



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**

**FACULDADE DE DIREITO**

**PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**YANE PITANGUEIRA DANTAS**

**A ARBITRABILIDADE NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: A  
ARBITRAGEM COMO MEIO ADEQUADO PARA  
RESOLUÇÃO DE DEMANDAS INDENIZATÓRIAS  
DECORRENTES DA PRÁTICA DE CARTÉIS**

Salvador

2017

**YANE PITANGUEIRA DANTAS**

**A ARBITRABILIDADE NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: A  
ARBITRAGEM COMO MEIO ADEQUADO PARA  
RESOLUÇÃO DE DEMANDAS INDENIZATÓRIAS  
DECORRENTES DA PRÁTICA DE CARTÉIS**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito,  
apresentado na Faculdade de Direito da Universidade  
Federal da Bahia, como um dos requisitos para obtenção  
de grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Glicério de Oliveira Filho

Salvador

2017

**YANE PITANGUEIRA DANTAS**

**A ARBITRABILIDADE NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: A  
ARBITRAGEM COMO MEIO ADEQUADO PARA  
RESOLUÇÃO DE DEMANDAS INDENIZATÓRIAS  
DECORRENTES DA PRÁTICA DE CARTÉIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Aprovada em 14 de setembro de 2017.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

João Glicério de Oliveira Filho – Orientador  
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia  
Universidade Federal da Bahia

---

Bernardo Silva de Lima - Examinador  
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia  
Universidade Federal da Bahia

---

Lara Britto de Almeida Domingues Neves - Examinadora  
Mestre em Direito dos Negócios pela Fundação Getúlio Vargas – Escola do Direito de São Paulo  
Universidade Católica do Salvador - UCSAL

À Deijair.  
A razão de cada passo.

## RESUMO

O presente trabalho intenciona discutir a pertinência da utilização da arbitragem como meio alternativo para a resolução de danos decorrentes da prática de cartéis, bem como as vantagens que são proporcionadas pela sua escolha. Verificou-se que o *private enforcement* é um importante instrumento no combate a cartéis e um campo em crescimento no Brasil. Com o fomento ao seu desenvolvimento, faz-se necessário a harmonização entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas. Como primeiro passo na consecução dessa articulação, destaca-se a proposta de Minuta submetida à Consulta Pública 05/2016, que traz incentivos à reparação extrajudicial dos danos causados pelo ilícito concorrencial. No que tange a reparação extrajudicial dos danos, por sua vez, sobreleva-se a arbitragem como meio solucionador adequado.

**Palavras – Chave:** Arbitragem; Cartéis; CADE; Reparação; Dano

## **ABSTRACT**

The presente essay intends to discuss the relevance of using arbitration as an alternative option solving demands of repairing damages resulting from the practice of cartels, as well as the advantages that are offered by this choice. It has been verified that private litigation is an important instrument in the fight against cartels and is also a growing field in Brazil. By fostering its development, it is necessary to harmonize public and private persecution against anticompetitive conduct. As a first step in achieving this articulation, we highlight the Proposal of Resolution Minutes submitted to Public Consultation 05/2016, which provides incentives for the extrajudicial reparation of damages caused by the competitive offense. With regard to the extra judicial redress of damages, in turn, arbitration is approached as an adequate solver.

**Keywords:** Arbitration; Cartels, CADE; Redress; Damages

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

**CADE:** Conselho Administrativo de Defesa Econômica

**DOJ:** Department of Justice (Departamento de Justiça)

**OCDE:** Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

**ICN:** International Competition Network

**FDD:** Fundo de Direitos Difusos

**B2B:** Business to Business

**TCC:** Termo de Compromisso de Cessaçã

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A ARBITRABILIDADE CONCORRENCIAL.....	11
1.1 Objetivo e Estrutura.....	11
1.2 Panorama Geral.....	11
1.3 Conceito de Arbitrabilidade.....	12
1.4 Desenvolvimento da matéria no exterior.....	15
1.4.1 Estados Unidos.....	15
1.4.2 União Europeia.....	18
1.5 A arbitragem no Brasil.....	19
1.5.1 O procedimento arbitral.....	20
1.5.1.1 <i>A Convenção de Arbitragem</i> .....	21
1.5.1.2 <i>A Natureza da Sentença Arbitral</i> .....	22
1.5.1.3 <i>Respeito a Ordem Pública como Condição de Validade</i> .....	22
1.6 A Lei 12.529/11 – Lei de Defesa da Concorrência.....	23
1.6.1 Formas de Controle.....	24
1.6.1.1 <i>Controle Preventivo</i> .....	24
1.6.1.2 <i>Controle Repressivo</i> .....	25
1.6.2 Esferas de Atuação.....	25
2. A UTILIZAÇÃO DO PRIVATE ENFORCEMENT NO COMBATE A PRÁTICA DE CARTÉIS.....	27
2.1 Objetivo e Estrutura.....	27
2.2 Panorama Geral.....	28
2.3 Vantagens da utilização do <i>private enforcement</i> à luz da Teoria dos Jogos.....	31
2.4 Obstáculos à aplicação do <i>private enforcement</i> .....	36
2.4.1 Responsabilidade Civil Concorrencial.....	37
2.4.2 Acesso às informações.....	38



2.4.3 Prescrição.....	39
2.4.4 Quantificação do dano.....	40
2.5 A experiência estrangeira na aplicação do <i>private enforcement</i> .....	41
2.5.1 Estados Unidos.....	41
2.5.2 União Européia .....	44
2.6 A experiência brasileira na aplicação do <i>private enforcement</i> .....	45
2.6.1 Casos .....	46
2.6.1.1 <i>Cartel dos Vergalhões de Aço</i> .....	46
2.6.1.2 <i>Cartel do Câmbio</i> .....	47
2.6.2 O acesso a documentos no âmbito de acordos de leniência e TCC .....	48
2.6.2.1 <i>Acordos de leniência</i> .....	50
2.6.2.2 <i>Termos de Compromisso de Cessação</i> .....	51
2.6.3 A decisão proferida pelo STJ no Julgamento do Recurso Especial n.1554.986-SP e a posição do CADE .....	52
2.6.4 A Consulta Pública 05/2016 .....	55
3. A ARBITRAGEM COMO MEIO ADEQUADO PARA A RESOLUÇÃO DE DEMANDAS INDENIZATÓRIAS DECORRENTES DA PRÁTICA DE CARTÉIS.....	58
3.1 Objetivo e Estrutura .....	58
3.2 Reparação do dano civil concorrencial – uma análise comparativa .....	58
3.4 Vantagens da utilização da arbitragem na resolução de danos decorrentes da prática de cartéis .....	63
CONCLUSÃO .....	66
REFERÊNCIAS .....	67

## INTRODUÇÃO

Ainda que, a princípio, pareçam se tratar de matérias inconciliáveis, Arbitragem e Direito da Concorrência, nas últimas décadas, vêm encontrando importantes pontos de convergência. Nesse sentido, intenciona-se, aqui, demonstrar a viabilidade e adequação da utilização da Arbitragem como método alternativo na resolução de demandas indenizatórias decorrentes da violação concorrencial conhecida como “cartel”.

É assim que, em um primeiro momento, no capítulo introdutório, pretende-se demonstrar a arbitrabilidade das questões concorrenciais, elegendo como ponto de partida o panorama presente no cenário internacional, de modo a verificar como tal quadro influencia na interação entre arbitragem e concorrência no ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo, por sua vez, investiga as vantagens da colaboração entre a persecução pública e privada para a inibição da prática cartelista, tomando como base a análise das experiências vivenciadas nos Estados Unidos e na União Europeia, de maneira a averiguar as possibilidades de transposição dos seus institutos e/ou práticas para a realidade nacional. Essa transposição é considerada, aqui, principalmente no que tange ao advento da Minuta de Resolução proposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Consulta Pública 05/2016.

Por fim, o terceiro – e último – capítulo examina, através de uma perspectiva comparativa, os métodos alternativos de solução de conflitos e a pertinência da escolha da Arbitragem como meio de resolução de demandas indenizatórias decorrentes da prática de cartéis.

## **1 A ARBITRABILIDADE CONCORRENCIAL**

### **1.1 Objetivo e Estrutura**

A fim de introduzir o leitor na temática trabalhada, neste capítulo serão expostos aspectos cruciais para a compreensão do Direito Antitruste como matéria passível de submissão ao juízo arbitral. A importância dessa questão se verifica na medida em que a arbitrabilidade no Direito Concorrencial é pressuposto para o desenvolvimento da presente pesquisa.

Assim, inicialmente, será fornecido o conceito de arbitrabilidade adotado ao longo desta análise, direcionando o seu enfoque para a posição referenciada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, parte-se para a análise do desenvolvimento da arbitrabilidade de questões concorrenciais no panorama internacional, optando-se por examinar a realidade atinente aos Estados Unidos e a União Europeia, em virtude das relevantes decisões que lá existem acerca do tema e da sua influência no quadro mundial.

Feito isso, é realizada uma breve incursão teórica em pontos atinentes ao cenário da arbitragem e do direito da concorrência brasileiros, que foram eleitos como relevantes para a compreensão da pesquisa proposta.

### **1.2 Panorama Geral**

Em que pese aparentemente se tratem de campos inconciliáveis, tendo sido essa, inclusive, a posição adotada pelas Cortes internacionais por um longo período<sup>1</sup>, arbitragem e concorrência, em verdade, tratam-se de matérias com grande aproximação.

De acordo com Becker (2015, p.240), os agentes econômicos que mais se utilizam da arbitragem são aqueles que também possuem o poder econômico. Por essa razão, não é incomum que surjam questões de ordem concorrential em procedimentos arbitrais.

No mesmo sentido se posicionam Cristofaro e Ney (2003, p.335) ao inferirem que:

“quando esses dois domínios do direito se cruzam, o que não é raro, dadas a identidade de seus principais atores e a potencialidade de reflexos no mercado dos atos e acordos submetidos ao juízo arbitral, surge a questão da arbitrabilidade dos litígios envolvendo a aplicação das normas do Direito da Concorrência”

---

<sup>1</sup> Vide Wilko versus Swan; American Safety Equipment Corp versus J.P Maguire & Co.

Com o desenvolvimento do mercado e a sua crescente necessidade de encontrar respostas mais eficientes para a resolução de conflitos, a relação entre concorrência e arbitragem vêm encontrando importantes pontos de convergência nas últimas décadas<sup>2</sup>(CORDEIRO, 2017).

A relevância dessa interação, principalmente no que se refere à submissão de demandas indenizatórias decorrentes da prática de cartéis a um Tribunal Arbitral, configura uma forte razão para o estudo da incidência da Arbitragem no Direito Antitruste. E é no âmbito dessa questão que se insere a proposta da presente pesquisa.

### 1.3 Conceito de Arbitrabilidade

A fim de contribuir com o escopo da pesquisa realizada, impende, então, referenciar o conceito de arbitrabilidade. É a partir dele que se poderá examinar as hipóteses levantadas ao longo da pesquisa.<sup>3</sup> O que se objetiva, com isso, é pontuar, claramente, “quem” pode ser submetido ao juízo arbitral e “o que” pode ser a ele levado.

De acordo com Mourre (2011), o tribunal arbitral deve, em primeiro lugar, verificar se o conflito se insere no âmbito da convenção de arbitragem e, então, deve-se perguntar se a disputa é, no todo ou em parte, capaz de ser tratada em uma arbitragem. A arbitrabilidade “deve, portanto, ser definida como a capacidade de uma disputa constituir o assunto de uma arbitragem”<sup>4</sup>.

Já segundo Monteiro (2016, p. 139), a arbitrabilidade poderia ser conceituada como “a possibilidade teórica de submissão de um conflito de interesses à arbitragem em razão das características subjetivas e objetivas da disputa”. Verifica-se, aqui, a intenção de indicar “quem” e “o que” poderia ser submetido a um procedimento arbitral. A arbitrabilidade consistiria, dessa maneira, na determinação dos tipos de conflitos passíveis de resolução através de um Tribunal Arbitral.

---

<sup>2</sup> Disponível em: <https://jota.info/especiais/arbitragem-na-concorrencia-26052017>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>3</sup> “Even if a dispute exists, this may not be sufficient; it must also be a dispute that, in the words of the New York Convention, is ‘capable of settlement by arbitration’. The idea that a dispute may not be ‘capable of settlement by arbitration’ is not meant as a criticism of arbitrators or of the arbitral process itself. Arbitrators are (or should be) just as ‘capable’ as judges of determining a dispute. But national laws may treat certain disputes as being more suitable for determination by their own public courts of law, rather than by a private arbitral tribunal.” (Redfern and Hunter, 2015).

<sup>4</sup> No original “Arbitrability is therefore to be defined as the ability of a dispute to constitute the subject matter of an arbitration” (Tradução livre).

Tal definição é de suma importância, uma vez que se reveste de condição de validade da convenção de arbitragem, da qual depende a competência do árbitro em relação à matéria. É, além disso, considerada como uma condição de reconhecimento e de execução da sentença arbitral. O conceito de arbitrabilidade demonstra, assim, as limitações de ordem pública trazidas por cada Estado à aplicação da arbitragem, de modo que cada um deles adota uma particular noção, a depender dos valores socioeconômicos que ele entende que devem ser preservados (KAZZI, 2007 *apud* VAZ, 2009).

Mourre (2011, p.06) suscita, ainda, que, em que pese a Convenção de Nova York (que regula o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras) trazer, em seu artigo V, a “não arbitrabilidade” e o conceito de ordem pública como duas diferentes razões para negar o reconhecimento e executabilidade da decisão, algumas vezes questiona-se se arbitrabilidade não seria, na realidade, um aspecto da doutrina de ordem pública.<sup>5</sup>

Em compêndio editado pela CCI, há a indicação de três sistemas para a definição da arbitrabilidade em relação à matéria dos litígios. Existe o critério da livre disponibilidade do direito litigioso, o da natureza patrimonial do litígio e o da vedação à arbitragem de qualquer matéria que interesse a ordem pública<sup>6</sup> (CRISTOFARO & NEY, 2003, p.336).

Os critérios de arbitrabilidade subjetiva e objetiva, na lei brasileira, estão delimitados no artigo 1º da lei 9.307/96, que dispõe: "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

---

<sup>5</sup> Nesse sentido o autor aponta o caso *Audi-NSU v. Adelin Petit*, no qual a Suprema Corte Belga entendeu por não acolher o argumento de uma das partes ao suscitar que a decisão não teria sido fundamentada na medida em que não especificou se o reconhecimento de dada sentença teria sido negado em virtude da violação da ordem pública ou por se tratar de litígio não arbitrável. O entendimento da Suprema Corte julgou serem os dois conceitos, em verdade, equivalentes.

No original: “The Belgian Supreme court has pointed out the link between the two notions of arbitrability and public policy in a 1979 decision was not accurately reasoned in that it did not specify whether recognition of the award had been refused because it violated Belgian public policy or because the dispute was non-arbitrable, the Supreme court noted that the two concepts were in fact equivalent.”

Vide ainda Artigo V do Decreto n. 4.311/02: 2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

<sup>6</sup> Nesse ponto, não há consenso sobre qual o critério seria adotado no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com Cristofaro e Ney (2003), há uma combinação dos critérios de livre disponibilidade do direito litigioso e da natureza patrimonial do litígio, consubstanciado pela previsão do artigo 1º da Lei 9.307/96 que traz a expressão “direitos patrimoniais disponíveis”. Já em visão de Monteiro (2016), o critério adotado é exclusivamente o da patrimonialidade, em virtude da redação do art.852 do Código Civil que prevê a vedação de compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Dessa maneira, a arbitrabilidade subjetiva ou o “quem” passível de ser submetido a um procedimento arbitral, no ordenamento jurídico brasileiro, é definido por “pessoas capazes de contratar”.

Em lição de Cahali (2015, p.133/134), entende-se capacidade como a aptidão da pessoa em ser titular de um direito, genericamente definida no artigo 1º do Código Civil.<sup>7</sup> Deve-se atentar, porém, para a diferença entre titularidade de direito e seu exercício. O Código Civil traz, em seus artigos 3º e 4º<sup>8</sup>, restrições ao exercício dos direitos. Nas hipóteses por eles abarcadas, esse exercício seria condicionado à assistência ou representação.

O autor traz ainda a possibilidade de entes despersonalizados (massa falida, espólio e condomínios de edifícios) poderem ser partes em procedimentos arbitrais, desde que guarnecidos com a necessária permissão, haja vista possuírem capacidade de contratar (e, portanto, de ser parte e estar em juízo).

Já no que tange à arbitrabilidade objetiva ou “o que” pode ser objeto de discussão pela via arbitral, o legislador faz menção a “direitos patrimoniais disponíveis”. Sobre o campo abrangido por esses direitos, urge tecer algumas considerações.

De acordo com Lima (2009, p.51/53) disponibilidade é a “qualidade de uma situação jurídica, que admite, por vontade do seu titular, a sua modificação ou extinção, em maior, ou menor grau”. Já no que se refere à patrimonialidade, o autor traz o conceito adotado por Menezes Cordeiro (1999, p.103), referindo-se à possibilidade de dada situação jurídica poder ser trocada por dinheiro.<sup>9</sup>

Dessa maneira, no que se refere à arbitrabilidade objetiva, podem ser considerados direitos patrimoniais disponíveis aqueles que admitem modificação ou extinção por vontade do seu titular e que podem ser avaliados pecuniariamente, sendo permitida a sua alienação e livre transação pelos seus titulares. É essa matéria que, de acordo com a normativa brasileira, pode ser submetida à resolução pela via arbitral e é esse conceito que se admite como referência neste trabalho.

---

<sup>7</sup> “Art 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

<sup>8</sup> “ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigios. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.”

<sup>9</sup> Interessante discussão é trazida pelo autor ao demonstrar que o conceito de disponibilidade não se confunde com o de transigibilidade. Assim, transigível seria matéria autorizada pela legislação a ser submetida a transação (negócio jurídico destinado à realização da autocomposição de uma controvérsia). Em sua definição, nem toda matéria intransigível seria, portanto, automaticamente indisponível, sendo verdadeiro também, o contrário. Essa discussão, entretanto, possui maior relevância quando se refere aos direitos indisponíveis. No que toca aos direitos disponíveis, a transigibilidade é autorizada pela maioria dos ordenamentos.

## 1.4 Desenvolvimento da matéria no exterior

Considerando as matérias que podem ser submetidas à apreciação por um Tribunal Arbitral, é pacífico, atualmente, o entendimento de que as regras antitruste são arbitráveis<sup>10</sup>. Essa, entretanto, não foi sempre uma realidade reconhecidamente aceita. A fim de compreender a evolução da sua admissão no rol de matérias passíveis de resolução pela via arbitral, é importante fazer algumas considerações à luz da experiência dos EUA e da União Europeia, por possuírem as mais relevantes decisões no que tange a essa interação.

### 1.4.1 Estados Unidos

Em estudo acerca da interação entre direito antitruste e arbitragem nos Estados Unidos, Lipner (1985, p.396) observou que a Suprema Corte historicamente desaprovava a arbitragem como método de resolução de disputas, principalmente quando essas se referiam a questões de direito público (tais como as matérias relativas a impostos, direito autoral, matéria antitruste e lei criminal). Essa postura se justificava no fato de que nessas temáticas o interesse público estaria invariavelmente envolvido.

O caso paradigma para a postura de não arbitrabilidade em questões antitruste, nos Estados Unidos é o conhecido como “*American Safety*” e se verifica entre a *American Safety Equipment Corp versus J.P Maguire & Co*, tendo sido decidido em 1968 pelo *US Second Circuit*.

Ainda segundo resumo de caso trazido por Lipner (1985, p.402/404), J.P Maguire era cessionário de direito a *royalties* devidos em virtude do acordo de licenciamento realizado entre a *Hickock Manufacturing Company* e a *American Safety Equipment (ASE)*. A *Hickock* havia licenciado a ASE o direito de uso da marca registrada “*Hickok*” em cintos de segurança e outros acessórios automotivos. A ASE estava também autorizada a conceder sublicenças no exterior (estando sujeita, porém, a autorização da *Hickok*). Essa autorização, entretanto, estaria adstrita a condição de que o sublicenciado não fosse concorrente do licenciador original.

---

<sup>10</sup> Nesse sentido: Mourre (2011) “Arbitrability of competition law is no longer an issue” ; Becker (2015) “A questão da arbitrabilidade de questões concorrenciais parece já ter sido superada em âmbito internacional e nacional”; Di Brozollo apud Mourre (2011) “any doubt as to the arbitrability of antitrust issues is now overcome”

Surgiu, então, um conflito em que a ASE alegou que o acordo ampliava ilegalmente o monopólio da marca registrada *Hickok* e restringia de maneira não razoável os seus negócios, requerendo a nulidade do contrato de licenciamento de modo a se eximir do pagamento de *royalties* decorrentes desse.

Quando Maguire invocou a cláusula arbitral constante no contrato de licenciamento, a ASE suscitou o argumento de que reivindicações antitrustes não deveriam se submeter a um Tribunal Arbitral. Em consonância com essa posição, a *US Second Court*, em sua decisão, trouxe como fundamento o argumento de que o interesse público existente nas questões antitruste não deveria ser confiado a um árbitro da mesma maneira que uma controvérsia no âmbito de um contrato privado.

“claim under the antitrust laws is not merely a private matter. Antitrust violation can affect hundreds of thousands, perhaps millions, of people and inflict staggering economic damage. We do not believe Congress intended such claims to be resolved elsewhere than in Courts. ...The pervasive public interest in enforcement of the antitrust laws, and the nature of the claims that arise in such cases, combine to make...antitrust claims...inappropriate for arbitration.”<sup>11</sup>

De acordo com Blumenthal & Hurwitz (2011) três foram os argumentos que lastrearam a decisão da *US Second Court*: *i*) havia a preocupação de que monopolistas algumas vezes forçariam que seus clientes se submetessem a convenções arbitrais; *ii*) o tribunal considerou que os tribunais federais seriam o fórum mais apropriado para solucionar os conflitos antitruste federais, uma vez que essas questões geralmente seriam complexas e envolveriam extensas e diversas evidências; *iii*) haveriam problemas associados a permitir que árbitros comerciais resolvessem questões antitruste, uma vez que muitos desses árbitros teriam raízes na comunidade empresarial, que as leis antitruste regulam.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Uma reivindicação sob as leis antitruste não é meramente um assunto privado. A violação antitruste pode afetar centenas de milhares, talvez milhões de pessoas e infligir danos economicos surpreendentes. Nós não acreditamos que o Congresso tenha pretendido que tais demandas sejam resolvidas em qualquer outro lugão que não nos Tribunais...O interesse público que se infiltra na aplicação das leis antitruste e a natureza das reivindicações que surgem nesses casos se combinam para fazer...reinvindicações anntitruste...inapropriadas para a arbitragem.”(Tradução livre). Trecho extraído do texto *Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives*, Mourre (2011).

<sup>12</sup> No original: First, the court was concerned that monopolists sometimes force arbitration agreements on their customers. The appellate court doubted that Congress would ever have intentionally permitted such adherence contracts to determine the forum for settling antitrust claims. Second, the court believed that federal courts would be the most appropriate forum for resolving federal antitrust disputes, since these matters are generally complex proceedings that involve extensive and diverse evidence. Finally, the court questioned whether commercial arbitrators should be permitted to resolve antitrust causes of action, since many of these arbitrators have their roots in the business community, which the antitrust laws regulate. (Tradução livre)



O parâmetro para a resolução de conflitos antitruste nos Estados Unidos, dessa maneira, foi o de “não arbitrabilidade” por um longo período. Apenas em 1983, no julgamento do caso *Mitsubishi Motors Corp versus Soler Chrysler-Plymouth, Inc* essa realidade se modificou.

Em resumo de caso também trazido por Lipner (1985, p.405/414), tem-se que a *Soler Chrysler-Plymouth, Incorporated (Soler)* era uma corporação porto-riquenha que vendia automóveis fabricados e distribuídos pela *Chrysler Corporation (Chrysler)*.

A Chrysler International S.A, uma subsidiária integral da Chrysler Corporation U.S.A (uma corporação suíça), então, acordou com a Mitsubishi Heavy Industries Incorporated (uma corporação japonesa) a criação de uma *joint venture*, a Mitsubishi Motors Corporation (Mitsubishi). A proposta da *joint venture* era a de distribuir automóveis fabricados pela Mitsubishi tendo Chrysler e Mitsubishi como marcas. A fim de promover a venda dos automóveis, a Soler e a Chrysler realizaram um “Contrato de Distribuição”, que não contou com a participação da Mitsubishi. O contrato de distribuição, porém, não era o que continha cláusula compromissória arbitral.

A cláusula arbitral era parte do “Contrato de procedimento de vendas”, que designava a Mitsubishi como fornecedor das encomendas da Soler. A Soler, inicialmente, vendeu uma grande quantidade de automóveis da Mitsubishi. Entretanto, com recessão de 1981, houve um decréscimo na quantidade de vendas. Quando a Soler não mais conseguiu atender o número de vendas esperadas, pediu permissão para transportar um determinado número de veículos para os Estados Unidos e América Latina, a fim de tentar vendê-los. A Mitsubishi, porém, negou a permissão, desgastando a relação entre as partes. Em seguida, a Mitsubishi suspendeu o envio de automóveis encomendados pela Soler, dando início a uma disputa no Federal District Court, na qual a Mitsubishi requisitava a adoção da via arbitral para resolução do litígio.

Nesse caso, a Suprema Corte descartou os argumentos suscitados no julgamento do caso *American Safety Equipment Corp versus J.P Maguire & Co* e entendeu que a Soler intencionou incluir a cláusula arbitral, não havendo razão para distorcer o processo de interpretação contratual.

Entendeu-se também que os árbitros seriam dotados de perícia e imparcialidade para tratar das questões antitruste. A linha de raciocínio utilizada para fundamentar a decisão, segundo Mourre (2011, p.28), seria hodiernamente válida.

“Arbitrators are not only as well equipped as judges to deal with the complexities of competition law, but they are probably more suited than national courts, due to the considerable time and attention they are able to devote to the case and also to their ability to frame the proceedings according to the particular features of each dispute, in particular by combining civil law

and common law procedural experiences, such as assistance of tribunal-appointed experts and Discovery or cross-examination of witnesses”

Não haveria que se falar, portanto, que a arbitragem poderia não proporcionar um mecanismo para a resolução adequada da disputa.

Em que pese tenha decidido pela competência do Tribunal Arbitral para analisar questões de concorrência, a Suprema Corte instituiu a chamada doutrina do “*second look*”, por meio da qual se admite o exame pelo tribunal judicial da correta aplicação das leis antitruste.<sup>13</sup> Tal doutrina, ainda vigente, possui a intenção de preservar a ordem pública estatal.

A verificação realizada pelos tribunais judiciais, entretanto, deve estar restrita à apreciação da aplicação da lei antitruste, não servindo de pretexto para reanalisar o mérito da decisão proferida pelo tribunal arbitral.

A partir da decisão *Mitsubishi Motors Corp versus Soler Chrysler-Plymouth, Inc* reconhece-se, então, a capacidade do árbitro para tratar do direito antitruste, entendendo-se, ainda pela regularidade da sua decisão, que não deve ser revisitada em seu mérito.

Não seria exagero, portanto, afirmar que o julgamento do caso *Mitsubishi* foi responsável pela abertura da arbitrabilidade do direito da concorrência no cenário internacional.<sup>14</sup>

#### 1.4.2 União Europeia

No cenário europeu, a questão da arbitrabilidade de causas concorrenciais teve como caso paradigma o *Eco Swiss versus Benetton*, cujo julgamento, realizado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, se deu em 1999. Em estudo de caso trazido por Trabuco & Gouveia (2008, p.12/13), tem-se que o caso se desenrolou em virtude de contrato de licença de marca celebrado entre a Benetton, a Eco Swiss e a Bulova.

---

<sup>13</sup> “[H]aving permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust law has been addressed. The New York Convention reserves to each signatory country the right to refuse enforcement of an award where the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country. (MOURRE, 2011)

<sup>14</sup> Nesse sentido, relatório OCDE “Arbitration and Competition”, 2011: “However, following the Mitsubishi case, the Supreme Court abandoned the traditional position and confirmed that, under certain conditions, competition issues could be arbitrated. This case has had a considerable impact outside the US, and a number of jurisdictions have now reconsidered their position on the use of arbitration in resolving competition disputes”. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition>. Também Mourre (2011) “The international influence of Mitsubishi has led to affirm the arbitrability of antitrust law in many other countries around the world”.

A Eco Swiss era responsável pela fabricação e distribuição de relógios de luxo que traziam a marca “BbB” (Benetton by Bulova). Já a Bulova seria responsável pelo controle de qualidade da produção.

Ocorre que, a Benetton, não satisfeita com a remuneração que lhe seria devida a título de *royalties*, denuncia o contrato. A Bulova e a Eco Swiss, então, suscitam a aplicação do procedimento arbitral, conforme cláusula compromissória para o Instituto Holandês de Arbitragem, presente no referido contrato.

Em decisão proferida pelo Tribunal Arbitral, entende-se pela ineficácia da denúncia, condenando a Benetton a indenizar a Bulova e a Eco Swiss pelos danos causados. A Benetton, insatisfeita com a decisão arbitral, instaura ação pedindo a anulação das decisões proferidas em sede de arbitragem, usando como uma das justificativas a violação do artigo 81 do Tratado da União Europeia.<sup>15</sup> O Tribunal Superior Holandês, então, decide pelo envio para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, que, finalmente, decide pela manutenção da decisão arbitral.

A partir desse caso, ainda que não tenha sido expressamente afirmado, pacificou-se o entendimento de que a matéria antitruste seria arbitrável.<sup>16</sup>

Assim, estando demonstrada a arbitrabilidade da matéria antitruste, ultrapassa-se esse tópico buscando-se compreender o tratamento dado à questão no ordenamento jurídico pátrio. Para isso, contudo, se faz imprescindível um breve apanhado acerca de aspectos relevantes do procedimento arbitral no Brasil.

### **1.5 A arbitragem no Brasil**

A aceitação da arbitragem como método alternativo de resolução de controvérsias, no Brasil, não se deu sem resistência. Muitos autores se mostravam céticos acerca dos benefícios da arbitragem sob a justificativa de que a sua utilização priorizaria o capital e interesses estrangeiros, em detrimento dos nacionais (CARMONA, 2009).

---

<sup>15</sup> Atualmente o artigo 81 do Tratado da União Europeia corresponde ao artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

<sup>16</sup> Nesse sentido, Mourre (2011): “The very silence observed by the ECJ in Eco Swiss on the arbitrability of European competition law is sufficient evidence that arbitrators may apply such law”. Também Komninos (2011): “The 1999 Eco Swiss ruling of the Court of Justice by implication also supports this proposition. The Court, by deciding on the duties of national courts to safeguard the effectiveness of EU competition law and to refuse to recognize or to set aside arbitral awards that offend public policy (*ordre public*), as this is expressed by these rules, implicitly ruled on the arbitrability of those rules”

Essa posição, entretanto, não se sustentou por muito tempo na doutrina e jurisprudência, tendo sido superada pelo natural potencial da arbitragem como meio alternativo – e facilitador – na resolução de litígios.

### 1.5.1 O procedimento arbitral

A arbitragem, em definição de Cahali (2015) “representa uma forma heterocompositiva de solução de conflitos”. Essa se verifica através de acordo realizado entre as partes, que escolhem terceiro imparcial para solucionar a controvérsia, sem a intervenção da jurisdição estatal.

Na arbitragem, prima-se pelo respeito à autonomia da vontade das partes. De acordo com Carmona (2009), as partes estão livres para adotar o procedimento que quiserem, desde que sejam respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu convencimento racional. Caso resolvam não dispor sobre o procedimento a ser adotado, nem se reportem às regras de algum órgão institucional, deve ser dado ao árbitro ou ao tribunal arbitral a incumbência de ditar as normas a serem seguidas, sempre respeitando o conteúdo do chamado devido processo legal.

Essa vontade das partes – e dos árbitros, subsidiariamente –, porém, “encontra limitação na natureza e finalidade da arbitragem, bem como na própria Lei” (SCHIZZEROTTO, 1982 *apud* CARMONA, 2009).

Cumprindo ainda recordar que, atualmente, resta ultrapassada a ideia de que a opção voluntária das partes pelo procedimento arbitral ofenderia o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário, consubstanciado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.<sup>17</sup> De acordo com Cahali (2015), isso se deve ao fato de que a lei não impõe a utilização da arbitragem, além de que, uma vez observada a violação do direito, o exame da questão caberá ao Judiciário. A arbitragem, portanto, caso instaurada e desenvolvida em consonância com os requisitos legais, não tem a sua decisão vulnerada pela mera irresignação do vencido, uma vez que possui os mesmos efeitos de uma sentença judicial.

---

<sup>17</sup> Art 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

*Vide* Coelho & Silva (2013): “The Supreme Court analyzed the issue in a lawsuit requesting the recognition of an arbitration award that was rendered in Spain. In its judgment, the Court held that what the Constitution forbids is the restraint to seek access to the judiciary in case of any damage or threat to a right. Arbitration, on the other hand, is an option that parties may or may not elect as their dispute resolution method. Accordingly, the use of arbitration is based on the mutual agreement between parties and is not against the Brazilian Constitution.”

Ademais, sendo opção das partes a escolha do método extrajudicial de solução do conflito, devem a ele ser submetidas.

Já no que tange a natureza jurídica da arbitragem, adota-se aqui o entendimento pela sua jurisdicionalidade. Nesse sentido, impende fazer referência ao artigo 31<sup>18</sup> da Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem), que dispõe que a sentença proferida pelos árbitros produzirá os mesmos efeitos que uma sentença oriunda do Poder Judiciário, constituindo título executivo caso seja condenatória.<sup>19</sup>

#### *1.5.1.1 A Convenção de Arbitragem*

A instituição do juízo arbitral pode se dar de duas formas: através da cláusula compromissória – dispositivo que prevê que no eventual surgimento de litígio referente ao dispositivo inserido no âmbito de um contrato, a resolução se dará através da arbitragem –, ou por meio do compromisso arbitral, que é instituído após o surgimento do conflito.

Para que seja processada, a cláusula compromissória deve conter alguns elementos<sup>20</sup>, não podendo simplesmente dispor que existindo um conflito haverá a resolução por arbitragem, sob pena de ser considerada vazia. Quando isso acontece são designados amplos poderes ao juiz estatal para o preenchimento da cláusula, seja nomeando árbitro, seja delineando outras questões úteis para o desenvolvimento arbitral.

Do mesmo modo, são exigidos determinados elementos ao compromisso arbitral, podendo sua ausência culminar na nulidade. São esses: qualificação das partes, qualificação dos árbitros ou a especificação da entidade que irá indicá-los, o local do proferimento da sentença e a matéria objeto da arbitragem.

---

<sup>18</sup> Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

<sup>19</sup> Nesse sentido, Cahali (2015) “Daí ser inegável a natureza jurisdicional da arbitragem” e Carmona (2009) “O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a mesma garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial.”

<sup>20</sup> Como elementos que assegurem uma cláusula compromissória cheia poderiam ser citados: (i) a sede da arbitragem; (ii) a lei aplicável ao procedimento; (iii) o idioma da arbitragem; (iv) as regras que serão seguidas pelo procedimento arbitral; (v) o número de árbitros que resolverão a disputa; (vi) se o litígio será decidido com base na lei, na equidade, nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes, nas regras internacionais de comércio etc.

### *1.5.1.2 A Natureza da Sentença Arbitral*

O laudo arbitral, com o advento da Lei 9.307/96, passou a dispensar a homologação judicial para que esse produzisse efeitos. A posição trazida pelo referido instrumento legal se coaduna com os anseios das partes que pretendem se utilizar do procedimento arbitral para a resolução de controvérsias.

De acordo com Carmona (2009, p.05):

“A necessidade de apresentar-se o laudo ao juiz togado para o *exequatur* retirava várias das vantagens do instituto: o segredo, que costuma cercar a arbitragem, desaparecia; o custo, que as partes querem ver reduzido, sofria acréscimo considerável; e, por fim, a celeridade, que deve caracterizar a arbitragem, ficava prejudicada, já que a morosidade do procedimento homologatório (sujeita que estava a sentença de primeiro grau ao recurso de apelação, aliado à possibilidade de recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, interponível sob a alegação de violação ao Código de Processo Civil) faria perdurar a demanda por alguns anos...”

Com o descabimento da homologação judicial, nos termos do artigo 31 da Lei 9.307/96, a sentença proferida pelo árbitro é imposta as partes, com os mesmos efeitos da sentença exarada pelo Judiciário. Entretanto, caso se faça necessária a execução forçada da sentença arbitral, essa necessariamente se dará perante o Judiciário, sendo considerada título executivo judicial. (CAHALI, 2015, p.133)

### *1.5.1.3 Respeito a Ordem Pública como Condição de Validade*

Entendida sistematicamente, ordem pública é o pré-requisito de funcionamento da convivência pública. Em sua acepção material, a ordem pública configura-se como uma situação de fato que resulta da disposição harmônica dos elementos de uma sociedade, de modo a lhe assegurar um funcionamento regular e estável. Já no que tange à sua acepção formal, consiste num conjunto de valores, princípios ou normas que devem ser observados numa sociedade. (MOREIRA NETO, 1988, P.142/144).

O artigo 2º, § 1º da Lei 9.307/96 estabelece, em sua redação, a necessidade de respeito à ordem pública no procedimento arbitral.<sup>21</sup> Dessa maneira, eventual infração à ordem pública

---

<sup>21</sup> “ §1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”

fará com que a sentença arbitral seja considerada inválida, não sendo possível que lhe seja atribuída eficácia.<sup>22</sup>

De acordo com Cordeiro (2017), “as normas de ordem pública estão classificadas em ‘patamar superior’ de importância para a sociedade, não sendo possível sua escusa, muito menos o seu enfrentamento”.

A fim de preservar sua validade e exequibilidade, portanto, a sentença arbitral deve se coadunar com o quanto estabelecido pela ordem pública nacional.

Uma vez assentados os elementos balizadores do procedimento arbitral, pertinentes à proposta traçada no presente estudo, deve-se partir, então, para a análise de conceitos relativos ao Direito Concorrencial nacional que são relevantes para a compreensão do contato que pode ser estabelecido entre a arbitragem e a concorrência no Brasil.

## **1.6 A Lei 12.529/11 – Lei de Defesa da Concorrência**

“Mercados” podem ser definidos como uma circunstância em que se apresentam umas às outras pessoas interessadas em obter bens e serviços e pessoas interessadas em oferecê-los. Essa situação apresenta-se vantajosa para os agentes econômicos, uma vez que o encontro de múltiplos ofertantes e adquirentes reduz o custo para ambos, como efeito da concorrência. Os mercados com efetiva concorrência ofertam maior variedade de bens e serviços com menores preços e maior inovação nas formas em que são apresentados (MACKAAY & ROUSSEAU, 2015, p.93).

A lei n. 12.529/11 é o diploma legal que regula o sistema antitruste e organiza o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), uma autarquia especial vinculada ao Ministério da Justiça, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), trazido pelo artigo 4º do referido instrumento legal como “entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional” é o protagonista na matéria concorrencial e é composto por três órgãos, quais sejam (i) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (ii) Superintendência-Geral e (iii) Departamento de Estudos Econômicos (FORGIONI, 2016). São esses os órgãos responsáveis

---

<sup>22</sup> Nesse sentido Cordeiro (2017): “É cediço que a regra da livre escolha pelas partes do direito material e processual a ser aplicado no procedimento arbitral não é direito absoluto, tendo como limite a ordem pública”

pelo controle de infrações à ordem econômica e manutenção da livre-iniciativa e da livre-concorrência nos mercados, preservando o bem-estar dos consumidores.

### 1.6.1 Formas de Controle

A lei 12.529/11, em seu artigo 1º<sup>23</sup> dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, adotando, portanto, duas formas de controle sobre os ilícitos concorrenciais: o controle preventivo e o controle repressivo.

#### 1.6.1.1 Controle Preventivo

O controle preventivo se materializa por meio da análise dos atos de concentração, trazida nos artigos 88 e seguintes da Lei de Defesa da Concorrência (BECKER, 2015, p.248/249). Há, aqui, o controle de estruturas do mercado que possam gerar concentração econômica ou exercício abusivo de posição dominante (GABBAY, 2014, p.08).

De acordo com o artigo 88 do referido instrumento legal, cujos valores são atualizados pela Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012<sup>24</sup>, devem ser submetidos à análise prévia do CADE os atos de concentração em que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões, e, pelo menos, um outro grupo envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75 milhões.

Tendo em vista se tratar de controle preventivo, os atos de concentração que se enquadram nas hipóteses discriminadas no artigo 88 não podem ser consumados antes da apreciação pela autoridade de Defesa Econômica. Até a sua decisão final, devem ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas.<sup>25</sup> A concretização da

---

<sup>23</sup> Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

<sup>24</sup> Art. 1º Para os efeitos da submissão obrigatória de atos de concentração a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, conforme previsto no art. 88 da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passam a ser de: I - R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011; e II - R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011.

<sup>25</sup> Art 88 § 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo.



operação antes da aprovação pelo CADE é chamada de *gun jumping* e está sujeita às sanções previstas no artigo 88 § 3º da Lei 12.529/11.<sup>26</sup>

### 1.6.1.2 Controle Repressivo

O controle repressivo se verifica através da investigação e sanção às infrações à ordem econômica. Segundo Cristofaro e Ney (2003), as condutas que representariam ilícitos poderiam ser resumidas como aquelas:

“(i) capazes de assegurar ao agente econômico um poder sobre o mercado que ele não teria em condições normais de concorrência e que não resulta do aumento de sua eficiência; ou (ii) que representem abuso de poder já conquistado, seja através da obtenção de lucros injustificados, seja através do seu exercício em detrimento dos demais agentes econômicos (ou dos consumidores), impedindo o desenvolvimento da concorrência nesse mercado, de sorte a manter ou aumentar a dominação existente”.

De acordo com Becker (2015), os ilícitos concorrenciais podem ocorrer através da prática de condutas unilaterais ou de condutas colusivas. As condutas unilaterais são aquelas praticadas individualmente pelos agentes econômicos, também chamadas de “abuso de posição dominante”. As condutas colusivas, por sua vez, fazem referência aos cartéis.

Segundo Forgioni (2016), os cartéis podem ser definidos como “acordos entre concorrentes, atuais ou potenciais, destinados a arrefecer ou neutralizar a competição entre eles e que têm seu objeto tipificado nos incisos do art.36, *caput*, da Lei 12.529 de 2011”. Dentre as condutas lesivas ao direito da concorrência, esta é considerada a prática mais gravosa e, por essa razão, atrai especial atenção dos órgãos componentes do CADE.

Por sua vez, considerando a dimensão da repercussão que esse ilícito provoca no sistema concorrencial brasileiro, optou-se por ter essa infração concorrencial como enfoque do presente trabalho.

### 1.6.2 Esferas de Atuação

---

<sup>26</sup> § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

As questões concorrenciais podem ser analisadas sob as perspectivas administrativa, criminal e cível. Cada uma delas possui atuação independente, tanto no que se refere ao procedimento, quanto no que tange ao resultado.

O CADE investiga e aplica penalidades no âmbito administrativo, bem como analisa previamente os atos de concentração, sendo responsável pela esfera administrativa. As condutas que serão submetidas à apreciação pela esfera criminal encontram sua discriminação na Lei 8.137/90. Por sua vez, o artigo 47 da Lei 12.529/11 dispõe sobre a possibilidade de ingresso em juízo pelos prejudicados por práticas anticoncorrenciais, a fim de que seja obtida a sua cessação, além da indenização pelos prejuízos sofridos, trazendo o foco para a esfera cível.

De acordo com Farina (2016, p.33), a reunião dessas três esferas de atuação é responsável pelo efetivo combate às práticas anticompetitivas, em especial no que se refere à coibição dos atos ilícitos. Afirma a autora que “o conjunto de sanções e condenações – administrativas, criminais e cíveis (públicas e privadas) – é que monta um real sistema de desincentivo à prática de atos anticoncorrenciais”.

Espera-se demonstrar, com o presente trabalho, as vantagens da colaboração entre a persecução pública e privada no combate a ilícitos antitruste, especialmente no que se refere à inibição da prática de cartéis. Para isso, concentra-se o enfoque na esfera de responsabilização civil dos danos, com algumas referências à esfera administrativa.

## 2. A UTILIZAÇÃO DO PRIVATE ENFORCEMENT NO COMBATE A PRÁTICA DE CARTÉIS

### 2.1 Objetivo e Estrutura

Neste capítulo propõe-se investigar a atuação do *private enforcement* no combate à prática de cartéis, analisando sua participação na promoção de um ambiente favorecedor da efetiva concorrência. Aqui intenciona-se demonstrar a sua importância para o funcionamento do sistema antitruste, bem como a sua necessária coordenação com o *enforcement* público.

De início, então, são realizadas ponderações acerca das funções desempenhadas pelo *private enforcement* no mercado, elencando-se as funções (i) compensatória; (ii) dissuasória; (iii) assistencial e; (iv) indicativa.

No que tange à avaliação acerca do caráter dissuasório e reparador – escolhidos como enfoque da pesquisa realizada – procurou-se desenvolver, ainda, a estruturação de um método racional para a análise das vantagens de sua aplicação, lastreado na teoria dos jogos.

Na sequência, passa-se a refletir sobre os óbices existentes para a concretização de um sistema de *enforcement* privado eficiente na realidade concorrencial brasileira, destacando-se os pontos referentes a(o): (i) acesso a informações, (ii) responsabilidade civil concorrencial, (iii) prescrição, e (iv) quantificação do dano. Esse sequenciamento mostrará sua utilidade na medida em que fornece os pontos de partida para a reformulação dos modelos existentes, de modo a facilitar a persecução privada de reparação aos danos.

A fim de promover uma compreensão ampla da aplicação do *private enforcement*, procura-se examinar as experiências vivenciadas pelos EUA e União Europeia, que, por sua vez, mantêm-se como referências no estudo da temática apresentada.

Após, será traçado um panorama geral da atuação do *private enforcement* na realidade brasileira, seja fornecendo dados acerca de suas perspectivas de crescimento, seja pontuando a necessidade de conciliar esse crescimento e o progressivo incentivo às ações privadas de reparação de danos com atuação das autoridades concorrenciais, que, por sua vez, desempenham importante papel na repressão à prática cartelista.

Por fim, são discriminadas propostas que possuem como principal propósito a articulação entre as persecuções pública e privada no combate à prática de cartéis, de maneira a alcançar o efetivo funcionamento do sistema antitruste.

## 2.2 Panorama Geral

Em definição trazida por Pike (2015, p.173), *enforcement* “may consist of seeking to stop the infringing behaviour, render void agreements relying on it or in seeking damages for losses caused”.<sup>27</sup>

De acordo com Wils (2009), o alvo do *enforcement* público deve ser desenvolver e esclarecer as proibições antitruste, além de dissuadir e punir essas violações, enquanto que caberia ao *enforcement* privado buscar as compensações pelos danos gerados.

Segundo o autor, quando se trata do campo dissuasório e punitivo, o *enforcement* público é, sem dúvidas, superior ao *enforcement* privado, por várias razões, citando, dentre elas, a maior efetividade de poder investigatório e cominação de penalidades (podendo inclusive impor sanções não restritas a limites monetários). O *public enforcement* seria também mais eficiente na imposição de penalidades que se aproximem do ponto “ótimo”<sup>28</sup>, além de, inevitavelmente, ser mais capaz de priorizar o efetivo cumprimento das legislações antitruste.

Geralmente, porém, a compensação das vítimas das infrações antitruste não é alcançada através da persecução pública. Na realidade brasileira, por exemplo, os valores recolhidos a título de multa pelas autoridades antitruste se destinam ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

Por essa razão, faz-se necessário um *enforcement* adicional. Nesse aspecto, tem-se a persecução privada dos danos como importante instrumento na busca pela justiça compensatória (WILS, 2009).

Coaduna-se com essa posição, Tercio Sampaio Ferraz Jr (2013, p.18):

“embora em termos públicos a proteção contra desvios(abuso) se destine à coletividade, seria inaceitável imaginar que o prejuízo individual (cliente, concorrente, consumidor) pudesse ser inteiramente subsumido, em termos privados, ao *enforcement* público. Afinal, nas relações econômicas em um mercado dado são os sujeitos individualmente tomados que sofrem os prejuízos da conduta abusiva e sofrem lesão em sua liberdade e seu patrimônio.”

Considerando o *public enforcement* como instrumento superior na tarefa de desenvolver e esclarecer os dispositivos legais que se referem às proibições antitruste, bem como na dissuasão e punição dos ilícitos concorrenciais e o *private enforcement* como instrumento

<sup>27</sup> “Pode consistir em procurar parar o comportamento infrator, tornar nulos os acordos que dele dependam ou em buscar os danos causados pelas perdas”. (Tradução livre)

<sup>28</sup> Será discutido no capítulo “As vantagens da utilização do private enforcement à luz da teoria dos jogos”.

essencial na busca da justiça compensatória, entende Wils (2009, p.15) que um funcionamento ótimo do sistema antitruste deveria contar com a participação de ambos.<sup>29</sup>

Muito embora defenda o autor a primordial função compensatória que deve ser atribuída ao *enforcement* privado, forçoso reconhecer que a persecução privada pela reparação de danos causados por ilícitos concorrenciais, na realidade brasileira, desempenha também um importante papel dissuasório e punitivo a conduta infratora.

De acordo com Tercio Sampaio (2013, p.21), diante do Código Civil vigente, já existiria a possibilidade de pedir indenização privada por perdas e danos com base naquele instrumento legal. Desse modo, partindo-se do pressuposto de que o legislador nunca seja redundante, nem prescreva algo superfluamente e que, ainda, cada norma tenha destinação própria e específica, visando também um objetivo próprio e específico, deve-se tomar como um dado importante a existência de norma expressa regulamentando o *enforcement* privado na lei antitruste.

A conclusão que chega o autor é de que essa circunstância demonstra que tal disposição na lei antitruste não pode ser reduzida, pura e simplesmente a reparação de dano já existente no Código Civil, se referindo, portanto, a um estatuto jurídico próprio. O ressarcimento privado, dessa maneira, não estaria restrito ao mero papel de compensação.

De acordo com o relatório ICN (2007)<sup>30</sup>, o *private enforcement* desempenha uma série de funções. A principal delas corresponde à função compensatória, seguidas das funções dissuasória, assistencial e indicativa, além da de fortalecimento à difusão da cultura concorrencial.

A função compensatória corresponderia à oportunidade dada ao prejudicado de ser reparado pelos danos que sofreu. A função dissuasória, por sua vez, se verificaria com a efetiva combinação da persecução pública e privada que ajudaria a aumentar o fator de dissuasão nas empresas, prevenindo a ocorrência de acordos voltados à prática de cartéis.

No que tange à função assistencial, é levantado pelo relatório o fato de as autoridades antitruste possuírem recursos limitados que devem ser preferencialmente utilizados para perseguir casos com significativa relevância para a concorrência. Alguns desses casos, porém, em que pese possuírem relevância secundária para as autoridades antitruste, podem, por sua

---

<sup>29</sup> “If, as argued above, public antitrust enforcement is the superior instrument to pursue the objectives of clarification and development of the law and of deterrence and punishment, whereas private action for damages are superior for the pursuit of corrective justice through compensation, then the optimal antitrust enforcement system would appear to be a system in which public antitrust enforcement aims at clarification and development of the law and at deterrence and punishment, while private actions for damages aim at compensation”.

<sup>30</sup> Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf> . Acesso em: 12.ago.2017

vez, serem de grande importância para uma empresa individual, que, por essa razão, tem interesse de promover investigações, auxiliando, portanto, o órgão antitruste.

Já a função indicativa teria sua relevância relacionada à mensuração da frequência de problemas concorrenciais em determinadas áreas, demarcando as áreas focais para a aplicação da legislação antitruste. Em adição a todas essas funções, o *private enforcement* também desempenharia importante papel na difusão da cultura concorrencial, uma vez que processos judiciais bem sucedidos poderiam demonstrar aos participantes do mercado que as regras de concorrência devem ser observadas e que as violações podem ser interrompidas por sua própria iniciativa.

Dentre as condutas infratoras ao Direito Concorrencial Brasileiro, é na prevenção e repressão a prática que cartéis que o “*private antitrust enforcement*” tem demonstrado a sua relevância, principalmente no que se refere ao aspecto compensatório às vítimas da infração concorrencial e no que tange ao aspecto dissuasório e punitivo à prática.

A admissibilidade desse tipo de demanda é lastreada no Judiciário Brasileiro pelo artigo 47 da Lei 12.529/11, que prevê a possibilidade de ingresso em juízo pelo prejudicado, tanto para a obtenção da cessação da conduta infratora, quanto para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito administrativo, que não será suspenso pelo ajuizamento da ação.

Como bem trazido por Gabbay & Pastore (2012, p.11):

“Os efeitos do cartel podem atingir tanto os consumidores finais quanto os demais compradores (p.ex., distribuidores) e fornecedores (que podem ou não ser participantes da prática anticompetitiva), em relações horizontais ou verticais, e que pagam um preço acima do valor de mercado”.

No que se refere à reparação de prejuízos individuais sofridos por fornecedores e compradores da cadeia produtiva, vislumbra-se, ainda, a possibilidade de utilização do sistema arbitral como meio alternativo para a resolução da controvérsia (BECKER, 2015).

Em virtude do propósito a que se destina o presente estudo, não serão tratadas aqui questões referentes aos prejuízos trazidos aos consumidores e a busca pela sua reparação através de ações coletivas, haja vista se tratarem de interesses cuja indisponibilidade é flagrante.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Caso interesse ao leitor a temática referente às ações coletivas, interessante discussão é trazida no artigo Ações coletivas [privadas] como instrumento de efetividade na defesa da concorrência: breve estudo comparado de uma lacuna na política antitruste brasileira, de autoria de Fernanda Mercier Farina (2016).

Por ora, o que se verifica é que, ainda que se trate de importante instrumento no efetivo combate à prática de cartéis, as ações privadas de reparação por danos apresentam incipientes registros no cenário nacional.

Ocorre que, na busca do “funcionamento ótimo” de um sistema antitruste, coaduna-se aqui com a ideia trazida por Wils (2009) de que esse se verifica através da atuação conjunta entre o *public* e o *private enforcement*.<sup>32</sup> É o que se analisa na sequência.

### 2.3 Vantagens da utilização do *private enforcement* à luz da Teoria dos Jogos

Em análise já realizada<sup>33</sup>, entendeu-se que a reparação de danos na esfera cível teria influência direta no montante da sanção atribuída a um praticante de infração à ordem econômica e, conseqüentemente, na sua decisão de praticar ou não o ilícito, bem como de cessar essa mesma conduta.

Em posição sustentada por Becker (1968, p.34), caso a compensação do dano fosse colocada como foco e a teoria econômica sobre monopólio estivesse correta, se fossem cobradas multas em um ponto “ótimo”<sup>34</sup>, as empresas cessariam automaticamente quaisquer restrições ao comércio, uma vez que o seu ganho seria menor que os danos causados (menor, portanto, que as multas que seriam aplicadas).

Conclui-se então que, na hipótese do ganho esperado por um agente de mercado ser menor que o valor que deverá ser desembolsado a título de reparação, caso seja descoberta a sua prática infratora, a tendência é de que o agente opte por cessar imediatamente a conduta.<sup>35</sup>

A Análise Econômica do Direito, de acordo com Mackaay e Rousseau (2015, p.6), propõe uma releitura do Direito sob uma nova perspectiva, se utilizando das chamadas “ciências auxiliares” do direito, dentre elas, a ciência econômica. Nessa perspectiva, intenciona explicitar a lógica existente nas decisões tomadas pelos agentes.

---

<sup>32</sup> A importância dessa interação é tão flagrante que vem sendo debatida em fóruns internacionais (ICN, 2007 e OCDE, 2015). “Private antitrust enforcement is on the one hand a form of individual law enforcement and on the other it complements public cartel prosecution.” (ICN, 2007)

<sup>33</sup> Vide artigo “A Arbitragem como Meio Alternativo na Resolução de Demandas Indenizatórias Decorrentes da Prática de Cartéis e a Minuta de Resolução do CADE submetida à Consulta Pública 05/2016”, publicado na edição n.1 de 2017, na Revista de Defesa da Concorrência.

<sup>34</sup> Vide Becker (1968) “if compensation were stressed, the main purpose of legal proceedings would be to levy fines equal to the harm inflicted on society by constraints of trade”

<sup>35</sup> Na intenção de se descobrir o “ponto ótimo” para sancionar violações antitruste muitos estudos foram desenvolvidos. Cita-se aqui como exemplo “Optimal Sanctions for Antitrust Violations”, de autoria de William M. Landes e Crime and punishment: An economic approach, de autoria de Gary S. Becker (1968).

Segundo Monteiro (2009, p.1087/1088), sua intenção seria a de “implementar os postulados econômicos na aplicação e interpretação de princípios e paradigmas jurídicos, para dessa maneira aumentar o grau de previsibilidade e eficiência das relações intersubjetivas inerentes ao estudo do Direito e do ordenamento jurídico.”

Nesse ínterim, entendem Mackaay e Rousseau (2015, p.31) que o nosso ambiente é constantemente modificado e, o ser humano, ao reagir à mudança de circunstâncias, tentará seguir a opção que lhe pareça melhor.

“A hipótese baseia-se no que é conhecido, nas ciências sociais, como modelo da escolha racional. Diante de um caso que precisa ser resolvido, a decisão, segundo o modelo da escolha racional, faz a pessoa inventariar os resultados desejados (valores), identificar as ações que podem ser tomadas na sua busca (opções); determinar em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo (valorização) e adotar aquela que contribuir mais (escolha).”

Segundo os autores, os seres humanos, ainda que não sigam – necessariamente – todo o procedimento narrado acima, tomam as suas decisões como se o fizessem. Entendem, ainda, ser esse modelo de escolha sobremaneira interessante, pois permite generalizações acerca do comportamento humano, podendo, inclusive, estabelecer uma “linha de conduta previsível entre as opções disponíveis”.

Na presente análise, parte-se, portanto, do pressuposto de que os agentes são racionais e que, por essa razão, optarão pela estratégia mais favorável. Tem-se, então, que o potencial praticante de uma infração à ordem econômica, antes de optar pela sua realização deverá considerar o lucro auferido com a prática do ilícito (benefício) e o risco de condenação futura (custo). (BOSON, 2016, p.103)

Nesse sentido, intencionando compreender os incentivos trazidos pelas normas, especialmente no que se refere a possível escolha de um agente econômico na prática ou não do ilícito concorrencial, recorre-se a Teoria dos Jogos como instrumental provido pela Análise Econômica do Direito. A Teoria dos Jogos, por sua vez, consiste no exame das interações entre os seres humanos, levando em consideração a racionalidade das suas escolhas. (MACKAAY & ROUSSEAU, 2015, p.43).

Em definição trazida por Maschler, Solan e Zamir (2013, p.25)

“Game theory is the name given to the methodology of using mathematical tools to model and analyze situations of interactive decision making. These are situations involving several decision makers (called players) with different goals, in which the decision of each affects the outcome for all the decision makers. This interactivity distinguishes



game theory from standard decision theory, which involves a single decision maker, and it is its main focus. Game theory tries to predict the behavior of the players and sometimes also provides decision makers with suggestions regarding ways in which they can achieve their goals.<sup>36</sup>

No âmbito da Teoria dos Jogos, ao se tratar da escolha de um agente econômico sobre praticar ou não o ilícito concorrencial, nesse caso exemplificado pela decisão de praticar a conduta colusiva conhecida como cartel à luz do modelo conhecido como “Dilema do Prisioneiro”, poderia se pensar no seguinte quadro:

		Empresa 2	
		L	I
Empresa 1	L (Lei)	0	1
	I (Infração)	-1	1

Como já explicitado, no presente trabalho não se pretende tratar dos prejuízos trazidos aos consumidores e a sua busca pela reparação através de ações coletivas. Dessa maneira, os danos aqui trazidos referem-se tão somente aqueles que afetam os fornecedores e compradores da cadeia produtiva. Por essa razão, a situação retratada no modelo acima refere-se às vantagens/desvantagens concernentes a escolha de dois *players* no mercado sobre a sua associação em prática colusiva (e conseguinte infração a lei) ou de sua atuação em consonância com a Lei 12.259/11, tomando como parâmetro a compensação de danos.

Considerando uma situação em que o modelo de concorrência perfeito seja representado pelo quadrante (0,0), e o desincentivo monetário concernente à aplicação de multa seja representado por x (uma vez que não se sabe se o valor considerado pela autoridade antitruste

<sup>36</sup> Teoria dos Jogos é o nome dado a metodologia de utilizar instrumentos matemáticos para modelar e analisar situações de tomada de decisão interativa. Essas são situações que envolvem vários tomadores de decisão (chamados de jogadores) com diferentes objetivos em que a decisão de cada um afeta o resultado para todos os outros. Essa interatividade distingue a Teoria dos Jogos da teoria padrão de decisão, que envolve um único decisor e esse é seu foco principal. A Teoria dos Jogos tenta prever o comportamento dos jogadores e, às vezes também fornece a esses, sugestões sobre as maneiras pelas quais podem atingir seus objetivos. (Tradução livre)

efetivamente seria capaz de atingir o “ponto ótimo”<sup>37</sup>, de modo que o ganho auferido pelo agente infrator fosse menor que os valores aplicados a título de multa) e o desincentivo monetário concernente a utilização do *private enforcement* como 1 (representando o ressarcimento integral do prejuízo causado aos fornecedores e compradores da cadeia produtiva), o modelo acima poderia representar uma situação em que não se verifique interferência, seja por meio de multas, seja por meio de ações privadas por reparações de danos.

Nesse caso, ambas as empresas, ao escolherem manter-se no âmbito da licitude, representam o modelo de concorrência perfeita, não auferindo vantagens indevidas, mas também não correndo riscos de punição (0,0). Caso uma empresa opte por seguir a lei, não aderindo a prática cartelista e a outra assim o faça, a empresa optante pelo caminho da licitude sairia perdendo (-1), uma vez que seria afetada pelo sobrepreço e não teria condições de concorrer com o outro agente econômico praticante do ilícito concorrencial, que, associando-se com outros concorrentes, auferiria vantagens indevidas com a perda de competitividade causada pela prática colusiva (1). Se os dois *players* se associassem, porém, ambos sairiam ganhando (1,1). É fácil perceber, portanto, qual seria a escolha racional de um agente num mercado sem imposição de desincentivos monetários.<sup>38</sup>

Em uma situação na qual se observe um *enforcement* público consistente na aplicação de multas, porém, o modelo tende a se modificar um pouco. Considerando a reparação através de multas um desincentivo representado por  $x$ , teríamos o seguinte quadro:

		Empresa 2	
		L	I
Empresa 1	L (Lei)	0	(1-x)
	I (Infração)	-1	(1-x)

<sup>37</sup> Aqui entendido como aquele considerado por Becker (1968): “equal to the harm inflicted on society by constraints of trade”.

<sup>38</sup> Importante considerar que essa análise não leva em consideração as variáveis (como, por exemplo, o mercado não ser favorável a cartelização, o fator risco de descoberta da prática e ser o agente propício ou não a escolher pelo risco em detrimento da legalidade).

Nesse caso, havendo o desincentivo concernente à aplicação de multa, caso um dos *players* opte pela prática cartelista e o outro não, poderiam ser verificadas três situações distintas: (i) caso a multa aplicada pela autoridade antitruste seja estabelecida em seu “ponto ótimo”, o agente infrator teria um resultado negativo; (ii) caso a multa estabelecida seja apenas suficiente para minar os ganhos auferidos, o agente infrator se voltaria para o estado neutro (0); (iii) sendo a multa aplicada insuficiente até mesmo para minar a vantagem auferida, o agente infrator se manteria em situação positiva.

Nas duas últimas situações, portanto, ainda valeria a pena se decidir pela prática do ilícito concorrencial, uma vez que não haveria prejuízo. No que se refere ao player que optou pela legalidade enquanto praticava cartel, entretanto, a situação negativa (-1) não se altera, vez que os danos que lhe foram causados não são reparados pelos valores arrecadados pela autoridade administrativa em virtude da aplicação de multas.<sup>39</sup>

Supondo que ambos optem pela prática infratora, o resultado do quadrante também dependerá do estabelecimento da multa em um “ponto ótimo” ou não, de modo que: (i) caso a multa aplicada pela autoridade antitruste seja estabelecida em seu “ponto ótimo”, os agentes infratores teriam um resultado negativo; (ii) caso a multa estabelecida seja apenas suficiente para minar os ganhos auferidos, os agentes infratores se voltariam para o estado neutro (0); (iii) sendo a multa aplicada insuficiente até mesmo para minar a vantagem auferida, os agentes infratores se manteriam em situação positiva. Do mesmo modo, nas duas últimas situações, ainda valeria a pena se decidir pela prática do ilícito concorrencial, uma vez que não haveria prejuízo.

Verifica-se aqui, que o quadrante de escolha ótima para os *players* pode variar entre o de concorrência perfeita (0,0) e aquele em que ambos optam pela prática do ilícito concorrencial (1-x), variando a depender do estabelecimento da multa em um “ponto ótimo” pelas autoridades concorrenciais.

Ocorre que, como se observará adiante, a definição de parâmetros para o arbitramento de multa em valores ótimos é tarefa sobremaneira árdua, de modo que sugere-se a aplicação do *private enforcement* como um fator extremamente dissuasório à prática do ilícito concorrencial.

---

<sup>39</sup> Os valores arrecadados à título de multas são direcionadas ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), do Ministério da Justiça.

		Empresa 2	
		L	I
Empresa 1	L (Lei)	0	$(1-x-1)$ $(-x)$
	I (Infração)	$(-1+1)$ $(0)$	$(1-x-1)$ $(-x)$

Aqui, observa-se que, no caso em que um dos *players* opta por permanecer no âmbito da licitude, enquanto o outro resolve pela prática do ilícito concorrencial, com a utilização da persecução pública - (x) em conjunto com a persecução privada - (1), o agente infrator é devidamente punido, com resultado indiscutivelmente negativo, enquanto que o player que agiu de acordo com a lei tem os seus danos reparados<sup>40</sup>, retornando ao estado neutro (0)<sup>41</sup>. Como a opção dos dois jogadores pela infração também gerará resultados negativos para ambos, percebe-se que a utilização do *private enforcement* no combate à prática de cartéis desloca a escolha ótima para o quadrante que representa a concorrência perfeita (0,0).

Assim, é possível concluir que a probabilidade e o montante da sanção exercem um importante papel na escolha feita por um *player* no mercado, bem como que a litigância privada é indispensável ao bom funcionamento da política da concorrência.

## 2.4 Obstáculos à aplicação do *private enforcement*

As ações privadas de reparação por danos, ainda que indiscutivelmente importantes no combate à prática de cartéis, encontram alguns óbices para sua eficiente utilização na realidade

<sup>40</sup> Não se considera aqui a possibilidade de repasse do prejuízo ocasionado pela prática cartelista por aquele que sofreu o dano aos consumidores finais.

<sup>41</sup> É certo que o retorno ao estado neutro dependerá da correta apuração dos prejuízos causados pelo agente infrator para que assim possa ocorrer a devida indenização. É correto afirmar também, que essa apuração é de difícil viabilização. Entretanto, é indiscutível que a utilização do *private enforcement*, configura, além de um importante desestímulo à prática infratora, uma garantia maior de reparação dos danos que aquela oferecida com a simples atuação da persecução pública. Aqui faz-se referência ao modelo de reparação simples de danos, adotado pelo sistema brasileiro e europeu. Nos Estados Unidos essa apuração é triplicada pela previsão dos *treble damages*. Nesse sentido *vide* trecho trazido em relatório ICN (2007), que contou com a participação de inúmeros países, com 32 jurisdições ao todo: "Nonetheless, monetary compensation is available in all jurisdictions, covering at least actual losses and loss of profits. However, not all jurisdictions also compensate for a loss of chance or moral damages."

brasileira. Verifica-se, então, que a atuação do *private enforcement* apresenta incipiente desenvolvimento no país. Entretanto, observa-se que esse quadro tende a se alterar, com o crescimento do ajuizamento de ações civis para reparação de danos concorrenciais.

De acordo com a participação brasileira no relatório OCDE (2015), a baixa adesão seria justificada por diversos fatores, dentre os quais consideramos importante referenciar: (i) a existência de obstáculos legais e procedimentais a ações de reparação, como, por exemplo, a necessidade de análise econômica complexa, avaliação de risco e o cálculo de danos que são de difícil obtenção para os particulares; (ii) informações e documentos fornecidos no âmbito de um acordo de leniência são mantidos em sigilo pelo CADE (o acesso a esses documentos é restrito àqueles que estão sendo investigados, bem como a outras autoridades públicas, como o Ministério Público Federal); (iii) quando se trata de ação promovida no âmbito do Judiciário, o tempo tomado pelos recursos e a falta de familiaridade dos juízes com a matéria antitruste contribuem para desencorajar a propositura de ação privada de reparação de danos; (iv) por serem processos longos, que requerem análises jurídicas e econômicas complexas, podem ser extremamente dispendiosos.

Somados a todos os fatores descritos no relatório OCDE (2015), cumpre referenciar também a insegurança quanto ao termo inicial da contagem do prazo prescricional das ações privadas para reparação de danos, vez que o Código Civil apenas dispõe que o prazo prescricional para ajuizamento de ações de reparação civil é de 3 (três) anos.<sup>42</sup>

#### 2.4.1 Responsabilidade Civil Concorrencial

O artigo 47 da Lei 12.529/2011 prevê a possibilidade de ingresso em juízo para o ressarcimento de danos do prejudicado no ilícito concorrenciais. Essa previsão, por sua vez, não afasta os elementos de responsabilização previstos no Código Civil. (CARVALHO, 2011, p.11)

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p.02), responsabilidade civil “designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico”.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.55), coadunando-se com essa posição, traz a palavra “responsabilidade” como originária do latim, cuja ideia encerraria a “segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de restituir ou ressarcir”. O mesmo autor traz como pressupostos da responsabilização civil a existência de

---

<sup>42</sup> Art. 206, §3º, V, do Código Civil “Prescreve §3º Em três anos: V -a pretensão de reparação civil.”

violação de direito pela ação ou omissão; a culpa ou dolo do agente<sup>43</sup>; a relação de causalidade<sup>44</sup> e o dano experimentado.

Dessa maneira, a fim de se configurar a responsabilização civil concorrencial, seria necessária a existência de todos os pressupostos da responsabilização civil, em conjunto. Somente com a presença de todos esses elementos seria possível falar de responsabilização e consequente dever de reparação. A responsabilidade civil concorrencial, portanto, não se realiza com a mera potencialidade de prejuízo, estando adstrita a realização do ilícito e concretização do dano, que devem estar reunidos em uma relação de causalidade. (CARVALHO,2011, p.11/12)

A responsabilização civil tem por finalidade indenizar aquele que sofreu a lesão, conduzindo-o a situação em que se encontraria caso não tivesse ocorrido o fato danoso (CAVALIERI, 2012, p.04). E é nesse sentido que se orientam as ações privadas de reparação de danos no contexto concorrencial.

#### 2.4.2 Acesso às informações

Para que haja a responsabilização, entretanto, faz-se necessária a prova do dano. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.67) “sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente”.

No que tange à reparação do dano causado pela prática de cartéis, entretanto, a prova do dano é um aspecto sobremaneira sensível. Tal situação decorre do sigilo mantido pelo CADE em torno das informações e documentos fornecidos no âmbito dos acordos de leniência, termos de compromisso de cessação e busca e apreensão. O acesso a tais documentos é restrito àqueles que estão sendo investigados, bem como a outras autoridades públicas, como o Ministério Público Federal.

A existência de um cartel não é fácil de ser provada. A razoabilidade de tal afirmação ganha ainda mais força se levarmos em consideração que, muitas vezes, a prática de preços semelhantes pode não decorrer necessariamente de conluio entre as empresas, devendo-se ao processo normal de competição. Explica-se: alguns mercados, em razão das suas características

---

<sup>43</sup> A partir do quanto defendido por Savigny (le droit des obligations trad Gerardin et Jozan, § 82), Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.66) entende o dolo como a violação deliberada do dever jurídico e a culpa como a falta de diligência.

<sup>44</sup> Prossegue Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.67) definindo a relação de causalidade como a “relação de causa e efeito entre a ação ou a omissão do agente e o dano verificado”.

estruturais<sup>45</sup> são mais propensos ao chamado “paralelismo consciente”, em que as empresas passam a adotar estratégias semelhantes mesmo que não tenha havido acordo entre elas. (FORGIONI, 2016, p.362/363).

Nesse contexto, apresentam-se os Acordos de Leniência e os Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) negociados pelo CADE como os principais pilares da persecução pública no combate à cartéis (ATHAYDE & FIDELIS, 2016, p.90). Sua atuação na repressão à prática cartelista é de suma importância, uma vez que é por meio deles que a maioria dos cartéis chega ao conhecimento das autoridades concorrenciais.

O sigilo que cerca os documentos oriundos tanto dos acordos de leniência quanto daqueles obtidos em termos de cessação de conduta e buscas e apreensões realizadas pelo CADE, portanto, dificulta a propositura das ações privadas de reparação de danos. Sem o acesso a essas informações, a coleta de provas pode vir a ser longa e dispendiosa, haja vista a dificuldade que cerca tanto a constatação desse ilícito concorrencial (até mesmo pelas autoridades antitruste que, em regra, são mais qualificadas na sua detecção que um particular) quanto a delimitação da extensão do dano causado.

O ajuizamento de ações privadas para reparação de danos, em virtude da dificuldade de comprovação do ilícito, então, tende a se restringir às chamadas “*follow on actions*”, que são aquelas que surgem em decorrência de procedimentos administrativos já instaurados pelo CADE. A comprovação do ilícito concorrencial é facilitada após a investigação pelas autoridades antitruste. Uma condenação na esfera administrativa, portanto, reveste-se de grande relevância na esfera cível. Ainda assim, o acesso aos documentos possui extrema importância no resultado da demanda ajuizada, que poderia ser sobremaneira beneficiada com as informações contidas nos arquivos obtidos pelas autoridades no curso das investigações.

### 2.4.3 Prescrição

No que se refere ao prazo prescricional das ações privadas de reparação por danos, tem-se a aplicação da regra geral trazida no artigo 189 do Código Civil, que prevê: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os art. 205 e 206”.

---

<sup>45</sup> Forgioni (2016, p 362/363) traz duas características que tornam propícia a ocorrência desse fenômeno: (i) a existência de elevadas barreiras à entrada – faria com que mesmo a prática de preços semelhantes e acima dos níveis considerados competitivos não teriam o condão de atrair novas empresas; (ii) o reduzido número de agentes econômicos – permitiria a identificação e rápida reação ao comportamento dos concorrentes.

A prescrição da pretensão de reparação civil é, então, discriminada no artigo 206, § 3º, V, do mesmo instrumento legal, ocorrendo no prazo três anos. Ocorre que, em que pese ter se estabelecido o prazo prescricional, não foi definido nenhum parâmetro para a contagem do seu termo inicial. Essa obscuridade legislativa, por sua vez, vem trazendo muitas divergências interpretativas no que tange ao início da sua contagem, desestimulando o fomento às ações privadas de reparação por danos.<sup>46</sup>

#### 2.4.4 Quantificação do dano

Auferir o montante que deve ser desembolsado a título de reparação também não é tarefa de fácil consecução. Nesse sentido, o relatório ICN (2007, p.15) traz dois aspectos que devem ser considerados em sua quantificação. O primeiro deles se refere ao fato de que os compradores têm que adquirir o produto a preço de monopólio, que é superior ao preço competitivo, sofrendo, conseqüentemente, um dano monetário. Em segundo lugar, devido à diminuição na produção, as quantidades de produtos que ficarão disponíveis para os compradores serão inferiores àquelas que estariam disponíveis em condições normais de concorrência, o que pode vir a resultar em danos adicionais aos adquirentes.<sup>47</sup>

O cálculo dos danos em casos individuais dependeria bastante da situação individual da parte afetada, de modo que o relatório acima mencionado optou por trazer à discussão apenas a “porcentagem de sobretaxa” que o demandante teria que pagar devido à infração.

O estabelecimento do preço hipotético do mercado (que possibilitaria o cálculo do sobrepreço), então, poderia ser verificado a partir da utilização de três métodos: (i) abordagem comparativa de mercado (que baseia o cálculo do preço de mercado hipotético tomando como parâmetro situação em um mercado comparável); (ii) a abordagem baseada em custos (que analisa os custos reais de produção e acrescenta uma margem de lucro “apropriada”) e; (iii) a abordagem de simulação (que determina os danos induzidos pelo cartel, comparando o mercado afetado com a situação hipotética do mesmo mercado, caso o cartel não existisse).

---

<sup>46</sup> Vide Exposição de Motivos da Consulta Pública 05/2016, p.12/13. <sup>46</sup>Disponível em: [http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?2fRihewEob7Xqr4fBmvrV7i-xnNe4zri qzhQUXtG1BIDxTue0Wf4VyP\\_pNdrTBbz2QNdk1nr5mC8L5ZgT80FIw](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?2fRihewEob7Xqr4fBmvrV7i-xnNe4zri qzhQUXtG1BIDxTue0Wf4VyP_pNdrTBbz2QNdk1nr5mC8L5ZgT80FIw). Acesso em: 27.ago.2017.

<sup>47</sup> “In practice, it is the economic calculation of damages caused by a competition law violation that is particularly difficult. There are two aspects under which a damage on the demand side can be defined. Firstly, purchasers have to buy the respective product at the monopoly price, which is higher than the competitive price, and consequently suffer a monetary damage. Secondly, due to reduced output quantities the product quantities available to purchasers are lower than under normal competitive conditions. This can result in additional damages for purchasers.” (Relatório ICN, 2007).



A conclusão trazida pelo relatório se manifesta no sentido de que:

“Unanimously, all competition law regimes will compare the plaintiff’s actual position following the harmful event with the hypothetical position which would have existed had the harmful event not occurred in order to establish the quantum of the damage. This “differential analysis” is a direct consequence of the restitutionary nature of damages.”<sup>48</sup>

Ocorre que, os tribunais, em sua investigação, dependem, em grande parte, das provas e informações apresentadas pelas partes, o que, como visto, na realidade brasileira, não são de fácil obtenção. Esse quadro influencia sobremaneira no desestímulo a propositura de ações cíveis de reparação de danos, o que, por sua vez, interfere no desenvolvimento de uma metodologia constante para a quantificação de danos nos tribunais nacionais.<sup>49</sup>

## 2.5 A experiência estrangeira na aplicação do *private enforcement*

A fim de se compreender a maneira como se encontra inserida a aplicação do *private enforcement* brasileiro, comparado ao atualmente visualizado no cenário internacional, propõe-se aqui a analisar a experiência dos EUA e da União Europeia com a utilização de demandas privadas para a resolução dos danos. Observa-se que, ainda que possuam características diversas na sua aplicação, em ambas as experiências, verifica-se a grande importância dada ao *private litigation*, seja em virtude do seu caráter compensatório, seja devido à seu caráter dissuasório.

### 2.5.1 Estados Unidos

Desde o século 19, os Estados Unidos utilizam uma combinação de *enforcement* federal, estadual<sup>50</sup> e privado no combate às condutas anticompetitivas. A ideia inicial era a de que os

<sup>48</sup> “Por unanimidade, todos os regimes de direito da concorrência irão comparar a posição real do demandante após o evento prejudicial com a posição hipotética que teria existido caso o evento prejudicial não tivesse ocorrido, a fim de estabelecer a quantificação do dano. Essa “análise diferencial” é uma consequência direta da natureza restitutiva dos danos.” (Tradução livre)

<sup>49</sup> “Consequently, the quantification of damages is either done on a case-by-case analysis or a constant methodology has not yet developed because of a lack of case-law in this area. Therefore, only very few national reporters and agencies could specify the economic models and calculation method applied when determining the quantum of damages.” (Relatório ICN, 2007, p.18).

<sup>50</sup> O termo “estadual” aqui é utilizado para fazer referência a todas as 55 unidades de governo sub-federais. Além dos 50 estados estão incluídos aqui o Distrito de Columbia, a Commonwealth de Porto Rico e os territórios dos EUA de Guam, Ilhas Marianas do Norte e Ilhas Virgens.

seus papéis fossem complementares. Ao mesmo tempo em que o *enforcement* federal e estadual se responsabilizariam pela proteção do público contra condutas anticoncorrenciais, em seus respectivos âmbitos de atuação, o *enforcement* privado atuaria em nome das preocupações específicas dos agentes em busca da sua reparação por danos infringidos pela prática anticoncorrencial (BAER, 2014, p.01). Ocorre que, como veremos a seguir, o papel do *enforcement* privado não ficou restrito à reparação dos danos individuais dos agentes, exercendo um papel de destaque no *enforcement* estadunidense.

O *enforcement* privado, nos Estados Unidos, da mesma maneira que no Brasil, não se encontra vinculado ao *enforcement* público, de modo que um demandante privado não precisa aguardar a conclusão da investigação governamental para propor a sua ação, podendo dar continuidade a esta mesmo após a conclusão da investigação do governo, sem que seja constatada uma violação (Saint-Antoine, Lewers, Hutchison, Bullard, Michelen, Biddle & Reath LLP, 2017).

Os processos oriundos do Departamento de Justiça (órgão responsável pela persecução pública aos cartéis - DOJ), entretanto, agem como facilitadores nas ações de danos privados subsequentes, uma vez que as condenações pela prática de cartéis asseguradas pelo departamento constituem “prova *prima facie*” nas ações de danos privados (BAER, 2014, p.04). Verifica-se, então, a ocorrência de muitas ações privadas por reparações de dano no bojo das investigações suscitadas pelo governo.

“Civil redress is a core feature of US law, and follow on class action lawsuits are triggered in virtually every cartel case. All of the DOJ investigations described above currently have follow-on class actions pending” (KEYTE & POSEN,[20...], p.259)<sup>51</sup>

Esse quadro é sobremaneira influenciado pela autorização expressa trazida na lei federal de concorrência para a concessão de danos triplicados (o conhecido como *treble damages*). Essa previsão intenta garantir que as partes privadas tenham um incentivo econômico adequado para lidar com a onerosidade de um processo antitruste<sup>52</sup> e desempenha um importante papel reparador e dissuasório da prática cartelista (BAER, 2014, p.03).

---

<sup>51</sup> "A reparação civil é uma característica fundamental da lei norte-americana, e as ações judiciais são acionadas em praticamente todos os casos de cartéis. Todas as investigações do DOJ descritas acima atualmente têm ações subsequentes pendentes" (Tradução livre)

<sup>52</sup> “A defendant involved in complex antitrust litigation can expect attorneys' fees and costs to often exceed US\$1 million per year, with such fees and costs increasing substantially if the case proceeds past an early motion to dismiss and into fact discovery.” (Saint-Antoine, Lewers, Hutchison, Bullard, Michelen, Biddle & Reath LLP, 2017).

O sistema privado de reparação de danos presente nos Estados Unidos, porém, não escapou das críticas a sua existência. Alguns sugerem que o *private enforcement*, em verdade, não geraria benefícios significantes para as vítimas da prática de cartéis. Outros sustentam que o *private litigation* acrescentaria um mínimo de benefício às sanções governamentais. Por fim, há ainda aqueles que entendem pelo estabelecimento de uma “excessiva dissuasão” provocada pela propositura de ações civis para reparação de danos, que poderia vir a desencorajar legítimos comportamentos competitivos. Essas críticas, porém, são realizadas sem nenhum sistema empírico de evidência. (LANDE, [20..])

Em estudo desenvolvido por Lande [20..], foi analisada a compensação e os efeitos dissuasórios provenientes de 40 casos de ações privadas no âmbito antitruste, dentre os quais vinte e cinco deles se referem à prática de cartéis.<sup>53</sup> Foram considerados, em sua análise, os benefícios trazidos pelas ações privadas de reparação de danos em termos de compensação das vítimas e de dissuasão de futuras práticas anticoncorrenciais.

Verificou-se, então, que o *private enforcement*, além de promover a reparação de danos também ajuda a deter futuras violações ao sistema antitruste. De acordo com o autor, a litigância privada possivelmente possui um maior papel dissuasório de condutas anticompetitivas que aquele observado com a atuação do DOJ.

Essa conclusão se extrai dos dados coletados no período analisado. Com efeito, verificou-se que o valor estimado de arrecadação promovida pelo DOJ entre 1990 e 2007 foi de aproximadamente \$ 6.8 bilhões. Em que pese não ser possível determinar quantos cartéis seriam detidos com o efeito dissuasório promovido por esse montante de penalização, poderia se esperar que o número seja substancial.

Por sua vez, os vinte e cinco casos de colusão analisados no estudo promoveram um total de arrecadação em montantes de aproximadamente \$9.200 a \$10.600 bilhões. Demonstrou-se, portanto, que até mesmo vinte e cinco ações privadas por reparação de danos poderiam ter um maior efeito dissuasório que aquele promovido por todo o *enforcement* público.

O autor ainda prossegue com a constatação de que a litigância privada é, efetivamente, a única forma de reparação de danos às vítimas do ilícito concorrencial. Apesar de não ser possível retirar o mérito do papel desempenhado pela persecução pública, seria correto afirmar, portanto, que o *private enforcement* desempenha papel de destaque na realidade estadunidense, tanto no que se refere à compensação dos danos, quanto no que tange ao caráter dissuasório de práticas anticoncorrenciais.

---

<sup>53</sup> Os estudos levaram em consideração casos de grande repercussão concluídos entre 1990 e 2007.

“Private enforcement is virtually the only way to compensate victims of conduct that violates the antitrust laws. It is responsible for the recovery of billions of dollars that otherwise would have remained with companies that violated the antitrust laws. Many of these lawbreakers were foreign companies. Government enforcement is wonderful, but it rarely helps victims recover the amount taken from them by practices that violate the antitrust laws. The billions of dollars defendants pay in private cases also helps to deter future anticompetitive conduct. In fact, in the United States, private enforcement might well deter even more anticompetitive conduct than the DOJ criminal antitrust enforcement program.” (LANDE, [20..])

### 2.5.2 União Europeia

A atuação do *private enforcement*, na União Europeia, ainda não é considerada significativa. Entretanto, dada a importância da atuação do sistema privado de reparação aos danos (tanto no quesito compensatório quanto dissuasório), entendeu-se pela necessidade do seu incentivo no cenário concorrencial europeu.

Nesse intuito, foram emitidos o Livro Verde (*Green Paper*), em dezembro de 2005, e o Livro Branco (*White Paper*), em abril de 2008. Em 2014, por sua vez, foi aprovada a Diretiva que traz critérios para o desenvolvimento do *enforcement* privado.<sup>54</sup>

A emissão do Livro Verde (*Green Paper*)<sup>55</sup>, em 2005, trata da primeira resposta europeia a necessidade de facilitar a reparação privada de danos. De acordo com o apresentado pela Comissão das Comunidades Europeias, à época da elaboração do Livro Verde, essa área poderia ser caracterizada, nos vinte e cinco Estados-Membros, por um “subdesenvolvimento total”.

A proposta trazida pelo Livro Verde possuía como objetivo a identificação dos obstáculos existentes para a consecução de um sistema eficaz de reparação privada de danos, apresentando diversas alternativas e sugestões de intervenção para o seu efetivo funcionamento.

No que tange ao Livro Branco (*White Paper*)<sup>56</sup>, tem-se que o seu “objetivo primário” era o de melhorar as condições legais para que as vítimas exercessem o seu efetivo direito de

<sup>54</sup> “Art 1º 1. A presente diretiva estabelece certas regras necessárias para assegurar que quem sofra danos causados por uma infração ao direito da concorrência por uma empresa ou associação de empresas possa exercer efetivamente o direito a pedir a reparação integral desses danos por essa empresa ou associação. A presente diretiva estabelece regras que fomentam a concorrência não falseada no mercado interno e eliminam os obstáculos ao seu bom funcionamento, assegurando uma proteção equivalente em toda a União para as pessoas que sofram tais danos.” Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104>. Acesso em 20.ago.2017.

<sup>55</sup> Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52005DC0672>. Acesso em 20.ago.2017.

<sup>56</sup> Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_white\\_paper/whitepaper\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_en.pdf). Acesso em 20 ago.2017.

reparação contra violações antitruste, harmonizando-se com o quanto perseguido pelo Livro Verde. A reparação integral dos danos, então, ocupava um papel de destaque, sendo considerada o seu principal objetivo.<sup>57</sup>

Essa reparação, porém, não se encontraria dissociada do papel exercido pela persecução pública, reservando-se espaço para a atuação das autoridades concorrenciais. O objetivo final, portanto, seria o de criação de um efetivo sistema privado de reparação integral dos danos, que integrasse a persecução pública, mas não a substituísse.<sup>58</sup>

De acordo com Wils (2009), o *private enforcement* europeu, diferentemente daquele trazido nos Estados Unidos teria direcionado o seu enfoque ao caráter compensatório dos danos, ao invés de dissuasório. Por essa razão, a reparação de danos que pode ser pleiteada no cenário europeu não é triplicada como nos EUA, limitando-se a reparação simples.

Tal disposição encontra-se materializada no artigo 3º da Diretiva 2014, aprovada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia<sup>59</sup>. Sua aprovação, de acordo com Pike ([20..],p.177), certamente será benéfica ao crescimento da utilização do *private enforcement* europeu verificado desde 2004 (quando se colocou em pauta a discussão acerca da importância da reparação privada de danos em âmbito concursal na União Europeia).

## 2.6 A experiência brasileira na aplicação do *private enforcement*

Como já mencionado, a atuação do “*private enforcement*” na realidade brasileira, tal como na União Europeia, ainda não é expressiva. Não há aqui, como nos EUA, a previsão de triplicação de danos, a quesito de reparação. Assim, o incentivo à propositura de demandas indenizatórias, então, tal como na União Europeia, deverá se dar de outras maneiras.

Em análise anteriormente realizada<sup>60</sup>, verificou-se que além de haver um claro incentivo dos órgãos oficiais a propositura de ações privadas para a reparação de danos, o número de ações desse tipo que são levadas ao Judiciário vem sofrendo um incremento considerável.

<sup>57</sup> “Full compensation is, therefore, the first and foremost guiding principle.”

<sup>58</sup> “Another important guiding principle of the Commission’s policy is to preserve strong public enforcement of Articles 81 and 82 by the Commission and the competition authorities of the Member States. Accordingly, the measures put forward in this White Paper are designed to create an effective system of private enforcement by means of damages actions that complements, but does not replace or jeopardise, public enforcement.”

<sup>59</sup> Art. 3º 2. A reparação integral coloca a pessoa que sofreu danos na posição em que estaria se a infração ao direito da concorrência não tivesse sido cometida. Por conseguinte, abrange o direito à reparação por danos emergentes e por lucros cessantes acrescido do pagamento de juros. 3. A reparação integral nos termos da presente diretiva não pode conduzir à reparação excessiva, por meio de indenizações punitivas, múltiplas ou de outro tipo.

<sup>60</sup> Vide artigo “A Arbitragem como Meio Alternativo na Resolução de Demandas Indenizatórias Decorrentes da Prática de Cartéis e a Minuta de Resolução do CADE submetida à Consulta Pública 05/2016”, publicado na edição n.1 de 2017, na Revista de Defesa da Concorrência.

Com efeito, em estudo desenvolvido por Mation (2008), foram analisadas 396 decisões proferidas entre 1994 e 2008, oriundas de pesquisa a respeito da situação das ações civis com pedido de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais (não se restringindo a condutas referentes à prática de cartéis) ou acerca da cessação dessas condutas.

Observou-se que, do total das decisões analisadas, 168 correspondiam a ações com pedido de ressarcimento de danos. Ademais, do total de condutas alegadas que foram examinadas, 63 (14,6%) delas referiam-se a prática de cartéis, caracterizando-se como a alegação mais recorrente.

Mais ainda, o mesmo estudo concluiu que, a partir de 2006, as demandas indenizatórias para reparação de danos provenientes de ilícitos concorrenciais sofreram um acréscimo. Entende-se aqui que a indubitável constatação de que a utilização do *private enforcement* influencia sobremaneira na dissuasão à prática de cartéis somada ao posicionamento favorável pela autoridade de defesa da concorrência a esse tipo de demanda no Judiciário Brasileiro desempenharam importante papel no incremento ao *private litigation*.

#### 2.6.1 Casos

Como casos que demandaram ou apresentam perspectivas de demandas indenizatórias no Brasil, pode-se citar como exemplos:

##### 2.6.1.1 Cartel dos Vergalhões de Aço

O processo administrativo referente ao cartel de vergalhões de aço foi julgado em 2005<sup>61</sup> e resultou na responsabilização da Companhia Siderúrgica Belgo Mineira (atualmente denominada Arcelomittal Brasil S.A), Gerdau S.A e Siderúrgica Barra Mansa pela prática de condutas lesivas ao direito da concorrência. O CADE entendeu, no caso em comento, que restou configurada infração à ordem econômica por formação de cartel na venda de vergalhões de aço no mercado nacional.

As empresas foram condenadas ao pagamento de multa no valor de 7% (sete por cento) do seu faturamento bruto, todos apurados no exercício anterior à instauração do Processo Administrativo, ou seja, o do ano de 1999, excluídos os impostos.

---

<sup>61</sup> Processo Administrativo n.08012.004086/2000-21.

Após a decisão exarada pelo CADE, foram propostas ações indenizatórias contra as empresas condenadas pela prática de cartel. Vale ressaltar aqui a ação individual ajuizada pelo Grupo Cobraço face a Arcelomittal Brasil S.A, tendo em vista a viabilidade de resolução dessa demanda por meios alternativos de resolução de danos e o escopo do presente estudo.

Em que pese se vislumbrar a possibilidade de solução dessa controvérsia pela via arbitral, o método escolhido no caso em comento foi o de utilização do *private enforcement*. O Grupo Cobraço requereu, como principais pleitos, a cessação das condutas anticoncorrenciais realizadas pela Arcelomittal, a sua condenação ao ressarcimento das perdas e danos decorrentes da prática das condutas ilícitas, lucros cessantes (inclusive os oriundos da progressiva interrupção da atividade comercial), além de dano moral e à imagem.<sup>62</sup>

Em julgamento da Apelação Cível de n.1.0024.06.984815-8/033, a 11ª Câmara Cível entendeu pela manutenção da decisão exarada em primeiro grau que: (i) considerou prescritos o pleito de dano moral e à imagem; (ii) considerou prescritos os prejuízos decorrentes da prestação de serviços; (iii) considerou não existir prescrição no que se refere aos prejuízos provenientes das relações de distribuição; (iv) determinou a abstenção da prática de condutas anticoncorrenciais pela Arcelomittal; e (v) determinou o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da progressiva interrupção das atividades comerciais do Grupo Cobraço. Ainda não houve o trânsito em julgado da presente demanda.

### 2.6.1.2 Cartel do Câmbio

O processo administrativo referente ao cartel do câmbio<sup>63</sup> foi instaurado pela Superintendência Geral do CADE em julho de 2015. As investigações indicam que a atuação anticompetitiva envolveu o mercado de câmbio *offshore* e as instituições financeiras estrangeiras que operam nesse mercado. Entre as condutas anticompetitivas praticadas, está a fixação de preços ou níveis de preço (*spread*<sup>64</sup> cambial), dificultando o acesso de concorrentes ao mercado.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Processo n. 002406984815-8 (9848158-78.2006.8.13.0024), 22ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais.

<sup>63</sup> Processo Administrativo n.08700.004633/2015-04.

<sup>64</sup> Diferença entre o preço de compra e venda da moeda estrangeira.

<sup>65</sup> O CADE também investiga cartel de manipulação da taxa de câmbio no mercado nacional (Processo Administrativo n. 08700.008182/2016-57). Nesse caso também se vislumbram possibilidades para ações privadas de reparação de danos, já tendo havido, inclusive, manifestação nesse sentido. De acordo com matéria veiculada pelo jornal “O Estado de São Paulo”, exportadores prejudicados pela prática cartelista apenas “analisam o melhor momento para ingressar com a ação na Justiça.” Disponível em:

Foram homologados, em dezembro de 2016, cinco Termos de Compromisso de Cessação (TCC's) celebrados com as instituições bancárias Barclays PLC, Citicorp, Deutsche Bank S/A Banco Alemão, HSBC Bank PLC e JP Morgan Chase & Co. Devem ser recolhidos R\$ 183,5 milhões a título de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD).

A investigação deverá prosseguir com relação às outras representadas no processo administrativo, quais sejam: Standard Chartered Bank, The Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ, LTD, Credit Suisse AG, Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Incorporated, Banco Morgan Stanley S/A, Nomura International PLC, Royal Bank of Canada, Royal Bank of Scotland, Standard Chartered Bank (Brasil) S/A e UBS AG, além de trinta pessoas físicas. Já as empresas que realizaram TCCs com o CADE, deverão ter o processo suspenso até a declaração do seu cumprimento integral.<sup>66</sup>

No esteio da investigação promovida pelo CADE, já se manifestaram agentes prejudicados, intencionando a reparação de danos. Em matéria publicada pelo Jornal Estadão, na coluna Economia e Negócios, noticia-se, por exemplo, que a CSN, que tinha cerca de US\$ 200 milhões em contratos de câmbio com os bancos, ajuizou oito protestos judiciais contra Bank of Tokyo Mitsubishi, Barclays, Citigroup, Deutsche Bank, HSBC, JP Morgan, Merrill Lynch e Standard Chartered, pedindo que os prazos de prescrição para futuros pedidos de ressarcimento sejam interrompidos. No mesmo sentido, foi também ajuizado protesto pela TAM contra o banco suíço UBS.<sup>67</sup>

Essa atitude pode se justificar no fato de que, após uma efetiva condenação por parte do órgão antitruste, a persecução de danos na esfera cível seria facilitada no que diz respeito ao ônus probatório de que se incube o autor.

## 2.6.2 O acesso a documentos no âmbito de acordos de leniência e TCC

As propostas de acordo de leniência no ordenamento jurídico brasileiro possuem o seu sigilo assegurado. Caso venham a ser rejeitadas, serão descartadas, não podendo ser divulgadas,

---

[http://economia.estadao.com.br/noticias/geral\\_exportadores-vaio-pedir-indenizacao-bilionaria-por-perda-com-cartel-do-cambio.70001726957](http://economia.estadao.com.br/noticias/geral_exportadores-vaio-pedir-indenizacao-bilionaria-por-perda-com-cartel-do-cambio.70001726957). Acesso em: 21.ago.2017.

<sup>66</sup> Vide notícia publicada por veículo oficial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-cinco-acordos-em-investigacao-de-cartel-no-mercado-de-cambio-no-externo-e-abre-nova-investigacao-de-cartel-no-mercado-de-cambio-do-brasil.>>. Acesso em: 01.mar.2017.

<sup>67</sup> Matéria disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios.csn-quer-indenizacao-do-cartel-do-cambio.10000088823>>. Acesso em 01.mar.2017



nem utilizadas para a instauração de quaisquer procedimentos, devendo todos os documentos serem restituídos ao proponente do acordo (Artigos 200, §§1º e 2º e 205 §§2º e 3º RICADE).

Essas garantias, de acordo com Forgioni (2016, p.157/158), “são importantes para incentivar os agentes a procurar o CADE sem recear que, caso sua proposta não seja aceita, acabem prejudicados pela revelação de fatos e de documentos ou sofram retaliações de terceiros”.

Uma vez aceito e formalizado o acordo, a identidade do signatário será mantida em sigilo até o julgamento do processo pelo CADE, que também concederá tratamento de acesso restrito a documentos e informações comercialmente sensíveis aos signatários do acordo de leniência, observados os requisitos do Regimento interno e aqueles concernentes ao direito de defesa dos demais representados do processo administrativo (artigo 207, caput, e § 1º, RICADE).

Prevê ainda o artigo 207, §2º do Regimento Interno do CADE que:

I- o acesso ao acordo de leniência e a seus anexos, bem como a quaisquer documentos apresentados pelo signatário do acordo de leniência ou a que o Cade atribua tratamento de acesso restrito, será concedido aos representados estritamente para fins de exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa no inquérito administrativo ou no processo administrativo em trâmite perante o Cade que tenha por objeto a infração de que trata o acordo de leniência; e

II -é vedada a divulgação ou o compartilhamento, total ou parcial, com outras pessoas físicas, jurídicas ou entes de outras jurisdições, do acordo de leniência e de seus anexos, bem como de quaisquer documentos apresentados pelo signatário do acordo de leniência ou que recebam tratamento de acesso restrito por parte do Cade, sendo que a desobediência desse dever sujeitará os infratores à responsabilização administrativa, civil e penal.

No que se refere aos Termos de Compromisso de Cessação, também prevê o artigo 179,§3º do RICADE que a essa proposta poderá ser atribuído tratamento sigiloso:

§3º A critério do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, poderá ser deferido tratamento de acesso a restrito à apresentação do requerimento, aos seus termos, ao andamento processual e ao processo de negociação. §A critério do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, poderá ser deferido tratamento de acesso a restrito à apresentação do requerimento, aos seus termos, ao andamento processual e ao processo de negociação.

O tratamento sigiloso dado aos documentos provenientes desses acordos se justifica, basicamente, por duas razões: (i) sua exposição poderia prejudicar as investigações promovidas pela autoridade antitruste; (ii) haja vista a previsão de responsabilidade solidária para os

participantes do cartel no que se refere a reparação de danos provenientes da prática<sup>68</sup>, o acesso aos documentos oferecidos ao CADE pelos signatários dos acordos poderia levar a um tratamento mais gravoso àquele que veio ao encontro da autoridade antitruste que o oferecido ao infrator silente.

### 2.6.2.1 Acordos de leniência

A existência de um cartel não é fácil de ser comprovada, principalmente quando se leva em consideração que os agentes econômicos, em alguns mercados, tendem a adotar estratégias semelhantes ainda que não tenha havido acordo entre eles, no chamado “paralelismo consciente” (FORGIONI, 2016, p.157), já explicitado alhures. Nesse sentido, a persecução pública consubstanciada nos Programas de Leniência do CADE são de extrema relevância na medida em que facilitam sobremaneira a detecção da prática cartelista.

Os Programas de Leniência, previstos nos artigos 86 e 87 da Lei 12.529/11, preveem que o CADE, através da Superintendência-Geral, pode realizar acordo com um dos partícipes do conluio (pessoas físicas ou jurídicas), extinguindo a ação punitiva da administração pública ou reduzindo de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, desde que sua colaboração com as investigações do processo administrativo resulte em: (i) a identificação dos demais envolvidos na infração; (ii) a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

O Acordo de Leniência pode ser entendido então, conforme manifestação do Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, em julgamento do Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11<sup>69</sup>, como uma espécie do gênero “colaboração premiada”. Dessa maneira, o signatário do acordo pode vir a se beneficiar com a extinção da ação punitiva da administração pública (quando trazer a tona cartéis desconhecidos pelo CADE) ou com a redução da penalidade aplicável (quando contribuir para a investigação com informações e documentos relevantes).

Em seu voto, o Conselheiro expõe duas fortes razões que tornam os Acordos de Leniência instrumentos de suma importância no controle realizado pelo *enforcement* privado, quais sejam: (i) através deles o CADE pode ter acesso “direto” a informações e provas do ilícito

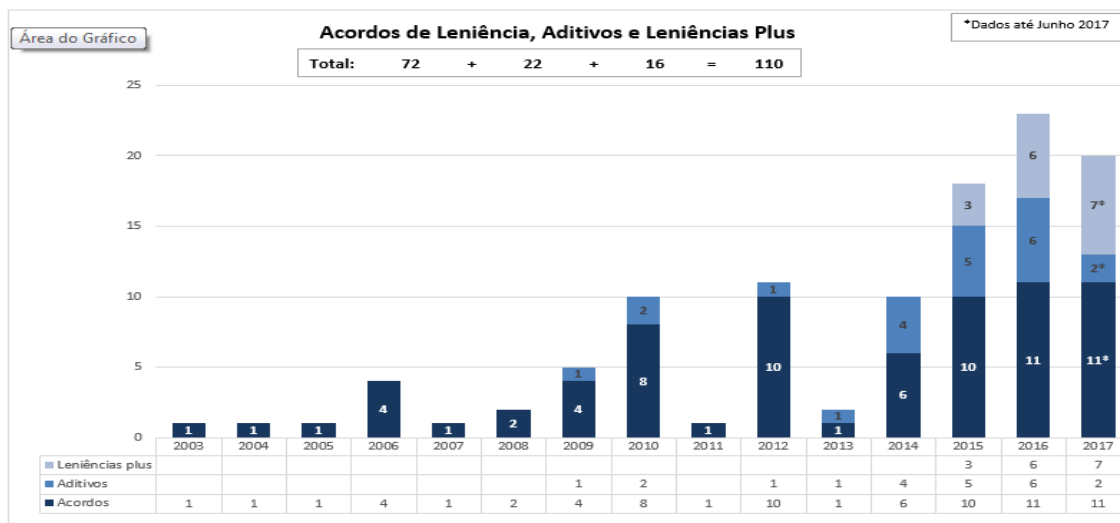
---

<sup>68</sup> Vide artigos 927 e 942 do Código Civil, *in verbis*: “Art.927: Aquele que, por ato ilícito(arts.186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”; Art. 942: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

<sup>69</sup> Conhecido como “Cartel dos Compressores”

concorrencial, reduzindo a utilização de recursos públicos no processo investigativo; (ii) a existência dos Acordos de Leniência pode vir a desestabilizar a confiança existente entre os membros do cartel inserindo um elemento de instabilidade consistente na possibilidade iminente de que algum dos cartelistas denuncie a prática.

Não é por outro motivo que, de 2003 a 2017, já foram assinados mais de cinquenta Acordos de Leniência, conforme gráfico apresentado em sítio eletrônico do CADE.<sup>70</sup>



É inegável, portanto, a solidez do Programa de Leniência desenvolvido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o seu papel de destaque na repressão e prevenção à prática de cartéis.

#### 2.6.2.2 Termos de Compromisso de Cessação

O CADE celebra apenas um Acordo de Leniência por infração denunciada, de modo que, para ser contemplado com sua celebração, o denunciante deve ser o primeiro a se oferecer para delatar o conluio. As imunidades administrativa e criminal, dessa maneira, só podem ser concedidas a um único signatário. Aos outros agentes que possuam interesse em colaborar com as investigações se oferece a possibilidade de celebração dos Termos de Cessação de Conduta.

Os Termos de Compromisso de Cessação, previstos no artigo 85 da Lei 12.529/11<sup>71</sup>, consistem em acordos celebrados pelo CADE com o agente econômico a quem foi imputada a

<sup>70</sup> Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>. Acesso em 21.ago.2017.

<sup>71</sup> “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.”

prática do ilícito concorrencial no âmbito dos procedimentos preparatórios, inquérito ou de processos administrativos. Através deles, o CADE abre mão do prosseguimento do processo administrativo enquanto há o cumprimento de seus termos e o agente econômico se compromete a fazer cessar imediatamente a infração, ainda que não haja reconhecimento de eventual ilicitude (FORGIONI, 2016, p.155).

De acordo com informações veiculadas pelo Guia Oficial do Programa de Leniência Antitruste do CADE<sup>72</sup>, os TCC's são acessíveis a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva que não foram abrangidos pelo Acordo de Leniência, “gerando benefícios na seara administrativa, mas sem previsão de benefícios automáticos na seara criminal”. Nesse sentido, contudo, poderá o órgão administrativo auxiliar na interlocução com o Ministério Público e/ou Polícia Federal, a fim de concretizar eventuais acordos de colaboração premiada.

A análise do Guia permite concluir também que, no âmbito dos TCC's, a depender da ordem cronológica em que contatarem o CADE, podem ser concedidos aos compromissários descontos maiores ou menores na multa esperada em uma possível condenação.

No caso da prática de cartéis, o artigo 85, §1 da Lei de Defesa da Concorrência e o artigo 184<sup>73</sup> do RICADE preveem, ainda, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior às sanções discriminadas no artigo 37 da lei 12.529/11<sup>74</sup>.

### 2.6.3 A decisão proferida pelo STJ no Julgamento do Recurso Especial n.1554.986-SP e a posição do CADE

---

<sup>72</sup> Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf). Acesso em: 27.ago.2017.

<sup>73</sup> “Art. 184. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário, que será estabelecido durante o processo de negociação e que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 da Lei 12.529, de 2011.”

<sup>74</sup> “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, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa; II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais); III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.”

Como demonstrado alhures, os programas de Leniência e TCC's do CADE são considerados os mais importantes instrumentos da política de combate a cartéis. A atuação da persecução pública por essa via, porém, se viu ameaçada pela recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.1554.986-SP.

Com efeito, no bojo do Processo Administrativo n.08012.000820/2009-11, referente ao julgamento do cartel denominado como “Cartel dos Compressores”, verifica-se a celebração de acordo de leniência entre a SDE e o Grupo Tecumseh.

Em virtude do prejuízo causado pela prática do cartel, foi proposta ação, distribuída no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob o n.0116924-71.2012.8.26.0100, em que a Electrolux do Brasil S.A pretendeu a reparação dos danos causados pelo sobrepreço verificado na venda de compressores.

No âmbito da referida demanda indenizatória, a Requerente solicitou o acesso a documentos acostados ao acordo de leniência que foi celebrado pela autoridade antitruste. A Whirlpool S.A e a Brasmotors S.A (Requeridas), por sua vez, defenderam o sigilo do acordo de leniência em sede de Recurso Especial de n.1554.986-SP.

Em seu julgamento, contudo, manifestou-se o Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze pela limitação da confidencialidade dos dados oriundos de acordo de leniência firmados com o CADE, entendendo que “o sigilo do acordo de leniência não pode se protrair no tempo indefinidamente, sob pena de perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao signatário do acordo de leniência favor não assegurado pela lei”.

Na estruturação de seu voto, o Ministro Relator utilizou-se de compreensão analógica da Lei de Combate a Organizações Criminosas (Lei n.12.850/13), que vincula o termo final de sigilo dos acordos formalizados por coautores colaboradores ao recebimento da denúncia.<sup>75</sup>

Segundo ele, no interesse das apurações, o sigilo poderia ser estendido “até a conclusão da instrução preliminar do processo administrativo”, que seria marcada “pelo envio do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo”. O CADE deveria, então “prestar informações e fornecer documentos ao Poder Judiciário” quando requeridos para instruir as demandas judiciais.

Ocorre que, quando do envio desse relatório, ainda há investigação em curso, que se encerraria apenas com o julgamento final pelo Tribunal do CADE. De acordo com a exposição

---

<sup>75</sup> “Art 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto § 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no artigo 5º”

de motivos<sup>76</sup>, vinculada a Consulta Pública 05/2016<sup>77</sup>, há ainda a possibilidade de que existam concomitantemente ao Processo Administrativo original encaminhado ao Tribunal outros processos subsequentes (“filhotes”), como, por exemplo, aqueles que são instaurados para a investigação de pessoas físicas estrangeiras de difícil notificação internacional.

A divulgação dessas informações antes do julgamento final pelo Plenário poderia, então, vir a prejudicar as investigações promovidas pelo órgão, prejudicando, inclusive a atuação do *enforcement* público, no que se refere à procura pelos programas de leniência e TCC.

Dessa maneira, intencionando a proteção dos Programas de Leniência e TCC do órgão, a Procuradoria Geral do CADE opôs Embargo de Declaração à referida decisão, aduzindo, em síntese: (i) omissão do acórdão, que não teria considerado a atribuição conferida pelo artigo 11 da Lei n.12.529/2011 aos Conselheiros do CADE para requerer diligências de caráter investigatório, de modo que a fase de apuração da conduta não estaria restrita à Superintendência-Geral; (ii) o acórdão teria se omitido ao não observar que a competência legal para regular o termo final do sigilo seria da autoridade antitruste, conforme previsões do artigo 49 da Lei 12.529/11 e artigo 207 do RICADE<sup>78</sup>; (iii) haveria omissão pela não consideração do quanto disposto no artigo 23, VIII da Lei de Acesso a Informações (Lei 12.527/2011)<sup>79</sup>; (iv) não teria se pronunciado acerca de quais documentos deveriam ser entregues e a quem seriam fornecidos. (ATHAYDE & FIDELIS, 2016, p.105/106).

A decisão proferida no bojo do Recurso Especial n. 1554.986-SP ainda não transitou em julgado, mas foi responsável por suscitar debate acerca da necessidade de se harmonizar a persecução pública e privada no combate a cartéis, levando ao posicionamento das autoridades antitruste materializado na Consulta Pública 05/2016.

---

<sup>76</sup> Disponível em: [http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?cRgo2m5Jjn4yw0U\\_4\\_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS\\_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ\\_qw9Gg](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Jjn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg). Acesso em: 27.ago.2017.

<sup>77</sup> Disponível em: [http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?2fRihewEob7Xqr4fBmvrV7i-xnNe4zriqzhQUXtG1BIDxTue0Wf4VvP\\_pNdrTBbz2QNdk1nr5mC8L5ZgT80FIw](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?2fRihewEob7Xqr4fBmvrV7i-xnNe4zriqzhQUXtG1BIDxTue0Wf4VvP_pNdrTBbz2QNdk1nr5mC8L5ZgT80FIw). Acesso em: 27.ago.2017.

<sup>78</sup> 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.

Art. 207. A identidade do signatário do acordo de leniência será mantida como de acesso restrito em relação ao público em geral até o julgamento do processo pelo Cade.

<sup>79</sup> Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

#### 2.6.4 A Consulta Pública 05/2016

A Consulta Pública n.05/2016 possui como principal objetivo a aprovação de resolução que enseje a articulação das persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas, buscando encontrar um ponto ótimo que mantenha a atratividade dos Programas de Leniência e TCC's do CADE e, ao mesmo tempo, fomente as ações privadas de reparação por danos concorrenciais. (ATHAYDE & FIDELIS, 2016, p.91).

Nesse sentido, conforme delineado em sua exposição de motivos<sup>80</sup>, busca regulamentar “os procedimentos de acesso aos documentos e informações oriundos de Acordo de Leniência, Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e busca e apreensão, e fomenta as Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais (ACRDC)”.

A mesma exposição traz os Acordos de Leniência e TCC como pilares da persecução pública a condutas anticompetitivas, enquanto que constata o crescimento da persecução privada por meio das ações privadas de reparação a danos.

De início, parte-se da constatação de que regras extremamente favorecedoras ao *private enforcement* podem prejudicar o *public enforcement*, ao mesmo tempo que regras sobremaneira restritivas podem vir a prejudicar e até mesmo tornar inviável o ressarcimento da vítima do ilícito concorrencial. Segundo Athayde & Fidelis (2016, p.106)

“Favorecer o enforcement privado, sem, em contrapartida, regular as regras de acesso e limitar a responsabilidade civil do beneficiário da leniência, prejudica o enforcement antitruste como um todo. Se há perda de atratividade ao Programa de Leniência – a principal ferramenta no combate a cartéis – menos cartéis tendem a ser descobertos e, assim, menos ações privadas de reparação por danos concorrenciais sequer serão ajuizadas”

Considerando o cenário de fortalecimento das ações privadas de reparação de danos, bem como o recente posicionamento do STJ no julgamento do Recurso Especial n. 1554.986-SP, que pode vir a desestabilizar o *public enforcement*, faz-se necessário o estabelecimento de parâmetros seguros que harmonizem ambas as facetas do combate a ilícitos concorrenciais.

Além de artigos que regulam a confidencialidade dos documentos oriundos de Acordos de Leniência, TCC's e busca e apreensão, de modo que seja possibilitada a atuação eficaz da persecução pública capitaneada pelo CADE, a Consulta Pública traz também, em seus artigos

---

<sup>80</sup> Disponível em: [http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U\\_4\\_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS\\_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLncZ\\_qw9Gg](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLncZ_qw9Gg). Acesso em: 27.ago.2017.

14 e 15<sup>81</sup>, inovador incentivo ao ajuizamento de ações privadas de reparação de danos, seja através das vias tradicionais, seja utilizando-se de métodos alternativos para a resolução de conflitos.

No mesmo contexto, foi sugerida pelo CADE a alteração do artigo 47 da Lei n.12.529/2011, com a inclusão dos parágrafos 1º ao 4º. Os parágrafos 1º e 2º tratam de questão polêmica e ainda sem resolução pelo ordenamento jurídico pátrio, qual seja o estabelecimento do termo inicial para a contagem da prescrição para ajuizamento das ações privadas de reparação de danos. A proposta é de que o termo inicial de prescrição seria contado a partir da inequívoca ciência da infração à ordem econômica e que a instauração de procedimento para sua apuração pela Superintendência Geral do CADE seja considerada fator interruptivo no prazo prescricional.

O parágrafo 3º, por sua vez, faz referência à limitação da responsabilidade do signatário da leniência “aos danos individuais homogêneos efetivamente causados aos seus consumidores e/ou fornecedores diretos e/ou indiretos”. O cenário atual permite que os coautores do ilícito concorrencial sejam responsabilizados solidariamente, resguardando-se apenas o direito de regresso.

Já o parágrafo 4º define que a repetição de indébito prevista no artigo 42 do Código de Direito do Consumidor não se aplicaria ao signatário do Acordo de Leniência.

A proposta de §§ 1º e 2º no artigo 47 da Lei de Defesa da Concorrência, encaminhada para apreciação do Congresso Nacional, se caracteriza, então, como mais um forte estímulo ao fomento ao *private litigation*, na medida que a existência de um marco prescricional seguro poderia incentivar as partes a proporem suas demandas indenizatórias.

Esse incentivo, porém, deve ser realizado com responsabilidade. De outra maneira, poderia se chegar a um cenário de “*too much for a good thing*”, referenciado por Athayde & Fidelis (2016).<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> Art. 14. Com vistas à articulação entre a persecução pública e privada às infrações à ordem econômica no Brasil, observadas as normas legais, infralegais e as previstas nesta Resolução, será prioritário o acesso a documentos e informações que subsidiem o ajuizamento de Ações de Reparação por Danos Concorrenciais no Brasil por partes potencialmente lesadas pela infração à ordem econômica; Art. 15. A Superintendência-Geral do Cade e o Plenário do Tribunal do Cade poderão considerar, no momento da negociação de TCC, ou no momento da aplicação das penas previstas nos arts. 37 e 38 da Lei nº 12.529/2011, uma redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa com relação aos participantes da infração concorrencial que comprovarem o ressarcimento extrajudicial ou judicial no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, considerada nos termos do art. 45 da Lei 12.529/2011.

<sup>82</sup> A referência é uma analogia ao discurso de Brent Snyder do Departamento de Justiça dos EUA (DOJ) ao ser questionado se teria se chegado a um cenário de “*too much of a good thing*” com a proliferação da leniência no país.



Já a proposta dos parágrafos 3º e 4º no artigo 47 da Lei de Defesa da Concorrência delimita a extensão da responsabilidade civil dos signatários de um Acordo de Leniência, favorecendo o fortalecimento do *public enforcement*.

Na perseguição ao “ponto ótimo” da articulação entre o *public* e o *private enforcement*, portanto, busca-se proporcionar medidas que favoreçam ambas as atuações, de maneira que nenhuma delas venha a prejudicar a outra.

A partir da análise do quanto trazido na Consulta Pública 05/2016, observa-se que essa harmonização parece advir de: 1- limitação dos documentos oriundos de Acordos de Leniência, TCC’s e buscas e apreensões realizados pelo CADE apenas no que for necessário para (i) manter a atratividade dos Programas de Leniência e TCC’s e; (ii) permitir a consecução das investigações travadas pelo órgão; 2- criação de mecanismos incentivadores a busca dos instrumentos disponibilizados pelo *public enforcement* e à propositura de ações privadas de reparação de danos.

### 3. A ARBITRAGEM COMO MEIO ADEQUADO PARA A RESOLUÇÃO DE DEMANDAS INDENIZATÓRIAS DECORRENTES DA PRÁTICA DE CARTÉIS

#### 3.1 Objetivo e Estrutura

Uma vez demonstrada a arbitrabilidade de questões concorrenciais e, levando em consideração o flagrante incentivo das autoridades antitruste à utilização de meios alternativos à solução de conflitos, intenta-se, nesse capítulo, demonstrar a viabilidade da Arbitragem como método adequado a resolução de tais contendas.

Para tanto, parte-se do estudo desenvolvido por Hodges (2014) no trabalho intitulado “Fast, Effective and Low Cost Redress: How Do Public and Private Enforcement and ADR Compare?”. Com efeito, o autor, analisando a realidade presente no cenário Europeu de reparação de danos concorrenciais, enfrenta conclusões que, em dada medida, podem ser transpostas para a realidade brasileira.

Assim, a análise inicia-se com um estudo comparativo de métodos diversos para a reparação de danos, expondo-se, em seguida, as vantagens da opção pela arbitragem – método escolhido como adequado no presente trabalho.

#### 3.2 Reparação do dano civil concorrencial – uma análise comparativa

De acordo com Hodges<sup>83</sup> (2014, p.260), na avaliação da efetividade de um método que promova a reparação de danos, geralmente leva-se em consideração o grau de maximização do acesso à justiça ou a sua habilidade em se afirmar direitos. Sugere, por sua vez, que os critérios utilizados deveriam ser: *(i)* a eficácia na entrega da compensação devida, *(ii)* a celeridade do procedimento e *(iii)* custos do procedimento. A análise comparativa que realiza traz o enfoque, então, essencialmente, para os critérios de custo e duração dos métodos observados, quais sejam:

- (i)* **Voluntariedade + ADR:** Os agentes infratores acordariam no pagamento voluntário àqueles que foram lesados pelo ilícito concorrencial. O pagamento poderia ser facilitado com a utilização de

---

<sup>83</sup> O estudo tem como foco a reparação de danos ao consumidor final. Isso não enfraquece a sua aplicabilidade prática ao enfoque do presente estudo, porém.

métodos alternativos de disputas (*Alternative Dispute Resolution – ADR*).

- (ii) **Facilitação por meio de autoridade pública:** Uma autoridade pública interferiria no pagamento da compensação, seja ordenando por si mesma, seja atribuindo tal responsabilidade a um tribunal.
- (iii) **Ações privadas (*private enforcement*):** As partes buscariam a compensação através da utilização de ações privadas para reparação de danos.

Em um balanço comparativo entre os métodos analisados, podem ser destacados os seguintes prós e contras, suscitados no referido estudo:

<b>Método analisado</b>	<b>Voluntariedade + ADR</b>	<b>Facilitação por meio de autoridade pública</b>	<b>Ações privadas (<i>private enforcement</i>)</b>
<b>Contra</b>	<p>-para o pagamento da compensação, algumas questões devem estar claras, quais sejam:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- identificação dos beneficiários;</li> <li>- verificação (se a reivindicação de cada requerente é válida);</li> <li>- montante (quanto deve ser pago) e;</li> <li>- distribuição (como repassar os valores).</li> </ul> <p>Ocorre que, em alguns casos, essas questões são mais dificilmente sanadas que em outros (e.g empresas que não possuem sistemas de registro que permitam estabelecer a identificação dos lesados e/ou o montante dos danos).</p>	<p>-insuficiência de recursos das autoridades públicas para realização de outra atividade que não o <i>enforcement</i> público;</p> <p>-desvio de tempo e recursos das autoridades antitruste para a resolução de demandas cíveis</p>	<p>-demandas pequenas e complexas não provocam o interesse dos reclamantes;</p> <p>-em alguns casos, não é possível que os reclamantes arquem com os custos do procedimento sem que seja necessário recorrer a financiadores (que, por sua vez, devem avaliar as vantagens do seu envolvimento).<sup>84</sup></p>

<sup>84</sup> Algumas vezes ocorre por meio da advocacia empreendedora, e, nesses casos, deve-se preocupar também que não haja incentivos ao conluio entre os advogados e os infratores para percepção de vantagens indevidas. Essa questão, entretanto, tende mesmo a se restringir aos casos de ações coletivas, ajuizadas pelos consumidores finais. Nas relações B2B, as empresas geralmente possuem recursos para arcar com os custos do procedimento. Nesse sentido: Gabbay (p.181) “ De acordo com estudo da OCDE, considerando os vários tipos de acordos possíveis, com o recebimento da indenização em dinheiro ou em forma de desconto em futuras compras (cupom), é muito importante que não haja incentivos ao conluio entre advogados e réus e abusos no recebimento de honorários advocatícios”.

Também Hodges (2014, p.279) “ The evidence is that larger business have the resources to fund litigation”.

<b>A favor</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- método mais célere</li> <li>- quanto mais rápida for sua implementação, menores são os custos</li> <li>- possibilidade de sigilo a documentos</li> <li>- tem influência positiva na reputação da empresa no mercado.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- solução que satisfaria simultaneamente o <i>public</i> e o <i>private enforcement</i>, facilitando a resolução e reduzindo a duração de alguns casos.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- no que se refere a compensação de danos em ações ajuizadas no âmbito das relações B2B (<i>business to business</i>) em sequência a processos promovidos pela autoridade antitruste (<i>follow on actions</i>) que envolvam grandes perdas individuais, ações privadas de reparações de dano permanecem atrativas.</li> </ul>
----------------	--	---	---

A conclusão obtida pelo autor, então, é a de que, dentre as três técnicas analisadas, aquela trazida pela voluntariedade + utilização de métodos alternativos de disputa é a maneira mais rápida e barata para a reparação dos danos, caso receba suficientes incentivos, sendo, portanto, a preferida entre as opções<sup>85</sup>.

Coadunando-se com a posição adotada pela Comissão Europeia, entende, então, que as ações privadas para reparação de danos, por sua vez, deveriam ser entendidas como “último recurso”.

“Thus, there should be a sequencing of techniques: the litigation option, whether in an individual or class proceeding, should not be available if there was a reasonable prospect either that the public authority was considering not only its position on infringement proceedings but also any redress orders or undertakings, and/or of an ADR solution achieving a solution”

O entendimento exarado pelo autor, entretanto, não deslegitima as vantagens – e o efeito dissuasório – decorrente da utilização de ações privadas para reparação de danos oriundos da prática de cartéis. Como visto, no que tange à compensação de danos em ações ajuizadas no âmbito das relações B2B em *follow on actions* que envolvam grandes perdas individuais, ações privadas de reparações de dano permanecem atrativas.

A partir do quanto exposto nos capítulos anteriores, verifica-se que, no caso de reparação de prejuízos individuais sofridos por fornecedores e compradores da cadeia produtiva (B2B *relations*) a resposta por meio de ações privadas para reparação de danos, em que pese ser absolutamente independente da esfera administrativa, tende a seguir ao procedimento instaurado pela autoridade antitruste, pela maior facilidade de comprovação do ilícito concorrencial após a investigação.

<sup>85</sup> “If optimal use of ADR is to be achieved, it may be necessary to design a sufficiently large incentive, such as achieving the resolutions of all public sanctions and private compensation consequences at the same time, or the prospect of negotiating a sufficiently large reduction of the fine or other penalty”.  
Pode-se citar como incentivo a redução de multas aplicadas pelas autoridades concorrenciais, trazida na Consulta Pública 05/2016 e que voltará a ser discutida nesse capítulo.

A prática de cartéis, em geral, é responsável pela geração de grandes prejuízos a concorrência<sup>86</sup>, prejuízos esses que tendem a aumentar quanto maior for a duração da prática infratora. Não é por outra razão que é considerada a infração concorrencial mais gravosa pelas autoridades antitruste brasileiras. As ações de reparação por danos, no que tange aos fornecedores e compradores da cadeia produtiva, então, tendem a se inserir no âmbito daquelas trazidas pelo autor como as que “permanecem atrativas”.

Não poderia deixar de ser considerada, entretanto, a existência de métodos mais eficientes na busca pela devida compensação, de modo que passa-se a enfrentar as vantagens trazidas pelo método descortinado pelo autor como o “preferido” dentre as opções trazidas.

### **3.3 Métodos alternativos na resolução de conflitos (*alternative dispute resolution* – ADR)**

Como métodos alternativos na resolução de conflitos, pode-se fazer referência aqui a duas modalidades, quais sejam: (i) método adversarial (em que um terceiro decide o conflito entre as partes), trazendo-se aqui, a arbitragem; ou (ii) método consensual (em que as partes decidem o conflito, de maneira direta – por meio da negociação –; ou indireta – por meio da mediação ou conciliação (GABBAY, 2014, p.188)<sup>87</sup>.

De acordo com o relatório ICN (2007): “The vast majority of jurisdictions recognize the possibility of out-of-court or pre-trial settlement of damage claims as an alternative dispute resolution”. Nesse âmbito, estariam incluídas a arbitragem e a mediação. Enquanto o litígio arbitral é resolvido por terceiro, sem que seja necessário recorrer aos tribunais judiciais, a mediação estabelece um método de resolução de disputa através de uma conciliação estruturada, em que não há necessidade da litigância convencional.<sup>88</sup>

A conciliação, a mediação e a arbitragem têm em comum a participação de um terceiro imparcial que atua em níveis diversos de intensidade. No Direito Brasileiro, a mediação é entendida como método em que o terceiro está adstrito a composição do ponto de vista entre as

---

<sup>86</sup>Nesse sentido, Gabbay (p.178) “É por isso que este artigo analisa, nos itens a seguir, a utilidade que tem os métodos consensuais para essas demandas indenizatórias, sejam elas ajuizadas coletiva (pelos legitimados previstos em lei, em defesa dos interesses dos consumidores) ou individualmente (por empresas concorrentes, fornecedores, revendedores), **considerando que o valor do dano não costuma ser pequeno.**” (Grifo nosso).

<sup>87</sup> A autora traz também os meios híbridos que combinam variadas formas consensuais (como o Dispute System Design).

<sup>88</sup> No original: Alternative means of dispute resolution may also include arbitration and mediation procedures. While in the course of an arbitration the dispute is determined by one or more independent third parties rather than by a court, mediation establishes a method of solving a civil dispute without the need for conventional litigation through a structured form of conciliation.

partes; na conciliação, o conciliador deve, além disso, propor uma solução. Já na arbitragem, o terceiro efetivamente soluciona o conflito, proferindo uma decisão. A literatura jurídica brasileira, contudo, não é unânime no emprego das duas primeiras terminologias referidas, muitas vezes utilizando mediação como sinônimo de conciliação, de maneira indiscriminada (RAMOS, SENA & MADUREIRA, 2014, p.100/104).

Segundo SIMÃO [20..]:

“Por ter natureza personalíssima, a negociação direta preserva a autoria e a autenticidade dos negociadores na solução dos seus próprios conflitos, não existindo nada mais adequado e duradouro do que uma solução autonegociada. Em seguida, surgem os métodos que embora tenham a negociação como base, aproveitam a participação de terceiros como facilitadores, que auxiliam as partes a atingir o estágio produtivo das negociações e a chegarem a um acordo. Esses métodos são a mediação e a conciliação.”

A utilização de métodos consensuais para a resolução de demandas indenizatórias decorrentes da prática de cartéis, segundo Gabbay (2014, p.204), traz vantagens tanto para o lesado (que terá a satisfação do seu direito trazida de maneira mais rápida e menos custosa), quanto para o agente infrator (que se beneficiaria com a possibilidade de confidencialidade em um acordo travado entre as partes, bem como com a redução aos prejuízos a sua reputação que poderiam ocorrer com a exposição da sua prática ilícita). Além disso, nas relações entre empresas fornecedoras e compradoras da cadeia produtiva, geralmente existe uma relação continuada que, com a resolução consensual do litígio, seria menos desgastada<sup>89</sup> do que com o ajuizamento de uma ação privada em um tribunal.

Necessário ressaltar, contudo, que a mediação difere da arbitragem no que se refere à “imposição” da solução<sup>90</sup>, conforme posição sustentada no relatório ICN (2007, p.26). Enquanto a sentença arbitral possui natureza de título executivo judicial, vinculando as partes, no âmbito dos mecanismos consensuais, caso as partes não consigam chegar a uma solução, não haverá nada que as vincule, sendo facultado a essas recorrer aos tribunais para a satisfação do seu direito.

A arbitragem surge, então, como método que, além de certamente prover uma solução, através da decisão tomada pelo árbitro, é revestida da segurança de que a sentença proferida será de cumprimento obrigatório, vinculando as partes. Outros fatores, devidamente delineados a seguir, demonstram que a arbitragem pode oferecer outros inúmeros benefícios quando

---

<sup>89</sup> “O objetivo principal é expandir a comunicação entre as partes, de forma a permitir uma troca positiva de opiniões e discussões entre elas, quem tornem possível o acordo”. Simão [20..]

<sup>90</sup> “Mediation differs from arbitration in so far as it does not impose a solution.” (Relatório ICN, 2007, p.26)

escolhida como meio alternativo de resolução de conflitos em demandas indenizatórias decorrentes da prática de cartéis.

### **3.4 Vantagens da utilização da arbitragem na resolução de danos decorrentes da prática de cartéis**

Coadunando-se com o quanto exposto acima, Redfern & Hunter (2015) trazem como uma das principais razões para a escolha pelo procedimento arbitral a exigibilidade da decisão proferida pelo tribunal<sup>91</sup>:

“As to ‘enforcement’, an international arbitration, if carried through to its end, leads to a decision that is enforceable against the losing party not only in the place where it is made, but also internationally.”

As vantagens propiciadas pela escolha desse método, entretanto, não se restringem à imposição que provém do laudo arbitral. Logo de início, seria possível citar como relevantes vantagens a celeridade e a eficiência que são inerentes ao sistema arbitral.

Ademais, o procedimento arbitral conta com a possibilidade de escolha de terceiro de confiança das partes, que possua conhecimento específico na matéria tratada, tendo, por essa razão, maior capacidade de proferir uma decisão acertada na resolução de uma controvérsia concorrencial. Visualiza-se, portanto, de logo, uma grande vantagem no processamento do litígio por um tribunal arbitral, em detrimento das cortes judiciais, que, como visto anteriormente, geralmente não possuem juízes com familiaridade no trato da matéria antitruste.

Outrossim, uma das grandes vantagens da utilização da arbitragem repousa na confidencialidade que rodeia a solução do litígio. De acordo com Redfern & Hunter (2015):

“The privacy of arbitral proceedings and the confidentiality that surrounds the process are a powerful attraction to companies and institutions that may become involved (often against their will) in legal proceedings. There may be trade secrets or competitive practices to protect, or there may simply be a reluctance to have details of a commercial dispute (or some bad decision making) made the subject of adverse publicity.”

O procedimento resguardaria, dessa maneira, as informações do litígio. Na seara empresarial, a disseminação de determinadas informações pode vir a causar sérios prejuízos a

---

<sup>91</sup> “In this respect, an arbitral award differs from an agreement entered into as a result of mediation or some other form of alternative dispute resolution (ADR), which is binding only contractually. In its international enforceability, an award also differs from the judgment of a court of law, since the international treaties that govern the enforcement of an arbitral award have much greater acceptance internationally than do treaties for the reciprocal enforcement of judgments” (Redfern and Hunter, 2015)

reputação de uma empresa no mercado, gerando uma série de danos a realização da sua atividade empresarial.<sup>92</sup>

No esteio das vantagens trazidas pela utilização da arbitragem, relevante trazer aqui o ponto de vista defendido por Hodges (2014, p.286), que entende que alguns fatores podem influenciar na escolha do agente infrator pelo pagamento voluntário em conjunto com a utilização de um método alternativo de resolução de conflitos, citando, dentre eles, a redução da sanção que poderia vir a ser imposta pelas autoridades.

“If optimal use of ADR is to be achieved, it may be necessary to design a sufficiently large incentive, such as achieving the resolution of all public sanctions and private compensation consequences at the same time, or the prospect of negotiating a sufficiently large reduction the fine or other penalty”

Nesse sentido, a minuta de resolução do CADE, submetida à Consulta Pública 05/2016, traz importante disposição a fim de viabilizar o fomento ao ressarcimento de danos concorrenciais, seja por meio do *private litigation*, seja por meio dos “*alternative dispute resolution (ADR)*”.

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

Assim, tal disposição é responsável por estabelecer importante marco no incentivo à resolução de disputas através da utilização de métodos extrajudiciais, da redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa cominada aos praticantes do ilícito concorrencial.

Em tempo, cumpre esclarecer que, além de todas as vantagens que acompanham a escolha dos métodos alternativos de resolução de disputa, especialmente no que se refere à arbitragem, tem-se, ainda, um importante fator a ser levado em consideração.

Verificou-se que a questão do acesso a documentos no âmbito dos Acordos de Leniência, TCC's e buscas e apreensões realizados pelo CADE constitui questão sensível no que tange à reparação dos danos concorrenciais no bojo de ações privadas de reparação.

---

<sup>92</sup> A boa imagem de uma empresa no mercado é objeto de preocupações, haja vista a sua importância no desenvolvimento da atividade empresarial. Nesse sentido, por exemplo, visualiza-se a preocupação, inclusive do legislador brasileiro ao estabelecer a necessidade de caução prestada por credor domiciliado no exterior no ajuizamento de um pedido de falência (Art.97 §2º da lei 11.101/05).



Um dos empecilhos para o seu compartilhamento, como verificado, refere-se à manutenção da atratividade dos Programas de Leniência e TCC's, uma vez que a divulgação poderia tornar o cartelista que procura as autoridades antitruste mais suscetível a ações de reparações por danos, que até mesmo aquele agente infrator se manteve silente.

A utilização da arbitragem, por outro lado, garantiria o sigilo das informações divulgadas, o que, sem sombra de dúvidas, influenciaria na decisão da autoridade concorrencial de promover o acesso a determinados documentos que gerariam prejuízos caso fossem tornados públicos. Com isso, seria possível fornecer ao lesado materiais que facilitassem a prova e/ou extensão do seu dano, permitindo a devida reparação, além de ser preservada a atratividade dos Programas de Leniência e TCC's do CADE, que, como antes afirmado, figuram como importantes instrumentos no combate a cartéis.

## CONCLUSÃO

A partir do quanto exposto, visualiza-se claramente a possibilidade de utilização da arbitragem no direito concorrencial, sendo considerada o meio adequado para a resolução de demandas indenizatórias decorrentes da prática de cartéis.

Vislumbrou-se que o *enforcement* privado, através das ações para reparação de danos, desempenha um importante papel no que tange tanto à dissuasão da prática, quanto à compensação dos agentes econômicos lesados pela conduta. Essa perspectiva, no âmbito das relações entre fornecedores e compradores da cadeia produtiva, passou a ser, então, um campo em franca expansão no país.

A disseminação do *private enforcement*, entretanto, deve ser realizada de maneira comedida, de modo a não prejudicar o *public enforcement* (consubstanciado em grande parte pelos Programas de Leniência e Termos de Cessação de Conduta do CADE) que, por sua vez, não deixa de ser de fundamental relevância na detecção e punição à prática de cartéis, conduta anticoncorrencial extremamente gravosa e de difícil detecção e comprovação.

Com a necessária criação de mecanismos que permitissem a saudável interação entre as persecuções pública e privada à prática cartelista, manifestou-se a autoridade antitruste na proposta de minuta de resolução submetida à Consulta Pública 05/2016.

Dentre os dispositivos trazidos na Consulta, destacou-se aquele que promove um incentivo ao *private enforcement*, tanto pela resolução judicial, quanto pela adoção de meios alternativos para a reparação dos lesados pelo ilícito concorrencial, dentre os quais inclui-se a arbitragem.

A partir de estudo comparativo, pôde-se concluir que a voluntariedade para a reparação dos danos causados, somada a utilização de métodos alternativos para a resolução de conflitos, configura a opção que descortina os melhores proveitos.

A arbitragem, por sua vez, demonstrou ser o meio adequado dentre os disponíveis, haja vista a capacidade da decisão arbitral de solucionar a controvérsia, tornando-se obrigatória às partes e não estando sujeita a revisão judicial no seu mérito. Demais disso, o sistema arbitral proporciona inúmeras vantagens consubstanciadas nas características do seu procedimento, tais como confidencialidade, celeridade, maior possibilidade de cumprimento voluntário pelas partes e disposição de árbitros mais capacitados para o julgamento.

Assim, fica demonstrada a consideração da arbitragem como método adequado à reparação de danos decorrentes da prática de cartéis.

## REFERÊNCIAS

ATHAYDE, Amanda; FIDELIS, Andressa Lins. **Discovery, Leniência, TCC e persecução privada a cartéis: too much of a good thing?** Revista do IBRAC, Vol 22, n.2, p 89-116, 2016.

BAER, Bill. **Public and Private Antitrust Enforcement in the United States.** In: Remarks tot he European Commission Forum, Brussels, Belgium (February 11, 2014). 2014.

BECKER, Bruno Bastos. **"CONCORRÊNCIA E ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DE QUESTÕES CONCORRENCIAIS EM ARBITRAGENS."** Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 1, n.2, p.239-270, 2015.

BECKER, Gary S. **Crime and punishment: An economic approach.** In: The Economic Dimensions of Crime. Palgrave Macmillan UK, 1968. p. 13-68.

BLANKE, Gordon. **Arbitrating Competition Law Issues.** Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2008. p. 98 24 Eco Swiss China Time Ltd. e Benetton

BLUMENTHAL & HURWITZ. Chapter 42. **Alternative Dispute Resolution and Federal Trade Commission Antitrust Enforcement,** in BLANKE, Gordon; LANDOLT, LOUIS, Phillip. EU and US antitrust arbitration: A handbook for practitioners. Kluwer Law International, 2011.

BOSON, Daniel Silva; JUNIOR, Gilson Geraldino Silva. **Termo de Compromisso de Cessação (TCC): CADE, Empresas, Cartéis e Jogo.** Revista de Defesa da Concorrência, v. 4, n. 2, p. 99-120, 2016.

BOSON, Daniel Silva; JUNIOR, Gilson Geraldino Silva. **Termo de Compromisso de Cessação (TCC): CADE, Empresas, Cartéis e Jogo.** Revista de Defesa da Concorrência, v. 4, n. 2, p. 99-120, 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Administrativo n. 08012.004086/2000-21. Representante: Cade *ex officio*. Representados: Banco Standard de Investimentos S.A. (“Banco Standard de Investimentos”), Tokyo-Mitsubishi UFJ Líder Fundo de Investimento Referenciado DI (“Banco Tokyo-Mitsubishi UFJ”), Banco Barclays S.A. (“Barclays”), Banco Citibank S.A. (“Citigroup”), Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S.A. (“Credit Suisse”), Deutsche Bank S.A. Banco Alemão (“Deutsche Bank”), HSBC Bank Brasil S.A. (“HSBC”), JPMorgan Chase Bank (“JP Morgan Chase”), Bank of America Merrill Lynch Banco Multiplo S.A. (“Merril Lynch”), Banco Morgan Stanley S.A. (“Morgan Stanley”), Nomura International Plc – Banco Itaú S.A. (“Nomura”), Royal Bank of Canada (“RBC”), Royal Bank of Scotland P.Ltd.Co. (“RBS”), Standard Chartered Bank (Brasil) S.A. (“Standard Chartered”), UBS AG (“UBS”); e outros. Brasília. Disponível em: [http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo\\_exibir.php?NJIILMKAUD29j6X1yj2GO\\_P27TZb287t6FyKxmleAun0q1SkhvY9WIWkyMn5D28MxnaHULzMA1Vjh7owOmaMG9w](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?NJIILMKAUD29j6X1yj2GO_P27TZb287t6FyKxmleAun0q1SkhvY9WIWkyMn5D28MxnaHULzMA1Vjh7owOmaMG9w). Acesso em: 25.ago.2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Administrativo nº 08700.008182/2016-57 (autos de acesso restrito nº 08700.005722/2016-04). Representante:

Cade *ex officio*. Representados: Banco ABN AMRO Real S.A.; Banco BBM S.A.; Banco BNP Paribas Brasil S.A.; Banco BTG Pactual S.A.; Banco Citibank S.A.; Banco Fibra S.A.; Banco Itaú BBA S.A.; Banco Santander (Brasil) S.A.; Banco Société Générale Brasil S.A.; HSBC Bank Brasil S.A. Banco Múltiplo; e outros. Brasília. Disponível em:  
[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo\\_exibir.php?tzuQpynCIZls\\_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi\\_C139hQ9Gvy6ydQEilKkYRsUjq\\_Y6Q7s6brHgU9NuHnLKIKkaA](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hQ9Gvy6ydQEilKkYRsUjq_Y6Q7s6brHgU9NuHnLKIKkaA).  
 Acesso em: 25.ago.2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Administrativo n.08012.000820/2009-11. Representantes: SDE *Ex Officio*. **Representados:** Whirlpool S.A.; Brasmotor S.A., Whirlpool Unidade Embraco - Compressores e Solu es de Refrigera o; Danfoss A/S; Tecumseh do Brasil Ltda.; ACC – Appliances Components Companies S.p.A.; Panasonic Electric Works Co., Ltd (antiga Matsushita Electric Works, Ltd.); Gerson Veríssimo; Paulo Frederico Meira de Oliveira Periquito; Ernesto Heinzelmann; Gilberto Heinzelmann; Ingo Erhardt; Laércio Hardt; D rio Gert Isleb; Da lson Farias; José Roberto Leimontas; Mike Inhetvin; Nilson Effting, Walter Sebastião Desider ; José Alu zio Malagutti; Mauro de Carvalho Mendonça; José Celso Lunardelli Furchi; Januário Domingos Soligon; Michel Jorge Geraissate Filho; Miguel Estevão de Avellar. T lio do Egito Coelho, Lauro Celid nio Gomes dos Reis Neto, Carlos Augusto Behrendorf Derraik, Fábio Amaral Figueira, Mabel Lima Tourinho, Cristiane Romano Farhat Ferraz, Tito Amaral de Andrade, José Antonio Paganella Boschi. Brasília. Disponível em:  
[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo\\_exibir.php?NJILMKAUD29j6X1yj2GO\\_P27TZb287t6FyKxmleAun0q1SkhvY9WIWkyMn5D28MxnaHULzMA1Vjh7owOmaMG9w,,](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?NJILMKAUD29j6X1yj2GO_P27TZb287t6FyKxmleAun0q1SkhvY9WIWkyMn5D28MxnaHULzMA1Vjh7owOmaMG9w,,) Acesso em: 25.ago.2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Administrativo n. 08012.00408612000-21. Representante(S): Sindicato Da Ind. Da Constru o Civil De Grandes Estruturas No Est. De Sp - Sinduscon E Sindicato Das Empresas De Compra, Venda, Loca o E Adm. De Imóveis Residenciais E Comerciais De Sp - Secovi Representada(S): Cia. Siderúrgica Belgo-Mineira, Gerdau S/A E Siderúrgica Barra Mansa S/A. Brasília. Disponível em:  
[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo\\_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vvpFASHuLI\\_RgT93-k-ORA0bO--L0na97FV8s5BY0bc6Q,,](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vvpFASHuLI_RgT93-k-ORA0bO--L0na97FV8s5BY0bc6Q,,) Acesso em: 25.ago.2017.

BRASIL. Lei n. 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a preven o e repressão às infra es contra ordem econômica; altera a Lei n 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei n 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n  8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n  9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

BRASIL. Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recupera o judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apela o Cível n. 1.0024.06.984815-8/033. 1  Apelante: Arcelor Mittal Brasil S/A, Sucessor de Siderúrgica Belgo Mineira S/A. 2  Apelante: Cobraço Serviços LTDA. 3  Apelante: Cobraço Com Bras

Aço LTDA. Apelado(a)(s): Cobraço Com Bras Aço LTDA, Cobraço Serviços LTDA, Arcelor Mittal Brasil S/A. Interessado: Anfat-Associação Nacional dos Fabricantes de Treliças. Relator: Desembargadora Mariza de Melo Porto. Belo Horizonte, 13 de outubro de 2016. Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em 28.fev.2017.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010**. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CARVALHO, Lívia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade civil concorrencial: a busca pela efetiva reparação de danos**. 2011. Monografia. Fundação Getúlio Vargas.  
CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. Ed. Atlas, 10.ed. São Paulo. 2012.

CHAI, Cássius Guimarães et al. **Mediação e Direitos Sociais Indisponíveis: Trabalho, Saúde, Educação e Meio ambiente**.

COELHO, Flausino Gustavo. **A Reparação Civil por Danos Concorrenciais: Desafios no Brasil e na União Européia**. Revista do IBRAC, v.22, n.1, p 123/139, 2016

COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Vilela. **Arbitrability of disputes involving antitrust issues in Brazil and the protection of free competition**. Revista Semestral de Direito Empresarial, n.13, p.145-164, jul/dez., 2013.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. **Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 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**. 2014.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. **Green paper: Promoting a European framework for corporate social responsibility**. Commission of the European Communities, 2001.

**CONSULTA PÚBLICA 05/2016**. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Brasília. 2016. Disponível em: [http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?2fRihewEob7Xqr4fBmvrV7i-xnNe4zriqzhQUXtG1BIDxTue0Wf4VyP\\_pNdrTBbz2QNdk1nr5mC8L5ZgT80FIw](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?2fRihewEob7Xqr4fBmvrV7i-xnNe4zriqzhQUXtG1BIDxTue0Wf4VyP_pNdrTBbz2QNdk1nr5mC8L5ZgT80FIw). Acesso em: 27.ago.2017.

CORDEIRO, ALEXANDRE. **Arbitragem na Concorrência**. Disponível em: <https://jota.info/especiais/arbitragem-na-concorrenca-26052017>. Acesso em 03.ago.2017.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. **Possibilidade de aplicação das normas do direito antitruste pelo Juízo Arbitral**. Arbitragem Interna e Internacional-questões de doutrina e de prática, Rio de Janeiro: Renovar, p. 333-359, 2003.

EU COMMISSION et al. European Governance. **A White Paper**. COM (2001), v. 428, p. 25, 2001.

**EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS**. Consulta Pública 05/2016. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Brasília. 2016. Disponível em: [http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U\\_4\\_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS\\_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLncZ\\_qw9Gg](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLncZ_qw9Gg). Acesso em: 27.ago.2017.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. **AÇÕES COLETIVAS [PRIVADAS] COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA**. Revista do IBRAC, v.22, n.1, p.30-55, 2016.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FRANCISCO, André Marques. **Responsabilidade civil por infração da ordem econômica**. 2014. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo.

GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. **Arbitragem e Outros Meios de Solução de Conflitos em Demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência**. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 11, n. 43, p. 7-32, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. Ed. Saraiva, 15. Ed. São Paulo, 2014.

GUIA. **Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf). Acesso em: 27.ago.2017.

HODGES, Christopher. **Fast, Effective and Low Cost Redress: How Do Public and Private Enforcement and ADR Compare?**. Competition Law. Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU, Kluwer Law International, 2014. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Report to the ICN annual conference. **INTERACTION OF PUBLIC AND PRIVATE ENFORCEMENT IN CARTEL CASES**. Moscow. 2007.

KEYTE, James A.; POZEN, Sharis A.; SKADDEN; ARPS, SLATE; MEAGHER; LPP, Flom. Cartels, Enforcement, appeals & damages actions. USA. Global Legal Insights

LANDE, Robert H. **Benefits of Private Enforcement: Empirical Background1**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=20170277>. Acesso em: 20.jun.2017

LIMA, Bernardo Silva de. **A arbitrabilidade do dano ambiental e o seu ressarcimento**. 2009.

LIPNER, Seth E. **International Antitrust Law: To Arbitrate or Not to Arbitrate**. Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ., v. 19, p. 395, 1985.

MASCHLER, M.; SOLAN, Eilon; ZAMIR, Shmuel. **Game theory**. Translated from the Hebrew by Ziv Hellman and edited by Mike Borns. 2013.

MATION, Gisela Ferreira. **As Ações Cíveis Para Cessação E Reparação De Danos Causados Por Condutas Anticorrenciais no Brasil**. III Pr mio SEAE, 2008.

MONTEIRO, André Luis Quintas. Arbitragem e Direito da Concorrência: A contribuição da arbitragem na resolução de litígios antitruste. Revista do Ibrac, v.22, n.2. 2016.

MONTEIRO, Renato Leite. **Análise Econômica do Direito: uma visão didática**. XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Revisão Doutrinária dos Conceitos de Ordem Pública e Seguranç  Pública. Uma análise sist mica**. Revista Inf. Legislativa, a.25, n.97. jan/mar 1988.

MOURRE, Alexis. **Arbitrability of antitrust law from the European and US perspectives**. EU and US antitrust arbitration: A handbook for practitioners, p. 3-68, 2011.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT.  
**RELATIONSHIP BETWEEN PUBLIC AND PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT**. 2015. 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. mar.2017

PIKE, Richard. **Private Competition Enforcement in the EU: How Utilities are Affected by Recent Developments**. Constantine Cannon, vol.20, p 173-177.

RIJIN, Alphen Ann Den. **EU and US Antitrust Arbitration**. A Handbook for Practitioners. Kluwer Law International, 2011.

SAINT- ANTOINE, Paul H; LEWERS, Joanee C; HUTCHISON, Todd N; BULLARD, Kathryn; MICHELEN, Lucas B; BIDDLE, Drinker; LLP, Reath. **Private antitrust litigation in the United States: overview**. Thomson Reuters. 2017.

SIMÃO, LUCAS PINTO. **Os meios alternativos de resolução de conflitos e o dever/poder de o juiz incentivar a conciliação e a mediação**. [20..].

TRABUCO, Cláudia; GOUVEIA, Mariana França. **A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts**. [20..]

VAZ, Isabel. **Arbitrabilidade do direito da concorrência**. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 353-385, 2009.