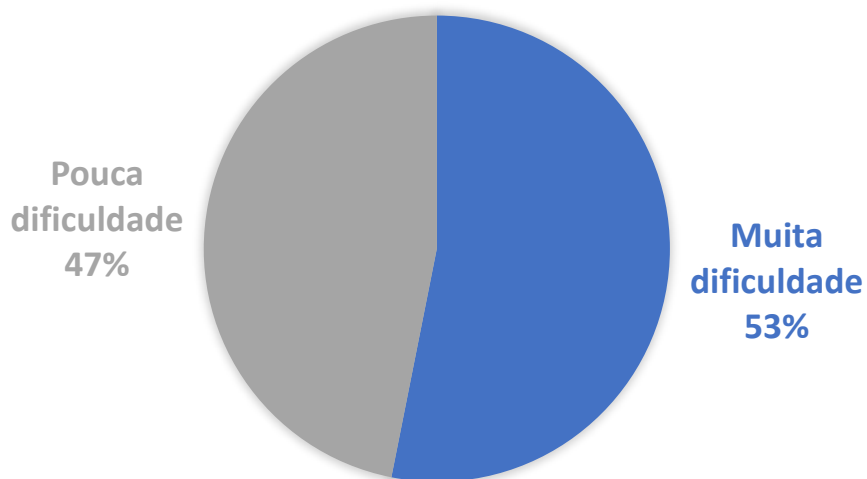
pela limitação da confidencialidade de dados de acordo de leniência firmado com o CADE.

“Havia dificuldade até o acórdão do Min. Bellizze, momento em que os argumentos estavam sendo testados. O acórdão deu diretrizes claras. Esse precedente tem sido invocado em todos os casos. No entanto, nos casos atuais ele ainda não chegou a ser debatido.”

Por fim, quanto à dificuldade de reunir provas que demonstrem que houve dano ao autor da ação em decorrência de ilícito concorrencial, alguns entrevistados destacaram a diferença entre o CADE e o judiciário quanto à presunção e à obtenção de provas:

“Era e ainda é um problema. É o principal problema (o *quantum debeat* é pior). Há camadas de defesa: a primeira é do *an debeat*. Se não conseguir, vai para a prova indireta. No judiciário, não se pode lidar com presunção, diferentemente do CADE que está acostumado a lidar com isso. Portanto, é uma missão difícil e inglória. No Brasil, o sistema é muito engessado ainda. Não vejo uma melhora quando tiver um *case law* suficiente para amparar os advogados em critério de prova.”

Gráfico 26 – Opinião sobre há dificuldade na obtenção de provas de ilícitos concorrenciais



Fonte: Elaboração própria.

Capítulo 5. Benchmarking Europeu: sistematização de medidas pró-ARDCs

Como já identificado, o PLS 283/2016, posteriormente convertido na Lei nº. 14.250/2022, era considerado como potencial solução para alguns dos obstáculos identificados para o fomento de ARDCs. Esse movimento legislativo foi inspirado em legislação promulgada na União Europeia, razão pela qual os movimentos europeus (inclusive mais recentes) são um bom paradigma para avaliar o sucesso das alterações legislativas, bem como a necessidade de medidas suplementares ao marco de indenização brasileiro.

Por outro lado, o modelo americano não pareceu adequado como *benchmarking* a ser utilizado para o desenvolvimento de uma estratégia legislativa e infralegal de persecução privada de danos decorrentes de ilícitos anticoncorrecionais. Isso porque, ainda que elementos possam ser utilizados para fins de comparação, a estrutura de persecução privada do direito concorrecional norte-americano é bastante consolidada, de modo que diversas barreiras ainda existentes no Brasil já foram, há muito, superadas nos EUA, sobretudo ao se ter em conta a existência de uma cultura já desenvolvida de judicialização de casos concorrecionais, inexistindo uma relação de dependência em relação à Federal Trade Commission – FTC ou ao Department of Justice – DOJ, órgãos concorrecionais norte-americanos.

Diferentemente do modelo americano, que possui um amplo histórico de ARDCs há décadas, até períodos recentes, a Europa apresentou um perfil de problemas mais similar ao Brasil, o que fez com que a Comissão Europeia empreendesse esforços legislativos (e, como será visto mais a frente, orientativos) para fomentar a persecução privada do direito concorrencial. Em particular, o modelo europeu sempre se preocupou com a harmonização entre as medidas de *enforcement* privado e público, de forma a garantir que os custos e benefícios da aplicação privada sejam avaliados de forma a fortalecer o sistema de aplicação da lei concorrencial como um todo. Apenas avaliação e determinação de parâmetros necessários a um sistema ideal possibilitarão que os formuladores de políticas públicas elejam os mecanismos mais eficazes para incentivar a atuação tanto de atores públicos quanto de atores privados¹¹⁴.

5.1 Baseline europeu: razões metodológicas para comparação com o Brasil

O primeiro ponto de comparação entre as duas normas, para verificação das alterações legislativas, diz respeito à similaridade da legislação e do modelo de *enforcement*, embora dentro de um contexto de mercado

¹¹⁴ Kai Hüschelrath and Sebastian Peyer. Public and Private Enforcement of Competition Law. A different Approach. CCP Working Paper 13-5. April 2013, p. 1. A necessidade de uma interação eficiente entre o sistema público e o sistema privado como forma de salvaguardar o bom funcionamento das políticas concorrenciais é trazida nas considerações da Diretiva nº 2014/104/UE Considerando o seguinte: (...) (6) Para assegurar a efetiva aplicação privada no âmbito do direito civil e a efetiva aplicação pública pelas autoridades da concorrência, ambos os instrumentos são necessários para interagir de forma a assegurar a máxima eficácia das regras da concorrência. Importa regular com coerência a articulação entre as duas formas de aplicação, por exemplo, em relação aos acordos em matéria de acesso aos documentos detidos pelas autoridades da concorrência. Essa articulação a nível da União permitirá também evitar divergências em matéria de regras aplicáveis, que poderiam comprometer o bom funcionamento do mercado interno." EUR-Lex. Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DA> Acesso em: 27/02/2022.

comum. Cabe rememorar o Tratado de Roma de 25 de março de 1957, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE). Objetivando trabalhar a integração e o crescimento econômico europeu por meio das trocas comerciais, o tratado criou um mercado comum assentado na livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais¹¹⁵.

O tratado, assim, concebe um espaço econômico unificado, no qual a livre concorrência entre as empresas é um estímulo à busca por eficiência e competitividade por parte dos Estados-membros, bem como de seus agentes econômicos. Dentro do contexto histórico, o Tratado de Roma sucede o Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (1951), que já possuía previsões voltadas à tutela à livre concorrência, como proibições de restrições ao mercado e integrações de empresas que viessem a determinar preços, controlar ou restringir cadeias de produção ou distribuição de mercadorias.

O modelo serviu para conter o abuso de agentes detentores de um poder sobre a economia dentro do território da comunidade europeia. Assim, gradativamente, se tornou possível minar práticas desfavoráveis à concorrência, como o protecionismo exacerbado e a concessão de subsídios. A partir desses preceitos, a integração econômica entre os Estados-membros foi regulada, permitindo a consolidação de uma conjuntura mais equitativa na UE¹¹⁶.

¹¹⁵ EUR-Lex. Tratado de Roma (CEE). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:xy0023> Acesso em: 27/02/2022.

¹¹⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito Antitruste. 4ª. ed. São paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=skFnDwAAQBAJ&pg=PT75&lpg=PT75&dq=tratado+de+roma+comunidade+europeia+antitruste&source=bl&ots=Av37N_YN6j&sig=ACfU3U3BTK2oQio2CDtU6Zi5WFKD1D632g&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiys5vRqPTmAhVvEbKGHcAWDGUQ6AEwDXoECA0QAQ#v=onepage&q=tratado%20de%20roma%20comunidade%20europeia%20antitruste&f=false. Acesso em: 27/02/2022

As principais regras antitruste contidas nos arts. 81º e 82º do Tratado de Roma¹¹⁷ disciplinam acordos entre empresas e decisões de associações de empresas que são passíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros.

A Comissão Europeia é a responsável pela aplicação e monitoramento do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Ela tem poderes para aplicar as regras do tratado, bem como poderes de investigação, como poder de inspeção em instalações comerciais e não comerciais, de solicitar informações por escrito, entre outros. A Comissão pode inclusive impor multas aos violadores das regras antitruste¹¹⁸. No plano interno, aplicável individualmente aos países, cada Estado-membro possui sua respectiva Autoridade Concorrencial Nacional (*National Competition Authority - NCA*), as quais são competentes para aplicar as regras de forma a garantir que a concorrência não seja restringida.

Em 13 de dezembro de 2007, foi assinado pelos Estados-membros da União Europeia (UE) o Tratado de Lisboa, que emendou o Tratado da União Europeia (TUE, 1992), o Tratado de Roma (TCE, 1957), o renomeando para Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). O TFUE entrou em vigor em 2009 estabelecendo regras centrais à política antitruste europeia. De forma geral, o artigo 101º do Tratado¹¹⁹, ou artigo 81º do

¹¹⁷ O Tratado de Roma passou por diversas vezes, sendo atualmente designado "Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia" (TFUE). Os supramencionados artigos 81º e 82º do TCE são os atuais artigos 101º e 102º do TFUE. EUR-Lex. Versões Consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A02016ME%2FTXT-20160901>
Acesso em: 27/02/2022

¹¹⁸ Comissão Europeia. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/overview_en.html. Acesso em: 27/02/2022.

¹¹⁹ Artigo 101.º (ex-artigo 81.º TCE)

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:

Tratado de Roma, proíbe acordos entre duas ou mais empresas que impeçam, restrinjam ou falseiem a concorrência. A disposição abrange os acordos horizontais, isto é, entre concorrentes que operam no mesmo nível da cadeia de abastecimento e os acordos verticais, que são os que ocorrem entre empresas que operam em diferentes níveis, como acontece nos acordos estabelecidos entre fabricantes e seus

-
- 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.
- EUR-Lex. Versões Consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A02016ME%2FTXT-20160901> Acesso em: 27/02/2022

distribuidores¹²⁰. Por sua vez, o artigo 102º do Tratado¹²¹, ou artigo 82º do Tratado de Roma, proíbe que uma ou mais empresas explorem de forma abusiva uma posição dominante em um mercado interno ou em uma parte substancial deste.

Ocorre que, por algum tempo, a possibilidade de aplicação privada do direito concorrencial no direito comunitário europeu foi alvo de controvérsias. Embora a doutrina majoritária sustentasse que, tanto o *enforcement* público quanto o privado eram cabíveis, a inexistência de suporte legal específico sobre as ações privadas obrigou que os tribunais se manifestassem nos casos concretos sobre a aplicabilidade da norma antitruste prevista nos artigos 101º e 102º do TFUE (antigos artigos 81º e 82º

¹²⁰ Comissão Europeia (UE). Competition: Antitrust. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/overview_en.html. Acesso em: 27/02/2022

¹²¹ Artigo 102.º (ex-artigo 82.o TCE)

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."

EUR-Lex. Versões Consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A02016ME%2FTXT-20160901>. Acesso em: 27/02/2022.

do Tratado de Roma¹²²) por autores privados.¹²³ A jurisprudência comunitária consolidou, assim, a aplicabilidade do TFUE às relações entre particulares. A Comissão Europeia tem afirmado que ações privadas constituem um importante complemento ao seu papel de executor público, sendo úteis para o *enforcement* público das regras antitruste e à mitigação de práticas anticoncorrenciais¹²⁴.

Os tribunais nacionais tiveram a aplicação das disposições dos art. 101º e 102º do TFUE ampliadas com o Regulamento nº 1/2003, passando a aplicar não apenas o direito da concorrência nacional, mas igualmente o direito da concorrência da UE (art. 6º do Regulamento). O Regulamento nº 1/2003 teve importante papel no processo de modernização da legislação referente à aplicação das regras europeias de concorrência nos Estados-membros. Isso porque foi baseado nele que os tribunais passaram a aplicar e fazer cumprir o disposto nos arts. 101º e 102º do TFUE¹²⁵. Tanto que alguns autores classificam o Regulamento revolucionário em matéria de direito concorrencial comunitário. A

¹²² Cabe esclarecer que antes do início da vigência do Tratado de Lisboa (em 01/12/2009), os artigos que tratavam das regras de concorrência na Comunidade Europeia eram os artigo 81º e artigo 82º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (TECE) (Roma, 1957). Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, houve uma reforma e renumeração dos tratados europeus. Como resultado dessa renumeração, os antigos artigos 81º e 82º do Tratado CE foram renomeados como artigo 101º e artigo 102º do TFUE, respectivamente. Os conteúdos e princípios desses artigos permanecem essencialmente os mesmos, tratando de práticas anticompetitivas, acordos restritivos e abuso de posição dominante no mercado.

¹²³ LOURES, Bernardo de A. da R., O Enforcement privado das normas da concorrência em Portugal e na União Europeia e a nova diretiva nº 2014/104/EU. Revista Jurídica vol. 02, nº. 43, Curitiba, 2016. p.662.

¹²⁴ CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES (CEPS); ERASMUS UNIVERSITY ROTTERDAM (EUR); LUISS GUIDO CARLI (LUISS). Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Report for the European Commission. Roma, Bruxelas, Roterdã, 2007. 671p. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf Acesso em: 27/02/2022. p.27

¹²⁵ Comissão Europeia. A serviço dos consumidores. Instituições da UE e a política da concorrência. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/consumers/institutions_pt.html#legislation. Acesso em: 27/02/2022.

ascensão do regulamento possibilitou a operacionalização das regras concorrenciais definidas nos Tratados mencionados previamente¹²⁶.

Os tribunais nacionais são responsáveis pela aplicação privada das normas antitruste. Tal responsabilidade é evidenciada na consideração nº 7 do Regulamento Nº 1/2003¹²⁷, segundo a qual a função dos tribunais nacionais é essencial para a aplicação das regras comunitárias de concorrência. Isso porque, quando deliberam sobre litígios particulares e concedem indenizações às vítimas das infrações, acabam por salvaguardar direitos da legislação comunitária. Têm, assim, um papel complementar ao das autoridades dos Estados-membros, tendo igual competência para aplicar os artigos 81º e 82º do Tratado (atualmente 101º e 102º do TFUE) (conf. art. 6º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho). Por isso é primordial que os sistemas público e privado estejam alinhados para que, aplicando os preceitos concorrenciais, seja possível salvaguardar direitos particulares e coletivos.

Embora fosse considerado como um importante instrumento de *enforcement*, havia o diagnóstico de um baixo índice de ações privadas de recuperação de danos concorrenciais, o que ocorreria sobretudo em função da forma como os Estados-membros europeus se organizam e ao entendimento de que a aplicação pública do direito concorrencial seria mais efetiva na dissuasão de práticas anticoncorrenciais. Além disso, esse

¹²⁶ LOURES, Bernardo de A. da R., O Enforcement privado das normas da concorrência em Portugal e na União Europeia e a nova diretiva nº 2014/104/EU. Revista Jurídica vol. 02, nº. 43, Curitiba, 2016. pp.656 - 672. DOI: 10.6084/m9.figshare.4667872. p.660.

¹²⁷ "Considerando o seguinte:(...) (7) Os tribunais nacionais desempenham uma função essencial na aplicação das regras comunitárias de concorrência. Ao deliberarem sobre os litígios entre particulares, salvaguardam os direitos subjectivos decorrentes do direito comunitário, nomeadamente através da concessão de indemnizações às vítimas das infracções. Neste capítulo, o papel dos tribunais nacionais vem complementar o das autoridades dos Estados-membros responsáveis em matéria de concorrência. Assim, é necessário permitir-lhes que apliquem integralmente os artigos 81.o e 82.o do Tratado." EUR-Lex. Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DA> Acesso em: 27/02/2022.

diagnóstico também apurou que a aplicação privada na Europa da Lei concorrencial seria complexa e teria sido pouco desenvolvida¹²⁸, dificultando ações de recuperação de danos particulares¹²⁹. Esse ponto colocou o sistema europeu como um parâmetro semelhante ao brasileiro.

O *enforcement* privado do direito concorrencial é tido por muitos autores europeus como a forma primordial de assegurar o objetivo da justiça corretiva perante tribunais para reparar perdas e danos sofridos por violação da lei antitruste¹³⁰. São apontados como benefícios do sistema privado os incentivos dos *enforcers* privados para buscar acesso às melhores informações, bem como a quantidade de recursos quando comparados com os *enforcers* públicos¹³¹.

No entanto, na realidade da Comunidade Europeia, as autoridades públicas, em geral, concentravam parte significativa do *enforcement* de políticas antitruste¹³². Nesse contexto, ficou clara a imprescindibilidade da adoção de estratégias favoráveis capazes de estimular o procedimento

¹²⁸ Um estudo realizado em 2004 para a Comissão Europeia considerou as ações de indenização um estado de “subdesenvolvimento total”, conforme podemos apreender do relatório “Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios” produzido pelo Centre for European Policy Studies (CEPS); Erasmus University Rotterdam (EUR); Luiss Guido Carli (LUISS). CEPS; EUR; LUISS. Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Report for the European Commission. Roma, Bruxelas, Roterdã, 2007. p.09. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf Acesso em: 27/02/2022.

¹²⁹ BOVIS, Christopher H, CLARKE, Charles M..Private Enforcement of EU Competition Law. Liverpool Law Rev (2015) 36:49–71 DOI 10.1007/s10991-015-9164-9. Acesso em: <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10991-015-9164-9>. p. 51

¹³⁰ WILS, W. (2009), The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages, World Competition 32, 3–26. *apud* Kai Hüschelrath and Sebastian Peyer. Public and Private Enforcement of Competition Law. A different Approach. CCP Working Paper 13-5. April 2013. p. 45.

¹³¹ HÜSCHEL RATH, kai; PEYER, Sebastian. Public and Private Enforcement of Competition Law. A different Approach. CCP Working Paper 13-5. April 2013. p. 5.

¹³² Centre for European Policy Studies (CEPS); Erasmus University Rotterdam (EUR); Luis Guido Carli (LUISS). Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Report for the European Commission. Roma, Bruxelas, Roterdã, 2007. p.09. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf Acesso em: 27/02/2022.

de ações indenizatórias em âmbito privado, se iniciando um grande movimento legislativo nessa direção. Agora, para descrever em maiores detalhes como se deu esse movimento legislativo, seguem o histórico e principais elementos das etapas que levaram à criação do maior instrumento nessa direção: a Diretiva nº 2014/104/UE, de 2014.

5.2 Construção do marco legal europeu de reparação de danos concorrenciais

Objetivando mitigar a baixa aplicação privada do direito concorrencial, em 2005 e 2008, a Comissão Europeia publicou, respectivamente, os livros verde e branco. Os Livros Verdes, publicados pela Comissão, são documentos destinados à promoção de reflexões a nível europeu sobre um assunto específico, convocando todos a participar do processo de consulta e debate das propostas apresentadas¹³³. Por sua vez, os Livros Brancos são documentos com propostas de ação da União Europeia para temas específicos, como o das ações de indenização por dano antitruste. Os Livros Brancos buscam abrir o debate com o público com o objetivo de chegar a consensos políticos¹³⁴. Os Livros Verdes constituem o ponto de partida para as propostas trazidas nos Livros Brancos.

Os livros publicados em 2005 e 2008 relacionados às ações privadas de indenização, buscaram eliminar óbices ao exercício da pretensão reparatória das vítimas de violações à livre concorrência¹³⁵. Eles ratificam, portanto, a necessidade de harmonização entre os sistemas público e privado para que, alcançando seus fins específicos, ambos possam salvaguardar os direitos dos agentes, consumidores e empresas. Tanto que as propostas e discussões geradas pelo Livro Verde e materializadas pelo

¹³³ EUR-Lex. Glossário das sínteses. Livro Verde. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green_paper.html?locale=pt Acesso em: 27/02/2022.

¹³⁴ EUR-Lex. Glossário das sínteses. Livro Branco. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/white_paper.html Acesso em: 28.01.2021.

¹³⁵ HÜSCHEL RATH, kai; PEYER, Sebastian. Public and Private Enforcement of Competition Law. A different Approach. CCP Working Paper 13-5. April 2013. p. 5.

Livro Branco conduziram à criação da Diretiva nº 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu¹³⁶.

5.2.1 Livro verde: propostas para fomentar ações de indenização

A Comissão Europeia publicou, em 19 de dezembro de 2005, o Livro Verde sobre ações de indenização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitruste. Trata-se de um documento que teve por objetivo iniciar uma consulta pública e promover um debate sobre ARDCs no âmbito da União Europeia. A publicação abrangeu questões relacionadas à compensação por danos causados por ilícitos concorrenciais e buscou mapear obstáculos que as vítimas enfrentam ao propor ações dessa natureza. Basicamente, o documento inclui uma série de perguntas a serem disponibilizadas para a contribuição do público, como: (i) acesso a provas; (ii) cálculo de danos; (iii) prescrição; e (iv) relação entre o *enforcement* público e privado.¹³⁷

O Livro Verde, ao tratar apenas das ações de indenização por infração à legislação antitruste, busca compensar as vítimas de práticas anticoncorrenciais e garantir a plena eficácia das regras do TFUE no que se refere ao direito concursal; busca também dissuadir comportamentos anticoncorrenciais e contribuir à manutenção da livre concorrência na Comunidade Europeia. Tópicos como a disponibilidade de elementos probatórios; a culpa; o interesse dos consumidores; o custo das ações; a estrutura das indenizações; a competência das jurisdições e

¹³⁶ WOLLENSCHLÄGER, Ferdinand; WURMNEST, Wolfgang; MÖLLERS, Thomas. Introduction. Private Enforcement of European Competition and State Aid Law: Current Challenges and the Way Forward. Kluwer Law International, 2020.

¹³⁷ Comissão das Comunidades Europeias (UE) The Green Paper - Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust - Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005DC0672&from=PT> Acesso em: 27/02/2022.

a legislação aplicável estiveram entre as principais questões discutidas no Livro Verde¹³⁸.

A defesa dos consumidores e compradores que buscam intentar uma ação de indenização também é uma questão discutida no livro verde. Isso porque, compreendendo a vulnerabilidade desse grupo frente às relações mercadológicas, a necessidade de formas específicas de proteção aos interesses dos consumidores é trazida, como a utilização de ações coletivas que servem para agrupar pequenos pedidos de indenização em uma só ação. Também é aventada a possibilidade de ações propostas por associações de consumidores¹³⁹.

5.2.2 Livro branco: definição de diretrizes para políticas públicas

Em 2 de abril de 2008 foi elaborado o Livro Branco “Ações de indenização por descumprimento das regras comunitárias no domínio antitruste”. Basicamente, o documento consiste no resultado consolidado da consulta pública e debates sobre ARDCs fomentados por meio do Livro Verde. Além de apresentar o resultado da consulta pública, o Livro Branco teve como propósito aprofundar a análise dos desafios e questões identificados no Livro Verde e apresentar propostas específicas para o aprimoramento das ARDCs na União Europeia.

O Livro Branco objetivava, portanto, o desenvolvimento de políticas públicas que incentivassem o ajuizamento de ações privadas para reparação dos danos causados pelo descumprimento do TFUE, de modo que qualquer indivíduo, empresa ou associação vítimas de dano

¹³⁸ LOURES, Bernardo de A. da R., O Enforcement privado das normas da concorrência em Portugal e na União Européia e a nova diretiva nº 2014/104/EU. Revista Jurídica vol. 02, nº. 43, Curitiba, 2016. pp.656 - 672. DOI: 10.6084/m9.figshare.4667872. p.663.

¹³⁹ Comissão das Comunidades Europeias (UE) The Green Paper - Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust - Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005DC0672&from=PT> Acesso em: 27/02/2022.

proveniente de infrações às normas concorrenciais tenha meios suficientes para impor a reparação ao causador do prejuízo¹⁴⁰. A melhoria das condições jurídicas para que as partes lesadas possam obter a indenização assegurada pelas normas nacionais e comunitárias é, portanto, o seu ponto central, enquanto a indenização plena é seu primeiro e mais importante princípio orientador. O livro, porém, foi pouco abrangente quanto aos aspectos processuais da aplicação privada, deixando em aberto a questão de múltiplas recuperações de danos.

Em breve síntese, o Livro Branco abordou propostas relacionadas a: (i) acesso a evidências; (ii) distribuição do ônus da prova; (iii) critérios para limitação dos danos indenizáveis, considerando a proporcionalidade, causalidade e natureza do dano; (iv) prescrição; (v) sugestões sobre como as decisões das autoridades antitruste podem ser utilizadas como prova em ações de indenização, facilitando a sua consideração pelos tribunais; e (vi) papel dos tribunais nacionais, incluindo propostas para fornecimento de orientações e formação específica.

O Livro Branco deve ser utilizado em conjunto com dois documentos de trabalho referente aos serviços da Comissão, que são: (i) o documento de trabalho da Comissão (Commission Staff Working Document on Actions for Damages in Antitrust Cases)¹⁴¹; e o (ii) relatório de avaliação de impacto¹⁴². O primeiro tece considerações pormenorizadas da base do

¹⁴⁰ Comissão das Comunidades Europeias (UE) LIVRO BRANCO sobre ações de indenização por descumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust. Comissão das Comunidades Europeias. Bruxelas, 2.4.2008 COM(2008) 165 final p.1. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1602872217907&uri=CELEX:52008DC0165> Acesso em: 27/02/2022.

¹⁴¹ Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules {COM(2008) 165 final} {SEC (2008) 405} {SEC (2008) 406} /* SEC/2008/0404 final. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:52008SC0404>> Acesso em: 22/06/2023.

¹⁴² COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT Damages actions for breach of the EU antitrust rules Accompanying the proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on certain rules governing actions for

Livro Branco e fornece um panorama da legislação comunitária em vigor. O segundo, por sua vez, examina eventuais benefícios e prejuízos das diferentes opções de política geral. O livro busca mecanismos de compensação mais eficazes, de modo a direcionar os custos das infrações àqueles que descumpriram a lei e não às vítimas de suas práticas. Isso porque, a existência de mecanismos para as pessoas afetadas buscarem indenização aumenta a probabilidade de detecção de práticas ilegais e de responsabilização dos infratores¹⁴³. O documento aponta também para combinação de medidas comunitárias e nacionais como meio de promover a segurança e a proteção dos consumidores de forma unificada¹⁴⁴.

Em 26 de março de 2009 foi editada a Resolução do Parlamento Europeu sobre o Livro Branco a respeito das ações de indenização por descumprimento das regras comunitárias no domínio antitruste (2008/2154(INI))¹⁴⁵. A resolução traz diversas ponderações sobre as ações de indenização privadas. Dentre as considerações trazidas pelo documento, vale destacar a ausência de especificação sobre a base

damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union (Text with EEA relevance)

/* SWD/2013/0203 final */. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD:2013:203:FIN> > Acesso em: 22/06/2023.

¹⁴³ Comissão das Comunidades Europeias (UE) LIVRO BRANCO sobre acções de indemnização por descumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust. C/o/missão das Comunidades Europeias. Bruxelas, 2.4.2008 COM(2008) 165 final p.3. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1602872217907&uri=CELEX:52008DC0165> Acesso em: 27/02/2022.

¹⁴⁴ BOVIS, Christopher H, CLARKE, Charles M..Private Enforcement of EU Competition Law. Liverpool Law Rev (2015) 36:49–71 DOI 10.1007/s10991-015-9164-9. Acesso em: <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10991-015-9164-9>. p.52.European Commission (UE) Competition Antitrust: Action Damages. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html> Acesso em: 27/02/2022.

¹⁴⁵ Parlamento Europeu (UE) Resolução do Parlamento Europeu, de 26 de Março de 2009, sobre o Livro Branco sobre as acções de indemnização por descumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust (2008/2154(INI)) Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:117E:0161:0165:PT:PDF> Acesso em: 27/02/2022.

legal para ações, sendo proposto um exame que identifique base legal para a proposta de intervenção nos processos nacionais por danos não contratuais e no direito processual nacional, por exemplo.

5.2.3 A Diretiva nº 2014/104/UE, de 2014

Em 26 de novembro de 2014 o Parlamento Europeu e o Conselho publicaram a Diretiva nº 2014/104/UE¹⁴⁶, regramento direcionado às ações de indenização por infrações concorrenciais reguladas pelos Estados-membros ou pela própria União Europeia. Dentre os objetivos estão: (i) a garantia do acesso à justiça por parte das vítimas de violações concorrenciais; (ii) a promoção da compensação dos danos; (iii) a ampliação do acesso às provas; e (iv) a harmonização das regras de indenização por danos concorrenciais entre os Estados membros.

A diretiva ratifica os efeitos produzidos pelos artigos 101º e 102º do Tratado de Funcionamento da União Europeia nas relações entre particulares, estabelecendo regras aplicáveis àqueles que, após sofrer danos causados por uma infração ao direito da concorrência, desejem exercer o seu direito de promover uma ação indenizatória contra os ofensores. Para isso, ela busca eliminar os principais obstáculos a uma compensação efetiva e garantir uma proteção mínima aos cidadãos e empresas, em toda a União Europeia¹⁴⁷.

A diretiva versa sobre o direito à reparação integral (art. 3º da Diretiva): segundo a lógica do documento governamental, as pessoas singulares ou

¹⁴⁶ Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-membros e da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DA> Acesso em: 27/02/2022.

¹⁴⁷ ROTH, Wulf-Henning. In WOLLENSCHLÄGER, Ferdinand; WURMNEST, Wolfgang; MÖLLERS, Thomas. Private Enforcement of European Competition and State Aid Law: Current Challenges and the Way Forward. Kluwer Law International, 2020, p. 15-29.

coletivas que sofrerem danos causados por infrações do direito da concorrência têm o direito à reparação integral desses danos. Os Estados-membros assim devem assegurar que a pessoa que sofreu danos seja colocada na mesma posição em que estaria caso a infração ao direito concorrencial não tivesse ocorrido. O direito à reparação integral abrange danos emergentes e lucros cessantes acrescidos de juros¹⁴⁸.

Como ressalva, a Diretiva nº 2014/104/UE ao tratar do direito à reparação integral em seu art. 3º pondera que a reparação não pode conduzir à reparação excessiva, mediante indenizações punitivas ou múltiplas. As ações de indenização também devem se balizar pelos princípios da efetividade e da equivalência (art. 4º da Diretiva nº 2014/104/EU). O princípio da efetividade leva os Estados-membros a assumirem o compromisso de que todas as regras e processos nacionais relacionados às ações de indenização sejam concebidos e aplicados, de forma a garantir o exercício do direito de ação, o qual deve ser simplificado e efetivo.

O princípio da equivalência, por sua vez, prevê que as regras e os processos nacionais relativos a ações de indenização resultantes de infrações concorrenciais (art. 101º e 102º do TFUE) não podem gerar um resultado menos favorável à parte lesada em comparação aos provenientes de ações de indenização análogas resultantes de infrações ao direito nacional. Busca-se, assim, uma simetria entre os dispositivos comunitários e os regramentos internos aos Estado-membros¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions was signed into law on 26 November 2014 and published in the Official Journal of the European Union on 5 December 2014 - Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html Acesso em: 27/02/2022.

¹⁴⁹ Parlamento Europeu (UE) Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0104&from=pt#d1e816-1-1> Acesso em: 27/02/2022.

Para garantir esses objetivos, a Diretiva trata de questões probatórias como a divulgação dos elementos de prova (art. 6º), prazos prescricionais (art. 10º), responsabilidade solidária das empresas que causam danos por meio de um comportamento conjunto (art. 11º), efeito das decisões nacionais (art. 9º), quantificação dos danos (art. 17º) e resolução amigável dos litígios (art. 18º)¹⁵⁰.

5.2.4 Estágio de desenvolvimento de *private actions* na Europa

Mediante as inovações apresentadas no documento, foi estabelecido no artigo 21 da Diretiva que 27 de dezembro de 2016 seria o prazo final para que os Estados-membros adequassem seus respectivos sistemas jurídicos às determinações da Diretiva¹⁵¹. Embora, em alguns casos, os prazos estabelecidos tenham sido extrapolados, todos os Estados-membros conseguiram implementar e transpor as regras da diretiva nos seus sistemas jurídicos¹⁵². Dentre os efeitos pretendidos com a Diretiva nº

¹⁵⁰ LOURES, Bernardo de A. da R., O Enforcement privado das normas da concorrência em Portugal e na União Europeia e a nova diretiva nº 2014/104/EU. Revista Jurídica vol. 02, nº. 43, Curitiba, 2016. pp.656 - 672. DOI: 10.6084/m9.figshare.4667872. p.664.

¹⁵¹ "Artigo 21º

Transposição

1. Os Estados-membros põem em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva até 27 de dezembro de 2016. Os Estados-membros comunicam imediatamente à Comissão o texto dessas disposições.

Quando os Estados-membros adotarem essas medidas, estas incluem uma referência à presente diretiva ou são acompanhadas dessa referência aquando da sua publicação oficial. As modalidades dessa referência são estabelecidas pelos Estados-membros.

2. Os Estados-membros comunicam à Comissão o texto das principais disposições de direito interno que adotarem nas matérias reguladas pela presente diretiva."

Parlamento Europeu (UE) Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions was signed into law on 26 November 2014 and published in the Official Journal of the European Union on 5 December 2014 - Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html) Acesso em: 27/02/2022.

¹⁵² Conforme podemos ver no sítio eletrônico da Comissão Europeia: "On 24 January 2017, Letters of Formal Notice were sent to 21 Member States which failed to communicate full transposition by 18 January 2017. On 13 July 2017, Reasoned Opinions were sent to seven Member States which still had not communicated the full transposition of the Damages Directive by then. By the end of 2017, other four Member States have taken measures to implement the Directive in their national law. For all those Member States, infringement procedures were closed on 8 March 2018.

2014/104/UE podemos mencionar o aumento do número de ações indenizatórias (*follow-on actions for damages*) puramente compensatórias. Atualmente a Comissão Europeia está examinando se as regras de transposição dos Estados-membros aplicam a Diretiva de forma completa e correta¹⁵³.

Ao tratar dos efeitos pretendidos com a Diretiva, alguns autores¹⁵⁴ evidenciam que, antes mesmo do prazo final para a adequação às previsões da Diretiva, muito dos objetivos que os legisladores almejavam com a Diretiva já tinham se materializado em diversos países da União Europeia. Em particular porque o número de ações de indenização do tipo *follow-on* já havia aumentado em diversos Estados-membros desde 2005.

Como hipótese, a razão do aumento de ações indenizatórias pode estar na ampla discussão promovida pelo Livro Verde de 2005, pelo Livro Branco de 2008 e pela proposta legislativa de 2013. Adicionalmente, as iniciativas legislativas em nível nacional, devido à competição entre jurisdições para a atração de negócios jurídicos¹⁵⁵, pode ser apontada como um fator de impulsionamento para a propositura de ARDCs. A expectativa era de que

Bulgaria, Greece and Portugal adopted the necessary measures in the first months of 2018." European Commission. Competition. Antitrust. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html Acesso em: 27/02/2022.

¹⁵³ European Commission. Competition. Antitrust. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html Acesso em: 27/02/2022.

¹⁵⁴ WILS, Wouter P.J. Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future. Paper presented at the Mannheim Centre for Competition and Innovation Law and Economics Conference on Cartel Damages in Europe 10-11 November 2016 forthcoming in World Competition, Volume 40, Issue 1, March 2017. p.38-39. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/311678674_Private_Enforcement_of_EU_Antitrust_Law_and_its_Relationship_with_Public_Enforcement_Past_Present_and_Future Acesso em: 27/02/2022.

¹⁵⁵ Para mais ver o livro KOMNINOS, Assimakis P., EC private antitrust enforcement: decentralised application of EC Competition Law by national courts, [S.l.], 2009: HART, Retrieved from Cadmus, European University Institute Research Repository. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1814/8547> Acesso em 17/07/2023.

a Diretiva nº 2014/104/UE também estimulasse outros Estados-membros da UE ao desenvolvimento de ações de indenização do tipo *follow-on*, tal qual ocorreu de forma concreta em países como Alemanha, Holanda e Reino Unido¹⁵⁶.

¹⁵⁶ WILS, Wouter P.J. Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future. Paper presented at the Mannheim Centre for Competition and Innovation Law and Economics Conference on Cartel Damages in Europe 10-11 November 2016 forthcoming in World Competition, Volume 40, Issue 1, March 2017. p.38-39. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/311678674_Private_Enforcement_of_EU_Antitrust_Law_and_its_Relationship_with_Public_Enforcement_Past_Present_and_Future Acesso em: 27/02/2022.

Capítulo 6. Obstáculos versus possíveis soluções para o fomento de ARDCs

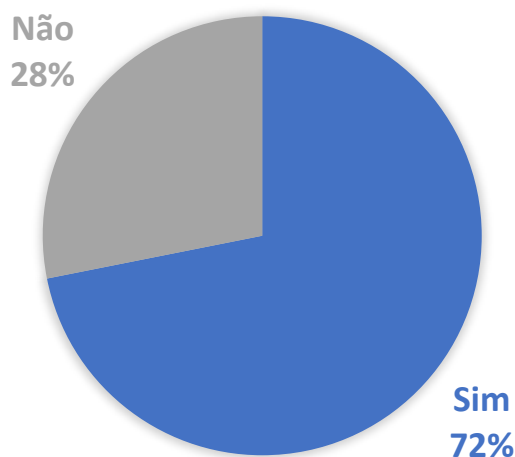
A partir dos elementos descritos acima, que abrangeram estudos doutrinários, além de pesquisas empíricas jurisprudenciais e qualitativas (a partir de entrevistas de percepção) com *stakeholders* do mercado brasileiro de defesa da concorrência, é possível averiguar quais eram os principais desafios relacionados ao incentivo para a propositura de ações de indenização de danos decorrentes de ilícitos concorrenciais. Esse *baseline* será importante para averiguar, em momento posterior, quais obstáculos ainda permanecem, mesmo diante das inovações trazidas pela Lei nº 14.250/2022, que alterou a Lei de Defesa da Concorrência, com o propósito para fomentar um número maior de ações.

Antes, porém, de iniciar uma avaliação de obstáculos e possíveis soluções, é importante mencionar que, apesar de todos os obstáculos associados à propositura de ARDCs, quando questionados se a tendência da ampliação de novos clientes nessa área é positiva para um futuro próximo¹⁵⁷, vinte e três entrevistados da pesquisa, sendo a maioria absoluta do setor privado, disseram que sim, enquanto apenas nove entrevistados responderam que não. Representando a percepção de uma tendência positiva para o futuro, foram sugeridas, principalmente, a utilização de *litigation finance* e a aprovação do PLS 283/2016 (que

¹⁵⁷ Pergunta nº 4: A tendência da ampliação de novos clientes nessa área é positiva para um futuro próximo?

efetivamente ocorreu, por meio da promulgação da Lei nº 14.470/2022 em 16 de novembro de 2022) para o fomento de ARDCs no Brasil:

Gráfico 27 – Opinião sobre tendência positiva para o futuro



Fonte: Elaboração própria.

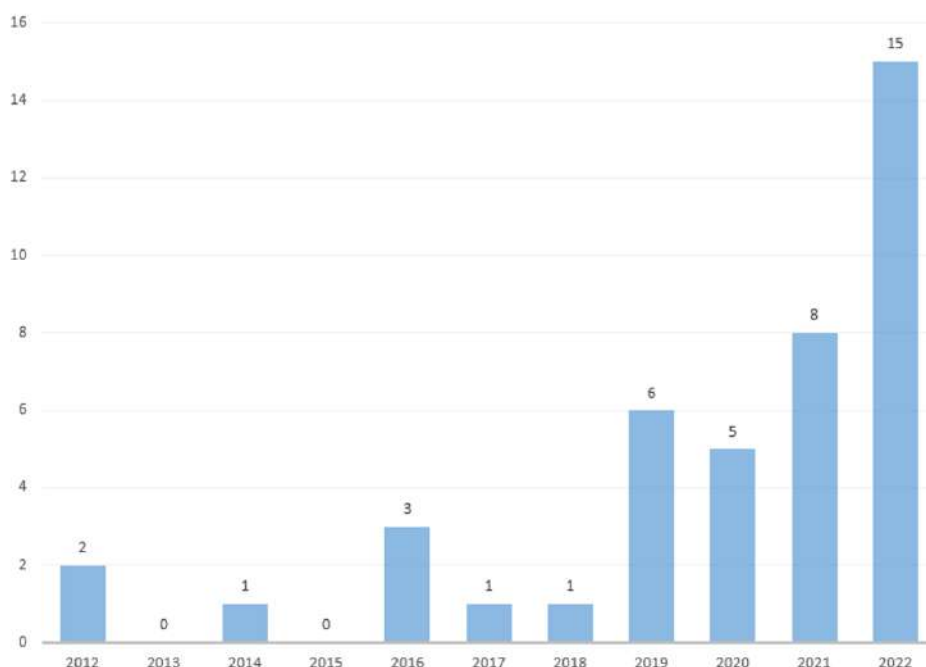
"No Brasil a tendência é aumentar. O PLS 283/2016 pode ajudar. O fato de ter um *finance litigation* também é viabilizado do ponto de vista econômico. Esse tipo de ação de direito coletivo em outros setores como ambiental e de direitos humanos tem tido sucesso, e ARDCs devem seguir o mesmo caminho. O fato de o caso do cartel do suco de laranja se dar certo internacionalmente vai abrir o olho de advogados e fundos de investimentos brasileiros. Havendo melhoras nas ferramentas processuais coletivas, além da mitigação demora, pode fazer que mais pessoas se sintam incentivadas a tentar ARDCs."

"Nós vemos um aumento. Principalmente diante de peculiaridades, como ARDCs movidas por Ministério Público que tendem a ser mais rápidas. A grande questão é que esse aumento é muito pequeno comparado a grande quantidade de condenações do CADE. Com

alguns ajustes no judiciário e legislativa, essa tendência poderia ganhar mais velocidade.”

Embora não tenha sido possível identificar o aumento de volume de ações de reparação cível em primeira instância, devido às limitações da pesquisa já explicadas anteriormente, foi possível identificar em 2022 um aumento significativo no número de casos julgados em segunda instância (aqui limitados a ações individuais de particulares que teriam sido lesados, não se aplicando aos casos do Ministério Público, que têm dinâmica distinta). Esse dado não necessariamente confirma a expectativa de crescimento das ações, mas ao menos sinaliza que o mercado dessas ações está se movimento, ainda que se refira a uma série de decisões relacionadas à prescrição em ações baseadas no Processo Administrativo nº 08012.008372/1999-14 – mercado de laranja.

Gráfico 28 – Ano de julgamento das apelações



Fonte: Elaboração própria.

De qualquer forma, ainda que os obstáculos permaneçam, existe um cenário de aumento de incentivo para a propositura dessas ações. Como um dos fatores mais relevantes introduzidos pela Lei nº 14.250/2022 está a previsão de *double damages*, a partir da qual os prejudicados por ações ilícitas concorrenciais passam a ter direito a ressarcimento em dobro. Tal solução foi inspirada no direito norte-americano, que aplica o *treble damages*. Mais especificamente, a doutrina do *treble damages* possibilita que aqueles que sofreram danos antitruste em seus negócios ou propriedade tenham o direito de recuperar três vezes seus danos, além dos custos processuais e honorários advocatícios (seção 4, Clayton Act, 15 U.S.C. § 15 (a)).

Embora, em um primeiro momento, pareçam ter uma motivação punitiva, os *treble damages* têm como propósito principal desestimular condutas anticoncorrenciais. A triplificação de danos tem na dissuasão de práticas anticoncorrenciais sua base lógica, devendo o custo da prática antitruste ser extenso e evidente, como ocorre nos casos de crimes de formação de cartel¹⁵⁸. Por fim, cabe mencionar que o Brasil seguiu a lógica estabelecida na Lei de Aprimoramento e Reforma das Penalidades Criminais Antitruste de 2004 (*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004* - ACPERA) que, em sua seção 213(a), oferece aos réus criminais que participam do Programa de Leniência Corporativa do DOJ,

¹⁵⁸ Existe enorme discussão a respeito do efeito do *private enforcement* sobre leniência. Tal efeito dissuasório tem se diluído com o aumento do *enforcement* público contra cartéis. O ex-chefe da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA, Donald I. Baker critica a doutrina de triplificação de danos, muitas vezes aplicada em uma realidade na qual muitos dos casos antitrustes são ambíguos, princípios legais são legitimamente contestados e hipóteses econômicas são produzidas. Para ele, a imprevisibilidade e o excesso de dissuasão podem vir a ser um problema à aplicação adequada da lei. O autor reforça a preocupação que autoridades governamentais têm quanto ao potencial enfraquecimento de programas de anistia e leniência. Isso porque o êxito da atuação das agências antitruste na cooperação dos participantes de condutas anticompetitivas está relacionado aos incentivos de celebração dos acordos de anistia, o que a previsão de sanções triplas acaba por mitigar ou mesmo inviabilizar. BAKER, Donald I. *Revisiting History - What Have We Learned about Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend to Others?* 16 Loy. Consumer L. Rev. 379 (2004). p.384.

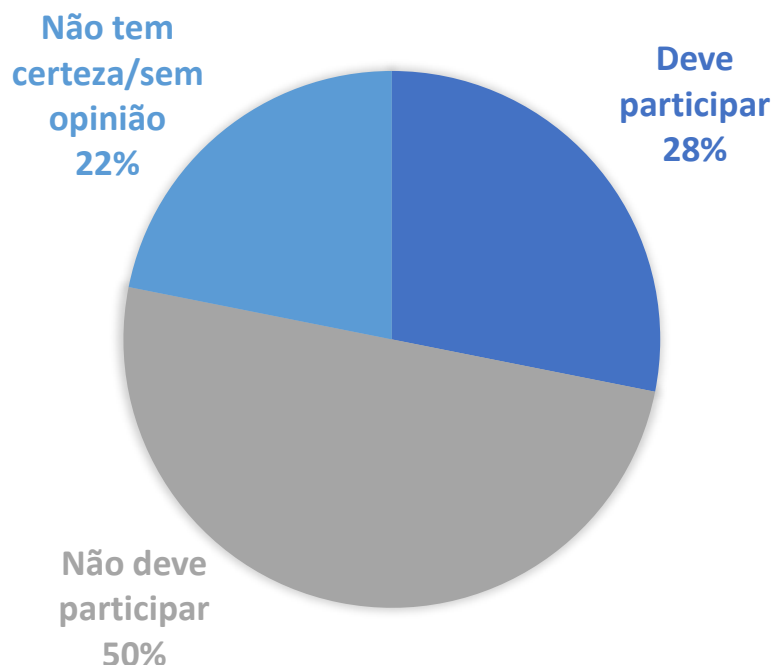
a oportunidade de limitar a responsabilidade civil a danos únicos e não triplos em casos nos quais os réus cooperem satisfatoriamente, aumentando o incentivo para a leniência¹⁵⁹.

Mesmo com incentivos maiores, a partir da indenização em dobro, há obstáculos que permanecem sendo relevantes. Entender como deveria ser uma estratégia para desenvolver ARDCs pode ser a forma mais eficiente de continuar o desenvolvimento dessa vertente da política pública de defesa da concorrência. A esse respeito, existe uma visão relativamente majoritária, também exposta por meio das entrevistas, de que o CADE não deve exercer posturas mais ativas em etapas probatórias do processo judicial¹⁶⁰. Dezesesseis entrevistas consideraram que o CADE não deve buscar uma postura mais ativa no Poder Judiciário, ao passo que nove entrevistados entenderam que essa atitude seria desejável (sendo que sete entrevistados afirmaram não ter certeza ou opinião sobre o assunto).

¹⁵⁹ PAK, Chul; LEE, Tiffany L.; WEICK, Daniel P. United States. In. The Private Competition Enforcement Review. Reproduced with permission from Law Business Research Ltd. p. 395.

¹⁶⁰ Pergunta nº 14: Como acredita que deveria ser a participação do CADE nos processos judiciais? O CADE pode/deve assumir postura mais ativa em etapas probatórias do processo judicial?

Gráfico 29 – Opinião sobre se o CADE deveria atuar em processos judiciais



Fonte: Elaboração própria.

"O CADE não deve intervir em processos judiciais. O CADE já tem demasiadas atribuições. Não é função do CADE demonstrar o nexo causal. O CADE não é o maior interessado e o mais capacitado para fazer intervenções."

"O CADE é muito pequeno e o que o CADE faz se torna valioso considerando sua estrutura. **Não sei se o CADE tem energia para interferir em ARDCs. As prioridades do CADE devem ser avaliadas. Muita ARDC é proposta antes do CADE tomar a decisão, o que impede uma maior atuação do CADE.** Muita ARDC interfere no programa de leniência do CADE, o que pode diminuir a eficácia do CADE, não há *treble damages* no Brasil para mitigar esse fator. Acho melhor o CADE oferecer um certo apoio técnico quando ele já tiver julgado a conduta, mas a alocação de energia do órgão deve ser avaliada. A interferência do CADE no processo legislativo pode ser eficiente."

“A atuação pontual da ProCADE levando os processos para referendar a decisão perante os juízes eu acho que é o suficiente. O CADE poderia colocar nas decisões quem foram os lesados ou os setores lesados.”

“O CADE é um tribunal administrativo adjudicante. Quem vai fazer política pública é a SEAE. **Acho complicado o CADE ficar intervindo e incentivando ARDC. O CADE não deve se manifestar. Mas se o CADE tiver que intervir para sustentar as condenações que ele proferiu, dentro de uma situação em que o judiciário não está habituado com o tema, a sua contribuição será valiosa (manifestar em *follow-on* e não em *stand alone*).**”

Existe, de fato, um cuidado por parte das autoridades concorrenciais em otimizar recursos, não necessariamente intervindo em processos judiciais de *private enforcement*. No entanto, é possível ver que existem iniciativas que ponderam a participação de autoridades concorrenciais em casos bem específicos. Por exemplo, no Reino Unido, a Competition and Markets Authority (CMA) reconhece que tanto a aplicação pública quanto privada da legislação antitruste possuem papéis complementares e importantes.

Uma vez que a CMA tem a discricionariedade de decidir se intervém ou não em uma ação de reparação privada, o órgão estabeleceu critérios/diretrizes para tomar a decisão de intervir, sempre voltados a garantir o equilíbrio entre o *enforcement* público e privado. Dentre os critérios estão: (i) relevância concorrencial (o órgão avalia se a ação de reparação privada está relacionada a uma violação significativa da lei antitruste); (ii) existência de impacto significativo nas partes afetadas e no mercado em geral, o que pode incluir uma análise da extensão dos danos causados, quantidade de partes afetadas e da importância do mercado afetado; (iii) efetividade da ação privada para fornecer uma reparação adequada para as partes afetadas (i.e. se tem condão para obter uma compensação significativa, se tem probabilidade de sucesso e a

adequação do processo judicial em relação ao dano sofrido); e (iv) complementaridade com o *enforcement* público (analisando, por exemplo, se há sobreposição com uma investigação pública em andamento)¹⁶¹.

Recentemente, a CMA interveio em ao menos cinco ações de reparação privada, em particular, fornecendo aos tribunais informações, análises e evidências técnicas sobre questões concorrenciais, incluindo dados econômicos, relatórios de investigações anteriores e avaliações de mercado. Todos esses casos são notadamente de grande relevância concorrencial, gerando impacto significativo nas partes afetadas e estão em sobreposição a procedimentos administrativos instaurados pelo órgão antitruste. No entanto, não são casos típicos de ARDCs envolvendo reparação por conta de cartéis, estando mais relacionadas a situações unilaterais:

- (i) o Case No: 1403/7/7/21¹⁶² tem como cerne a denúncia de que o Grupo Apple abusaria de sua posição dominante no mercado de distribuição de aplicativos e no mercado de processamento de pagamentos, ao impor restrições aos desenvolvedores de aplicativos (apps) para lhes obrigar a distribuir a versão iOS dos apps exclusivamente por meio do sistema próprio da Apple, além de, conforme alegado, cobrarem preços excessivos na forma de comissão sobre as transações;

¹⁶¹ GOV.UK. Private actions and public enforcement. Panel remarks by Sarah Cardell, CEO of the Competition and Markets Authority, at the Competition Appeal Tribunal's 20th Anniversary conference on 4 May 2023. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/speeches/private-actions-and-public-enforcement>> Acesso em: 23/06/2023.

¹⁶² UK. COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. Case No: 1403/7/7/21: Dr. Rachael Kent v Apple Inc. and Apple Distribution International Ltd. Disponível em: <<https://www.catribunal.org.uk/cases/14037721-dr-rachael-kent>> Acesso em: 23/06/2023.

- (ii) o Case No: 1408/7/7/21¹⁶³ tem como objeto a acusação de que a Alphabet, Google LLC e Google Ireland teriam abusado de suas posições dominantes no mercado de distribuição de aplicativos e no mercado de processamento de pagamentos. Tal abuso teria ocorrido por meio da imposição de restrições contratuais e técnicas aos fabricantes de dispositivos Android e aos desenvolvedores de aplicativos, forçando-os a distribuir aplicativos exclusivamente por meio do Google Play Store (sistema exclusivo), e cobrando comissões consideradas excessivas sobre as transações;
- (iii) o Case No: 1378/5/7/20¹⁶⁴ tratou de acusação da Epic Games, Inc. e Epic Games International S.à r.l. em face da Alphabet Inc., Google LLC, Google Ireland Limited, Google Commerce Limited e Google Payment Limited, de que o Google estaria abusando de sua posição dominante no mercado de distribuição de aplicativos Android e de processamento de pagamentos de aplicativos. Dentre os pontos da acusação está a suposta restrição injusta à concorrência de lojas de aplicativos alternativas, obrigação de uso exclusivo do mecanismo de processamento de pagamentos do Google, cobrança de preços injustos pela distribuição de aplicativos e conteúdo digital em aplicativos, além da remoção do aplicativo *Fortnite* da Google Play Store como retaliação à introdução de uma opção de pagamento direto pela Epic Games;

¹⁶³ UK. COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. Case No: 1408/7/7/21: Elizabeth Helen Coll v Alphabet Inc. and Others. Disponível em: <<https://www.catribunal.org.uk/cases/14087721-elizabeth-helen-coll>> Acesso em: 23/06/2023.

¹⁶⁴ UK. COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. Case No: 1378/5/7/20 Epic Games, Inc. and Others v Alphabet Inc., Google LLC and Others. Disponível em: <<https://www.catribunal.org.uk/cases/13785720-epic-games-inc-and-others>> Acesso em: 23/06/2023.

- (iv) O Case No: 1433/7/7/22¹⁶⁵, no qual figura como réu o Grupo Meta (operadora do Facebook), têm como cerne três acusações. O grupo Facebook estaria abusando de sua posição dominante por meio de um “Requisito de Dados Desleal”. Mais especificamente, estaria impondo aos usuários, como condição de acesso à sua rede, termos e condições desnecessários para alcançar o objetivo comercial de fornecer uma Rede Social, impondo violações de privacidade e ausência de alternativas viáveis. A segunda acusação é que estaria havendo abuso por meio da prática de “Preço Desleal” nas atividades de publicidade do Facebook, uma vez a empresa que obteve dados pessoais valiosos dos usuários de forma gratuita e conseguiu benefícios comerciais que não seriam alcançados em condições de concorrência adequadas. Por fim, teria havido abuso por meio de “Outras condições comerciais desleais”, como a imposição de termos e condições aos usuários de maneira injusta e anticompetitiva (termos esses que seriam excessivamente longos, complexos e de difícil compreensão, além de serem alterados com frequência sem explicação adequada aos usuários);
- (v) o Case No: 1381/7/7/21¹⁶⁶, por sua vez, trata da alegação de que a BT (British Telecommunications) teria cobrado preços excessivos aos clientes que utilizaram determinados serviços residenciais de linha de telefonia fixa. A prática de preços

¹⁶⁵ UK. COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. Case No: 1433/7/7/22: Dr Liza Lovdahl Gormsen v Meta Platforms, Inc. and Others. Disponível em: < <https://www.catribunal.org.uk/cases/14337722-dr-liza-lovdahl-gormsen>>. Acesso em: 23/06/2023.

¹⁶⁶ UK. COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. Case No: 1381/7/7/21: Justin Le Patourel v BT Group PLC [2022] CAT 21. Disponível em: < <https://www.catribunal.org.uk/cases/13817721-justin-le-patourel>> Acesso em: 23/06/2023.

excessivos já teria sido constatada em revisão conduzida pelo órgão regulador das comunicações do Reino Unido (Ofcom - Office of Communications) que resultou na assinatura de compromissos voluntários da BT junto à Ofcom, a exemplo da redução de preços para clientes que contratavam exclusivamente os serviços de voz residenciais. Contudo, o objetivo da ação coletiva era buscar reparação aos consumidores que teriam sido afetados pelos preços excessivos cobrados.

No caso da Comissão Europeia, o artigo 15.º, nº 1, do Regulamento nº 1/2003 dispõe sobre a cooperação da Comissão da UE com os tribunais nacionais, os quais podem solicitar informações ou mesmo um parecer sobre temas relativos à aplicação das regras comunitárias de concorrência (questões econômicas, factuais ou jurídicas). Dentre os exemplos de cooperação nesse sentido estão ARDCs relacionadas ao "Cartel de Caminhões" (COMP/AT.39824), na qual a Comissão Europeia condenou fabricantes de caminhões pela participação em um cartel com fixação de preços, compartilhamento de informações confidenciais e restrições à concorrência no setor de caminhões; e ao "Refrigerant Gas Cartel Case" (COMP/AT.39209), no qual as empresas foram condenadas por fixação de preços, alocação de quotas de produção e troca de informações sensíveis do mercado.

Não obstante os exemplos acima explicados, a experiência internacional mostra que as autoridades concorrenciais são instrumentos ativos no fomento das ARDCs, ainda que não necessariamente por meio de posturas judiciais mais ativas, mas sim em função do desenvolvimento de guias e orientações, de forma a reduzir os principais pontos de debate que normalmente contribuem para uma maior complexidade nas ações, o que poderá ser visto na análise de alguns dos obstáculos abaixo:

6.1 Prescrição para a propositura de ARDCs

Em relação à prescrição, a análise dos processos demonstrou que inicialmente não havia clareza quanto ao prazo prescricional para a propositura de ARDCs bem como quanto ao marco inicial para a contagem desse prazo. Contudo, com o passar dos anos, a jurisprudência acabou consolidando o entendimento de que seria aplicado o prazo de três anos nos termos previstos no Art. 206 do Código Civil. E, recentemente, com o início da vigência da Lei nº 14.470/2022 esse prazo passou a ser de cinco anos, sendo sanadas a maioria das dúvidas a esse respeito¹⁶⁷.

Contudo, uma dúvida mais proeminente do que o prazo em si foi o marco temporal para o início da contagem. Conforme previsto no art. 189 do Código Civil, o prazo tem início a partir do momento em que o titular do direito teve ciência do dano e de sua autoria. No entanto, esse momento específico foi objeto de interpretação e disputa judicial. Dentre as perguntas estão: (i) essa contagem consideraria apenas a decisão final do CADE ou alguma movimentação anterior no processo administrativo?; (ii) nos casos em que não há condenação, qual seria o prazo inicial? (iii) a declaração de cumprimento de um TCC teria o mesmo peso de uma condenação para fins de início do prazo prescricional?

Devido a essa incerteza, na jurisprudência, é possível encontrar variações quanto à interpretação dada à norma, considerando-se, por exemplo, a publicação do Parecer da Superintendência Geral do CADE, conforme exemplo 1, ou a data do julgamento, conforme exemplo 2:

¹⁶⁷ Art. 2º [...] “§ 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.” BRASIL. Lei. 14.470/2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14470.htm> Acesso em: 10/06/2022.

Exemplo 1 – Jurisprudência considerando o parecer da Superintendência-Geral do CADE como marco inicial

“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)

Exemplo 2 – Jurisprudência considerando a data do julgamento do Tribunal do CADE como marco inicial

“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 corrês 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).

Como exemplo emblemático desse perfil de dúvida manifestado nas perguntas acima, nas ARDCs relacionadas ao cartel de compra de laranja para produção de suco de laranja concentrado congelado, todos os esforços realizados pelas proponentes esbarraram no entendimento de que o TCC não poderia ser considerado para fins de termo inicial para a contagem de prazo prescricional¹⁶⁸. Essa discussão trouxe algum impacto para a então crescente percepção da comunidade jurídica brasileira, que começava a entender que essa discussão poderia levar a uma solução. Conforme observado por Eduardo Frade (2022)¹⁶⁹, os precedentes judiciais brasileiros estavam caminhando para estabelecer a decisão do CADE como o termo inicial da contagem do prazo, bem como a instauração de investigação criminal anterior à decisão do CADE como causa de suspensão do prazo prescricional¹⁷⁰, embora ainda fosse possível encontrar decisões judiciais divergentes¹⁷¹.

Logo na sequência, em 16/11/2022, foi promulgada a Lei nº 14.470/2022. Com o início da vigência da Lei nº 14.470/2022, a LDC passou a prever que

¹⁶⁸ Alguns processos chegaram a ter recurso contra a prescrição analisados no STF, mas a decisão foi mantida. Nesse sentido, ganhou destaque o REsp nº 1.971.316 / SP (2021/0348275-3), de 25/10/2022, no qual a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que declarou prescrito um pedido de rescisão contratual e de indenização por danos morais e materiais relacionado a supostos prejuízos causados pelo "Cartel do Suco de Laranja". Dentre os apontamentos, o Ministro Relator Luís Felipe Salomão rememorou que não houve condenação por parte do CADE ou confissão da empresa, de modo que "[...] o início do prazo prescricional não poderia ser, como alegou o produtor rural, a data da decisão condenatória do Cade, simplesmente porque decisão condenatória não há". STJ. REsp nº 1971316 / SP (2021/0348275-3) autuado em 18/11/2021. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201971316>> Acesso em: 26/06/2023.

¹⁶⁹ FRADE, Eduardo. Reparação de danos concorrenciais e o tesouro perdido. Conjur. 31/01/2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-31/defesa-concorrencia-reparacao-danos-concorrenciais-tesouro-perdido>> Acesso em: 10/07/2023.

¹⁷⁰ O autor cita como exemplos: STJ, 2ª Turma, AgInt no REsp 1.749.206/MG, rel. min. Herman Benjamin, j. 21/5/2019, DJe 19/6/2019; STJ, REsp 1.887.913/SP, rel. min. Marco Aurélio Belizze, DJe 14-12-2021; TJ-SP, 27ª Câmara de Direito Privado, AI nº 2196694-20.2014.8.26.0000, AI nº 2075742-75.2015.8.26.0000, rel. des. Sergio Alfieri, j. 25/8/2015.

¹⁷¹ O autor cita como exemplos: TJ-MG, 11ª Câmara Cível, AC n. 1.0024.06.984815-8/0033, rel. des. Mariza Porto, j. 29-06-2016; TJ-SP, 14ª Câmara de Direito Privado, AC nº 1013093-40.2015.8.26.0114, rel. des. Thiago de Siqueira, j. 31/8/2018,

o prazo prescricional das ARDCs seria de cinco anos a partir da ciência do ilícito – o que se presume a partir da publicação do julgamento final do CADE (Art 2º. § 2º Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito por ocasião da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade.”).

Contudo, restam ainda algumas questões não sanadas pela promulgação da Lei. O primeiro ponto que chama atenção é que, para ações de *stand-alone*, não haveria uma definição quanto ao termo inicial de prescrição. Essa definição só está clara quando se trata de ações follow-on, “[...] § 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 por ocasião da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade.”

Além de não estabelecer um marco inicial para a contagem do prazo de prescrição de ações *stand alone*, a Lei nº 14.470/2022 não deixa claro se o prazo de prescrição de cinco anos se aplica a ações dessa natureza ou se somente àquelas vinculadas a decisões do CADE. Se for esse o caso, caberia ainda a utilização do REsp nº 1.971.316 / SP (2021/0348275-3), de 25/10/2022, que definiu que o prazo seria de 3 anos a partir do momento em que o ato ilícito causador do dano é propriamente conhecido pela vítima?

Ainda a esse respeito, membros da comunidade jurídica antitruste nacional destacaram que ainda estaria em aberto a seguinte questão: “Como fica a prescrição em ações de reparação por danos concorrenciais cujos fatos geradores são anteriores à Lei nº

14.470/2022?"¹⁷². Segundo os autores, haveria dois perfis: (i) ações em curso em que a prescrição foi decretada por decisão transitada em julgado, às quais não se aplica reforma em função da promulgação da lei; e (ii) ações em curso em que não há prescrição reconhecida até o momento e com fato gerador anterior à lei, para as quais não fica claro se deve haver a aplicação imediata da Lei nº 14.470/2022 (que prevê o prazo de 5 anos; ou, por exemplo, a decisão do STJ, que fixou o prazo de três anos.

A Diretiva nº 2014/104/UE, de 2014 definiu um prazo de prescrição mínimo de cinco anos para o exercício do direito de indenização. Quanto ao marco temporal, o art. 10º da referida resolução prevê que o início a partir do momento em que o demandante teve conhecimento ou em que seja possível presumir que teve conhecimento: (i) da infração concorrencial; (ii) do fato de que a infração causou dano; e (iii) da identidade do infrator. Contudo, a Diretiva nº 2014/104/UE não especifica diretamente a data de publicação da decisão do órgão concorrencial como o termo inicial para a contagem do prazo de prescrição de ações de reparação de dano concorrencial. Em síntese, a diretiva estabelece princípios gerais, como o prazo mínimo de prescrição de cinco anos e a necessidade de ciência do ilícito concorrencial, porém, a determinação do marco específico para o início desse prazo de prescrição fica a cargo da legislação nacional de cada Estado-Membro. Conforme observou o CADE, essa ainda é uma questão em aberto e com bastante divergência entre os países europeus¹⁷³.

¹⁷² MEDRADO, Renê; ATHAYDE, Amanda; ARDITO, Givanvito; FERNANDES, Luís Henrique Perroni. Há embate entre a Lei 14.470/22 e a decisão do STJ no REsp nº 1.971.316/SP? 11.01/2023. Conjur. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2023-jan-11/opiniaao-prazo-prescricional-aco-es-danos-concorrenciais>> Acesso em 26/06/2023.

¹⁷³ Alemanha: "Quanto ao (c) prazo prescricional para ajuizamento das ARDC na Alemanha, a lei prevê apenas três anos, contados a partir da ciência sobre a violação, apesar de haver a possibilidade de ações de danos também prescreverem após dez anos da ocorrência da violação" [...] Reino Unido: "o ajuizamento das ARDC é um fator de

Ou seja, o Brasil seguiu os mesmos caminhos da Diretiva nº 2014/104/EU quando se trata da fixação do prazo em cinco anos a partir do conhecimento do ato ilícito e sanou dúvidas relacionadas ao início do marco temporal para ações *follow-on*. Contudo, permanecem em aberto questões relacionadas à prescrição de ações *stand-alone*, bem como situações de transição de condutas pré-lei.

6.2 Prova do ilícito anticompetitivo

Para avaliar com mais cuidado os obstáculos para cada demanda, é importante entender qual o perfil das ações de indenização por danos concorrenciais. No caso das ações de reparação de danos movidas pelo MP, ficou claro que a maior dificuldade encontrada foi a comprovação do fato ilícito (que é um elemento distinto dos casos particulares, sobretudo porque as ações movidas pelo MP mapeadas no âmbito desta pesquisa não são *follow on* de procedimentos instaurados e julgados pelo CADE). No caso específico das ações mapeadas, essa foi uma dificuldade decorrente da estratégia utilizada, que não fez uso de elementos diretos de prova do acordo, mas sim de avaliações econômicas.

Quanto às ações de particulares mapeadas no âmbito desta pesquisa, apenas três são *stand alone*. Em todos esses casos, as ações foram julgadas improcedentes diante da constatação de que os danos não foram identificados, tampouco quantificados. São elas: (i) Apelação Cível nº 9119101-63.2009.8.26.0000 (TJSP) e Apelação nº 0149141-75.2009.8.26.0100 (TJSP), julgadas respectivamente em 11/04/2012 e 25/10/2012, referente a um cartel de fretes em desfavor de

incentivo ao *enforcement* privado nessa jurisdição, já que no Reino Unido tal pretensão prescreve em seis anos, contados a partir da data em que se tem conhecimento da conduta, ou de quando se pode razoavelmente supor ciência sobre a conduta. Esse tema da prescrição, todavia, tem sido objeto de discussão no Judiciário." CADE. NOTA TÉCNICA Nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE, 2016.

concessionárias de veículos automotivos¹⁷⁴; e (ii) Apelação nº 0010179-36.2006.8.19.0209 (TJRJ), referente a suposto cartel no mercado de papel *cut size*.

Nas demais ações de particulares (36 apelações em procedimentos que foram *follow on* de casos do CADE), a etapa de comprovação da existência de ilícito concorrencial foi ultrapassada por meio da referência a Processos Administrativos do CADE. Contudo, como destacado na doutrina, quando se trata de *follow-on actions*, “[...] o Poder Judiciário não necessariamente considera a decisão condenatória do CADE como prova suficiente para condenação do ato ilícito de cartel”. Cabe às potenciais vítimas juntarem elementos probatórios aos autos não apenas da existência de nexo causal quanto ao dano sofrido, mas também da prática cartelista¹⁷⁵. Ou seja, no Brasil, até pouco tempo, não havia previsão legal quanto à vinculação entre a decisão administrativa condenatória e a declaração de existência de ato ilícito em demanda reparatória. Esse cenário se transformou com a promulgação da Lei nº 14.470/2022 que, conforme o Art 2º, altera o art. 47 da LDC prevendo que “[a] decisão do Plenário do Tribunal referida no art. 93 desta Lei é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente nas ações previstas no art. 47 desta Lei”.

Na União Europeia, por sua vez, considerando que a Comissão Europeia é o órgão executivo responsável por aplicar as regras de concorrência da UE e tem autoridade para investigar e sancionar empresas por envolvimento em cartéis; e que, além da Comissão Europeia, cada país

¹⁷⁴ TJSP. Apelação Cível nº 9119101-63.2009.8.26.0000. APELAÇÃO Distribuidora de veículos Indenizatória Prejuízo da concessionária Valor excessivo de frete imposto pela comitente ré Ausência de nexo entre prejuízo alegado e o valor dos fretes Ilegitimidade passiva do diretor da concessionária Sentença ratificada RITJS, art. 252 Recurso da autora improvido.

¹⁷⁵ PORTO, Giovana Vieira; BURNIER, Paulo. A complementariedade entre enforcement público e privado no combate a cartéis no Brasil. In: GOMES, Adriano Carmargo (org.). Reparação de Danos Concorrenciais. Direito Material e Processo. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

membro da UE possui sua própria Autoridade Nacional da Concorrência, que é responsável pela aplicação das leis de concorrência nacionais e pela investigação de cartéis dentro de suas jurisdições¹⁷⁶, a Diretiva nº 2014/104/UE do Parlamento e do Conselho Europeu dispõe em seu art. 9º¹⁷⁷ que uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso deve ser considerada para fins de ação de indenização intentada nos seus tribunais nacionais. Prevê ainda que, quando as decisões definitivas são proferidas em outro Estado-membro, essas decisões podem ser apresentadas nos tribunais nacionais ao menos como um elemento de prova *prima facie* de uma infração ao direito da concorrência.

Ou seja, conforme sintetizado pela OCDE 2015¹⁷⁸, decisões das autoridades concorrenciais nacionais constituem prova *prima facie* automática da existência de cartel perante os tribunais da mesma jurisdição. Decisões de autoridades de outros Estados Membros também podem constituir evidência *prima facie*. Antes da adoção da Diretiva, como observou Ashton (2018), em certas jurisdições nacionais, uma decisão da autoridade concursal nacional tinha força vinculativa; ao passo que, em outras, embora não tivesse força vinculativa, era frequente que tivesse alto valor probatório.

Na Espanha, por exemplo, antes da implementação da Diretiva, o princípio geral era que as decisões da Comissão Nacional de Mercado e Concorrência (ou das autoridades regionais de concorrência) não

¹⁷⁶ ASHTON, David. *Competition Damages Actions in The EU. Law and Practice*. Second Edition. Cheltenham: Edward Elgar, 2018.

¹⁷⁷ Parlamento Europeu (UE) Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0104&from=pt#d1e816-1-1>. Acesso em: 27/02/2022.

¹⁷⁸ ASHTON, David. *Competition Damages Actions in The EU. Law and Practice*. Second Edition. Cheltenham: Edward Elgar, 2018.

vinculavam os tribunais civis ou comerciais, mas eram tomadas como prova qualificada pelos juízes. A situação mudou após a transposição do Art 9º da Diretiva para a regulação nacional, que passou a estabelecer que uma infração proferida numa decisão final da autoridade da concorrência espanhola ou numa sentença transitada em julgado de um tribunal espanhol é vinculativa para os tribunais cíveis espanhóis. As decisões ou sentenças das autoridades da concorrência ou dos tribunais de outros Estados-Membros, respetivamente, apenas gozam de uma presunção *iuris tantum* da existência da infração.

Conforme aponta Ashton (2018), os dispositivos implementados nas normas específicas de cada país em atendimento à Diretiva, em geral, apenas se referem ao caráter vinculante dessas decisões e julgamentos às constatações da infração, mas não às outras partes de tais decisões, a exemplo dos efeitos da conduta anticoncorrencial, do nexo de causalidade entre a conduta e o dano ou a sua quantificação.

Importante destacar que tais determinações não prejudicam os direitos e obrigações dos tribunais nacionais de decidir sobre a interpretação dos Tratados e sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União (artigo 267º do TFUE)¹⁷⁹. Diagnosticada uma violação nos artigos 101º ou 102º do TFUE pela

¹⁷⁹ "Artigo 267º (ex-artigo 234º TCE) O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível." Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF Acesso em: 27/02/2022.

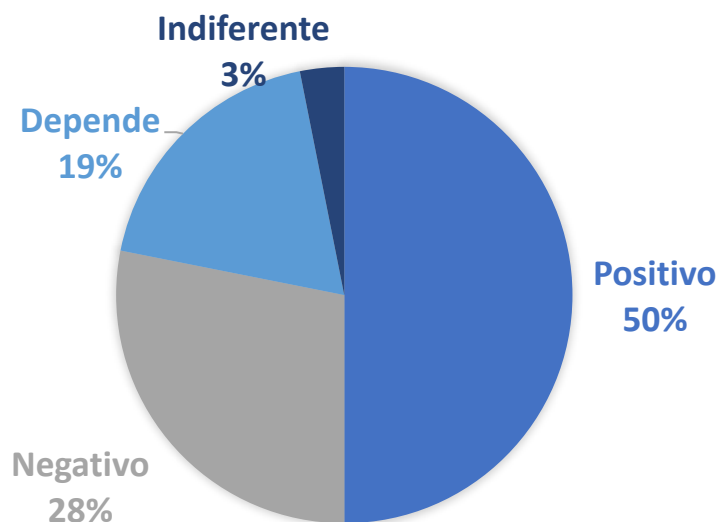
Comissão Europeia, predomina o entendimento de que as vítimas da infração podem utilizar tal decisão como prova em matéria de ação cível de indenização (artigo 16, 1, do Regulamento n.º 1/2003). A Comissão Europeia estabelece que um tribunal nacional, apreciando uma ação de indenização sobre a qual uma Autoridade Nacional de Concorrência tenha decidido, de forma definitiva, pela ocorrência de infração às normas concorrenciais, não pode contrariar a sentença proferida pela Autoridade¹⁸⁰.

Essa sugestão de criar uma presunção (ainda que *prima facie*) para a decisão condenatória do órgão concursal foi apresentada para o grupo que foi entrevistado pela pesquisa¹⁸¹. Dezesseis entrevistados responderam que seria positivo ter a decisão do CADE como prova *prima facie* (e até mesmo como título executivo extrajudicial), enquanto nove entrevistados consideraram que tal hipótese teria um impacto negativo. Seis entrevistados disseram que tal impacto de ter a decisão do CADE como um título executivo extrajudicial depende das circunstâncias, enquanto um entrevistado disse que tal hipótese teria um impacto indiferente no ordenamento jurídico brasileiro, já que o Judiciário já consideraria a decisão do CADE nas ações *follow on* que são propostas por particulares.

¹⁸⁰ Comissão das Comunidades Europeias (UE) LIVRO BRANCO sobre ações de indenização por descumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust. Comissão das Comunidades Europeias. Bruxelas, 2.4.2008 COM(2008) 165 final p.6.

¹⁸¹ Pergunta nº 16: Em vários países da Europa, além da Austrália e Canadá, a decisão condenatória do órgão concursal serve como prova *prima facie* sobre a existência da conduta e do dano. Isso lhe parece positivo para ser trazido para o ordenamento jurídico brasileiro, considerando possíveis incentivos sobre os acordos com o CADE?

Gráfico 30 – Opinião sobre o impacto da decisão do CADE ser um título executivo extrajudicial



Fonte: Elaboração própria.

“Sim, já que **corta a maior parte do desafio do CADE, uma vez que passa para o processo de execução. A minha única dúvida é como o CADE produziria esse título sem quantificar o dano. Talvez uma hipótese seria uma condenação genérica, a exemplo do que existe no Código de Defesa do Consumidor, em que cada um faz sua liquidação individual após a habilitação dos legitimados.**”

“A ideia é interessante em termos de direito comparado, mas é bem marginal. **O padrão probatório no judiciário brasileiro é bem mais baixo que uma decisão do CADE. Acho que está certo ser assim, mas nunca vi o juiz desobedecer a ação do CADE.**”

“Depende. **Como política, não seria possível utilizar como título executivo, não só pela liquidez, mas pelo próprio mérito da demanda,**

uma vez que a parte pode entrar como uma ação de revisão do CADE que pode rediscutir o mérito da decisão do CADE, o que pode gerar incertezas no processo de execução. Sou a favor de criar um processo mais simples e célere de execução e de revisão do CADE."

6.3 Acesso a evidências para individualização do ato ilícito

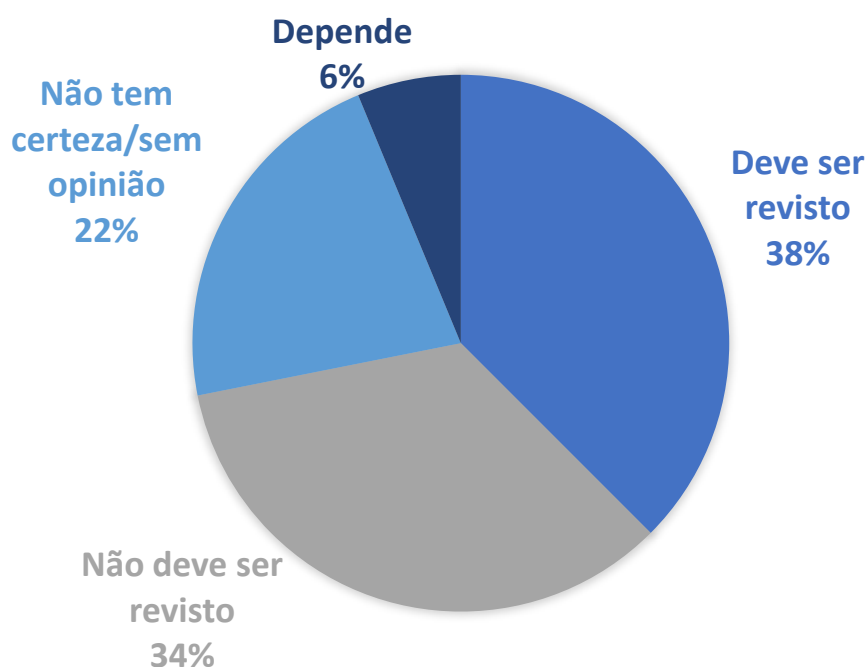
Esta pesquisa mostrou ainda que, no Brasil, o acesso a provas para a individualização de uma ARDC pode ser particularmente desafiador. A obtenção de provas não relacionadas ao procedimento do CADE (*stand alone*) é tarefa das mais árduas, devido a fatores como a natureza sigilosa das ações anticompetitivas, que leva à falta de documentações explícitas; a complexidade das condutas anticompetitivas e respectivos esquemas, que, muitas vezes, requerem a produção de análises econômicas sofisticadas, testemunhos e apoio de especialistas; além da falta de cooperação das empresas envolvidas no ilícito.

Mas, mesmo quanto às provas produzidas no âmbito do processo administrativo conduzido pelo CADE, há dificuldades relacionadas ao sigilo do processo, especialmente em suas fases iniciais; além de dificuldades inerentes à independência do processo civil em relação ao processo administrativo, i.e. relacionadas a prazos e procedimentos específicos que devem ser cumpridos para solicitar acesso formal às provas, a exemplo de autorizações judiciais.

Durante a pesquisa qualitativa, os entrevistados selecionados foram questionados se o sigilo de documentos (TCC ou leniência, além de

anexos) poderia ser revisto para beneficiar processos judiciais¹⁸². Doze entrevistados defenderam que o sigilo deveria ser revisto, enquanto onze entrevistados disseram que não deveria ser revisto. Sete entrevistados responderam não ter certeza ou não ter opinião sobre o assunto, enquanto apenas dois entrevistados disseram que a flexibilização do sigilo depende das circunstâncias

Gráfico 31 – Opinião sobre se o sigilo deveria ser revisto



Fonte: Elaboração própria.

Dentre os principais argumentos apresentados pelos entrevistados favoráveis à revisão do sigilo de documentos obtidos no âmbito de acordos de TCC ou leniência estão: (a) a percepção de que está

¹⁸² Pergunta nº 15: Alguns documentos, como o Termo de Compromisso de Cessação, têm em seu sigilo um forte incentivo para sua realização. Isso poderia ser revisto para beneficiar processos judiciais? Por quê?

havendo uma supervalorização da confidencialidade; e (b) o fato de que o TCC e a Leniência não devem ser salvo conduto ao empresário, uma vez que têm como finalidade isentar/reduzir a multa administrativa.

"Nós valorizamos demais a confidencialidade, partindo do princípio de que gera eficiência. **Talvez estejamos supervalorizando a confidencialidade** como incentivo. Até do ponto de vista da transparência social, liberar para a sociedade o valor final da multa, é necessário saber o grau de reprovabilidade da conduta. É um *trade-off* a ser estudado."

"O TCC e a leniência não devem ser um salvo conduto ao empresário no Brasil, já que só isenta a multa administrativa. Se o TCC tivesse um extrato mínimo para preservar a confidencialidade para que possa ser usado como prova, isso bastaria para evitar especulações e judicializações desnecessárias."

Por sua vez, os entrevistados contrários a uma eventual revisão de sigilo defendem que a quebra do sigilo pode ser prejudicial ao *enforcement* público, em particular, impedindo o fomento de TCCs. Como alternativa, apontam a necessidade de diminuição dos prazos nos processos, criando um ambiente mais propício para a apresentação de ARDCs.

"Acredito que não. **A quebra do sigilo pode impedir o fomento de TCCs.** Além disso, a flexibilização pode fomentar ação civil pública, ação individual, investigação criminal e provocar o TCU."

"É correto e prudente manter esse sigilo até a condenação. O CADE só tem um *assessment* completo quando formou seu conhecimento através da decisão terminativa. Tive caso que alguns conselheiros tentaram flexibilizar a Resolução nº 21 de 2018 antes de decisões condenatórias. Acredito que hoje não se tem mais essa barreira. ○

problema é que os casos do CADE estão demorando para serem julgados.”

“Eu acho ruim do ponto de vista do *enforcement* público. Para a perspectiva das ARDCs, seria bom a curto prazo. No entanto, para viabilizar ARDCs é necessário ter um bom *enforcement* público. Uma das agendas do TCC em 2013 seria a viabilização da diminuição de prazos nos processos.”

O modelo europeu pode servir de *benchmarking* para o desenvolvimento de um tratamento intermediário sobre o sigilo dos documentos. A comprovação da lesão suportada em virtude de uma transgressão às políticas antitruste é requisito essencial ao direito de ação. Daí a necessidade de mitigar eventuais assimetrias de informação ou de prova para que, de forma igualitária, as partes possam comprovar suas alegações. Mas tão importante quanto a superação das disparidades, está o dever de se impedir que as obrigações de divulgação de provas e evidências excessivamente amplas venham a gerar efeitos negativos para a simetria da informação ou mesmo o eventual risco de abusos¹⁸³.

A Diretiva nº 2014/104/UE, de 2014, foi responsável por introduzir disposições voltadas a facilitar o acesso às provas necessárias para a comprovação do ilícito concorrencial. O Artigo 6º, em particular, dispõe sobre a divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade concorrencial para instruir ARDCs. Como premissa, os tribunais nacionais devem considerar a natureza e o contexto do pedido de divulgação, bem como a necessidade de proteger a efetividade da

¹⁸³ Comissão das Comunidades Europeias (UE) LIVRO BRANCO sobre ações de indenização por descumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust. Comissão das Comunidades Europeias. Bruxelas, 2.4.2008 COM(2008) 165 final p.5.

aplicação do direito da concorrência. Informações contidas em Acordos de Leniência e acordos de TCC não podem ser divulgadas.

A Diretiva prevê ainda que a divulgação de elementos de prova não abrangidos pelo art. 6º pode ser ordenada por tribunais no âmbito de ARDCs. Contudo, essa solicitação só deve ser feita pelos tribunais à autoridade concorrencial se não houver outra fonte razoável disponível. A autoridade concorrencial, por sua vez, pode apresentar observações sobre a proporcionalidade dos pedidos de divulgação. Em complemento, o artigo 7º trata de limites à utilização de elementos de prova obtidos exclusivamente por meio do acesso ao processo de uma autoridade concorrencial, prevendo que os Estados-membros devem garantir que evidências relacionadas a acordos de leniência e TCC obtidas por uma pessoa física ou jurídica exclusivamente por meio do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência, sejam consideradas inadmissíveis em ARDCs. Quanto às informações cujo acesso é permitido após a conclusão do processo¹⁸⁴, os Estados-Membros devem garantir que, caso as provas tenham sido obtidas antes desse marco, sejam consideradas inadmissíveis em ARDCs.

Cabe ainda mencionar que o artigo 8º determina que os Estados-Membros assegurem que os tribunais nacionais possam impor sanções em hipóteses como: a) descumprimento de uma ordem de divulgação de um tribunal nacional ou recusa de cumprir; b) destruição de elementos de prova relevantes; c) descumprimento das obrigações impostas por decisão do tribunal nacional destinadas a proteger informações

¹⁸⁴ “5. National courts may order the disclosure of the following categories of evidence only after a competition authority, by adopting a decision or otherwise, has closed its proceedings: (a) information that was prepared by a natural or legal person specifically for the proceedings of a competition authority; (b) information that the competition authority has drawn up and sent to the parties in the course of its proceedings; and (c) settlement submissions that have been withdrawn.” DIRECTIVE 2014/104/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 November 2014.

confidenciais ou recusa de as cumprir; d) violação dos limites à utilização dos elementos de prova, previstos no presente capítulo.

Trazendo maior especificidade a alguns pontos do tema, em 27/07/2020, foi publicada a “Communication on the protection of confidential information by national courts in proceedings for the private enforcement of EU competition law (2020/C 242/01)”. Trata-se de uma comunicação emitida pela Comissão Europeia aos Estados membros, órgãos jurídicos e partes interessadas para fornecer orientações sobre determinadas questões relacionadas à legislação e aplicação da UE. A comunicação não tem caráter vinculativo e não modifica as leis existentes da UE ou dos Estados-Membros. O teor do documento é voltado para a proteção de informações confidenciais em processos civis perante os tribunais nacionais relacionados à aplicação dos artigos 101º ou 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹⁸⁵.

Como premissas, o documento reconhece que, nos últimos anos, o número de *follow-on damages actions* tem aumentado substancialmente e que, naturalmente, o acesso a provas é importante para viabilizar o sucesso das ações e, que, ao mesmo tempo, pode conter informações sensíveis e que requerem a proteção dos interesses das partes ou terceiros cujas informações confidenciais estejam sujeitas à divulgação. Sendo assim, a comunicação visa auxiliar os tribunais nacionais na tomada de decisões sobre divulgação de informações confidenciais.

6.3.1 Pontos abordados pela Comunicação (2020/C 242/01)

A Comunicação (2020/C 242/01) se subdivide em três blocos centrais: (i) pedidos de divulgação perante os tribunais nacionais de elementos de prova que contêm informações confidenciais; (ii) cooperação entre a

¹⁸⁵ WILS, Wouter P. J.; ABBOTT, Henry. Access to the File in Competition Proceedings before the European Commission. *World Competition Law and Economics Review*, 2020.

Comissão e os tribunais nacionais no contexto da divulgação de elementos de prova; (iii) medidas destinadas a garantir a proteção das informações confidenciais; e (iv) proteção das informações confidenciais durante o processo e na sequência deste.

Quanto aos pedidos de divulgação perante os tribunais nacionais de elementos de prova que contêm informações confidenciais, a Comunicação traz primeiramente considerações pertinentes sobre os pedidos de divulgação de elementos de prova. Em particular, destaca que a capacidade das partes em exercer seus direitos de forma eficaz depende do acesso aos elementos de prova relevantes. Os tribunais nacionais podem ordenar a divulgação de elementos de prova a pedido de uma das partes. Contudo, essa divulgação está sujeita às regras processuais nacionais e considerações administrativas e de economia processual, conforme previsto na Damages Directive.

Cabe aos tribunais avaliarem a plausibilidade do pedido de indenização e a relevância e proporcionalidade da divulgação. Os pedidos de divulgação devem identificar os elementos de prova de forma precisa e estrita. A divulgação de informações do processo da Comissão ou de uma autoridade nacional de concorrência deve ser avaliada quanto à sua especificidade. A Comunicação reforça ainda que documentos relacionados a Acordos de Leniência e propostas de TCC nunca podem ser divulgados.

Quanto às informações confidenciais, a Comunicação destaca que a proteção de segredos comerciais e informações confidenciais é um princípio geral do direito da UE. A definição de informações confidenciais é decidida caso a caso pelos tribunais nacionais, seguindo as regras e jurisprudência da UE. A jurisprudência dos tribunais da UE considera informações confidenciais aquelas que são conhecidas por um número

restrito de pessoas, cuja divulgação pode causar dano grave e cujos interesses são dignos de proteção. As informações perdem seu caráter confidencial se estiverem disponíveis em círculos especializados ou puderem ser inferidas de informações disponíveis ao público. A natureza das informações e sua relevância temporal são consideradas para avaliar o dano causado pela divulgação. Por fim, destaca que o interesse em se proteger contra decisões de indenização não é considerado um interesse digno de proteção.

Como último ponto do primeiro bloco, a Comunicação aborda a cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais no contexto da divulgação de elementos de prova. A esse respeito a Comunicação destaca que, em conformidade com o princípio da cooperação leal, um tribunal nacional pode solicitar à Comissão Europeia um parecer ou o envio de informações relacionadas a um procedimento administrativo.

Mais especificamente, de acordo com a Damages Directive, os tribunais nacionais podem requerer a divulgação de elementos de prova incluídos no processo da Comissão, caso nenhum outro participante ou terceiro possa fornecê-los de forma razoável. Contudo, a Comissão não pode divulgar documentos classificados como *black listed* ou *grey listed*¹⁸⁶. Adicionalmente, aborda que a cooperação da Comissão com os tribunais nacionais não deve comprometer as garantias de segredo

¹⁸⁶ “Importa recordar que a Diretiva Ações de Indemnização estabelece que as declarações de clemência e as propostas de transação nunca podem ser divulgadas (também conhecidas por «documentos da lista negra»). (12) Além disso, caso a Comissão ou uma autoridade nacional da concorrência não tenha ainda concluído o seu processo, o tribunal nacional não pode ordenar a divulgação de informação preparada por uma pessoa singular ou coletiva especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência, de informação elaborada por uma autoridade da concorrência e enviada às partes no decurso do seu processo, ou de propostas de transação revogadas (também conhecidas por «documentos da lista cinzenta») (13).” COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO Comunicação sobre a proteção das informações confidenciais pelos tribunais nacionais no âmbito dos processos relativos à aplicação privada do direito da concorrência da EU (2020/C 242/01). Disponível em: < [< https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0722\(01\)>](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0722(01)) Acesso em: 28/06/2023.

profissional previstas no artigo 339º do TFUE¹⁸⁷ e do artigo 28º do Regulamento (CE) nº 1/2003¹⁸⁸.

Antes de transmitir informações solicitadas, a Comissão deve verificar se o tribunal nacional pode garantir a proteção das informações confidenciais. Se for o caso, a Comissão as transmitirá, e o tribunal poderá divulgá-las em seus processos nacionais, adotando medidas para proteger sua confidencialidade e considerando as observações da Comissão sobre o assunto.

O segundo bloco abordado pela Comunicação diz respeito a medidas destinadas a garantir a proteção das informações confidenciais. Mais especificamente, o documento especifica que devem ser adotadas medidas para proteger informações confidenciais ao divulgar elementos de prova, sendo que a escolha das medidas depende das regras processuais nacionais e da disponibilidade das mesmas. Cabe aos tribunais decidirem caso a caso qual medida ou combinação de medidas

¹⁸⁷ "Artigo 339º (ex-artigo 287º TCE) Os membros das instituições da União, os membros dos Comitês, bem como os funcionários e agentes da União são obrigados, mesmo após a cessação das suas funções, a não divulgar as informações que, por sua natureza, estejam abrangidas pelo segredo profissional, designadamente as respeitantes às empresas e respetivas relações comerciais ou elementos dos seus preços de custo". COMISSÃO EUROPEIA. TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA (VERSÃO CONSOLIDADA). 2016. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF > Acesso em: 15/06/2023.

¹⁸⁸ "Artigo 28º Sigilo profissional. 1. Sem prejuízo da aplicação dos artigos 12.o e 15.o, as informações obtidas nos termos dos artigos 17.o a 22.o apenas podem ser utilizadas para os fins para que foram obtidas. 2. Sem prejuízo do intercâmbio e da utilização das informações previstos nos artigos 11.o, 12.o, 14.o, 15.o e 27.o, a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, os seus funcionários, agentes e outras pessoas que trabalhem sob a supervisão dessas autoridades, bem como os funcionários e agentes de outras autoridades dos Estados-Membros, não podem divulgar as informações obtidas ou trocadas nos termos do presente regulamento e que, pela sua natureza, estejam abrangidas pelo sigilo profissional. Esta obrigação é igualmente aplicável a todos os representantes e peritos dos Estados-Membros que tomem parte nas reuniões do Comité Consultivo nos termos do artigo 14º. COMISSÃO EUROPEIA. REGULAMENTO (CE) N.º 1/2003 DO CONSELHO de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.o e 82.o do Tratado (Texto relevante para efeitos do EEE). 2003. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001> > Acesso em: 15/06/2023.

de proteção da confidencialidade é mais eficaz. A escolha das medidas considera fatores como a natureza das informações, a extensão da divulgação, o número de partes envolvidas, a relação entre as partes e a existência de terceiros afetados. A Comunicação recomenda ainda que sanções dissuasivas devem ser impostas em caso de descumprimento das obrigações de proteção das informações confidenciais

Por fim, a comunicação fornece uma visão geral das medidas mais comuns que podem ser utilizadas para proteger informações confidenciais, juntamente com considerações sobre sua eficácia, incluindo: (i) ocultação de informações confidenciais em documentos, eliminando ou substituindo essas informações; (ii) implementação de um círculo de confidencialidade, que consiste em uma medida em que a parte que divulga as informações restringe o acesso a determinadas informações categorias específicas de pessoas; (iii) nomeação de peritos com conhecimentos específicos a ser encarregado de, caso esteja em conformidade com as regras nacionais, por exemplo, redigir um resumo não confidencial das informações a serem divulgadas para a parte requerente; ou ainda redigir um relatório confidencial que possa ser disponibilizado exclusivamente ao jurisconsulto externo e/ou a outros consultores externos da parte que requer a divulgação.

Em seu último bloco, a Comunicação aborda medidas de proteção das informações confidenciais durante o processo e na sequência deste. Três medidas são abordadas: (i) audiências restritas; (ii) notificação às partes e publicação; e (iii) acesso aos registros do tribunal.

Quanto às audiências restritas, a Comunicação rememora que os processos civis são normalmente públicos, mas que os tribunais podem equilibrar a proteção de informações confidenciais com o princípio da publicidade. Os tribunais podem, por exemplo, decidir excluir ou realizar

partes das audiências de forma privada para discutir informações confidenciais (audiências essas que só devem contar com a participação de consultores externos, consultores internos ou representantes da empresa com acesso às informações confidenciais). Segundo avaliação da Comissão, as audiências privadas são eficazes para garantir o contraditório em relação a informações confidenciais e permitir o testemunho de peritos sobre elementos de prova confidenciais em seus relatórios.

Quanto à notificação às partes e publicação, a Comunicação recomenda que o tribunal deve proteger as informações confidenciais na versão da sentença ou acórdão que será notificada às partes, levando em conta o direito de recurso. Para tal, é possível, por exemplo, optar por anonimizar informações que possam identificar a fonte ou ocultar partes do documento que mencionem informações confidenciais na versão pública. O tribunal pode ainda solicitar a colaboração das partes para identificar informações que não devem ser divulgadas ao público em geral.

Por fim, ao tratar do acesso aos registros do tribunal (após a conclusão do processo), a Comunicação afirma que dependendo das regras nacionais, os tribunais podem restringir o acesso aos registros do tribunal, seja a partes específicas do processo (como documentos divulgados em um círculo de confidencialidade, relatórios de peritos, atas de audiências restritas, versão confidencial de peças processuais, etc.), ou ao processo completo.

Os tribunais podem solicitar às partes que indiquem quais documentos são confidenciais, para evitar que pessoas não envolvidas no processo tenham acesso a eles, ou podem solicitar versões não confidenciais dos documentos para os registros do tribunal. Além disso, podem considerar

registrar apenas versões não confidenciais das peças processuais, atas de audiências à porta fechada ou relatórios de peritos, especialmente se muitos documentos confidenciais foram divulgados durante o processo. Por fim, podem avaliar quem está solicitando o acesso ao processo do tribunal, ao decidir limitar ou restringir o acesso. Isso pode incluir considerar se essas pessoas operam no mesmo mercado ou setor empresarial das partes envolvidas no processo civil e se têm um interesse especial em acessar o processo após sua conclusão.

6.3.2 Análise comparativa com as diretrizes previstas no Brasil

No Brasil, a Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018, já abordada de forma mais minuciosa em etapa anterior desta pesquisa, regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos movidos pelo CADE.

Os assuntos abrangidos pela Resolução brasileira podem ser agrupados da seguinte forma: (i) categorias dos documentos que não podem ser divulgados; (ii) concessão excepcional de acesso a documentos e informações (previstos no art. 2º)¹⁸⁹; (iii) acesso a documentos por fase do

¹⁸⁹ “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

processo administrativo; (iii) possibilidade de o CADE intervir, por meio da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, para suspender o acesso a documentos; (iv) previsão de que os signatários do Acordo de Leniência e/ou TCC informem ao CADE sobre quaisquer ações legais ou extrajudiciais relacionadas ao acesso a documentos e informações do referido acordo, tanto no Brasil como no exterior; e (v) sanções por meio de responsabilização administrativa, civil e penal àquele que divulga, compartilha com terceiros ou utiliza documentos e informações de acesso restrito referidos na Resolução.

Em termos quantitativos, os *guidelines* europeus abordam todos os temas enumerados (além de alguns não abordados pelo Brasil a serem expostos no tópico subsequente). O único tópico abordado pelo Brasil e não abordado pela EU é a previsão de que os signatários do Acordo de Leniência e/ou TCC informem sobre quaisquer ações legais ou extrajudiciais relacionadas ao acesso a documentos e informações do referido acordo, tanto no Brasil como no exterior.

Por fim, cumpre perpassar situações tratadas pelos *guidelines* europeus e não abrangidas pela Resolução brasileira. O primeiro ponto de diferenciação diz respeito às sanções. No Brasil, o art. 4º da Resolução CADE nº 21, de 11/09/2018 prevê que “[...] 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”.

Os *guidelines* europeus, por sua vez, além de responsabilizar, de modo amplo, terceiros pela divulgação e utilização de documentos de acesso

indicação do dispositivo legal que embase o caráter restrito de outros documentos e informações além daqueles elencados neste artigo. § 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.”

restrito, inclui outras hipóteses específicas de sanção às partes, a terceiros e aos seus representantes legais que abrangem a) sanção por descumprimento de uma ordem emitida por um tribunal nacional para divulgação de informações; b) sanção por destruição de elementos de prova relevantes; e c) sanção por descumprimento das obrigações impostas por decisão do tribunal nacional destinadas a proteger informações confidenciais ou recusa de as cumprir.

Por fim, um tema bastante abrangido pela Comunicação (2020/C 242/01) e não previsto na Resolução CADE nº 21, de 11 de setembro de 2018, diz respeito a medidas para garantir a proteção da confidencialidade das informações. Primeiramente, a Comunicação orienta que, antes de transmitir as informações, o órgão concorrencial verifique se o tribunal pode garantir a segurança das informações. A Comunicação prevê ainda que os tribunais implementem medidas ou combinação de medidas de proteção da confidencialidade, como: (i) ocultação de informações confidenciais em documentos; (ii) implementação de um "círculo de confidencialidade" (i.e. um grupo de pessoas autorizadas a acessar determinadas informações¹⁹⁰); e (iii) nomeação de peritos com conhecimentos específicos a ser encarregado de redigir um resumo não confidencial das informações.

Por fim, a Comunicação aborda medidas de proteção das informações confidenciais durante o processo e na sequência deste, como: (i) audiências restritas; (ii) notificação às partes e publicação; e (iii) acesso aos registros do tribunal. Naturalmente, ampliar a segurança das

¹⁹⁰ 32. "(vi) the circle of individuals allowed to access the information (i.e. whether disclosure should be granted only to external representatives or whether the party requesting disclosure (i.e. company representatives) would also be allowed to access the information)"; COMMUNICATION FROM THE COMMISSION Communication on the protection of confidential information by national courts in proceedings for the private enforcement of EU competition law (2020/C 242/01). Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0722\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0722(01))> Acesso em: 11/07/2023.

informações transmitidas para tribunais pode auxiliar na manutenção do equilíbrio entre o *enforcement* público e privado.

A tabela 01 apresenta uma comparação entre os elementos relacionados ao acesso a evidências para a individualização nos guidelines europeus *vis-à-vis* no Brasil.

Tabela 01 – Tópicos relacionados à proteção de informação

Tópicos abrangidos	Guidelines europeus	Guidelines brasileiros
Previsão de categorias de documentos que não podem ser divulgados;	Sim	Sim
Previsão de hipóteses de concessão excepcional de acesso a documentos e informações;	Sim	Sim
Previsão de acesso a documentos por fase do processo administrativo;	Sim	Sim
Previsão de possibilidade de intervenção do órgão concorrential para suspender o acesso a documentos;	Sim	Sim
Previsão de que os signatários do Acordo de Leniência e/ou TCC informem ao órgão concorrential sobre quaisquer ações legais ou extrajudiciais relacionadas ao acesso a documentos e informações do referido acordo, tanto no Brasil como no exterior	Não	Sim
Sanções por meio de responsabilização administrativa, civil e penal àquele que divulga, compartilha com terceiros ou utiliza documentos e informações de acesso restrito referidos	Sim	Sim

Sansão às partes, a terceiros e aos seus representantes legais por descumprimento de uma ordem de divulgação de informações emitida por um tribunal nacional	Sim	Não
Sansão às partes, a terceiros e aos seus representantes legais por destruição de elementos de prova relevantes	Sim	Não
Sansão às partes, a terceiros e aos seus representantes legais por descumprimento das obrigações impostas por decisão do tribunal nacional destinadas a proteger informações confidenciais ou recusa de as cumprir	Sim	Não
Medidas voltadas especificamente para ampliar a capacidade dos tribunais nacionais em garantir a segurança de informações sensíveis.	Sim	Não

Fonte: Elaboração própria

Feita a análise comparativa, fica claro que ainda existe algum espaço para pensar a regulamentação brasileira, para regular a relação entre o CADE e os Tribunais responsáveis pelo julgamento de ARDCs. Embora o ponto relativo a sanções seja um item a ser explorado com maior vagar a partir do perfil de documento, parece particularmente relevante a ideia de expandir a segurança dos tribunais no tratamento de informações sensíveis, por meio da criação de medidas e procedimentos voltados especificamente para ampliar a capacidade dos tribunais nacionais em garantir a segurança de informações sensíveis.

6.4 Quantificação do dano decorrente do ilícito concorrencial

No ordenamento jurídico brasileiro, diferentemente da responsabilidade administrativa, a responsabilidade civil pressupõe a comprovação do dano e do nexo causal, conforme fundamentado no Código Civil Brasileiro, por exemplo, por meio dos artigos 927¹⁹¹ e 944¹⁹². Essa característica impõe dois desafios ao sucesso das ARDCs em um cenário de escassez de provas: (i) a quantificação de danos que, muitas vezes, se torna metodologicamente frágil devido à dificuldade de acessar dados sobre o cartel; e (ii) o uso da tese, por parte dos réus, de que houve *pass-on defense* (i.e. a tese de que o autor da ação repassou total ou parcialmente os danos sofridos aos seus clientes ou terceiros).

Quanto à primeira dificuldade, qual seja, o cálculo do dano, ao longo desta pesquisa, esses desafios se mostraram bastante proeminentes nas ARDCs relacionadas ao “cartel do cimento” e ao “cartel dos gases industriais”. Recentemente, algumas publicações auxiliaram na elucidação de questões metodológicas a esse respeito, como, por exemplo, o “Manual Advocacia da Concorrência. Cálculo de danos em cartéis: Guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos. 2018”¹⁹³; e as ações e instruções produzidas pelo

¹⁹¹ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm > Acesso em: 29/06/2023.

¹⁹² “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.” LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm > Acesso em: 29/06/2023.

¹⁹³ 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. 2018. Disponível em: < <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de->

Programa Nacional de Promoção da Concorrência. Contudo, o problema da quantificação persiste.

A Comunidade Europeia reconhece o princípio da reparação integral de pessoas singulares ou coletivas que sofram danos causados por infrações ao direito da concorrência. O Tribunal de Justiça da União Europeia defende que as vítimas devem obter reparação total do valor real do prejuízo sofrido. O direito à reparação total do dano abrange, assim, não somente o prejuízo real atribuído ao aumento anticoncorrencial dos preços, mas também aos ganhos cessantes resultantes da eventual diminuição das vendas. Aqui se inclui, ainda, o direito à percepção de juros¹⁹⁴. De forma a simplificar o cálculo das indenizações, a Comissão apresenta a importância de se estabelecer um “quadro de orientações pragmáticas e não vinculativas” para facilitar a fixação dos valores indenizatórios em processos antitruste. Como exemplo podemos mencionar métodos de cálculo aproximativos ou mesmo regras simplificadas para a estimativa dos prejuízos sofridos¹⁹⁵.

A Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, em seu art.12^o¹⁹⁶, versa sobre a repercussão dos custos adicionais a fim de garantir

[conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/calculo-de-danos-em-carteis/view](#)> Acesso em: 07/02/2022.

¹⁹⁴ Comissão das Comunidades Europeias. (UE) LIVRO BRANCO sobre acções de indemnização por descumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust. Comissão das Comunidades Europeias. Bruxelas, 2.4.2008 COM(2008) 165 final p.8.

¹⁹⁵ Comissão das Comunidades Europeias. (UE) LIVRO BRANCO sobre acções de indemnização por descumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust. Comissão das Comunidades Europeias. Bruxelas, 2.4.2008 COM(2008) 165 final p.8.

¹⁹⁶ “Artigo 12º

Repercussão dos custos adicionais e direito à reparação integral

1. A fim de garantir a plena efetividade do direito à reparação integral estabelecido no artigo 3.o, os Estados-membros asseguram, de acordo com as regras estabelecidas no presente capítulo, que a reparação do dano possa ser reclamada por quem o sofreu, independentemente de ser adquirente direto ou indireto do infrator, e que sejam evitadas a reparação excessiva do dano causado ao demandante pela infração ao direito da concorrência, e a ausência de responsabilidade do infrator.

2. A fim de evitar a reparação excessiva, os Estados-membros estabelecem as regras processuais apropriadas que assegurem que a reparação por danos efetivos a qualquer

o direito à reparação integral. Em primeiro plano, ratifica-se a possibilidade de que a compensação do dano possa ser demandada pela vítima independente da sua posição enquanto adquirente direto ou indireto, bem como que seja evitada a reparação excessiva do dano causado ao demandante pela infração ao direito da concorrência, e a ausência de responsabilidade do infrator. A Diretiva orienta os Estados-membros a estabelecerem regras processuais que assegurem que a reparação por danos efetivos em qualquer nível da cadeia de abastecimento.

Tal orientação não prejudica o direito do lesado do cálculo de lucros cessantes. Ainda como forma de facilitar o direito à reparação, o art. 17^o¹⁹⁷, ao tratar da quantificação de danos determina que o ônus da

nível da cadeia de abastecimento não exceda o dano de custo adicional sofrido a esse nível.

3. O presente capítulo não prejudica o direito do lesado de reclamar e obter reparação por lucros cessantes, devidos à repercussão total ou parcial dos custos adicionais.

4. Os Estados-membros asseguram que as regras do presente capítulo sejam aplicáveis com as devidas adaptações quando a infração ao direito da concorrência estiver relacionada com um fornecimento ao infrator.

5. Os Estados-membros asseguram que os tribunais nacionais tenham competência, de acordo com os processos nacionais, para calcular a parte dos custos adicionais que foi repercutida." Parlamento Europeu (UE) Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0104&from=pt#d1e816-1-1> Acesso em: 27/02/2022.

¹⁹⁷ "Artigo 17º

Quantificação dos danos

1. Os Estados-membros asseguram que nem o ônus da prova nem o grau de convicção do julgador exigidos para a quantificação dos danos tornem o exercício do direito à indenização praticamente impossível ou excessivamente difícil. Os Estados-membros asseguram que os tribunais nacionais sejam competentes, de acordo com os processos nacionais, para calcular o montante dos danos, se for estabelecido que o demandante sofreu danos mas seja praticamente impossível ou excessivamente difícil quantificar com precisão os danos sofridos, com base nos elementos de prova disponíveis.

2. Presume-se que as infrações de cartel causam danos. O infrator tem o direito de ilidir essa presunção.

3. Os Estados-membros asseguram que, nas ações de indenização, a autoridade nacional da concorrência possa, a pedido do tribunal nacional, prestar-lhe assistência na quantificação dos danos, caso a autoridade nacional da concorrência considerar adequada a prestação dessa assistência." Parlamento Europeu (UE) Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0104&from=pt#d1e816-1-1> Acesso em: 27/02/2022.

prova e o grau de convicção do julgador exigidos para a quantificação dos danos, não obstaculizem o exercício do direito à indenização nem o torne praticamente impossível.

Desse modo, os Estados-membros devem assegurar que seus tribunais nacionais sejam aptos a calcular o montante dos danos com base nos elementos de prova disponíveis. Para facilitar a quantificação de danos, a Diretiva 2014/104/UE estabelece a presunção de que a cartelização é uma infração que causa danos. Ela também assegura a assistência das autoridades nacionais da concorrência na quantificação dos danos em ações de indenização. Por fim, cabe destacar que a Diretiva estabeleceu o prazo de 27/12/2016 para que os Estados-membros incorporassem as disposições nela contidas em suas legislações nacionais, o que ocorreu por meio de adoção de leis, regulamentos ou outros institutos jurídicos.

6.4.1 Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indenização

Pouco antes da publicação da referida Diretiva 2014/104/EU, em 13/06/2013, foi publicada a “Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indenização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia Texto relevante para efeitos do EEEE”¹⁹⁸. Como todas as Comunicações da Comissão Europeia, trata-se de um documento sem poder vinculativo. Nesse caso específico, o documento se propõe a servir como guia prático para a quantificação de danos em ARDCs, subsidiando as decisões quanto à quantificação de danos a serem tomadas pelos tribunais nacionais competentes.

¹⁹⁸ EUROPEAN COMMISSION. Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia Texto relevante para efeitos do EEEE. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52013XC0613%2804%29>> Acesso em: 29/06/2023.

O documento parte do pressuposto de que, assim como as multas, a efetividade dos recursos disponíveis para os consumidores e empresas obterem reparação por danos concorrenciais também terá efeitos dissuasórios positivos em relação a futuras infrações. Conforme sintetizado no documento, a quantificação dos danos envolve a comparação entre a situação real dos demandantes e a situação em que estariam se a infração não tivesse ocorrido. Esse cálculo, contudo, não é trivial, envolvendo frequentemente uma série de questões complexas relacionadas à economia e ao direito da concorrência.

As contribuições da Comunicação são subdivididas em dois blocos. O primeiro trata da interação de regras e princípios entre o direito da UE e o direito nacional, destacando que o direito nacional de cada Estado-Membro regula as ações de indenização, mas deve garantir a eficácia e equivalência em relação ao direito da UE. Rememora ainda que as normas nacionais determinam o tipo de prova adequado, o grau de precisão necessário e a distribuição do ônus da prova; e que os tribunais nacionais têm competência para quantificar os danos com base em estimativas aproximadas ou considerações de equidade.

O segundo bloco, por sua vez, trata de introduzir as orientações sobre a quantificação dos danos dispostas no Guia Prático que acompanha a referida Comunicação. O Guia descreve uma série de métodos e técnicas disponíveis para quantificar danos antitruste, cuja utilização dependerá das circunstâncias específicas de cada caso. O Guia enumera alguns exemplos ilustrando os efeitos das infrações anticoncorrenciais e como os métodos de quantificação podem ser aplicados na prática. Como ressalva, a Comunicação destaca que o Guia não pode ser entendido como uma imagem completa ou definitiva das ideias, métodos e técnicas disponíveis, uma vez que os elementos

econômicos relacionados aos danos bem como os métodos de quantificação podem evoluir ao longo dos anos.

O Guia prático se subdivide em quatro partes. Primeiramente é apresentado o contexto e abordagem geral da quantificação dos danos nos processos de concorrência. A segunda parte apresenta métodos e técnicas. A terceira parte trata da quantificação dos danos causados por um aumento dos preços. Por fim, a quarta parte é dedicada a quantificar os efeitos resultantes das práticas de exclusão. Dentre os principais pontos de interesse para este projeto, o Guia Prático apresenta qual seria a abordagem geral em matéria de quantificação dos danos nos processos de concorrência:

Tabela 02 – Abordagem geral em matéria de quantificação de danos

O objetivo da indenização é transpor a vítima à situação em que estaria se a infração concorrencial não tivesse ocorrido.
A análise contrafactual é utilizada para comparar a situação real da pessoa lesada com a situação hipotética na ausência da infração.
A determinação do cenário contrafactual é essencial para quantificar os danos, uma vez que a situação hipotética não pode ser observada diretamente.
As especificidades do caso e as provas apresentadas perante o tribunal são fundamentais para determinar se houve dano e qual o seu montante.
Tribunais podem utilizar meios de prova direta, como documentos e depoimentos de testemunhas, para quantificar os danos.
O tipo de dano invocado pelo requerente determina quais variáveis econômicas devem ser consideradas, como preços, volumes de vendas, lucros, custos ou quotas de mercado.
A quantificação dos danos é baseada em estimativas e pressupostos, uma vez que é impossível determinar exatamente como o mercado teria evoluído na ausência da infração.
A quantificação dos danos está sujeita a limitações quanto ao grau de certeza e exatidão que pode ser alcançado.
Os métodos e técnicas variam em termos de postulados, detalhes dos dados necessários e controle de outros fatores que possam ter afetado a situação do requerente.

Após estimar o valor da variável econômica no cenário hipotético, é necessário compará-lo com as circunstâncias reais para quantificar os danos causados pela infração.

É importante considerar o pagamento de juros de mora como parte integrante da indenização, levando em conta os efeitos negativos do lapso de tempo decorrido desde a ocorrência dos danos.

Fonte: Comissão Europeia (2013)

Além dos princípios mencionados, o Guia chama atenção para dois pontos. O primeiro é a necessidade de distinguir entre duas categorias de danos provenientes das infrações: (i) aumento dos preços pagos pelos clientes das empresas infratoras; e (ii) exclusão dos concorrentes do mercado ou redução de sua quota de mercado. O Guia destaca ainda que as infrações previstas nos artigos 101.º e 102.º do TFUE podem ter outros efeitos negativos, a exemplo do impacto na qualidade dos produtos e na inovação. Feitos esses apontamentos iniciais, o Guia apresenta métodos e técnicas, a serem sintetizados a seguir.

6.4.1.1 Métodos comparativos

Para explicar o funcionamento dos métodos comparativos, o Guia utiliza como exemplo fictício o cartel da farinha, no qual todas as empresas de moagem de um determinado Estado-Membro teriam fixado conjuntamente os preços de moagem de cereais e de produção da farinha. No caso concreto, o método comparativo consiste basicamente em determinar o preço que a padaria (cliente de uma ou mais empresas do cartel) teria pagado pela farinha em um cenário sem infração concorrencial.

Para tal, o cenário sem infração é determinado pelos preços observados: (i) no mesmo mercado, em período anterior ou posterior à infração; (ii) em um mercado geográfico distinto, mas semelhante; (iii) em um mercado produto distinto, mas semelhante; e/ou (iv) combinação de uma comparação no tempo com uma comparação entre mercados

diferentes em termos geográficos ou de produtos. Os métodos a serem testados no exemplo vão se centrar nos preços, ainda que seja possível recorrer a outras variáveis econômicas como margens de lucro, taxa de remuneração do capital, valor dos ativos ou o nível dos custos de uma empresa (a depender das circunstâncias do caso em análise).

(a) Comparação no tempo no mesmo mercado: O método de comparação no tempo no mesmo mercado (antes ou após a infração) é um dos mais usuais. Dentre os exemplos de comparações estão os lucros realizados pelo concorrente antes e durante a infração *vis-à-vis* preços pagos pelos clientes durante a infração. Há três parâmetros de referência diferentes: período anterior à infração, período posterior à infração e ambos os períodos. A escolha do período de referência depende do conhecimento do setor, disponibilidade de dados e requisitos regulatórios. Em particular, em casos de infrações de longa duração, pode ser útil comparar com o período anterior e posterior à infração. Comparar dados do mesmo mercado e produto é vantajoso devido à maior comparabilidade das características de mercado. Adicionalmente, o Guia destaca que a escolha dos dados pode contribuir para uma comparação homogênea, podendo-se utilizar dados agregados ou específicos da empresa lesada.

(b) Comparação com os dados de outros mercados geográficos:

Quando se opta pela metodologia de comparação com dados de um outro mercado geográfico para estimar um cenário sem infração, é importante observar que, quanto mais semelhante for o mercado geográfico usado como comparação, maior a probabilidade de ser adequado para estimar um cenário sem a infração. Em geral, essa opção metodológica é adotada nos casos

em que há incerteza em relação ao escopo geográfico da infração. Para tal, deve-se evitar mercados afetados pela mesma infração ou mercados vizinhos diretamente influenciados por práticas anticoncorrenciais.

(c) Comparação com os dados relativos a outros mercados do

produto: Na metodologia de comparação a partir de outros mercados produto, é importante considerar a natureza dos produtos, sua forma de comercialização e características do mercado, como concorrência, estrutura de custos e poder de compra dos clientes. Essa abordagem permite comparar métricas econômicas, como margens de lucro, entre o mercado afetado pela infração e outro mercado do produto semelhante. Em geral, essa comparação com dados relativos a outros mercados do produto pode fornecer uma perspectiva adicional para estimar danos e entender os efeitos da infração, considerando mercados semelhantes em que a infração não ocorreu. No entanto, as considerações sobre a escolha adequada dos mercados do produto e as incertezas envolvidas são fundamentais nesse processo.

(d) Combinação das comparações no tempo e entre mercados: o

“método das duplas diferenças” combina comparações no tempo e entre mercados. O método permite analisar a evolução de uma variável econômica relevante no mercado afetado pela infração e compará-la com a evolução da mesma variável em um mercado não afetado pela infração durante o mesmo período. Assim, isola os efeitos da infração ao considerar a diferença entre as duas evoluções ao longo do tempo, eliminando outros fatores que afetaram ambos os mercados de maneira semelhante. Dentre as vantagens, pode ajudar a determinar a diferença específica

atribuível à infração, separando-a de outras variações que ocorreram durante o mesmo período. Contudo, é importante considerar a necessidade de semelhança suficiente entre os mercados em questão ao aplicar esse método, assim como nas comparações no tempo e entre mercados. A aplicação prática desse método geralmente requer uma série de dados de diferentes mercados e períodos, o que nem sempre é fácil de obter.

Há diversas técnicas para aplicar os métodos comparativos na prática. Uma possibilidade é utilizar os dados comparativos diretamente e estimar um valor para a variável econômica no cenário sem infração, como calcular médias dos dados para obter valores referentes a um cenário sem infração. Essas médias podem ser comparadas com as médias obtidas durante a infração para fins de análise. Em casos nos quais certos fatores (como o aumento do preço das matérias-primas) afetam apenas o parâmetro comparativo ou o mercado afetado pela infração, podem ser necessários ajustes nos dados observados para excluir essas influências. Isso pode ser feito por ajustes simples ou técnicas econométricas, como a análise de regressão¹⁹⁹. A escolha das técnicas a serem utilizadas

¹⁹⁹ “A análise de regressão constitui uma técnica estatística que ajuda a examinar as relações entre as variáveis econômicas e estabelecer em que medida uma determinada variável de interesse (por exemplo, no cartel da farinha, o preço da farinha) é influenciada pela infração e por outras variáveis que não sejam afetadas pela infração (por exemplo, preços das matérias-primas, variações na procura dos clientes, características do produto, grau de concentração do mercado). Por conseguinte, a análise de regressão permite avaliar se, e em que medida, outros fatores observáveis que não a infração contribuíram para a diferença entre o valor da variável de interesse observado no mercado afetado pela infração durante o período em que esta foi cometida e o valor observado num mercado comparativo ou durante um período de comparação. A análise de regressão constitui, portanto, uma forma de ter em conta outros elementos que explicam a diferença entre as séries de dados comparados. Todos os métodos comparativos são, em princípio, suscetíveis de serem aplicados por intermédio da análise de regressão, na condição de estarem disponíveis dados suficientes para o efeito”. EUROPEAN COMMISSION. DOCUMENTO DE TRABALHO DOS SERVIÇOS DA COMISSÃO GUIA PRÁTICO QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS NAS AÇÕES DE INDEMNIZAÇÃO COM BASE NAS INFRAÇÕES AOS ARTIGOS 101.º E 102.º DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA que acompanha a COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas

depende das circunstâncias específicas do caso, levando em consideração a exatidão, precisão e exigências de dados de cada técnica.

6.4.1.2 Modelos de simulação, análise baseada nos custos e no desempenho financeiro e outros métodos

Além dos métodos comparativos, há outros métodos para estabelecer uma estimativa em um cenário hipotético sem infração, incluindo: (i) simulação dos resultados de mercado com base em modelos econométricos; e (ii) o método para estimar o cenário provável sem infração com base nos custos de produção acrescidos de uma margem de lucro razoável.

Modelos de simulação: Os modelos de simulação são usados para estimar os preços ou outras variáveis que teriam prevalecido no mercado sem uma infração às regras de concorrência. Os modelos de simulação envolvem equações que consideram fatores como interações concorrenciais, estrutura de custos e demanda dos consumidores. Esses modelos são usados para estimar os preços que as empresas teriam praticado sem a infração, permitindo calcular os danos causados pela infração. Os modelos de simulação dependem de pressupostos teóricos e factuais sobre as características do mercado e o comportamento das empresas e consumidores. Mesmo modelos simples podem fornecer indicações úteis sobre os danos prováveis, mas modelos mais complexos podem ser mais precisos ao considerar uma ampla gama de características do mercado.

Contudo, a utilidade e confiabilidade dos modelos de simulação dependem das circunstâncias específicas do caso e dos requisitos legais aplicáveis. Há diferentes tipos de modelos de simulação que refletem a

infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, 2013(p.28-29).

concorrência em diversos tipos de mercados, desde o monopólio até a concorrência perfeita, passando pelos oligopólios. Dentre os mais utilizados estão o modelo de simulação de Bertrand, que descreve mercados com poucas empresas que competem em termos de preços; e o modelo de Cournot, que descreve mercados em que as empresas competem em termos de volume de produção.

Método baseado nos custos: O método baseado nos custos consiste na avaliação dos custos de produção por unidade. Após calcular esse valor, é adicionada uma margem de lucro "razoável" que teria sido obtida no cenário sem infração; para então fazer a comparação com os preços praticados durante o ilícito concorrencial. Para se chegar ao que seria uma margem de lucro "razoável" é preciso estabelecer comparações no tempo ou entre mercados, análise da concorrência e características do mercado, bem como modelos de organização industrial.

Para operacionalizar o método, a depender do setor, diferentes tipos de custos de produção podem ser considerados. Adicionalmente, conforme ressaltado na Comunicação, é recomendável calcular não apenas os custos do autor da infração, mas também os custos de um concorrente menos eficiente. É necessário observar ainda a falta de pressões competitivas e possíveis restrições à produção durante o período da infração. Como ponderações, o Guia menciona que a estimativa dos custos e da margem de lucro pode exigir consideração de questões complexas e acesso a dados das partes envolvidas ou de terceiros

6.4.1.3 Detalhes sobre as aplicações: quantificação do dano

Após os apontamentos sobre os modelos, o Guia Europeu traz detalhes sobre a utilização dos métodos descritos para quantificação de danos causados por cartel e outras condutas anticompetitivas incluindo: (i) quantificação do preço adicional (*i.e.* avaliação dos prejuízos resultantes

do fato de os clientes diretos e indiretos dos autores da infração terem de pagar mais caro pelos produtos do que um cenário sem infração; e (ii) quantificação dos danos causados pelo efeito do volume (i.e. pela aquisição de um menor número dos produtos em causa devido ao aumento dos preços). Por fim, há um capítulo dedicado a quantificar os efeitos resultantes das práticas de exclusão, incluindo: (i) a dimensão temporal das práticas de exclusão; (ii) abordagem geral para a quantificação dos lucros cessantes; (iii) concorrentes existentes e bloqueio à entrada de concorrentes; (iv) indenização pelos lucros cessantes futuros; e (iv) a quantificação dos danos para os clientes de empresas que sofreram exclusão.

6.4.1.3.1 Quantificação do preço adicional

O Guia rememora que diferentes tipos de infração concorrencial conduzem, direta ou indiretamente, a preços adicionais. Em particular, quando se trata de cartéis, o Guia especifica que os métodos comparativos, modelos de simulação, análise baseada nos custos e no desempenho financeiro, além de outros métodos já detalhados anteriormente, podem ser utilizados. O exemplo abaixo apresenta a quantificação do preço adicional por meio da utilização do “modelo de comparação no tempo” considerando um suposto cartel da farinha.

Tabela 03 – Exemplo de aplicação do modelo de comparação no tempo



Descrição do caso	Aplicação do modelo de comparação no tempo para quantificação do preço adicional
"Quatro empresas de moagem asseguram a produção de toda a farinha num determinado Estado-Membro (A, B C e D). Estas empresas adquirem cereais junto de vários agricultores, procedem à sua moagem e aplicam os tratamentos adequados, antes de embalar e vender a farinha às padarias. Estas últimas utilizam a farinha para o fabrico de pão que vendem em seguida aos consumidores, bem como aos supermercados. A autoridade de concorrência nacional realiza uma investigação do mercado devido a suspeitas quanto à fixação de preços e, em Janeiro de 2008, realiza inspeções sem aviso prévio nas instalações das empresas de moagem. Em Julho de 2010, a autoridade de concorrência adota uma decisão onde estabelece que as quatro empresas de moagem infringiram o artigo 101.º do TFUE por terem participado, durante o período de 1 de janeiro de 2005 a 31 de dezembro de 2007, numa infração única e contínua relativamente à produção de farinha, em todo o território do Estado-Membro, e que consistia na fixação dos preços. Uma padaria que adquiriu a farinha a uma destas empresas de moagem (empresa A) intenta uma ação contra esta	"No presente exemplo, a padaria requerente considera que os preços pagos antes da infração são adequados para estimar o preço hipotético provável. Se a padaria comparar os preços que vigoraram durante a infração e antes dela, conforme observados, pressupõe implicitamente que a diferença global entre os preços pagos no período de não infração, ou seja, em 2003 e 2004, e os preços pagos durante o período da infração, ou seja, em 2005, 2006 e 2007, é imputável à infração. É, todavia, possível que outras causas que não a infração tenham tido uma incidência significativa na evolução dos preços durante o período da infração. As oscilações nos preços dos cereais, por exemplo, podem ser uma outra causa que explica a evolução dos preços e podem ser tidas em conta mediante a utilização das técnicas delineadas na Parte 2, Secção II B. Na medida em que possam ser identificadas outras influências significativas e os dados relativos aos preços sejam ajustados por forma a ter em conta a sua incidência, é reforçada a alegação de que a diferença que subsiste entre os preços

empresa para a reparação do dano que sofreu em virtude da infração ao artigo 101.º do TFUE¹²⁴. A padaria alega que a infração conduziu a um aumento dos preços da farinha e solicita uma indenização pelo pagamento deste preço adicional em relação a todas as aquisições efetuadas em 2005, 2006 e 2007".	cobrados durante os períodos de não infração e da infração é imputável a esta última¹²⁸. As circunstâncias em que esses ajustamentos serão exigidos aos requerentes ou aos requeridos dependerão das normas de direito aplicáveis".
---	---

Fonte: EU (2013)

6.4.1.3.2 Quantificação dos danos causados pelo efeito do volume

Segundo o Guia, o aumento dos preços de um produto resulta na queda de sua procura (efeito de volume); dessa forma, preço adicional e o efeito de volume estão intimamente relacionados, sendo determinados conjuntamente pelos parâmetros de custos e demanda. O efeito de volume também está relacionado à repercussão do preço adicional ao longo da cadeia de abastecimento até o consumidor final. A redução na demanda devido ao efeito de volume resulta em lucros cessantes para os clientes diretos ou indiretos dos autores da infração.

Os métodos e técnicas sintetizados anteriormente podem ser utilizados para quantificar os lucros cessantes, como comparações temporais ou entre mercados para reconstituir o volume de vendas no cenário sem infração. Conforme menciona o Guia, em alguns casos, os tribunais podem aceitar métodos simplificados, como a determinação de uma margem de lucro média por transação multiplicada pelo número de unidades não vendidas devido à infração.

6.4.1.3.3 Quantificação dos efeitos resultantes das práticas de exclusão nos concorrentes do autor da prática infracionária

Conforme salientado no Guia, as infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFEU podem resultar em exclusão ou reduzir a participação de mercado dos concorrentes. Dentre as práticas estão abusos de posição dominante proibidos pelo art. 102.º do TFEU, a exemplo de práticas predatórias, acordos de exclusividade, recusa de abastecimento, venda casada ou *margin squeeze*. Como consequência, tais práticas podem levar a aumento de preços, diminuição das ofertas do mercado, além de redução da qualidade e da inovação.

Como primeira etapa, o Guia destaca que é preciso analisar a dimensão temporal das práticas de exclusão. Isso porque, como particularidade, ações dessa natureza podem gerar efeitos prolongados, uma vez que o restabelecimento das condições de mercado pré-infração é difícil de alcançar devido aos efeitos estruturais da infração (como a saída de agentes ou diminuição do *market share*).

Quando se trata de quantificar danos sofridos por concorrentes que permanecem no mercado, a principal metodologia aplicada consiste em comparar os resultados obtidos pela empresa durante a infração *vis-à-vis* um período não afetado pela infração. Para quantificar os danos causados a novos operadores, por sua vez, é recomendável utilizar como metodologia a análise de simulação, que permite prever um cenário em que o novo operador teria existido se não fosse afetado pela prática de exclusão.

O Guia pondera que a quantificação dos danos causados por exclusão pode ser de difícil execução, exigindo a avaliação de dados complexos e modelagem de cenários. Dessa forma, os tribunais acabam tendo

alguma discricionariedade na escolha dos dados e métodos utilizados para avaliar os danos.

Em particular, a quantificação dos danos em casos de fechamento de mercado pode ser desafiadora, especialmente quando não há dados disponíveis sobre os resultados de uma empresa lesada no mercado específico em que pretendia ingressar. Há casos em que não há parâmetros comparativos uma vez que o concorrente excluído não chegou a obter lucros ou até tenha sofrido prejuízos.

Quando os dados do mercado em questão são limitados e não há informações sobre períodos anteriores ou posteriores à infração, é recomendável utilizar como referência mercados geográficos e/ou de produtos comparáveis. Em alguns casos, a avaliação do desempenho financeiro do concorrente pode ser suficiente para obter dados que permitam estimar os lucros no cenário sem infração.

Por fim, o Guia reforça que, nos casos em que os concorrentes não podem retornar ao mercado ou recuperar totalmente a participação de mercado devido aos efeitos duradouros da infração, é recomendável buscar indenização não apenas pelos lucros cessantes durante o período de infração, mas também pelos lucros perdidos após o término da infração.

Como ponderação, a quantificação dos lucros cessantes futuros apresenta desafios, não apenas em termos das técnicas a serem utilizadas, mas também em relação ao período em que esses lucros cessantes podem ser identificados e compensados. A esse respeito, a legislação nacional desempenha um papel importante na determinação das circunstâncias em que os lucros cessantes futuros podem ser recuperados, devendo estabelecer regras pragmáticas para abordar essa questão. Por fim, o Guia sugere que, para facilitar o processo de

quantificação, os concorrentes excluídos podem optar por solicitar indenização apenas pelos custos incorridos para entrar no mercado, em vez de exigir indenização por todos os lucros perdidos.

6.4.1.3.4 Quantificação dos danos causados aos clientes dos autores da infração

Como último item, o Guia trata da quantificação dos danos para clientes pelas práticas de exclusão. Em breve síntese, os danos causados aos clientes pelas práticas de exclusão podem ser análogos aos danos causados por infrações que resultam em aumento de preços. Isso porque a recuperação das perdas após a prática de preços predatórios para excluir concorrentes do mercado, por exemplo, pode resultar em sobrepreço aos clientes dos autores da infração. Nesses casos, tais clientes podem pleitear indenizações por danos.

O Guia reforça que os clientes podem ser prejudicados pela infração mesmo quando não há aumento de preços. É o que ocorre, por exemplo, quando há uma redução na qualidade dos produtos ou serviços.

Por fim, quando um concorrente é também cliente do autor da infração, ele pode solicitar indenização não apenas pelo aumento dos custos, mas também pelos lucros cessantes devido aos menores volumes produzidos ou vendidos. A quantificação dos danos causados aos concorrentes e clientes pelos autores da infração segue princípios semelhantes aos danos resultantes de outras infrações que levam a um aumento de preços.

6.4.2 Consulta pública da Espanha sobre quantificação de danos

Em 15/09/2022 a *Comisión Nacional de los mercados y la competencia*, órgão concorrencial da Espanha colocou em consulta pública a versão preliminar do *Guía sobre cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia*. O Guia se propõe a facilitar a quantificação

dos danos decorrentes de infrações concorrenciais, apresentando de forma simples e didática os conceitos econômicos, estatísticos e econométricos mais relevantes. O Guia se destina principalmente a juízes e tribunais responsáveis pelos processos judiciais de ARDCs, às partes envolvidas, peritos, advogados especializados no tema e ao público em geral.

Tal qual o Guia da Comissão Europeia apresentado anteriormente, o Guia espanhol perpassa questões gerais, a exemplo de problemáticas relacionadas à coleta de dados e escolha de variáveis e, posteriormente, apresenta em detalhes os métodos mais comuns para quantificar danos, reforçando que tais métodos podem ser utilizados em uma perspectiva complementar de forma a revelar uma série de perspectivas e níveis de profundidade

Conforme destaca, em alguns casos, vários métodos podem ser aplicados, seja no relatório pericial ou nos relatórios das partes. Se os resultados forem semelhantes, podem reforçar as conclusões ou contribuir para uma estimativa mínima dos danos causados pela infração. Se os resultados forem contraditórios ou divergirem substancialmente, não se deve fazer uma média das indenizações propostas nem invalidar diretamente ambos os resultados, mas sim analisar as possíveis causas das divergências. A esse respeito, a literatura econômica oferece duas soluções principais: selecionar a abordagem considerada preferível com base na metodologia escolhida, na aplicação, nos dados disponíveis ou na robustez dos resultados; ou combinar as diferentes quantificações, excluindo os modelos com fraquezas significativas.

Como destaque, o Guia ressalta que é importante garantir que os métodos escolhidos tenham sido aplicados adequadamente, e fornecer justificativas para a exclusão dos métodos descartados. Assim como o

Guia da EU, o referido Guia perpassou: os métodos comparativos²⁰⁰; método de custos e análise financeiras²⁰¹; e os modelos de simulação. Adicionalmente, passou em revista a literatura econômica sobre quantificação de danos em condutas anticompetitivas, apresentando estudos de caráter teórico ou metodológico²⁰²; além de estudos em

²⁰⁰ Comparação temporal ou diacrônica, que compara a evolução da variável de interesse para a quantificação do dano durante o período da infração com a evolução da mesma variável em um período anterior ou posterior à conduta anticompetitiva; Comparação de mercados ou sincrônica, que compara a variável de interesse durante o período da infração com observações correspondentes a essa variável no mesmo produto em mercados geográficos semelhantes que não foram afetados pela conduta anticompetitiva (comparação geográfica) ou no mesmo mercado geográfico para produtos semelhantes que não foram afetados pela conduta anticompetitiva (comparação de produto); Método das diferenças em diferenças, que examina a evolução da variável econômica relevante no mercado da infração durante um período específico que engloba o período da infração juntamente com um período anterior ou posterior, e compara essa evolução com a evolução da mesma variável durante o mesmo período em um mercado de comparação não afetado (ou seja, combina o método diacrônico com o sincrônico).

²⁰¹ Método de custos e análise financeira, que consiste em calcular um valor razoável e provável da variável de interesse que teria resultado na ausência de uma infração anticompetitiva e compará-lo com o valor realmente observado para essa variável de interesse, por meio dos custos ou da rentabilidade.

²⁰² "La teoría económica del daño (Baker y Rubinfeld, 1999; Rubinfeld, 2008; Maier-Rigaud y Schwalbe, 2013); o Davis y Garcés, 2009). - El marco teórico y práctico para el análisis de la defensa basada en la repercusión de costes (Hellwig, 2006; Kosicki y Cahill, 2006; Davis y Garcés, 2009 o Verboven y Van Dijk, 2009). - La exclusión de competidores es el foco del análisis de Fumagalli, Padilla y Polo (2010), resaltando las dificultades adicionales con respecto a infracciones de cárteles debido a los efectos dinámicos en los mercados. Se ilustra con precisión el marco teórico mediante diferentes fases (desgaste, recuperación y reactivación) que requieren un estudio individualizado. - El incremento de la utilización de los modelos econométricos (y de su utilidad) en los casos de follow-on en Europa (Droukopoulos, G-2020-03 Guía Cuantificación de daños Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 66 de 167 C/ Alcalá, 47 – 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 – 08018 Barcelona www.cnmc.es Veronese y Witte, 2020). Los autores argumentan a favor de la utilización de análisis de regresión que, aunque puedan parecer poco inteligibles para los no especialistas, "pueden aumentar el grado de precisión de una estimación de daños y perjuicios, contribuyendo así a alcanzar un nivel probatorio superior si las normas aplicables lo requieren". Apesar de que el análisis con regresiones añade complejidad al estudio, se destacan sus ventajas, como el trato simultáneo de varios factores (demanda, precios, características de los productos, costes, variables macroeconómicas y otras exógenas), la acotación de la incertidumbre, y el tratamiento del efecto de la entrada y salida de competidores sobre precios. - La necesidad de una serie de supuestos y cautelas en el uso de modelos econométricos a la hora de calcular la tasa de repercusión de costes en los casos de estimación de daños (Harris y O'Sullivan, 1979). En la misma línea, se destaca que el punto clave de los análisis econométricos consiste en aislar el efecto de una infracción anticompetitiva del resto de variables coyunturales y demostrar la causalidad entre la infracción y el resultado económico (McFadden et al., 2003). - La necesidad de mantener un equilibrio entre pragmatismo y precisión a la hora de la elaboración y exposición de las metodologías de cuantificación de daños, destacando valores como la transparencia y

caráter empírico, como publicações com comparações metodológicas aplicadas a casos concretos de referência²⁰³; publicações baseadas em métodos comparativos²⁰⁴; publicações baseadas em método de custos e financeiros²⁰⁵; publicações baseadas em modelos estruturais²⁰⁶; publicações sobre aplicações de juros²⁰⁷; além de revisões sistemáticas e meta-análises, ou seja, publicações que revisam outros estudos²⁰⁸.

A quantificação de danos requer um estudo específico da magnitude dos efeitos causados pelo infrator, com base na comparação dos fatos com um cenário contrafactual, sendo fundamental apresentar uma descrição de como as condutas anticompetitivas geraram o dano concreto (teoria do dano) que se pretende quantificar. Isso porque os relatórios periciais associados às reivindicações devem partir de um conhecimento profundo da infração, do setor e do mercado afetados, e devem construir o cenário contrafactual a partir de hipóteses transparentes, razoáveis e

la claridad, y buscando un punto de encuentro entre profesionales del derecho y de la economía (Friederiszick y Roller, 2010). - La aplicación práctica de los principales métodos de cuantificación de daños utilizando datos simulados (Heller y Maier-Rigaud, 2021). - Las principales consideraciones metodológicas de los análisis de diferencias en diferencias (Maier-Rigaud y Sudaric, 2019) - La pertinencia de mostrar diferentes tipos de especificaciones según diferentes niveles de significatividad estadística en aras de una mayor transparencia de las estimaciones, sin que sea necesario usar los niveles habituales en otro tipo de trabajos (Johnson et al. 2017)".

²⁰³ Finkelstein y Levenbach (1983); Rubinfeld y Steiner (1983) y Fisher (1980, 1986); Daggett y Freedman (1984); Harrington (2004); Friederiszick y Roller (2010); Notaro (2013); Connor (2014b); Seixas y Lucinda (2019).

²⁰⁴ Siotis y Martínez-Granado (2010); Vanssay y Erutku (2011); Boswijk, Bun y Schinkel (2019); Hüschelrath et al. (2013); McCluer y Starr (2013); e Laitenberger y Smuda (2015).

²⁰⁵ VELJANOVSKI, C. Damages for Bid-rigging—The English High Court's Idiosyncratic Cost-Based Approach in BritNed. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2019.

²⁰⁶ COTTERILL, R. W. y Dhar, T. Oligopoly Pricing with Differentiated Products: The Boston Fluid Milk Market Channel, Food Marketing Policy Center Research Reports 074, University of Connecticut, 2003.; KIM, D. y Cotterill, R.W., Cost Pass-Through in Differentiated Product Markets: The Case of US Processed Cheese", *Journal of Industrial Economics*, 2008.

²⁰⁷ GOTANDA, J. Y SÉNÉCHAL, T., "Interest as Damages", *Columbia Journal of Translational Law*, Volume 27, Number 3., 2009; Bueren, E., Hüschelrath, K. y Veith, T., "Time is Money - But How Much Money is Time? Interest and Inflation in Competition Law Actions for Damages", *Antitrust Law Journal*, vol. 81, núm. 1, 2016.

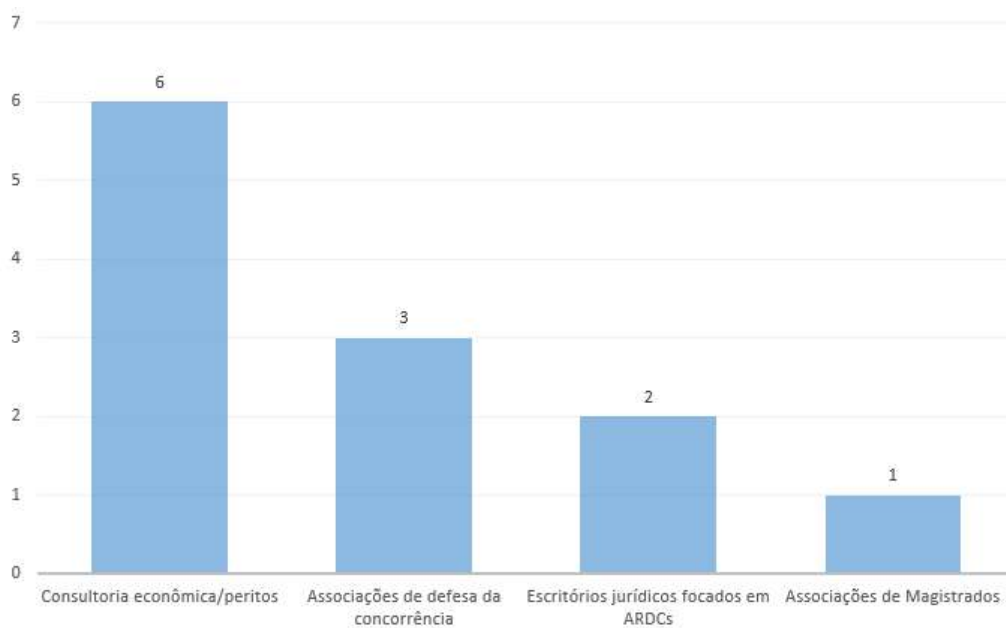
²⁰⁸ CONNOR, J. Y BOLOTOVA, Y.. CARTEL OVERCHARGES: SURVEY AND META ANALYSIS. *International Journal of Industrial Organization*, 2006; CONNOR, J.. Price Fixing Overcharges: Revised 2nd Edition. SSRN Working Paper, 2010; BOYER, M. Y KOTCHONI R.. How Much Do Cartel Overcharge?, *Review of Industrial Organization*, 2015.

tecnicamente fundamentadas, com base em dados confiáveis e verificáveis.

Por fim, conforme destacado, é igualmente importante que os dados sejam tratados adequadamente e que isso seja explicado detalhadamente. Para tal, deve-se incluir a uma descrição clara da metodologia utilizada que permita sua replicabilidade, incorporar uma descrição das variáveis e fornecer acesso aos dados, códigos, comandos e procedimentos de programação utilizados em um formato acessível a todas as partes do processo judicial.

A publicação da versão preliminar do Guia foi seguida de uma consulta pública. O gráfico 32 apresenta o perfil dos participantes:

Gráfico 32 – Perfil dos manifestantes



Fonte: Elaboração Própria

No âmbito da consulta pública, os participantes tiveram como foco apontar as principais lacunas da versão preliminar do Guia, por meio de

críticas e sugestões de complemento. Aqui, serão abordados os principais pontos:

I. Críticas quanto ao rigor técnico do documento:

Em uma perspectiva geral do documento, diversos manifestantes consideraram que o Guia trata de assuntos complexos de modo superficial. A *Asociación española para la defensa de la competencia*, por exemplo, considerou que a versão preliminar do Guia espanhol segue o Guia Prático da Comissão Europeia para a quantificação de danos, porém com menor rigor e precisão. Em particular, há simplificações que levam a erros técnicos, como, por exemplo, a afirmação de que, do ponto de vista do consumidor, o dano sofrido é a soma do efeito preço e do efeito volume²⁰⁹. Os participantes consideraram que algumas questões foram abordadas de forma demasiadamente genérica, ao passo que poderiam ser desenvolvidas em detalhes e focadas em uma perspectiva mais prática e didática (como exemplos que possam ajudar os juízes a entenderem alguns procedimentos, problemas e conceitos técnicos)²¹⁰. Nesse sentido, alguns participantes sugerem melhorar a definição de termos como “econometria” e “modelo econométrico” para facilitar sua compreensão²¹¹⁻²¹²⁻²¹³.

Em particular, há comentários quanto ao fato de que o anexo que trata de modelos econométricos é complexo e utiliza uma linguagem técnica que pode ser de difícil compreensão para leigos, restando pendente a inclusão de exemplos práticos que possam auxiliar a compreensão²¹⁴⁻²¹⁵.

²⁰⁹ Contribuição enviada por Asociación española para la defensa de la competencia.

²¹⁰ Contribuição enviada por Asociación española para la defensa de la competencia.

²¹¹ Comisión Gallega de la Competencia (CGC).

²¹² COMPASS LEXECON.

²¹³ THE EUROPEAN CIRCLE FOR COMPETITION DAMAGES.

²¹⁴ COMPASS LEXECON.

²¹⁵ THE EUROPEAN CIRCLE FOR COMPETITION DAMAGES.

²¹⁶. Há manifestações considerando que, embora o guia tenha por objetivo tratar da quantificação de danos, o material se excedeu na abordagem de questões jurídicas gerais que já seriam de conhecimento dos magistrados (principal público-alvo do Guia)²¹⁷. Por fim, diversos manifestantes destacam a necessidade de incluir abordagens de guias semelhantes elaborados por autoridades concorrenciais de outros países²¹⁸; além da identificação dos problemas enfrentados pelos tribunais espanhóis, que poderia ser obtida por meio de um trabalho de campo prévio e abrangente realizado pela CNMC²¹⁹; e inclusão de casos práticos²²⁰.

Quanto ao item dedicado à revisão da literatura econômica sobre a quantificação de danos decorrentes de condutas anticompetitivas, os manifestantes consideraram que a sessão possui peso excessivo no documento e tende a ficar desatualizada em curto espaço de tempo, devendo ser retirada do Guia e disponibilizada no site da CNMC de modo complementar e com atualizações periódicas. Em outra perspectiva, a *Global Economics Group* considerou que a literatura econômica citada é relevante, mas que o Guia se tornaria mais didático e intuitivo se integrassem ao texto os exemplos práticos utilizados nessas obras de modo a ilustrar as diferentes metodologias, bem como suas vantagens e desvantagens²²¹.

II- Críticas quanto à abordagem metodológica do documento

Diversos manifestantes teceram críticas sobre a abordagem metodológica do Guia. Em geral, consideram que o Guia oferece uma

²¹⁶ ENRIQUE SUAREZ GARCIA.

²¹⁷ Contribuição enviada por Asociación española para la defensa de la competencia.

²¹⁸ Contribuição enviada por Asociación española para la defensa de la competencia.

²¹⁹ Profissionais do âmbito econômico.

²²⁰ Global Economics Group.

²²¹ Global Economics Group.

visão geral dos métodos econômicos mais utilizados para a quantificação dos danos, sem, contudo, aprofundar os critérios de seleção de cada método, indicando se há algum mais adequado em relação aos demais, considerando o tipo de infração ou a disponibilidade de dados²²². Há ainda algumas inconsistências, por exemplo, conforme considerado pela Compass Lexecon, a lista de verificações para métodos comparativos é uma simplificação e pode levar a afirmações errôneas; e é aplicável apenas a métodos comparativos com aplicação de econometria. Em geral, faltam critérios para selecionar entre análises contraditórias, levando em consideração a precisão da base de dados, o contrafactual adequado e a construção correta da análise de regressão. Métodos diferentes de modelos econômicos e econométricos, como métodos financeiros, não são mencionados²²³. O draft do Guia se concentra nos modelos de regressão multivariada, embora existam outros tipos de análise de regressão univariada que também podem ser utilizados²²⁴.

II.i Metodologia para analisar infrações de longa duração: A Compass Lexecon considera que é preciso fazer uma análise de robustez ao invés de descartar o método de comparação temporal em casos de infrações de longa duração. Em vez de omitir períodos incertos, é preferível realizar uma análise de sensibilidade para determinar se esses períodos foram afetados. O efeito da infração pode ser capturado por variáveis de controle, tornando desnecessário o uso de taxas de desconto.

II.ii Atenção quanto à definição das datas para a aplicação das metodologias: A CDC Cartel Damage Claims chama atenção para o fato de que efeitos do cartel podem ocorrer em datas diferentes das indicadas na decisão do cartel. Em particular, cartéis podem causar danos após a

²²² Aportaciones de magistrados de audiencias provinciales especializadas en la materia, con experiencia en acciones de daños por infracciones del Derecho de la Competencia.

²²³ COMPASS LEXECON.

²²⁴ THE EUROPEAN CIRCLE FOR COMPETITION DAMAGES.

data indicada como término da infração. Isso porque mesmo após o fim do cartel o retorno dos preços aos padrões que antecederiam o ilícito pode demorar²²⁵. Dessa forma, o uso de datas oficiais para quantificar os danos pode levar a estimativas não condizentes com a realidade do mercado. Assim, sugere que o CNMC inclua uma seção separada sobre a definição da data de início e fim do cartel nas diretrizes finais, com o propósito de alertar os juízes de que uma determinação incorreta do início/fim do efeito do cartel pode afetar seriamente o cálculo do sobrepreço.”²²⁶

II.iii Metodologia para a definição de juros: Alguns manifestantes observaram que a CNMC não aborda adequadamente a quantificação dos juros como parte da compensação. Contudo, os juros fazem parte do direito à indenização integral²²⁷. A CDC Cartel Damage Claims sugere adicionar um capítulo sobre o cálculo dos juros legais sobre danos resultantes de infrações à lei da concorrência. Para a instituição, é preciso esclarecer que nem sempre é necessário ou preferível trabalhar com preços corrigidos pela inflação e adicionar um capítulo legal sobre o cálculo dos juros legais sobre danos (nominais) resultantes de infrações à lei da concorrência²²⁸.

²²⁵ “Existem várias razões pelas quais as datas oficiais de infração geralmente não são as mesmas que as datas de início ou término do efeito anticompetitivo, incluindo: implementação tardia dos preços acordados durante o cartel, persistência da colusão explícita após a data de término da infração, acordos de conciliação em negociação durante o período de infração, colusão tácita prolongada facilitada pela colusão anterior, contratos de médio e longo prazo celebrados durante o período de cartel, tempo necessário para a capacidade e o número de empresas se recuperarem, e antecipação de reivindicações de danos resultando em preços mais altos após o cartel.” CDC Cartel Damage Claims.

²²⁶ CDC Cartel Damage Claims.

²²⁷ THE EUROPEAN CIRCLE FOR COMPETITION DAMAGES.

²²⁸ CDC Cartel Damage Claims.

II.iv Crítica quanto ao peso excessivo conferido às metodologias quantitativas no documento

Conforme observado pela CDC Cartel Damage Claims, é preciso evitar depender exclusivamente de medidas estatísticas. Para a instituição, a importância da significância estatística e do ajuste do modelo é superestimada nas diretrizes preliminares da CNMC. Em particular, considera que a significância estatística dos coeficientes de regressão (*i.e.* os valores numéricos que representam a relação entre uma variável dependente e uma ou mais variáveis independentes em um modelo de regressão, indicando assim a magnitude e a direção do efeito das variáveis independentes sobre a variável dependente) é discutida detalhadamente nas diretrizes.

Contudo, o documento não ressalta que o “valor-p” (uma medida estatística que indica a probabilidade de um resultado ocorrer ao acaso, supondo que não haja diferença ou relação real entre as variáveis estudadas) não mede a importância de um resultado, mas sim fornece evidência estatística contra a hipótese nula. De modo que, ao interpretar o “valor-p”, é necessário considerar o contexto e outras evidências relevantes. Dessa forma, a CDC considera que o Guia deveria reforçar que além de evitar falsos positivos, é igualmente importante evitar erros de falsos negativos, especialmente no caso de infrações de cartel.

O órgão destaca ainda que, em casos em que há baixo número de dados de vendas (por exemplo, atividade de cartel relacionada a licitações pouco frequentes), os cartelistas não devem escapar de pagar indenização apenas porque a faixa do efeito estimado do cartel é relativamente ampla ou até mesmo insignificante. Análises econômicas adicionais podem corroborar os resultados e mostrar um efeito de cartel. Em maior detalhe, o CDC Cartel Damage Claims destaca que o ajuste do modelo econômico geralmente é medido pelo coeficiente de

determinação R-quadrado, mas não se deve depender exclusivamente dele para decidir se o modelo é bom.

O R-quadrado não pode ser comparado entre modelos baseados em diferentes conjuntos de dados e seu aumento não necessariamente melhora o poder explicativo do modelo. Em vez do R-quadrado, existem outras estatísticas que podem ajudar a decidir se o modelo é bom, como testes de correlação serial, teste de normalidade dos resíduos, teste de multicolinearidade, entre outros. Por fim, conclui que nenhuma medida estatística pode substituir o "bom senso" e sugere que a CNMC adicione as ressalvas mencionadas acima à discussão das medidas relacionadas à significância estatística e ao ajuste do modelo²²⁹.

III- Críticas quanto às abordagens sobre uso de dados

Conforme observado, a minuta menciona alguns dos requisitos gerais que uma base de dados deve cumprir para ser considerada válida na estimativa do sobrepreço (a exemplo da indicação de que os dados devem ser representativos da situação real do mercado), porém o faz de maneira muito superficial em notas de rodapé, anexos ou como esclarecimento de outros pontos. Uma vez que esse aspecto é essencial para a quantificação de danos, seria imprescindível incluir orientações para os juízes sobre como distinguir entre bases de dados de diferentes relatórios a depender das circunstâncias específicas dos casos²³⁰.

Segundo o CDC Cartel Damage Claims, o CNMC deve moderar as declarações sobre a completude dos dados e discutir o uso de dados e evidências não baseados em transações quando os dados detalhados das transações não estiverem disponíveis. Na análise de danos, a estimativa deveria considerar as melhores práticas para suprir dados

²²⁹ CDC Cartel Damage Claims.

²³⁰ Contribuição enviada por Asociación española para la defensa de la competencia.

ausentes. No mesmo sentido, para um grupo de Profissionais do âmbito econômico que participou da consulta, o requisito de dados de boa qualidade deve ser tratado de forma mais flexível e ponderada, considerando a dificuldade em obtê-los. O enunciado sobre dados "confiáveis, transparentes, completos e contrastáveis" precisa ser mais detalhado e apresentado como uma recomendação flexível, em vez de um requisito rígido. Isso porque "[o] Guia deve estabelecer um alto padrão de prova para as evidências periciais, mas sem comprometer o princípio da efetividade" ²³¹.

O Guia menciona as principais variáveis para a estimativa dos danos e as fontes de dados acessíveis publicamente. Contudo, também são relevantes os dados em posse do infrator ou da parte prejudicada, que devem ser disponibilizados às partes e aos peritos no processo.²³² O CDC Cartel Damage Claims sugere que o Guia incorpore informações quanto à seleção das variáveis explicativas, uma vez que algumas delas podem ser afetadas pela infração, o que pode levar a estimativas enviesadas. Em particular, a inclusão do custo dos infratores como variável no modelo tem poder explicativo limitado em relação aos preços. Os conceitos contábeis nem sempre são congruentes com os conceitos econômicos; portanto, a maneira precisa como uma série de custos é criada deve ser examinada de perto, especialmente se ela foi construída ou escolhida para fins de litígio por danos.

Em contabilidade, certos custos comuns são alocados usando a proporção das receitas geradas, o que leva a uma falácia ao usar tais séries de custos na estimativa estatística de danos. Dessa forma, o escritório sugere que a CNMC mencione nas diretrizes finais que proxies de

²³¹ Profissionais do âmbito econômico.

²³² Aportaciones de magistrados de audiencias provinciales especializadas en la materia, con experiencia en acciones de daños por infracciones del Derecho de la Competencia

custo disponíveis publicamente são mais adequadas para análise. Se os dados de custo obtidos dos infratores forem utilizados, eles devem ser examinados com muita cautela.

Como apontado pelos “magistrados de audiencias provinciales especializadas en la materia, con experiencia en acciones de daños por infracciones del Derecho de la Competencia”, o Guia deveria incluir indicações sobre os dados que podem ser extraídos do próprio processo sancionatório e das resoluções sancionadoras, para subsidiar a estimativa dos danos. É importante considerar a relevância de dados específicos obtidos de um processo conduzido por um órgão técnico, independente e especializado. Seria ainda necessário esclarecer quais dados devem ser mantidos sob sigilo e quais precauções devem ser tomadas para evitar o acesso a informações confidenciais desnecessárias para o cálculo dos danos^{233_234}.

V- Pass-on

Diversos manifestantes observaram que, embora seja uma questão essencial para a existência de um dano indenizável e para a determinação do seu valor, o tema *pass-on* foi apenas mencionado brevemente na introdução e, ainda, contendo imprecisões^{235_236}. O *The european circle for competition damages* considerou que as afirmações da CNMC sobre o efeito *passing-on* são muito simplistas e podem induzir os tribunais a erro. Sendo assim, sugere que essas afirmações devem ser corrigidas ou, caso contrário, eliminadas, referindo-se às diretrizes da Comissão Europeia de 2013 e 2019 em seu lugar, uma vez que tal

²³³ Aportaciones de magistrados de audiencias provinciales especializadas en la materia, con experiencia en acciones de daños por infracciones del Derecho de la Competencia.

²³⁴ Consejo General de Economistas, CGES.

²³⁵ Contribuição enviada por Asociación española para la defensa de la competencia.

²³⁶ THE EUROPEAN CIRCLE FOR COMPETITION DAMAGES.

abordagem simplista da CNMC em relação ao *passing-on* pode subestimar a complexidade da análise econômica necessária²³⁷.

IV- Outras dificuldades gerais no cálculo de sobrepreço

O Global Economics Group destaca que o Guia reconhece alguns dos elementos que dificultam a quantificação de danos, como a falta de disponibilidade de dados, a construção de um cenário contrafactual ou a possibilidade de *pass-on defense*. Contudo, faltou uma consultoria prévia que poderia ter detectado problemas existentes na prática para orientar a elaboração do material. Nesse sentido, com base em sua experiência, o instituto menciona dificuldades que não foram endereçadas no Guia: (i) seleção do modelo de quantificação e das variáveis apropriadas; (ii) a distinção entre elementos e pressupostos essenciais e acessórios para a determinação dos danos; (iii) a identificação dos pontos comuns e discrepantes dos diferentes laudos periciais; (iv) a distinção entre a complexidade inerente a um laudo pericial e a complexidade desnecessária ou imposta; e (v) a existência de efeitos pós-cartel.

Adicionalmente, fornece algumas recomendações: (i) Especificar os possíveis problemas que podem ocorrer ao usar cada um dos modelos e em que circunstâncias eles ocorrem; (ii) Especificar quais são os principais elementos que devem ser avaliados para determinar a adequação de um modelo; (iii) Incluir exemplos e casos ao longo do documento: exemplo de quando cada modelo é usado (como faz o Guia Prático da CE); (iv) Incluir exemplo dos problemas que invalidam um modelo (como faz o Guia Prático da CE); (iv) Em relação à existência de efeitos pós-cartel, o Guia deveria incluir uma discussão mais ampla sobre a possibilidade de os efeitos da infração não cessarem necessariamente a

²³⁷ THE EUROPEAN CIRCLE FOR COMPETITION DAMAGES.

partir do fim do ilícito. Em particular, são necessários mais esclarecimentos sobre: (a) determinar o fim dos efeitos da infração caso a caso por meio de análise de dados empíricos; (b) a possibilidade de que os efeitos pós-cartel nunca desapareçam completamente; (c) estabelecer quais elementos favorecem a existência e persistência de efeitos pós-cartel; e (d) incluir exemplos da existência de efeitos pós-cartel: casos anteriores e exemplos da literatura econômica²³⁸.

6.4.3 Espaço para aprimorar as instruções disponíveis no Brasil?

Em maio de 2018 a Seprac publicou o “Cálculo de danos em cartéis: Guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos”, um documento não vinculativo que tem como propósito fornecer diretrizes para calcular os danos sofridos em casos de cartel. O Guia se dedica inicialmente a apresentar conceitos básicos sobre a identificação e métodos de detecção de cartéis, a exemplo de métodos baseados na estrutura do mercado e métodos comportamentais. O capítulo 3 se dedica às técnicas para mensuração de sobrepreço, ao passo que o capítulo 4, a ser abordado aqui em item posterior, traz técnicas quantitativas de mensuração de repasse de sobrepreço.

Quanto às técnicas para mensuração de sobrepreço, o Guia parte do pressuposto de que a quantificação dos danos depende da diferença entre a situação observada no mercado cartelizado e um cenário contrafactual competitivo e que a compensação deve abranger danos emergentes (prejuízos reais) e lucros cessantes (ganhos potenciais não realizados). O Guia afirma ainda que o prejuízo decorre do sobrepreço imposto pelo cartel em relação aos preços competitivos e que a mensuração do prejuízo depende de técnicas como métodos comparativos e métodos baseados na estrutura das empresas ou

²³⁸ Global Economics Group

mercados. O arcabouço legal do Guia é bastante sucinto, e se limita a afirmar que nos EUA as ARDCs são frequentes e que os requerentes precisam apresentar uma estimativa quantitativa razoável do prejuízo sofrido, de modo que “[...] não há, portanto, a necessidade de obter avaliações precisas do diferencial de preço resultante da atuação do cartel”.

Quanto aos métodos apresentados, o Guia perpassa os métodos comparativos (como método do período anterior, método de mercado geograficamente próximo e método de mercado substituto), especificando que a escolha do método adequado depende da disponibilidade de dados e da possibilidade de definir cenários alternativos; além de métodos baseados na estrutura das empresas ou mercados. Na sequência está o capítulo sobre *pass-on defense* e a conclusão. Há ainda um anexo matemático e estatístico destinado ao público interessado em aprofundar os conhecimentos sobre as ferramentas de avaliação econômica da atuação de cartéis, abordando princípios básicos da econometria, abrangendo Método de Mínimos Quadrados Ordinários, - Hipóteses do método de MQO, Variáveis Instrumentais e o Método de Mínimos Quadrados em Dois Estágios e um tópico sobre identificação de cartel. Em particular, as técnicas quantitativas para mensuração de sobrepreço estão dispostas entre as páginas 137 e 143.

Em comparação ao material elaborado no âmbito da Comissão Europeia, o Guia desenvolvido pelo Seprac é bastante sucinto. Não há, por exemplo, explicações quanto à quantificação dos danos causados pelo efeito de volume ou sobre a quantificação dos efeitos resultantes das práticas de exclusão. O Guia em si representa uma grande contribuição para a difusão de métodos de quantificação de danos. Contudo, uma

eventual nova versão pode agregar ensinamentos derivados, principalmente do Guia da Comissão Europeia.

6.5 Adoção da *pass-on defense*

O mapeamento realizado no âmbito desta pesquisa identificou três apelações movidas por requerentes nas quais o juízo de segunda instância confirmou o entendimento de que o ônus da prova do prejuízo seria das autoras das ARDCs e que, notadamente, o sobrepreço teria sido repassado ao consumidor. As três apelações desprovidas se referem a ARDCs movidas por construtoras em face de cimenteiras por ocasião do “cartel do cimento” (Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79). Ao que parece, a jurisprudência sobre o tema ainda é bastante incipiente no Brasil até o momento.

De modo semelhante, conforme abordado no *Study on the Passing-on of overcharges*²³⁹, os tribunais nacionais europeus possuem uma experiência limitada quanto ao tema *pass-on*. Em geral, as análises feitas são focadas em parâmetros básicos (a exemplo do número de empresas afetadas por um custo adicional) e tendem a adotar abordagens bastante simples ou restritamente teóricas para a quantificação. Em geral, não se considera, por exemplo, o *volume effect* na quantificação dos danos. Por essa razão, a UE empreendeu uma série de esforços sobre o tema a serem detalhados a seguir.

No âmbito da Comissão Europeia, a Diretiva 2014/104/UE aborda, em seu artigo 13º, a defesa baseada no repasse dos custos adicionais, prevendo que, nos casos em que o demandado invoca o *pass-on defense* como meio de defesa contra um pedido de indenização, o ônus da prova recai

²³⁹ EUROPEAN COMMISSION. Study on the Passing-on of overcharges. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>> Acesso em: 06/07/2023.

sobre o demandado, “[...] que pode razoavelmente requerer a divulgação de informações pelo demandante ou por terceiros”.

Em síntese, a Diretiva confirma a disponibilidade do *pass-on defense* (com os réus arcando com o ônus de provar que o repasse ocorreu) e estabelece uma presunção legal de repercussão para compradores indiretos (desde que certas condições sejam atendidas). Além de ter previsto que os tribunais nacionais devem ser capazes de estimar o repasse²⁴⁰.

De modo semelhante, no Brasil, a Lei nº 14.470/2022 previu que “§ 4º Não se presume o repasse de sobrepreço nos casos das infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, cabendo a prova ao réu que o alegar. (NR)”. Em outros termos, a partir da promulgação da referida lei, não se pode presumir que houve repasse de sobrepreço em casos de cartel ou outras condutas anticompetitivas, cabendo ao réu provar a eventual existência de repasse de sobrepreço. Dessa forma, é importante analisar as medidas adotadas na União Europeia.

6.5.1 Estudo e guia diretivo de *pass-on* europeu

Na esteira da Diretiva 2014/104/UE, em 2016 a Comissão Europeia desenvolveu o “Study on the Passing-on of overcharges”²⁴¹. O estudo tem como objetivo fornecer orientações práticas para juízes e outros profissionais sobre como avaliar evidências econômicas relacionadas ao *pass-on* no contexto de infrações concorrenciais, englobando explicações sobre o conceito e seus efeitos, a jurisprudência sobre o tema

²⁴⁰ EUROPEAN COMISSION. Study on the Passing-on of overcharges. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>> Acesso em: 06/07/2023.

²⁴¹ EUROPEAN COMISSION. Study on the Passing-on of overcharges. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>> Acesso em: 06/07/2023.

nas cortes europeias, além de abordagens metodológicas para o cálculo de *pass-on*.

Como premissa, o estudo menciona que a Diretiva 2014/104/EU estabelece que qualquer pessoa que tenha sofrido dano concorrencial pode solicitar a compensação total pelos prejuízos. Nesse contexto, há três elementos distintos que compõem o prejuízo recuperável sofrido pelo reclamante. O primeiro é o aumento nos custos do reclamante ("o sobrepreço") que pode ser causado pela violação, ou seja, a perda direta (*damnum emergens*). O prejuízo do sobrepreço pode surgir diretamente ou devido ao repasse de custos "a montante" por um comprador direto ou indireto que atua como fornecedor do requerente.

O segundo elemento que deve ser considerado é que o impacto adverso do sobrepreço pode ser reduzido por meio do repasse de parte ou da totalidade do sobrepreço aos próprios clientes, por meio de um aumento de preço ("*passing-on*" effect). Contudo, conforme especificado no estudo, embora essa transferência de custos "a jusante" reduza o prejuízo real sofrido pelo reclamante em questão, isso ocorrerá às custas de causar prejuízos mais adiante na cadeia de suprimentos. "De fato, o efeito de transferência de custos em um nível da cadeia de suprimentos implica um sobrepreço da mesma magnitude no próximo nível abaixo; eles são dois lados da mesma moeda". Devido a esse aspecto, quando se trata de ARDCs, o *pass-on* pode servir tanto como uma "arma", por meio da qual um comprador indireto alega que um sobrepreço lhe causou prejuízo; quanto como "escudo", onde o réu alega que o prejuízo alegado pelo autor da ação foi repassado.

Por fim, o terceiro elemento é o *volume effect*. Mais especificamente, na medida em que um reclamante sofra perda de volumes de vendas em função do *pass-on*, perderá margens de lucro associadas a esses volumes. Ou seja, o *volume effect* consiste na perda de lucro recuperável (*lucrum*

cessans) e deve fazer parte do cálculo geral de danos. Adicionalmente, é a extensão dessa perda prospectiva (a depender da elasticidade de demanda do mercado) que limita a extensão do *passing-on*.

O estudo destaca que a análise econômica quantitativa assume papel central na estimativa dos efeitos do *pass-on* e que quando há limitações na disponibilidade de dados adequados é possível recorrer a evidências mais qualitativas, a exemplo de documentos e declarações sobre como as empresas precificam. Dessa forma, o estudo apresenta diversas abordagens para estimar os *passing-on* e *volume effects*, com foco em abordagens quantitativas. As principais metodologias abordadas foram: (i) *sequential approaches*; e (ii) *Holistic approaches*.

i. Sequential approaches;

Em breve síntese, *sequential approaches* correspondem a estimativas separadas dos três componentes do dano. Primeiramente, é feita a quantificação do sobrepreço. Na sequência, é verificado em que medida o sobrepreço foi repassado aos consumidores. Para tal, é necessário obter uma medida do aumento preço contrafactual que teria prevalecido em um cenário sem infração.

A partir dessa métrica, o *pass-on effect* pode ser calculado por meio da multiplicação do aumento estimado de preço pelo volume de vendas da empresa. Adicionalmente, técnicas de comparação podem ser usadas para estimar o preço contrafactual, como preços antes/depois do período de infração ou preços de produtos semelhantes em geografias diferentes. A mudança nos preços decorrente do *overcharge* pode ser calculada ainda por meio da multiplicação da parte relevante do *overcharge* pelo *pass-on rate*.

Por fim, a taxa de *pass-on* corresponde a como as mudanças nos custos se traduzem em mudanças nos preços e pode ser estimada com dados de custo e preço, incluindo técnicas de regressão multivariável.

Como terceira etapa, o *volume effects* pode ser calculado por meio da multiplicação da margem que o comprador teria obtido pelo volume de vendas reduzido como resultado do *passing on*. Como metodologia, em geral, a redução no volume vendido pode ser quantificada por meio de técnicas de comparação ou medidas de elasticidade da demanda combinadas com o efeito de *pass-on* no preço. Nesse cálculo, a escolha da elasticidade apropriada assume caráter central.

ii. *Holistic approaches*

Na abordagem holística o dano total é calculado de forma integrada considerando, simultaneamente, os efeitos de *pass-on* e de volume. Dentre os exemplos de abordagens holísticas que se baseiam em modelos econômicos formais estão as abordagens de desconto e simulação. Tais abordagens, introduzem uma estrutura adicional ao cálculo, reduzindo os requisitos de dados e permitindo que um especialista que já tenha uma estimativa do sobrepreço decorrente do ilícito atribua um valor específico à perda econômica total do comprador. Como ressalva, o estudo destaca que a confiabilidade da estimativa de danos dependerá principalmente da qualidade dos dados utilizados e da natureza das premissas adotadas.

Em geral, abordagens holísticas se baseiam em modelos econômicos que fazem suposições relativamente fortes sobre o comportamento das empresas e dos consumidores. Dessa forma, tais modelos só podem fornecer uma base confiável para prever os resultados de mercado nos casos em que tais suposições refletirem a realidade do mercado.

Por sua vez, a abordagem sequencial não depende tanto de suposições. São utilizadas técnicas baseadas em comparação que podem ser utilizadas para obter estimativas de preços, margens e volumes contrafactuais. O sucesso da metodologia está essencialmente atrelado à busca por referências adequadas e não contaminadas pela infração, além da reunião de dados suficientes para controlar possíveis interferências, o que é feito principalmente por meio da análise de regressão multivariável. Há ainda a possibilidade de utilizar técnicas menos sofisticadas quando os dados disponíveis são limitados ou quando o uso de análises mais sofisticadas seria desproporcional.

Em geral, a precisão na definição da taxa de *pass-on* está atrelada à quantidade de dados disponíveis. Como recomendação, o estudo recomenda que as suposições que fundamentaram um determinado exercício de quantificação devem ser expostas de forma transparente, tendo sua plausibilidade analisada. Deve haver ainda a descrição das fontes de dados e de quaisquer manipulações realizadas. Quando possível, deve-se explorar a sensibilidade das estimativas em relação às suposições específicas adotadas e à qualidade dos dados utilizados, avaliando como os resultados variam se forem feitos ajustes plausíveis nas suposições-chave.

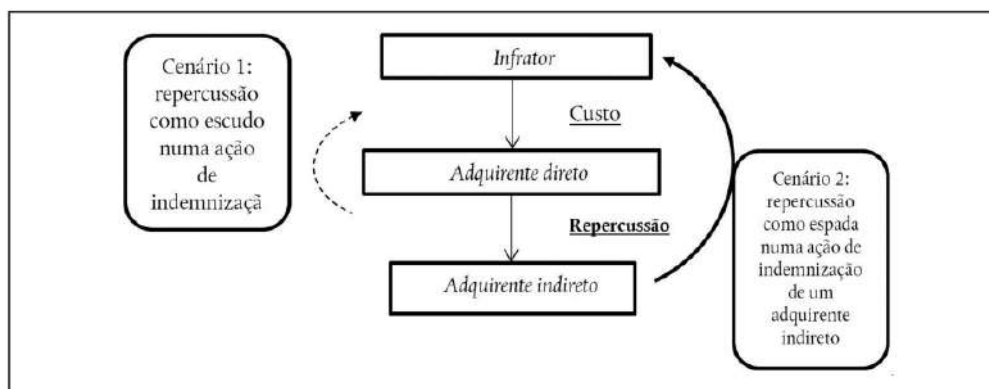
Como último ponto de destaque, o documento inclui uma *checklist* para os tribunais nacionais da UE avaliarem provas econômicas relacionadas à *pass-on* e *volume effects* resultantes de uma infração ao direito da concorrência. A lista é orientada por perguntas divididas em cinco partes: (i) questões preliminares; (ii) Quantification of the Pass-on Effect; (iii) Quantification of the Volume Effect; (iv) Holistic Approaches; e (v) Robustez das Estimativas.

Como desdobramentos do referido estudo, em 2019 foi publicada a versão final do documento que ficou conhecido como *Passing-on*

*Guidelines*²⁴² (denominado Comunicação da Comissão Orientações destinadas aos tribunais nacionais sobre a forma de calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos (2019/C 267/07)).

Como premissa base, o guia reforça que, de acordo com o artigo 12º, n.º 5, da Diretiva Ações de Indenização, os Estados-Membros devem assegurar que os tribunais nacionais tenham competência para calcular, de acordo com os procedimentos nacionais, a parte dos custos adicionais que foi repassada (*pass-on*), abrangendo todos os efeitos do repasse (*i.e.* o efeito do preço e de volume). O documento sintetiza os principais pontos do estudo mencionado anteriormente e de contribuições recebidas, partindo da observação de que há dois cenários em que o argumento de *pass-on* pode ser mobilizado: (i) como escudo de um réu em uma ação de indenização; ou (ii) como espada em uma ação de indenização movida por um comprador indireto:

Figura 01 – Os dois cenários habituais de utilização do argumento de *pass-on*



Fonte: EUROPEAN COMMISSION (2019) ²⁴³

²⁴² COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO Orientações destinadas aos tribunais nacionais sobre a forma de calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos (2019/C 267/07).

²⁴³ COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO Orientações destinadas aos tribunais nacionais sobre a forma de calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos (2019/C 267/07)

Na sequência, o documento conta com um capítulo sobre teoria econômica do *pass-on* que, dentre os principais pontos, explica que os fatores mais importantes que afetam a amplitude do *pass-on* são:

“i) A natureza dos custos dos fatores de produção sujeitos a um custo adicional (se estes custos são fixos ou variáveis, se a infração leva ao aumento destes custos apenas para um cliente ou para todos ou para a grande maioria dos clientes num determinado mercado); ii) A natureza da procura do bem que os clientes diretos ou indiretos enfrentam (em especial, a ligação entre a procura e o nível de preços); iii) A força e a intensidade da concorrência nos mercados em que os clientes diretos ou indiretos operam; e iv) Outros elementos, como os custos de ajustamento de preços, a proporção dos custos de uma empresa afetados pelo custo adicional, o poder dos compradores, a integração vertical dos clientes diretos e indiretos, a regulação dos preços ou o momento das decisões em matéria de preços tomadas nos diferentes níveis da cadeia de abastecimento”.

O documento apresenta ainda aspectos gerais sobre a quantificação dos efeitos do repasse e efeitos de volume, perpassando os dados e informações necessários para quantificar o *pass-on*; e o recurso a peritos econômicos. Por fim, apresenta um capítulo sobre quantificação e cálculo dos efeitos do preço relacionados com o repasse de sobrepreço, perpassando os métodos comparativos e outros métodos como a abordagem da taxa de repasse e abordagem de simulação; além de um capítulo sobre quantificação e cálculo dos efeitos de volume, perpassando a abordagem comparativa e abordagem da elasticidade.

O Guia, tal qual o estudo mais robusto que lhe deu origem, detalhado anteriormente, apresenta ainda algumas considerações sobre a escolha

do método para calcular os efeitos do preço e de volume, atentando para a necessidade de adequação da escolha do método às características do mercado e dados disponíveis e é permeado por alguns exemplos práticos de aplicação.

6.6 Tempo de duração das ações no Judiciário

O tempo de duração das ações de responsabilidade é um assunto relevante que foi levantado durante as entrevistas expostas no Capítulo 4. A longa duração desse tipo de ação também pode se relacionar a outros obstáculos fáticos: são notórios os custos incorridos no patrocínio das causas, sem falar no sopesamento de eventuais embates com parceiros comerciais (dado que, em regra, o infrator é fornecedor da empresa prejudicada em casos de cartel) e nas incertezas sobre o desfecho do processo, desestimulando a sua utilização como forma de resolução de conflitos provocados por práticas ilícitas concorrenciais.

Assim, a percepção majoritária dos profissionais que foram entrevistados é que as ARDCs têm espaço para crescer no Brasil, mas em um ritmo lento. Isso porque o prejudicado pela prática de um cartel deve estar disposto a aguardar por diversos anos até a resolução do seu litígio pelo judiciário, incorrer em custos para patrocínio da causa, em particular para a comprovação de seu direito, e suportar eventuais represálias comerciais de empresa que, a rigor, pode continuar a ser seu parceiro comercial, contribuindo para a falta de estímulo para a propositura desse tipo de ação.

Uma possível solução para encurtar tempo e custos poderia consistir na substituição de demandas no Poder Judiciário em favor de soluções arbitrais ou em soluções alternativas extrajudiciais quaisquer. As demandas antitruste privadas podem, de forma alternativa ao litígio

judicial, se valer de meios de resolução de conflitos como a arbitragem ou a mediação.

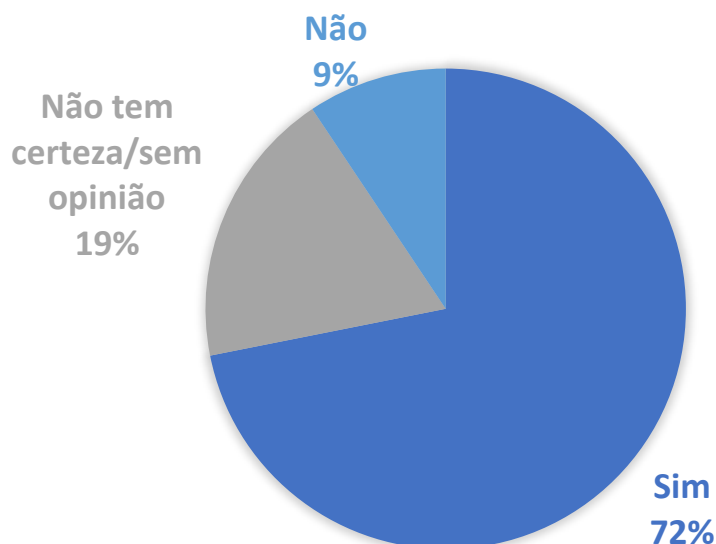
Na arbitragem, um ou mais árbitros proferem a decisão em relação à controvérsia das partes. A rapidez e a redução de custo, quando comparada a processos judiciais, são marcas características do êxito dessa modalidade de solução de litígios. A Suprema Corte Norte-Americana já afirmou há décadas que conflitos indenizatórios concorrenciais são arbitráveis, tese que pode ser vista no julgado *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985), rechaçando a tese de que esse perfil de demanda trataria de assuntos de ordem pública²⁴⁴.

Nesse sentido, durante a pesquisa elaborada, os entrevistados foram questionados se a arbitragem seria um método de resolução de conflitos positivo para pedidos de reparação de danos e se a inserção de cláusulas arbitrais em TCCs seria positiva²⁴⁵. Vinte e três entrevistados disseram que ambas medidas seriam positivas, enquanto apenas três entrevistados disseram que tais medidas seriam negativas. Seis entrevistados disseram não ter certeza ou não ter opinião sobre se essas medidas seriam positivas. Conforme a opinião da maioria dos entrevistados, houve um grande apoio para a arbitragem como forma de resolução dos conflitos pela mitigação da incerteza jurídica e do custo de tempo:

²⁴⁴ US, *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985). No. 83-1569. Argued March 18, 1985. Decided July 2, 1985. 473 U.S. 614. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/> Acesso em: 08.08.2022.

²⁴⁵ Pergunta nº 19: A arbitragem seria um método de resolução de conflitos positivo para pedidos de reparação de danos? A inserção de cláusulas arbitrais em TCCs lhe parece positiva?

Gráfico 33 – Opinião sobre se a arbitragem e a inserção de cláusulas arbitrais em TCCs são positivas



Fonte: Elaboração própria.

"Acredito que seja uma excelente saída pois elimina os obstáculos da incerteza e morosidade do judiciário. **Os custos não são tão caros com o cenário que pode existir no judiciário. Tenho dúvidas nas cláusulas arbitrais em TCCs. A cláusula ser um critério para garantir um desconto na multa pode ser um bom incentivo. Exigir essa cláusula no TCC tem que ser bem avaliada para não reduzir novas identificações de carteis.**"

"Sim. O fenômeno é recente da contratualização de antitruste (expansão da cláusula de compliance). Muitos cartéis que foram condenados em 2015 eram de contratos que nem comportavam tais cláusulas. **Dado o custo e sofisticação da arbitragem, acho que ela será muito aplicada em mercados complexos com poucos fornecedores e poucos clientes.** A inserção de cláusulas arbitrais em TCCs não resolve o problema em clientes pulverizados."

"Eu acho que o problema é o judiciário como está. Demora 15-20 anos. É um gargalo intransponível. Efeito de *deterrence* é zero. Tem incentivo

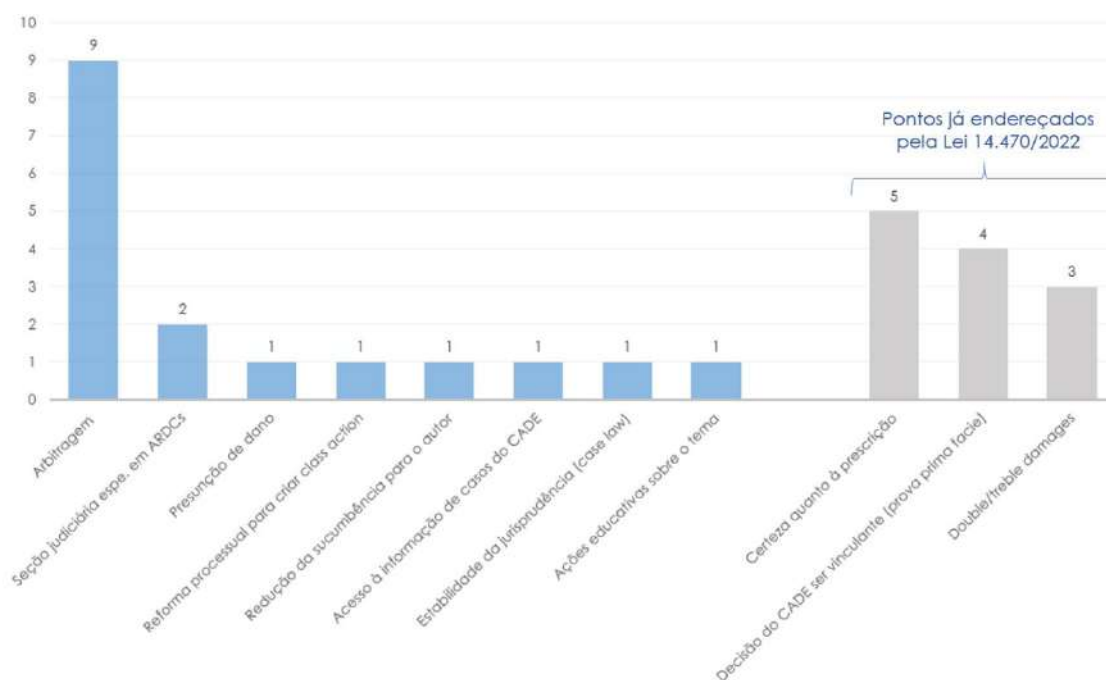
de os administradores brasileiros deixarem para a administração seguinte. **Não há solução para ARDC sem arbitragem, a não ser que haja uma revolução no processo civil brasileiro.** O PLS nº 283/2016 endereçou sabiamente a compelir o réu, o que fomentaria a ARDC. Acredito que com a arbitragem se tenha uma solução mais justa por haver mais técnica.

"Precisa ter uma perspectiva mais factível no âmbito judicial para as partes optarem por migrar para ela, após a definição do dano. Se houver um contrato, a arbitragem tem condições de ser realizada e a matéria antitruste vem para fortalecer a discussão do dano. O reconhecimento da conduta por TCC pode inibir incentivos, e por ser uma negociação não simétrica, eu não vejo com bons olhos a inserção de cláusulas arbitrais em TCCs."

A importância de estimular soluções alternativas ao Poder Judiciário foi confirmada por meio de pergunta aberta, a partir da qual se quis saber dos entrevistados sugestões de alteração em normas brasileiras que incentivem a propositura das ações privadas de reparação civil²⁴⁶. Mesmo no cenário pré-aprovação do PLS 283/2016, em que outros obstáculos estavam bem visíveis (como é o caso de prescrição) a maioria dos entrevistados já defendia que o fomento à arbitragem seria a principal medida para a proliferação de ARDCs.

²⁴⁶ Pergunta nº 20: Tem alguma outra sugestão de alteração em normas brasileiras que incentivem a propositura das ações privadas de reparação civil?

Gráfico 34 – Sugestões para fomentar ARDCs no Brasil



Fonte: Elaboração própria.

Conforme mencionado anteriormente, o PLS 283/2016, na versão que seguiu para a sanção presidencial, contava com um dispositivo que previa que eventuais TCCs firmados junto ao CADE que incluíssem o reconhecimento da participação na conduta ensejariam a obrigação do(s) Representado(s) de instituir a arbitragem ou concordar com sua instituição. Contudo, tal dispositivo foi objeto de veto pela Presidência da República, uma vez que, segundo as razões de veto, a proposição legislativa contrariava o interesse público por estipular compromisso arbitral que poderia aumentar os custos para as partes; e poderia desincentivar a assinatura de TCCs²⁴⁷. Quanto a esse último ponto, cabe

²⁴⁷ “Razões do veto “A proposição legislativa estabelece que o termo de compromisso de cessação de prática que contenha o reconhecimento da participação na conduta investigada incluiria obrigação de submeter a juízo arbitral a controvérsias que tivessem

observar que a Lei nº 14.470/2022 tentou lidar com o risco de desincentivo à celebração de acordos de leniência e TCC por meio de dispositivos específicos para assegurar benefícios a esses agentes, a exemplo da inaplicabilidade da reparação em dobro ou da responsabilidade solidária, previstos respectivamente nos § 2º e § 3º do Art. 1º²⁴⁸.

6.6.1 Métodos alternativos de solução de conflitos na EU

Em suas disposições preliminares, a Diretiva 2014/104/EU enfatiza a importância de alcançar uma resolução definitiva para os demandantes em ARDCs. Para tal, a Diretiva destaca a importância de incentivar os infratores e os lesados a chegarem em um acordo em relação à reparação, algo que pode ser alcançado por meio de mecanismos de

por objeto pedido de reparação de prejuízos sofridos por infrações à ordem econômica, quando a parte prejudicada tomasse a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordasse, expressamente, com sua instituição. Entretanto, em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público, uma vez que a imposição legal de estipular o compromisso arbitral no termo de compromisso da cessação poderia gerar o aumento nos custos para as partes. Atualmente estas já são obrigadas a colaborar com a autoridade e a cessar a conduta anticompetitiva. A proposição legislativa poderia servir, assim, como um desincentivo à assinatura de acordo por alguns agentes, especialmente, por aqueles que não tivessem condições financeiras de arcar com os gastos de uma eventual arbitragem. Além disso, as cláusulas arbitrais podem ser negociadas com as partes compromissárias como um mecanismo de incentivar as Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDCs).” Essas, Senhor Presidente, são as razões que me conduziram a vetar o dispositivo mencionado do Projeto de Lei em causa, as quais submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional. BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 599, de 16 de novembro de 2022.

²⁴⁸ “Art. 1º A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 47.

§ 1º Os prejudicados terão direito a ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, sem prejuízo das sanções aplicadas nas esferas administrativa e penal.

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo 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.[...]. BRASIL. Lei nº 14.470, de 16 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14470.htm> Acesso em: 13/07/2023.

resolução amigável de litígios, a arbitragem, a mediação ou a conciliação²⁴⁹.

Para favorecer acordos dessa natureza, a Diretiva conta com um capítulo para tratar exclusivamente da resolução amigável de litígios. O art. 18 aborda o efeito suspensivo e outros efeitos da resolução amigável de litígios, prevendo que os Estados-Membros devem assegurar que “[...] o prazo de prescrição para intentar uma ação de indenização seja suspenso durante qualquer processo de resolução amigável de litígios”²⁵⁰.

A Diretiva prevê ainda que nas hipóteses em que as partes decidirem iniciar uma resolução amigável do litígio durante a tramitação de uma ARDC relativa ao mesmo pedido em um tribunal nacional, tal tribunal poderá suspender a instância, por até dois anos, durante a tramitação do processo de resolução amigável. Conforme recomenda a Diretiva, a avaliação por parte do tribunal nacional da possibilidade de suspender a

²⁴⁹ “É desejável alcançar uma resolução definitiva para os demandantes, a fim de reduzir a insegurança jurídica para os infratores e os lesados. Por conseguinte, os infratores e os lesados deverão ser incentivados a acordar numa reparação dos danos causados pela infração ao direito da concorrência através de mecanismos de resolução amigável de litígios, como a resolução extrajudicial de litígios (incluindo aqueles em que um juiz pode declarar uma resolução vinculativa), a arbitragem, a mediação ou a conciliação. A resolução amigável de litígios deverá cobrir o maior número legalmente possível de lesados e infratores. As disposições da presente diretiva sobre a resolução amigável de litígios visam, por conseguinte, facilitar a utilização de tais mecanismos e aumentar a sua eficácia”. EUROPEAN COMMISSION. 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/PDF/?uri=CELEX:32014L0104>> Acesso em: 08/07/2023.

²⁵⁰ “Artigo 18.o Efeito suspensivo e outros efeitos da resolução amigável de litígios 1. Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição para intentar uma ação de indemnização seja suspenso durante qualquer processo de resolução amigável de litígios. A suspensão do prazo de prescrição aplica-se apenas no que respeita às partes que participam ou participaram ou estão ou estiveram representadas na resolução amigável de litígios.” EUROPEAN COMMISSION. 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/PDF/?uri=CELEX:32014L0104>> Acesso em: 08/07/2023.

instância deve considerar as vantagens de garantir celeridade ao processo²⁵¹.

Ainda com o propósito de incentivar as resoluções amigáveis, a Diretiva prevê que “[a] autoridade da concorrência pode considerar que a indenização paga em resultado de transação amigável e anterior à sua decisão de impor uma coima constitui uma circunstância atenuante”. Conforme exposto nas disposições preliminares, a Diretiva entende que o infrator que pagar uma indenização por meio da resolução amigável não deve ficar em desvantagem em relação aos coinfratores que não seguiram o mesmo caminho.

Para incentivar acordos, o artigo 19º prevê benefícios para réus que já participaram de transações amigáveis em ações de indenização subsequentes. São eles: (i) qualquer reclamação remanescente dos lesados que foram ressarcidos no âmbito de transações amigáveis só pode ser exercida contra os coinfratores que não participaram da referida transação; (ii) após concluir uma transação amigável para ressarcir danos concorrenciais a uma vítima, os tribunais nacionais devem considerar os valores pagos em virtude de acordo prévio consensual envolvendo o respectivo coinfrator.

²⁵¹ Art. 18 [...] “2. Sem prejuízo das disposições do direito nacional em matéria de arbitragem, os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais junto dos quais tenha sido proposta uma ação de indemnização possam suspender a instância, até dois anos, caso as partes nesse processo participem numa resolução amigável de litígios relativamente ao pedido apresentado nessa ação de indemnização”. EUROPEAN COMMISSION. 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/PDF/?uri=CELEX:32014L0104> > Acesso em: 08/07/2023.

Capítulo 7. Sugestões para o uma estrutura de fomento adicional a ARDCs

A publicação desta pesquisa ocorre em um momento de grande expectativa quanto ao potencial da ampliação do *private enforcement* concorrencial no Brasil por meio da propositura de ARDCs. Isso porque a recente promulgação da Lei Ordinária nº 14.470/2022 pacificou uma série de questões relacionadas ao tema, além de ter contribuído para aumentar a segurança jurídica e para incentivar debates. Com essa premissa em mente, a presente pesquisa mapeou o cenário das ARDCs no Brasil a partir de cinco eixos metodológicos: (i) análise da base legal de reparação por danos concorrenciais disponível no Brasil; (ii) análise doutrinária sobre ARDCs no Brasil; (iii) pesquisa jurisprudencial; (iv) entrevista com *stakeholders* relevantes; e (v) mapeamento de boas práticas estrangeiras e recomendações de Organizações Internacionais.).

A partir dos eixos metodológicos acima, e levando em consideração a promulgação da Lei Ordinária nº 14.470/2022, essa pesquisa mapeou obstáculos que permaneceram mesmo após o início da vigência da referida Lei. E, para esses problemas, buscou sugestões, as quais serão apresentadas a seguir na forma de pontos de debate para futuras reformas normativas e para a criação de novos estudos para a difusão de conhecimentos sobre o tema.

Em termos práticos, é possível considerar que alguns dos principais problemas que geraram obstáculos, como, por exemplo, o prazo da prescrição e seu marco inicial foram bastante mitigados pelas alterações

legislativas. Em particular, com o início da vigência da Lei nº 14.470/2022 ficou definido que prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica e que a contagem do prazo prescricional teria início a partir da ciência inequívoca do ilícito, momento que corresponde à publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade.

Naturalmente, isso não significa que não existirá qualquer ângulo de debate sobre prescrição. Além dos prazos associados às ações *stand-alone*, as situações de transição das condutas que ocorreram antes da promulgação da Lei nº 14.470/2022 podem consubstanciar dúvidas jurídicas: ações em curso em que não há prescrição reconhecida até o momento e com fato gerador anterior à lei, para as quais não fica claro se deve haver a aplicação imediata da Lei nº 14.470/2022 (que prevê o prazo de 5 anos); ou, por exemplo, a decisão do STJ, que fixou o prazo de três anos.

No entanto, o principal desafio, ainda não endereçado pelas inovações trazidas pela Lei Ordinária nº 14.470/2022, diz respeito ao tempo de tramitação das ações, o que parece ser potencializado pela complexidade das possíveis metodologias de cálculo do dano e do *pass-on*. Aqui, no entanto, as sugestões precisam ser diversificadas porque devem abranger desde o acesso aos dados e documentos para a adoção das metodologias, como questões metodológicas (como a incorporação de instruções sobre hipóteses novas a serem consideradas), chegando até à adequação do documento (dos guias) ao seu público específico: a magistratura. O exemplo europeu mostra que as alterações legislativas foram sucedidas por iniciativas nessa direção (ou por recomendações para que esse caminho seja observado, como se viu no caso da Espanha).

7.1 Regime de governança e acesso a evidências a partir do Poder Judiciário

Quanto às provas produzidas no âmbito do processo administrativo conduzido pelo CADE, embora ainda haja dificuldades relacionadas ao sigilo do processo (inerentes à independência do processo civil em relação ao processo administrativo), muitas questões relacionadas a prazos e procedimentos específicos, que devem ser cumpridos para solicitar acesso formal às provas, foram esclarecidos por meio da publicação da Resolução CADE nº 21, de 11 de setembro de 2018. No entanto, além de eventual adaptação dessa Resolução em função da Lei nº 14.470/2022, é necessário entender as limitações que os documentos obtidos por meio das investigações podem ter para solucionar gargalos associados às metodologias de cálculo associadas à quantificação de danos (uma vez que não necessariamente podem conter elementos que ajudem os cálculos, levando em conta que o objetivo da autoridade concorrencial, ao menos em casos de cartel, é provar a conduta). Nesse particular, é importante entender como o acesso a dados pode se dar a partir do Poder Judiciário.

A exemplo de medidas empreendidas na União Europeia, há espaço para maior regulamentação para dar clareza a possibilidades e consequências de pedidos de informação elaborados por tribunais, para partes, terceiros e respectivos representantes legais, como a previsão de sanções específicas para descumprimentos de pedidos de divulgação de informações emitida por tribunais judiciais ou mesmo a imposição de sanções específicas por destruição de elementos de prova relevantes (a exemplo de documentos internos, como e-mails, atas de reuniões, relatórios contábeis, estatísticas de venda, etc.). Embora existam procedimentos judiciais que possam ter esse efeito / consequência, a presença de regulação orientativa também poderia servir para reforçar o

caráter difuso do papel complementar ao *enforcement* público que as ARDCs possuem, regulando também a relação entre CADE e Judiciário.

Da mesma forma, também seria recomendável a elaboração de regulamentação orientativa com relação a um sistema de proteção de informações, uma vez que os dados utilizados em cálculos para apuração de danos (e mesmo para *pass-on*) são informações de caráter sigiloso e que não podem ser utilizados para finalidades outras que não a de instruir as ARDCs. Por essa razão, tal como na União Europeia, seria relevante buscar soluções que envolvam a regulamentação e a disseminação de medidas e procedimentos voltados especificamente para ampliar a capacidade dos tribunais nacionais em garantir a segurança de informações sensíveis, a exemplo de: (a) orientações sobre a anonimização de informações que possam identificar e sobre a adição de tarjas para partes do documento que mencionem informações confidenciais na versão pública; (b) orientações para restringir o acesso aos registros do tribunal, seja a partes específicas do processo (como documentos divulgados em um círculo de confidencialidade, relatórios de peritos, atas de audiências restritas, versão confidencial de peças processuais, etc.), ou ao processo completo.

7.2 Modificações nos documentos orientativos de metodologias de cálculo de danos

Este projeto mostrou que a quantificação de danos pode ser complexa e, muitas vezes, se torna metodologicamente frágil devido à dificuldade de acessar dados sobre os efeitos do cartel. Sendo assim, pode ser elencada como um dos principais obstáculos às ARDCs no Brasil. Dentre os esforços empreendidos recentemente no Brasil para superar essas barreiras estão publicações que auxiliaram na elucidação de questões metodológicas a esse respeito, como o “Manual Advocacia da Concorrência. Cálculo de danos em cartéis: Guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações

de reparação de danos. 2018"; e as ações e instruções produzidas pelo Programa Nacional de Promoção da Concorrência. Contudo, o problema da quantificação persiste.

Se somando a esses esforços, esta pesquisa realizou um *benchmarking* internacional para coletar sugestões que possam ser implementadas no Brasil, em particular da Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho; da Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indenização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia Texto relevante para efeitos do EEEE; e das contribuições enviadas por diversos agentes à consulta pública realizada pela *Comisión Nacional de los mercados y la competencia*, órgão concorrencial da Espanha, acerca da versão preliminar do *Guía sobre cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia*.

Talvez o ponto principal de destaque do cenário internacional seja a busca de adequação do documento para a finalidade de instruir o Poder Judiciário a gerenciar de forma mais eficiente a etapa de quantificação dos danos nas ARDCs. Como exigem aplicação de metodologias complexas, existe uma preocupação em transformar os guias em documentos mais adequados a ajudar a solucionar problemas práticos e/ou para auxiliar em processos de valoração da prova que está sendo apresentada ao Juízo.

Em particular, recomendações que surgiram de consulta pública recente na Espanha servem para ilustrar potenciais sugestões que poderiam ser muito úteis se aplicadas ao Brasil, como, por exemplo: (a) a elaboração do documento orientativo deve ser precedida de levantamento empírico para mapear obstáculos: reunir a partir de pesquisa junto aos tribunais, peritos e consultores, as principais dificuldades encontradas no cálculo de danos e buscar endereçar essas dificuldades no Guia; (b) a abordagem

do documento orientativo deve levar em consideração a diferença de formação a quem se destina, apresentando conceitos (ex: coeficientes de regressão, valor-p, etc) de forma clara e voltada para leigos; (c) ainda com essa finalidade, o documento orientativo deve (i) abordar aspectos práticos, a exemplo de dificuldades e procedimentos para ter acesso a dados, critérios para selecionar entre análises contraditórias, levando em consideração a precisão da base de dados, o contrafactual adequado e a construção correta da análise de regressão e (ii) especificar os possíveis problemas que podem ocorrer ao usar cada um dos modelos, especificando quais os principais elementos devem ser avaliados para determinar a adequação de um modelo, trazendo situações concretas para excluir ou justificar determinados métodos em detrimento de outros.

Dentre os ensinamentos que se podem extrair do Guia Europeu para formular eventual nova versão do Guia brasileiro estão: (a) Inclusão de um item para analisar a quantificação dos danos causados pelo *volume effect*. Isso porque, em geral, o aumento dos preços de um produto resulta na queda de sua procura (*volume effect*). Dessa forma, sobrepreço e *volume effect* estão intimamente relacionados, sendo determinados conjuntamente pelos parâmetros de custos e demanda. Para que o dano seja reparado de modo apropriado, é preciso quantificar não apenas o sobrepreço, mas também o *volume effect*; (ii) Inclusão de item para analisar a quantificação dos efeitos resultantes das condutas restritivas. (a exemplo de acordos de exclusividade, recusa em fornecer, venda casada ou *margin squeeze*). Tais práticas podem levar ao aumento de preços, diminuição das ofertas do mercado, além de redução da qualidade e da inovação. Sendo assim, é importante quantificar os danos gerados por tais condutas. (iii) conforme os comentários apresentados na consulta pública espanhola, ainda existe espaço para ampliar as abordagens metodológicas a partir de situações práticas, como, por exemplo, pela inclusão de item sobre como analisar infrações de longa

duração (por exemplo: apresentação de métodos de análise de sensibilidade para determinar os períodos afetados pelo cartel); e sobre metodologia para a definição de juros (já fazem parte da indenização integral).

7.3 Modificações nos documentos orientativos de metodologias de cálculo de *pass-on*

O argumento de *pass-on* pode ser mobilizado em duas circunstâncias: como escudo de um réu em uma ação de indenização; ou como espada em uma ação de indenização movida por um comprador indireto. No âmbito desta pesquisa foram coletadas três jurisprudências nas quais o *pass-on* funcionou como um escudo para os réus, uma vez que houve o entendimento em primeira e em segunda instância de que o sobrepreço teria sido “notadamente” repassado ao consumidor.

O *Study on the Passing-on of overcharges*²⁵², por exemplo, destaca que os tribunais nacionais europeus possuem uma experiência limitada quanto ao tema *pass-on*. Em geral, as análises feitas são focadas em parâmetros básicos (a exemplo do número de empresas afetadas por um custo adicional) e tendem a adotar abordagens bastante simples ou restritamente teóricas para a quantificação. Não à toa, a União Europeia adotou medidas normativas para impedir que a tese de *pass-on* seja adotada de forma irrestrita pelas defesas, prevendo no artigo 13º da Diretiva 2014/104/UE que, nos casos em que o demandado invoca o *pass-on* *defense* como meio de defesa contra um pedido de indenização, o ônus da prova recai sobre o demandado, “[...] que pode razoavelmente requerer a divulgação de informações pelo demandante ou por terceiros”.

²⁵² EUROPEAN COMMISSION. Study on the Passing-on of overcharges. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>> Acesso em: 06/07/2023.

Com a recente promulgação da Lei nº 14.470/2022, o mesmo movimento foi adotado no Brasil, ao prever que “§ 4º Não se presume o repasse de sobrepreço nos casos das infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, cabendo a prova ao réu que o alegar. (NR)”. Não obstante os avanços normativos, diversas questões metodológicas permanecem. Afinal, como identificar se houve *pass-on* e em que nível? Para elucidar essa questão, o Brasil incluiu um capítulo bastante sintético sobre o tema no “Manual Advocacia da Concorrência. Cálculo de danos em cartéis: Guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos. 2018”.

A UE, por sua vez, na esteira da referida Diretiva 2014/104/EU desenvolveu materiais mais robustos sobre o tema, como o “Study on the Passing-on of overcharges”²⁵³ e o *Passing-on Guidelines*²⁵⁴. A partir desses documentos, é possível concluir que existe espaço para (i) ampliar as abordagens metodológicas: incluir item sobre o *volume effect* no cálculo de *pass-on* (uma vez que sobrepreço e *volume effect* estão intimamente relacionados); (ii) a exemplo das sugestões indicadas no item anterior, criar documento com maior espaço para exemplificações de situações concretas, para excluir ou justificar determinados métodos em detrimento de outros e as respectivas circunstâncias, (a exemplo de quando utilizar *sequential approaches* ou *Holistic approaches*); (iii) desenhar um caminho sugerido de instrução, a fim de facilitar a compreensão das etapas, a robustez dos dados e o pontos de interesse de *pass-on*²⁵⁵.

²⁵³ EUROPEAN COMMISSION. Study on the Passing-on of overcharges. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>> Acesso em: 06/07/2023.

²⁵⁴ COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO Orientações destinadas aos tribunais nacionais sobre a forma de calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos (2019/C 267/07).

²⁵⁵ Dentre as perguntas contidas no estudo europeu estão: (a) As estimativas apresentadas ou propostas pelos peritos dão conta de todos os efeitos relevantes da repercussão? Em particular, as estimativas de danos incluem o efeito de repercussão e o efeito de volume? Se não, quais são as razões para omitir um ou mais desses efeitos? (b) O laudo pericial leva

7.4 Fomento ao desenvolvimento de soluções alternativas de conflito

O tempo de duração das ARDCs foi um dos principais obstáculos apontados pelos *stakeholders* que participaram das entrevistas. E, como possível solução para mitigar essa questão, diversos entrevistados apontaram a necessidade de empreender medidas de fomento à arbitragem.

A esse respeito, o PLS 283/2016, que deu origem à Lei nº 14.470/2022, na versão que seguiu para a sanção presidencial contava com um dispositivo que previa que eventuais TCCs firmados junto ao CADE que incluíssem o reconhecimento da participação na conduta ensejaria a obrigação deste de, nos casos em que a parte prejudicada tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar com sua instituição, submeter a juízo arbitral controvérsias que tenham por objetivo a reparação de prejuízos sofridos. Contudo, tal dispositivo foi objeto de veto pela Presidência da República, uma vez que, segundo as razões de veto, a proposição legislativa contrariaria o interesse público por estipular compromisso arbitral que poderia aumentar os custos para as partes, podendo desincentivar a assinatura de TCCs.

Na EU, a Diretiva 2014/104/EU destaca a importância de incentivar acordos em relação à reparação, algo que pode ser alcançado por meio de mecanismos de resolução amigável de litígios. A Diretiva conta com dois artigos destinados a essa finalidade: (a) Efeito suspensivo: Nas hipóteses em que as partes decidirem iniciar uma resolução amigável do litígio durante a tramitação de uma ARDC relativa ao mesmo pedido em

em consideração evidências de natureza fática, notadamente sobre a política de preços da empresa em questão? (c) O especialista considera outras evidências relevantes, como depoimentos de especialistas do setor, estudos de mercado ou decisões da ANC? (d) Até que ponto os especialistas econômicos apresentam evidências ou abordagens contraditórias? Como essas contradições podem ser abordadas?

um tribunal nacional, tal tribunal poderá suspender a instância, por até dois anos, durante a tramitação do processo de resolução amigável; (ii) Efeito das transações amigáveis em ações de indenização subsequentes: a Diretiva entende que o infrator que pagar uma indenização por meio da resolução amigável não deve ficar em desvantagem em relação aos co-infratores que não seguiram o mesmo caminho. Dessa forma, prevê, em seu artigo 19º., benefícios para réus que já participaram de transações amigáveis em ações de indenização subsequentes: (a) qualquer reclamação remanescente do lesado que foi ressarcido no âmbito de transações amigáveis só pode ser exercida contra os coinfratores que não participaram da referida transação; (b) após concluir uma transação amigável para ressarcir danos concorrenciais a uma vítima, o co-infrator pode requerer na justiça a recuperação de parte desse valor junto a outro coinfrator. Nessa circunstância, os tribunais nacionais devem considerar os valores pagos em virtude de acordo prévio consensual envolvendo o respectivo co-infrator.

Conforme apontado na pesquisa, o principal problema relacionado à inexistência de soluções amigáveis para hipóteses de ressarcimento de danos causados por condutas anticompetitivas está relacionado com o tempo e incerteza quando ao resultado das ARDCs. Por isso, a lógica das sugestões para fomento deve observar medidas concretas e que tragam a valor presente benefícios. Dessa forma, como sugestões a serem estudadas, benefícios que foram criados para evitar desincentivo à celebração de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessão poderiam ser estendidos para réus (ou eventuais réus) que estejam dispostos a participar de soluções amigáveis (como, por exemplo, procedimentos de arbitragem ou de mediação). Assim, não teriam que ressarcir em dobro os eventuais danos causados pela conduta competitiva e nem restariam solidariamente responsáveis pelo pagamento do restante dos danos que teriam sido provocados.

Lista de Referências

ASHTON, David. Competition Damages Actions in The EU. Law and Practice. Second Edition. Cheltenham: Edward Elgar, 2018.

ATHIAS, Daniel Tobias. "Cartel, acordos de leniência e responsabilidade civil por danos privados". Jota, 27.abr.2015. Disponível em: <https://www.jota.info/login?redirect_url=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cartel-acordos-de-leniencia-e-responsabilidade-civil-por-danos-privados-27042016> Acesso em: 17/06/2023.

BAKER, Donald I. Revisiting History - What Have We Learned about Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend to Others? 16 Loy. Consumer L. Rev. 379 (2004). p.384.

BOVIS, Christopher H, CLARKE, Charles M..Private Enforcement of EU Competition Law. Liverpool Law Rev (2015) 36:49–71 DOI 10.1007/s10991-015-9164-9. Acesso em: <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10991-015-9164-9>. p. 51

EUROPEAN COMMISSION (UE). Competition Antitrust: Action Damages. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html> Acesso em: 27/02/2022.

BOYER, M. Y KOTCHONI R.. How Much Do Cartel Overcharge?, Review of Industrial Organization, 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 01/02/2022.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm> Acesso em: 01/02/2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > Acesso em: 21/06/2023.

BRASIL. Lei nº 14.470, de 16 de novembro de 2022. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm > Acesso em: 06/06/2023.

BRASIL. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm > Acesso em: 07/02/2023.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm> Acesso em: 01/02/2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 01/02/2022.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm> Acesso em 01/02/2022.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm#:~:text=Transforma%20o%20Conselho%20Administrativo%20de,econ%C3%B4mica%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.> Acesso em: 01/02/2022.

BRASIL. Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, que cria, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9008.htm> Acesso e: 01/02/2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. O que é o Fundo de Defesa de Direitos Difusos - FDD. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/institucional>> Acesso em: 01/02/2022.

BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 599, de 16 de novembro de 2022. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Msg/Vep/VEP-599-22.htm > Acesso em: 17/06/2023.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Parecer (SF) Nº 122, de 2018. Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7893990&ts=1668722175844&disposition=inline&gl=1*1wicia2*_ga*NzcXmzc4MzMxLjE2ODYxNjkwMDY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjE3MDk3NS4yLjEuMTY4NjE3MTU5NC4wLjAuMA..> Acesso em: 07/06/2023.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 283, de 2016. Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4751686&ts=1668722174969&disposition=inline&gl=1*17g9ovm*_ga*NzcXmzc4MzMxLjE2ODYxNjkwMDY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjE2OTAwNi4xLjEuMTY4NjE2OTAzMS4wLjAuMA..> Acesso em: 06/06/2023.

CADE. Cade multa em R\$ 3,1 bilhões o cartel de cimento. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-multa-em-r-3-1-bilhoes-o-cartel-do-cimento>> Acesso em: 11/05/2023.

CADE. Combate à Cartéis e Programa de Leniência. (2009), 3ª edição.

CADE. Guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/calculo-de-danos-em-carteis/view> Acesso em: 10/06/2023.

CADE. Guia Recomendações probatórias para propostas de acordo de leniência com o CADE. 2021. Disponível em: < <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-recomendacoes-probatorias-para-proposta-de-acordo-de-leniencia-com-o-Cade.pdf> > Acesso em: 10/06/2023.

CADE. NOTA TÉCNICA Nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Disponível em: < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_con_sulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMljZ1_bzRh-8lkzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuho1cgx-BuAiGldXH0CI2pcjLZznRWZf0X> > Acesso em: 06/02/2022.

CADE. Processo administrativo nº 08012.004086/2000-21.

CADE. Processo Administrativo nº 087010.000729/2016-16.

CADE. Processo Administrativo nº 08700.000738/2016-67.

CADE. Processo Administrativo nº 08700.000739/2016-10.

CADE. Regimento Interno do CADE. Versão: 14/04/2023. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-14-04-2023.pdf>> Acesso em: 10/06/2023.

CADE. Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018.

CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. Da prescrição e decadência. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CARVALHO, L. C. L. G. D. Fundação. Responsabilidade Civil Concorrencial: a Busca pela Efetiva Reparação de Danos. 2011. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10470>> Acesso em: 03/02/2021.

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

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

CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES (CEPS); ERASMUS UNIVERSITY ROTTERDAM (EUR); LUISS GUIDO CARLI (LUISS). Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Report for the European Commission. Roma, Bruxelas, Roterdã, 2007. 671p. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf Acesso em: 27/02/2022. p.27.

Centre for European Policy Studies (CEPS); Erasmus University Rotterdam (EUR); Luis Guido Carli (LUISS). Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Report for the European Commission. Roma, Bruxelas, Roterdã, 2007. p.09. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf Acesso em: 27/02/2022.

CEPS; EUR; LUISS. Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Report for the European

Commission. Roma, Bruxelas, Roterdã, 2007. p.09. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf Acesso em: 27/02/2022.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (UE) The Green Paper - Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust - Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005DC0672&from=PT> Acesso em: 27/02/2022.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (UE) LIVRO BRANCO sobre acções de indemnização por descumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust. C/o/missão das Comunidades Europeias. Bruxelas, 2.4.2008 COM(2008) 165 final p.3. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1602872217907&uri=CELEX:52008DC0165> Acesso em: 27/02/2022.

Comissão Europeia (UE). Competition: Antitrust. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/overview_en.html. Acesso em: 27/02/2022.

Comissão Europeia. A serviço dos consumidores. Instituições da UE e a política da concorrência. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/consumers/institutions_pt.html#legislation. Acesso em: 27/02/2022.

COMISSÃO EUROPEIA. REGULAMENTO (CE) N.º 1/2003 DO CONSELHO de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (Texto relevante para efeitos do EEE). 2003. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001> > Acesso em: 15/06/2023.

COMISSÃO EUROPEIA. TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA (VERSÃO CONSOLIDADA). 2016. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF > Acesso em: 15/06/2023.

COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT Damages actions for breach of the EU antitrust rules Accompanying the proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union (Text with EEA relevance). Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD:2013:203:FIN> > Acesso em: 22/06/2023.

Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules {COM(2008) 165 final} {SEC (2008) 405} {SEC (2008) 406} /* SEC/2008/0404 final. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:52008SC0404>> Acesso em: 22/06/2023.

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO Comunicação sobre a proteção das informações confidenciais pelos tribunais nacionais no âmbito dos processos relativos à aplicação privada do direito da concorrência da EU (2020/C 242/01). Disponível em: < [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0722\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0722(01))> Acesso em: 28/06/2023.

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO Orientações destinadas aos tribunais nacionais sobre a forma de calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos (2019/C 267/07).

CONNOR, J. Y BOLOTOVA, Y.. Cartel overcharges: survey and meta analysis. International Journal of Industrial Organization, 2006.

CONNOR, J.. Price Fixing Overcharges: Revised 2nd Edition. SSRN Working Paper, 2010.

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

COTTERILL, R. W. y Dhar, T. Oligopoly Pricing with Differentiated Products: The Boston Fluid Milk Market Channel, Food Marketing Policy Center Research Reports 074, University of Connecticut, 2003.

Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-membros e da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DA> Acesso em: 27/02/2022.

EUR-Lex. Glossário das sínteses. Livro Branco. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/white_paper.html Acesso em: 28.01.2021.

EUR-Lex. Glossário das sínteses. Livro Verde. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green_paper.html?locale=pt Acesso em: 27/02/2022.

EUR-Lex. Tratado de Roma (CEE). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:xy0023> Acesso em: 27/02/2022.

EUR-Lex. Versões Consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A02016ME%2FTXT-20160901> Acesso em: 27/02/2022.

EUROPEAN COMISSION. Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia Texto relevante para efeitos do EEEE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52013XC0613%2804%29> Acesso em: 29/06/2023.

EUROPEAN COMISSION. 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/PDF/?uri=CELEX:32014L0104> Acesso em: 08/07/2023.

EUROPEAN COMISSION. DOCUMENTO DE TRABALHO DOS SERVIÇOS DA COMISSÃO GUIA PRÁTICO QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS NAS AÇÕES DE INDEMNIZAÇÃO COM BASE NAS INFRAÇÕES AOS ARTIGOS 101.º E 102.º DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA que acompanha a COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, 2013(p.28-29).

EUROPEAN COMISSION. Study on the Passing-on of Overcharges. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf> Acesso em: 08/02/2021.

EUROPEAN COMISSION. Study on the Passing-on of overcharges. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf> Acesso em: 06/07/2023.

EUROPEAN COMMISSION. Competition. Antitrust. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html Acesso em: 27/02/2022.

EUROPEAN COMMUNITIES. Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, 2008, p.10. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008SC0404&from=EL>>. Acesso em: 01/02/2022., p. 10.

FRADE, Eduardo. Reparação de danos concorrenciais e o tesouro perdido. Conjur. 31/01/2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-31/defesa-concorrencia-reparacao-danos-concorrenciais-tesouro-perdido>> Acesso em: 10/07/2023.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito Antitruste. 4ª. ed. São paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=skFnDwAAQBAJ&pg=PT75&lpg=PT75&dq=tratado+de+roma+comunidade+europeia+antitruste&source=bl&ots=Av37N_YN6j&sig=ACfU3U3BTK2oQio2CDtU6Zi5WFKD1D632g&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiys5vRqPTmAhVvEbKGHcAWDGUQ6AEwDXoECA0QAQ#v=onepage&q=tratado%20de%20roma%20comunidade%20europeia%20antitruste&f=false. Acesso em: 27/02/2022

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

GOMES, Adriano Carmargo (org.). Reparação de Danos Concorrenciais. Direito Material e Processo. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

GOTANDA, J. Y SÉNÉCHAL, T., "Interest as Damages", Columbia Journal of Translational Law, Volume 27, Number 3., 2009.

GOV.UK. Private actions and public enforcement. Panel remarks by Sarah Cardell, CEO of the Competition and Markets Authority, at the Competition Appeal Tribunal's 20th Anniversary conference on 4 May 2023. Disponível em: < <https://www.gov.uk/government/speeches/private-actions-and-public-enforcement>> Acesso em: 23/06/2023.

HÜSCHEL RATH, kai; PEYER, Sebastian. Public and Private Enforcement of Competition Law. A different Approach. CCP Working Paper 13-5. April 2013. p. 5.

INSTITUTO PHD. Qual a diferença entre pesquisa estimulada e pesquisa espontânea. 20/06/2011. Disponível em: <
<https://www.institutophd.com.br/qual-a-diferenca-entre-pesquisa-estimulada-e-pesquisa-espontanea/>> Acesso em: 10/06/2023.

KIM, D. y Cotterill, R.W., Cost Pass-Through in Differentiated Product Markets: The Case of US Processed Cheese", Journal of Industrial Economics, 2008.

KOMNINOS, Assimakis P., EC private antitrust enforcement: decentralised application of EC Competition Law by national courts, [S.l.], 2009: HART, Retrieved from Cadmus, European University Institute Research Repository. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1814/8547>> Acesso em 17/07/2023.

LEMOS, Thales de Melo e. O combate a cartéis por meio da responsabilização civil e o desafio da quantificação de danos. Revista de Defesa da Concorrência, nº 1, maio 2018, p. 24-54.

LEX.EUROPA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF Acesso em: 27/02/2022.

LOURES, Bernardo de A. da R., O Enforcement privado das normas da concorrência em Portugal e na União Europeia e a nova diretiva nº 2014/104/EU. Revista Jurídica vol. 02, nº. 43, Curitiba, 2016. pp.656 - 672. DOI: 10.6084/m9.figshare.4667872. p.660.

MACHADO, Luiza A., "Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização" (novembro, 2015), *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 3, nº 2.

MAGGI, Bruno de Oliveira. Cartel: responsabilidade civil concorrencial. Thomson Reuters, 2021.

MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel. 2020. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2992>>. Acesso em: 08/07/2022.

MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares. Private damages in Brazil: early beginnings, big stumbling blocks. Disponível em:

<http://www.competitionpolicyinternational.com/private-damages-in-brazil-early-beginnings-big-stumbling-block/>. Acesso em: 01/02/2022

MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis. Dissertação (Mestrado profissional em Direito dos Negócios) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18247>. Acesso em: 01/02/2022.

MEDRADO, Renê; ATHAYDE, Amanda; ARDITO, Givanvito; FERNANDES, Luís Henrique Perroni. Há embate entre a Lei 14.470/22 e a decisão do STJ no REsp nº 1.971.316/SP? 11.01/2023. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jan-11/opinioao-prazo-prescricional-acoas-danos-concorrenciais>> Acesso em 26/06/2023.

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. 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/calculo-de-danos-em-carteis/view>> Acesso em: 07/02/2023.

OCDE (2019), Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil. Disponível em: <www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm> Acesso em: 01/02/2022.

OCDE. Relationship between public and private antitrust enforcement, 2015, p.2. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En)>. Acesso em: 01/02/2022.

OCDE. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, 2015. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2015)23/En/pdf)> Acesso em: 09/06/2023.

PAK, Chul; LEE, Tiffany L.; WEICK, Daniel P. United States. In. The Private Competition Enforcement Review. Reproduced with permission from Law Business Research Ltd. p. 395.

PARLAMENTO EUROPEU (UE) Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions was signed into law on 26 November 2014 and published in the

Official Journal of the European Union on 5 December 2014 - Disponível em:

https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html) Acesso em: 27/02/2022.

Parlamento Europeu (UE) Resolução do Parlamento Europeu, de 26 de Março de 2009, sobre o Livro Branco sobre as acções de indemnização por descumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust (2008/2154(INI)) Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:117E:0161:0165:PT:P> Acesso em: 27/02/2022.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Tratado de direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, 1974. p. 100.

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: 03/02/2021.

ROTH, Wulf-Henning. In WOLLENSCHLÄGER, Ferdinand; WURMNEST, Wolfgang; MÖLLERS, Thomas. Private Enforcement of European Competition and State Aid Law: Current Challenges and the Way Forward. Kluwer Law International, 2020, p. 15-29.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

SCHWARTZ, Edward. "Access to Leniency Documents and the Effectiveness of Private Damages Claims – The US and EU Defense Perspective". 20º Seminário do IBRAC, 2014.

STJ – 3ª Turma – Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.554.986/SP – Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze – Julgado em 20/02/2018 – Acórdão publicado no DJe em 06/03/2018.

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

STJ. REsp nº 1971316 / SP (2021/0348275-3) autuado em 18/11/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&ti>

poPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201971316> Acesso em: 26/06/2023.

TRF-1 - AC: 00495390320104013400 0049539-03.2010.4.01.3400, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Data de Julgamento: 27/04/2016, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 17/05/2016 e-DJF1

UK. COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. Case No: 1378/5/7/20 Epic Games, Inc. and Others v Alphabet Inc., Google LLC and Others. Disponível em: <<https://www.catribunal.org.uk/cases/13785720-epic-games-inc-and-others>> Acesso em: 23/06/2023.

UK. COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. Case No: 1381/7/7/21: Justin Le Patourel v BT Group PLC [2022] CAT 21. Disponível em: <<https://www.catribunal.org.uk/cases/13817721-justin-le-patourel>> Acesso em: 23/06/2023.

UK. COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. Case No: 1403/7/7/21: Dr. Rachael Kent v Apple Inc. and Apple Distribution International Ltd. Disponível em: <<https://www.catribunal.org.uk/cases/14037721-dr-rachael-kent>> Acesso em: 23/06/2023.

UK. COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. Case No: 1408/7/7/21: Elizabeth Helen Coll v Alphabet Inc. and Others. Disponível em: <<https://www.catribunal.org.uk/cases/14087721-elizabeth-helen-coll>> Acesso em: 23/06/2023.

UK. COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. Case No: 1433/7/7/22: Dr Liza Lovdahl Gormsen v Meta Platforms, Inc. and Others. Disponível em: <<https://www.catribunal.org.uk/cases/14337722-dr-liza-lovdahl-gormsen>>. Acesso em: 23/06/2023.

US, Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985). No. 83-1569. Argued March 18, 1985. Decided July 2, 1985. 473 U.S. 614. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/> Acesso em: 08.08.2022.

VELJANOVSKI, C. Damages for Bid-rigging–The English High Court's Idiosyncratic Cost-Based Approach in BritNed. Journal of European Competition Law & Practice, 2019.

WILS, W. The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages, World Competition, 2009, 32, 3–26. *apud* Kai Hüschelrath and Sebastian Peyer. Public and Private Enforcement of Competition Law. A different Approach. CCP Working Paper 13-5. April 2013. p. 45.

WILS, Wouter P. J.; ABBOTT, Henry. Access to the File in Competition Proceedings before the European Commission. *World Competition Law and Economics Review*, 2020.

WILS, Wouter P.J. Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future. Paper presented at the Mannheim Centre for Competition and Innovation Law and Economics Conference on Cartel Damages in Europe 10-11 November 2016 forthcoming in *World Competition*, Volume 40, Issue 1, March 2017. p.38-39. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/311678674_Private_Enforcement_of_EU_Antitrust_Law_and_its_Relationship_with_Public_Enforcement_Past_Present_and_Future Acesso em: 27/02/2022.

WOLLENSCHLÄGER, Ferdinand; WURMNEST, Wolfgang; MÖLLERS, Thomas. Introduction. *Private Enforcement of European Competition and State Aid Law: Current Challenges and the Way Forward*. Kluwer Law International, 2020.

Anexo

Anexo I – Apelações em ações movidas pelo MP analisadas

Tribunal de Segunda Instância	Nº do recurso	Data do julgamento do recurso
TJSP	Apelação Cível n.º 360 703-5/3-00	08/02/2010
TJMG	Apelação Cível n.º 1.0105.05.146417-7/002	06/05/2010
TJRS	Apelação Cível n.º 70038521860	06/10/2010
TJRS	Apelação Cível n.º Nº 70031050321/2009	06/10/2010
TJRS	Apelação Cível n.º 70034105726 RS	24/11/2010
TJRS	Apelação Cível n.º 70040516940	30/03/2011
TJRS	Apelação Cível n.º 70040378721 RS	08/06/2011
TJRS	Apelação Cível n.º 70032671166 RS	06/07/2011
TJRS	Apelação Cível n.º 70044168557	14/12/2011
TJRS	Apelação Cível n.º 70045830932	16/02/2012
TJRS	Apelação Cível n.º 70046681003	28/03/2012
TJRS	Apelação Cível n.º 70045455532 RS	10/05/2012
TJRS	Apelação Cível n.º 70047692918 RS	19/06/2012
TJGO	Apelação Cível n.º 0452867-17.2007.8.09.0006	31/07/2012
TJMT	Apelação Cível n.º 0005637-21.2006.8.11.0007 MT	11/09/2012
TJRS	Apelação Cível n.º 70049617525 RS	19/09/2012
TJMT	Apelação Cível n.º 0005649-35.2006.8.11.0007 43037/2012	11/10/2012
TJMT	Apelação Cível n.º 35378/2012	06/11/2012
TJMT	Apelação Cível n.º 0005647-65.2006.8.11.0007 35443/2012	06/11/2012
TJRS	Apelação Cível n.º 70037210374 RS	08/11/2012
TJSP	Apelação Cível n.º 9157733-61.2009.8.26.00000	28/11/2012
TJRS	Apelação Cível n.º 70052110202 RS	19/12/2012

TJRS	Apelação Cível n.º 70046472734 RS	25/04/2013
TJRS	Apelação Cível n.º 70048384010 RS	22/05/2013
TJRJ	Apelação Cível n.º 0007678-77.2005.8.19.0037	11/06/2013
TJRS	Apelação Cível n.º Nº 70044864106	20/07/2013
TJRS	Apelação Cível n.º 70043245919 RS	28/08/2013
TJRS	Apelação Cível n.º 70037600137 RS	29/08/2013
TJMG	Apelação Cível n.º 1.0024.00.058875-6/001	08/10/2013
TJRS	Apelação Cível n.º 70047246582 RS	30/10/2013
TJRS	Apelação Cível n.º AC 70053100152 RS	13/03/2014
TJRS	Apelação Cível n.º 70037000809	29/05/2014
TJRS	Apelação Cível n.º 70044879468	14/08/2014
TJRS	Apelação Cível n.º 70060710902 RS	15/09/2014
TJRS	Apelação Cível n.º 70060618881 RS	24/09/2014
TJRS	Apelação Cível n.º 70060699717 RS	24/09/2014
TJRS	Apelação Cível nº 0232260-54.2014.8.21.7000 RS	12/11/2014
TJRS	Apelação Cível nº 0371097-89.2014.8.21.7000 RS	13/11/2014
TJRS	Apelação Cível nº 0270452-56.2014.8.21.7000 RS	19/11/2014
TJRS	Apelação Cível nº 70060310711 RS	20/11/2014
TJRS	Apelação Cível nº 0243059-59.2014.8.21.7000 RS	24/11/2014
TJRS	Apelação Cível nº 70061886057 RS	10/12/2014
TJRS	Apelação Cível nº 70060697828 RS	11/12/2014
TJRS	Apelação Cível nº 0264919-19.2014.8.21.7000 RS	11/12/2014
TJRS	Apelação Cível nº 0242056-69.2014.8.21.7000 RS	02/02/2015
TJRS	Apelação Cível nº 0385506-70.2014.8.21.7000 RS	11/02/2015
TJRS	Apelação Cível nº 0454902-37.2014.8.21.7000 RS	12/02/2015
TJSP	Apelação Cível nº 0010500-24.1999.8.26.0047	24/02/2015
TJRS	Apelação Cível nº 0393986-37.2014.8.21.7000 RS	11/03/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70063763635 RS	16/04/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70061725131 RS	23/04/2015
TJRS	Apelação Cível nºC 0269749-28.2014.8.21.7000 RS	29/04/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70063181911 RS	13/05/2015
TJGO	Apelação Cível nº 0158143-53.2014.8.09.0137	19/05/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70063392054	27/05/2015
TJRS	Apelação Cível nº 0338494-60.2014.8.21.7000 RS	11/06/2015
TJRS	Apelação Cível nº 0337705-61.2014.8.21.7000 RS	24/06/2015
TJRS	Apelação Cível nº 0106680-77.2015.8.21.7000 RS	24/06/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70062621628 RS	25/06/2015

TJRS	Apelação Cível nº 70047112586 RS	25/06/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70061784286 RS	29/06/2015
TJRS	Apelação Cível nº 0449671-29.2014.8.21.7000 RS	09/07/2015
TJRS	Apelação Cível nº 0138097-82.2014.8.21.7000 RS	15/07/2015
TJRS	Apelação Cível nº 0101781-36.2015.8.21.7000 RS	16/07/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70061376067 RS	30/07/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70060673225 RS	30/07/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70065502874 RS	12/08/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70060391182 RS	26/08/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70062264627 RS	27/08/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70065859936 RS	27/08/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70045295565	27/08/2015
TJRS	Apelação Cível nº AC 70060678109 RS	30/09/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70065939399 RS	27/10/2015
TJRS	Apelação Cível nº 0192407-04.2015.8.21.7000 RS	28/10/2015
TJRS	Apelação Cível nº 0066020-41.2015.8.21.7000 RS	28/10/2015
TJRS	Apelação Cível nº 0233868-87.2014.8.21.7000 RS	29/10/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70063806509 RS	29/10/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70063411292 RS	29/10/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70064184203 RS	29/10/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70064169378 RS	03/11/2015
TJRS	Apelação Cível nº 70049611866	05/11/2015
TJRS	Apelação Cível nº 0395626-41.2015.8.21.7000 RS	25/11/2015
TJRS	Apelação Cível nº 0412384-37.2011.8.21.7000 RS	10/12/2015
TJRS	Apelação Cível nº 0420824-80.2015.8.21.7000 RS	15/12/2015
TJRS	Apelação Cível nº 0392806-49.2015.8.21.7000 RS	15/12/2015
TJRS	Apelação Cível nº 0278304-97.2015.8.21.7000 RS	17/12/2015
TJMG	Apelação Cível nº: 1.0672.10.022640-2/008	28/01/2016
TJMT	Apelação Cível nº 0002573-61.2007.8.11.0041 MT	02/02/2016
TJRS	Apelação Cível nº 70066918426 RS -	25/02/2016
TJRS	Apelação Cível nº 0201782-29.2015.8.21.7000 RS	10/03/2016
TJDF	Apelação Cível nº 0036211-12.2013.8.07.0001	08/06/2016
TJRS	Apelação Cível nº 70068906171	24/11/2016
TJRS	Apelação Cível nº 0261521-64.2014.8.21.7000 RS	29/12/2016
TJRS	Apelação Cível nº 0059236-77.2017.8.21.7000 RS	12/04/2017
TJRS	Apelação Cível nº 0432990-13.2016.8.21.7000 RS	11/05/2017
TJMT	Apelação Cível nº 0027588-95.2008.8.11.0041 MT	31/07/2017

TJRS	Apelação Cível nº 70067010595 RS	04/10/2017
TJRS	Apelação Cível nº N° 70074263187	29/11/2017
TJRS	Apelação Cível nº 70072382658	11/04/2018
TJMT	Apelação Cível nº 0023533-72.2006.8.11.0041 MT	14/05/2018
TJRS	Apelação Cível nº AC 70076019397 RS	08/11/2018
TJMG	Apelação Cível nº 1.0702.02.031326-9/001	24/11/2018
TJRS	Apelação Cível nº 0102935-50.2019.8.21.7000 RS	13/06/2019
TJRS	Apelação Cível nº 70080521248 RS	26/06/2019
TJGO	Apelação Cível nº 71152.12.2011.8.09.0127	15/07/2019
TJGO	Apelação Cível nº 0070082.97.2011.8.09.0049	16/07/2019
TJMT	Apelação Cível nº 0023599-52.2006.8.11.0041 MT	04/11/2019
TJRS	Apelação Cível nº 70082838103 RS	06/12/2019
TJSP	Apelação Cível nº 1021633-31.2016.8.26.0506	25/02/2021
TJRS	Apelação Cível nº 0001063-21.2021.8.21.7000 RS	30/06/2021
TJRS	Apelação Cível nº 0001063-21.2021.8.21.7000 RS	13/07/2021
TJMT	Apelação Cível nº 0027209-57.2008.8.11.0041 MT	04/08/2021
TJSP	Apelação Cível nº 1021639-38.2016.8.26.0506	28/09/2021
TJSP	Apelação Cível nº:1000949-85.2016.8.26.0506	26/11/2021
TJSP	Apelação Cível nº 1021631-61.2016.8.26.0506	24/02/2022
TJMT	Apelação Cível nº 0000883-83.2013.8.11.0106 MT	22/03/2022
TJMT	Apelação Cível nº 0000883-83.2013.8.11.0106 MT	29/03/2022
TJSP	Apelação Cível nº 1003970-69.2016.8.26.0506	04/05/2022
TJSP	Apelação Cível nº 1000145-20.2016.8.26.0506	05/12/2022

ISBN: 978-65-00-75017-1

CDL



9 786500 750171