

QUAL O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES REPARATÓRIAS POR CARTELIZAÇÃO?

Paolo Zupo Mazzucato

Resumo: A monografia se propõe a examinar a tormentosa questão do termo inicial da prescrição nas ações reparatórias por danos causados por cartéis. Tomando por premissa a teoria jurídica subjacente ao instituto, são identificadas e analisadas duas teses, a saber: a primeira, de que o termo inicial se daria pela ciência inequívoca da lesão e uma segunda, calcada no art. 200 do Código Civil. São também feitas considerações sobre mudanças legislativas propostas pelo CADE sobre o tema.

Palavras-chave: Prescrição – termo inicial – ação reparatória antitruste – responsabilidade civil – cartel

Keywords: Statute of limitations – beginning of prescription – antitrust damages action – civil liability – cartel

1. Considerações preliminares

O objetivo desta monografia é responder a seguinte indagação: qual o termo inicial do prazo prescricional nas ações reparatórias por danos causados por cartelização?

Os debates relativos à responsabilidade civil têm sido recorrentes na comunidade antitruste – é o tema, diga-se, de um dos painéis do 23º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência a ser realizado pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Também digna de nota é a recente submissão à consulta pública pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) de minuta de resolução acerca da articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas e de propostas de alterações legislativas referentes à extensão da responsabilidade civil e ao prazo prescricional das ações indenizatórias por danos concorrenciais.

O ganho de importância da matéria é decorrência natural do advento, nos últimos anos, das condenações por ilícitos antitruste ou da celebração de acordos de leniência e de compromissos de cessação de conduta – sobretudo por cartel. Segundo dados disponíveis no *site* do CADE, apenas no período de

janeiro de 2016 a agosto de 2017, foram 27 as condenações, com a aplicação de multas em cifras totais superiores a R\$ 280 milhões, bem como 94 Termos de Compromisso de Cessação (TCC) homologados, que resultaram em um montante superior a R\$ 1,23 bilhão em contribuições pecuniárias acordadas¹. Logo, é de se esperar que se tornem cada vez mais frequentes as ações indenizatórias concorrenciais.

Em que pese as amplas doutrina e jurisprudência sobre responsabilidade civil no Direito Privado, com novos e desafiantes questionamentos o intérprete da lei se depara diante das especificidades das condutas anticoncorrenciais. O primeiro deles, por constituir o ponto de partida para a discussão de viabilidade de uma ação judicial como a em apreço, é notadamente o *dies a quo* da prescrição. Persistem, atualmente, dúvidas a respeito, sobretudo diante da ausência de decisões específicas em matéria antitruste de tribunais superiores: o termo inicial se dá quando da violação do direito ou de seu conhecimento pela vítima? Se por este último critério, o que poderia ser assim considerado no contexto concorrencial? Haveria ainda outros fatores previstos em lei a interferir na fluência do prazo? As mudanças legislativas propostas pelo CADE porão fim à controvérsia?

São seis as seções deste trabalho, contando com a presente introdução. Na segunda delas, será abordado o instituto da prescrição, cuidando-se de seu conceito e elementos, sua origem histórica e fundamento. Em cada uma das demais seções subsequentes, serão endereçadas as perguntas do parágrafo anterior para então, em sede de conclusão, se responder à indagação central que constitui o título desta monografia. Advertência seja feita de que não se pretende esgotar o tema, mas, sim, oferecer subsídios para seu debate.

2. Compreendendo o instituto da prescrição

2.1. Conceito e elementos

É inequívoco ser o tempo dotado de significação jurídica, sendo fator criador ou extintivo de direitos e produzindo efeitos no ordenamento jurídico, a exemplo da capacidade civil, da *vacatio legis* e do trânsito em julgado. Assim também ocorre na prescrição, que tem por base primordial o decurso de um

¹ BRASIL. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. CADE em Números. Disponível em <http://cadeemnumeros.cade.gov.br>. Acesso em 27 de setembro de 2017.

lapso temporal legalmente previsto²⁻³.

Pode a prescrição ser conceituada como a perda da ação atribuída a um direito, e de sua capacidade defensiva, devido à sua não utilização durante um certo período de tempo. No atual Código Civil (CC), encontra-se prevista ao longo dos artigos 189 a 206. É considerada uma exceção, por poder ser invocada contra o autor de uma ação de modo a repeli-la⁴, tratando-se de uma preliminar de mérito⁵. Diferencia-se da decadência por atingir a ação, e não o direito (que remanesce como obrigação natural) – embora haja vozes discordantes na doutrina.

Segundo Antônio Luís da Câmara Leal, notável tratadista do instituto, quatro são seus elementos integrantes, ou condições elementares: (1) a existência de uma ação exercitável (*actio nata*), (2) a inércia do titular da ação, (3) a continuidade dessa inércia por um certo período de tempo e (4) a ausência de algum fato ou ato ao qual a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do prazo prescricional⁶.

2.2. Origem histórica

“‘História do direito’ e ‘Direito romano’ são duas expressões quase sinônimas”⁷, ensinava o jurista Luiz F. Carpenter, autor de uma das obras seminais sobre prescrição no Código Civil de 1916. E é justamente entre os romanos que se encontra a origem histórica do instituto, da qual se extrai seu fundamento e que, por sua vez, fixará uma premissa essencial para se responder à indagação objeto da próxima Seção.

² SERPA LOPES, Miguel Maria. Curso de Direito Civil (Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos) – Volume I. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 5a edição, atualizada, 1971, pp. 504-505.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Volume I – Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil. Rio de Janeiro, Editora Forense, 25a edição, de acordo com o Código Civil de 2002, 2012, p. 573.

⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria. Op. cit., p. 506.

⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo, Editora Saraiva, 33a edição, com remissões a dispositivos do Novo CPC (Lei n. 13.105/2015), 2016, p. 440.

⁶ CÂMARA LEAL, Antônio Luís. Da Prescrição e da Decadência: Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro, Forense, 3a edição, atualizada pelo juiz José de Aguiar Dias, 1978, p. 11.

⁷ CARPENTER, Luiz F. Da Prescrição (Artigos 161 a 179 do Código Civil). Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito Ltda., 3a edição, Atualização e notas do Prof. Arnaldo Wald., 1958, p. 64.

Prescrição deriva do vocábulo latino *praescriptio*, sendo este a junção de *prae* (antes) e *scriptio* (escrito) – “escrito posto antes”, portanto⁸. A tradução literal é melhor compreendida quando contextualizada no rito processual romano, designando a *praescriptio* uma cláusula acessória introduzida na fórmula e situada entre a nomeação do juiz e a *demonstratio*, em que o pretor recomendava ao juiz que, dada certa circunstância, fosse absolvido o réu⁹.

Os registros históricos dão conta de duas espécies relativas ao uso do termo. Uma primeira, a saber, de uma prescrição aquisitiva de domínio, atualmente correspondente à usucapião (e que remonta inicialmente à Lei das XII Tábuas – 449 a.C., em que havia a dicotomia entre a *usucapio* e a *praescriptio longi temporis*) e também de uma prescrição extintiva ou prescrição das ações¹⁰, surgida mais de dois séculos posteriormente àquela – e que é aqui de especial interesse.

No Direito Romano antigo, vigorava a regra da perpetuidade das ações. A prescrição extintiva destas (doravante apenas prescrição) se verificou pela primeira vez em 204 a.C, pela Lei Fúria de *sponsu*, segundo a qual as ações contra os *sponsores* e os *fidepromissores* se extinguíram no prazo de dois anos a contar do vencimento da dívida¹¹. Contudo, a origem do instituto pode ser creditada com maior ênfase à aplicação da Lei *Aebutia* (149 a 126 a.C.) pelos pretores, que lhes concedia o poder de, ao criar uma ação, estabelecer seu prazo de duração. Assim, havia dois tipos de ações: as *actiones temporariae* (ou *temporales*, ações pretorianas) e as *actiones perpetuae* (ações civis, definidas na legislação). Diante das vantagens da prática pretoriana, as leis passaram a estabelecer prazos de duração para as ações, até que Teodósio II decretou que não mais haveria ação perpétua¹².

2.3. Fundamento

Seria a prescrição o tema em Direito que mais teria servido a divagações filosóficas¹³. Câmara Leal encontrou nas doutrinas brasileira e europeia sete fundamentos jurídicos: (1) o da ação destruidora do tempo; (2) o do castigo à negligência; (3) o da presunção de abandono ou renúncia; (4) o da

⁸ RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo & RIZZARDO, Carine Ardissonne. Prescrição e Decadência. Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 13.

⁹ CARPENTER, Luiz F. Op. cit., pp. 69-70.

¹⁰ CARPENTER, Luiz F. Op. cit., pp. 67-76.

¹¹ CARPENTER, Luiz F. Op. cit., p. 74.

¹² CARPENTER, Luiz F. Op. cit., pp. 74-75.

¹³ CARPENTER, Luiz F. Op. cit., pp. 77-78.

presunção de extinção do direito; (5) o da proteção ao devedor; (6) o da diminuição das demandas; e (7) o do interesse social, pela estabilidade das relações jurídicas. É este último o adotado pela maioria e, de modo principal, pelo insigne jurista¹⁴, cujo posicionamento encontra supedâneo no Direito Romano:

Tendo por fim extinguir as ações, ela foi criada como medida de ordem pública, para que a instabilidade do direito não viesse a perpetuar-se, com sacrifício da harmonia social, que é a base fundamental do equilíbrio sobre o que se assenta a ordem pública.

O não cumprimento de uma obrigação, a ameaça ou violação de um direito são estados antijurídicos que perturbam a harmonia social, e a ação foi instituída como meio reintegratório dessa harmonia, fazendo cessar o desequilíbrio provocado pela ofensa ao direito. Se o titular deste, porém, se conserva inativo, deixando de protegê-lo pela ação, e cooperando, assim, para a permanência do desequilíbrio antijurídico, ao Estado compete remover essa situação e restabelecer o equilíbrio, por uma providência que corrija a inércia do titular do direito. E essa providência de ordem pública foi que o Estado teve em vista e procurou realizar pela prescrição, tornando a ação inoperante, declarando-a extinta, e privando o titular, por essa forma, de seu direito, como justa consequência de sua prolongada inércia, e, por esse meio, restabelecendo a estabilidade do direito, pela cessação de sua incerteza.

Não deixa de haver, portanto, na prescrição, uma certa penalidade indireta à negligência do titular, e muito justificável essa pena, que o priva de seu direito, porque, com a sua inércia obstinada, ele faltou ao dever de cooperação social, permitindo que sua negligência concorresse para a procrastinação de um estado antijurídico, lesivo à harmonia social.

Como se vê, é a doutrina romana que ressurge, na pureza cristalina de sua profunda filosofia jurídica. Aí estão os três fundamentos romanos da prescrição: o interesse público, a estabilização do direito, o castigo à negligência; representando o primeiro o motivo inspirador da prescrição; o segundo, a sua finalidade objetiva; o terceiro, o meio repressivo de sua realização. Causa, fim e meio, trilogia fundamental de toda instituição, devem constituir o fundamento jurídico da prescrição.¹⁵

Em reforço à magistral lição, cumpre recorrer a Luiz F. Carpenter, que se perfila a Câmara Leal quanto ao fundamento da prescrição e aduz que, sem ela, ninguém estaria seguro de conservar o próprio bem ou de ter a certeza de não ser obrigado a pagar uma dívida pela segunda vez em face de

¹⁴ CÂMARA LEAL, Antônio Luís. Op. cit., pp. 13-14.

¹⁵ CÂMARA LEAL, Antônio Luís. Op. cit., pp. 15-16.

reclamações ou contestações infundadas. O instituto em comento elimina, assim, a necessidade de se fazer prova da titularidade de direitos que remontasse a épocas em que não mais se pudessem encontrar vestígios seus. Se, *a priori*, teria por lado fraco assegurar, em certas situações, o triunfo de um usurpador contra o verdadeiro proprietário ou liberar o devedor inadimplente, é fundamentado em um princípio de anistia em favor de quem teria expiado a violação de um direito nunca reclamado por negligência. A prescrição, segundo o catedrático, poderia então ser comparada à coisa julgada do ponto de vista de sua utilidade social – “há um momento em que é preciso que a última palavra seja dita, em que a incerteza do direito é mais dolorosa que a injustiça”¹⁶.

3. Violação do direito ou ciência desta pela vítima?

Conforme o art. 189 do CC, da violação do direito subjetivo surge para seu titular a pretensão, que se extingue pela prescrição. É a pretensão “o poder de fazer valer em juízo, por meio de uma ação (em sentido material), a prestação devida, o cumprimento da norma legal ou contratual infringida ou a reparação do mal causado”¹⁷. Em se tratando de pretensão de reparação civil, a prescrição se dá em três anos (art. 206, § 3º, V do CC). A questão que se põe é qual o termo inicial (*dies a quo*) do lapso prescricional?

À uma primeira e irrefletida leitura, pode parecer ter o diploma civil pátrio consagrado um critério objetivo, segundo o qual o prazo fluiria da mera ocorrência da lesão ao direito, independentemente de outros fatores. Não é tão simples assim, entretanto, como já observava Serpa Lopes, segundo o qual haveria três possíveis regras, a saber, (1) o do *actio nata*, (2) o da *actioni nondum natae non praescribitur* e (3) o da *actioni nondum natae toties praescribitur, quoties nativitas est in potestate creditoris*¹⁸. Segundo a doutrina, é a primeira delas a adotada pelo Código Civil, devendo ser considerada nascida (*nata*) a ação diante das seguintes condições: um direito atual atribuído a um titular e uma violação a esse direito. A partir do momento em que o titular do direito pode exigir-lo ou defendê-lo, judicialmente, começa a correr a prescrição (que, configurada, significa a morte da pretensão)¹⁹.

Supletivamente, para uma plena compreensão do princípio da *actio nata*, deve-se recorrer ao fundamento e aos elementos da prescrição (em especial ao primeiro deles, lembre-se, a existência de ação exercitável),

¹⁶ CARPENTER, Luiz F. Op. cit., pp. 76-88.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 440.

¹⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria. Op. cit., p. 539.

¹⁹ CÂMARA LEAL, Antônio Luís. Op. cit., pp. 11 e 22. Vide também PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 584 e DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 442.

conjugando-os. Como visto na Seção anterior, o instituto é fundado primordialmente no interesse social, por uma necessidade de estabilidade das relações jurídicas, sendo certo também nele haver um caráter sancionatório à negligência do titular da pretensão. Da combinação desses fatores, extrai-se o magistério de Câmara Leal de que o termo inicial da prescrição se opera com o conhecimento, pela vítima, da lesão ao direito subjetivo do qual é titular, se dando neste momento o nascimento da pretensão:

16. Discute-se, no campo da doutrina, se a prescrição é um fenômeno puramente objetivo, decorrendo o seu início do fato da violação, que torna a ação exercitável, independentemente da ciência ou conhecimento do titular, ou, se é um fenômeno também subjetivo, ficando o início da prescrição dependendo da condição de que seu titular tenha conhecimento da violação. [...]

Não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular – cum contra desides homines, et sui juris contentores, odiosae exceptiones oppositae sunt –, não se compreende a prescrição sem a negligência, e a esta, certamente, não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação.

[...]

Exercitar a ação, ignorando a violação que lhe dá origem, é racionalmente impossível, e antijurídico seria responsabilizar o titular por uma inércia que não lhe pode ser imputada – ad impossibilita remota tenetur.

[...]

Todavia, a ignorância não se presume, pelo que ao titular incumbe provar o momento em que teve ciência da violação, para que possa beneficiar-se por essa circunstância, a fim de ser o prazo prescricional contado da ciência, e não da violação.²⁰

A maciça e recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é também no sentido da adoção do princípio da *actio nata* e de que o termo inicial se opera com a ciência inequívoca pela vítima do ato lesivo, em se tratando de responsabilidade extracontratual:

2. Na responsabilidade contratual, em regra, o termo inicial da contagem dos prazos de prescrição encontra-se na lesão ao direito, da qual decorre o nascimento da pretensão, que traz em seu bojo a possibilidade de exigência do direito subjetivo violado, nos termos do disposto no art. 189 do Código Civil, consagrando a tese da *actio nata* no ordenamento jurídico pátrio.

3. Contudo, na responsabilidade extracontratual, a aludida regra assume viés

²⁰ CÂMARA LEAL, Antônio Luís. Op. cit., pp. 21-23.

mais humanizado e voltado aos interesses sociais, admitindo-se como marco inicial não mais o momento da ocorrência da violação do direito, mas a data do conhecimento do ato ou fato do qual decorre o direito de agir, sob pena de se punir a vítima por uma negligência que não houve, olvidando-se o fato de que a aparente inércia pode ter decorrido da absoluta falta de conhecimento do dano. Inteligência da Súmula 278 do STJ.²¹

3. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o termo a quo para contagem do prazo prescricional se dá a partir da ciência inequívoca do ato lesivo.²²

Estando fixado tal entendimento, cabe a advertência feita por Arnaldo Rizzardo, Arnaldo Rizzardo Filho e Carine Ardissonne Rizzardo, com base em decisões do STJ, no sentido de que, a depender do contexto e das especificidades do caso concreto, diferentes serão os momentos em que se pode considerar ocorrida a *actio nata*. Na ofensa a direitos em razão de atos administrativos, por exemplo, o lapso prescricional se inicia com a publicação do ato lesivo; em situações de direitos patrimoniais, a partir de sua definição, como na homologação de um acordo; na omissão do pagamento de prestações, quando do inadimplemento de cada prestação; entre outras hipóteses²³.

Na questão enfrentada nesta monografia, não foram encontrados julgados específicos no STJ em sede de responsabilidade civil antitruste. Propõe-se aqui, tomando-se por referência a jurisprudência daquele Tribunal em ações reparatórias de outra espécie e a melhor doutrina civilista, que também seja entendido como *dies a quo* do prazo prescricional para ações reparatórias em virtude de danos causados por cartelização a data da ciência inequívoca da lesão pelo agente econômico vítima da infração. Imperioso, porém, se faz tornar menos abstrata a afirmação. Especificamente, que data seria essa?

A ciência da lesão a que alude o STJ, como visto, é qualificada pelo termo “inequívoca”, vale dizer, evidente, que não admite engano, sem ambiguidade, indene de dúvidas. É ter certeza de algo. Logo, a ciência inequívoca de cartel deve ser entendida como o momento em que o autor da ação indenizatória tenha noção clara de seu *status* de prejudicado pela prática – em outras palavras, de quando for capaz de tomar conhecimento pleno dos fatos, ou seja, de quem praticou o ilícito, da forma como foi implementado, de

²¹ BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.354.348/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4a Turma, por unanimidade, DJe 16/9/2014.

²² BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 963.697/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2a Turma, por unanimidade, DJe 16/9/2014.

²³ RIZZARDO, Arnaldo et alii. Op. cit., pp. 19-22.

sua duração e de qual o mercado relevante afetado (ou, na ausência de sua delimitação, da indicação do produto ou serviço e a respectiva área geográfica afetada) e de seus efeitos danosos.

A tarefa não é simples. Cartel se trata de uma infração praticada de forma dissimulada e sob sigilo. Logo, os agentes prejudicados não dispõem de ciência de ocorrência da violação do direito. Quando muito, as vítimas desconfiam da existência de condutas concertadas, sem poder afirmar categoricamente sua existência, e podem até mesmo chegar ao ponto do oferecimento de representação ao CADE, diante de indícios de paralelismo de conduta – que, quando não refutados por completos pelos infratores, são atribuídos por eles como típicos de mercados oligopolizados, mas jamais assumida a colusão. Em tal cenário, não é possível se falar em surgimento da pretensão de que cuida o art. 189 do Código Civil.

Também diante da instauração de processo administrativo pelo CADE devidamente publicada Diário Oficial da União não se poderia falar em ciência inequívoca da infração pelo mercado. Isso porque a autoridade antitruste assim procede em virtude da existência de indícios da infração, também não mais havendo que uma suspeita – e não uma certeza sobre a qual não pairam dúvidas acerca de autoria e materialidade do ilícito.

A ciência inequívoca da violação ao direito seguramente existirá na hipótese de uma decisão condenatória final pelo CADE – até mesmo por se tratar de uma determinação do art. 79, *caput* e inciso I da Lei n.º 12.529/2011 que a decisão seja fundamentada e dela conste a “especificação dos fatos que constituam a infração apurada”. Nela haverá a clara indicação dos autores, do *modus operandi* do cartel, do produto/serviço e área geográfica afetadas, de sua duração, entre outras informações essenciais, cotejadas junto às respectivas provas coletadas. A publicação da decisão condenatória, contudo, não basta: deve haver a pronta disponibilização, ao menos, do inteiro teor de versões públicas do acórdão e dos votos dos Conselheiros para que se esteja diante do *dies a quo* do lapso prescricional.

Informações que revelem detalhes da existência de um cartel também podem ser oriundas de acordos de leniência ou de TCCs. Sendo a decisão homologatória destes publicada no Diário Oficial da União e a celebração daqueles primeiros divulgada pelo CADE, juntamente com a disponibilização de documentos tais como versões públicas dos respectivos históricos da conduta, poderiam ser as respectivas datas consideradas como termo inicial da prescrição? Duas ressalvas devem ser feitas quanto a essa hipótese.

A primeira delas é que o CADE tem restringido o acesso a esses documentos somente àqueles que figurem no rol de representados de processos administrativos e tão somente para fins do exercício do direito de defesa. Logo, interessados em obter o material para fins de ajuizamento de ações reparatorias

se frustrarão com a negativa da autoridade concorrencial. No tocante a isso, vale lembrar que, nos termos da minuta de resolução constante da Consulta Pública nº 5/2016, a autarquia apresentou proposta de disponibilização de documentação após o julgamento final pelo Plenário do CADE para fins de fomento a ações indenizatórias.

A outra consideração é a de que, ainda que fossem prontamente franqueados a terceiros os históricos de conduta e anexos relativos a acordos de leniência ou compromissos de cessação, trata-se de relatos da infração por vezes incompletos e que serão integrados por outros elementos ao longo da instrução processual e submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa – algo até certo ponto prematuro, portanto. Serão de grande valia, sem dúvida, para o ajuizamento de ação contra o delator, posto que sua confissão produz efeitos contra si (mas não contra os demais réus em caso de litisconsórcio – art. 391 do Novo Código de Processo Civil). Ainda em relação aos demais coautores, a Lei nº 12.850/2013 estabelece em seu art. 4º, §16 (utilizado analogicamente pelo CADE) que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Embora tais dispositivos tenham sua aplicação voltada para a discussão acerca do valor probatório de evidências provenientes de uma delação premiada para fins de responsabilidade administrativa antitruste, eles poderiam ser usados em oposição à configuração de ciência inequívoca da lesão. Isso porque, quando da celebração de acordos de leniência ou de TCCs, ainda não estarão definitivamente assentadas pela autoridade antitruste a autoria e materialidade do ilícito de cartel. Tal somente ocorrerá quando da decisão final pelo CADE, quando as evidências oriundas dos acordos de colaboração serão cotejadas com as demais coletadas ao longo da instrução e após garantido o devido processo legal. Em outras palavras, o relato contido nos históricos de conduta não necessariamente será aquele fixado no acórdão e talvez não se possa afirmar, tão precocemente, estar um autor de ação indenizatória diante dos elementos essenciais que lhe permitam concluir inequivocamente ter sido seu direito violado. Não lhe será possível, assim, afirmar ter certeza da lesão, posto ainda estar em apuração uma prática supostamente anticoncorrencial.

É cabível, portanto, se fazer uma analogia da pendência de decisão final do CADE com a causa impeditiva da prescrição prevista no art. 200 do Código Civil, que dispõe que “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva” – cuja *ratio legis* é a existência de prejudicialidade entre as esferas de responsabilidade cível e penal, sendo necessária uma decisão final nesta última que determine a autoria e materialidade do delito para que a vítima possa ajuizar a respectiva ação reparatória. O julgado a seguir transcrito do STJ é

esclarecedor:

3. Na espécie, o ilícito - civil e criminal - foi praticado muito antes da entrada em vigor do CC/02, não sendo possível a aplicação retroativa do art. 200, que prevê hipótese de suspensão do prazo prescricional. Todavia, antes mesmo do advento do CC/02 e da regra do art. 200, estava consolidado no âmbito do STJ o entendimento de que o prazo prescricional da pretensão indenizatória deduzida contra o autor do delito flui a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes.

4. Particularmente, não se podia exigir que os ofendidos ajuizassem a ação indenizatória sem conhecer as circunstâncias concretas em que se deu o acidente que vitimou o seu familiar, tampouco sem a identificação de todos os responsáveis pelo evento danoso. Por isso, aliás, a causa de pedir remota, neste processo cível, baseia-se nas conclusões firmadas no julgamento da ação penal respectiva.²⁴

Assim, a ciência inequívoca da lesão deve ser considerada como a publicação de decisão condenatória final do CADE, com a concomitante disponibilização de, ao menos, o inteiro teor das versões públicas do acórdão e dos respectivos votos.

4. Há outros fatores em lei a interferir no curso do lapso prescricional?

Como é notório, a cartelização, além de ilícito antitruste, constitui crime tipificado na Lei nº 8.137/90. Assim, é de se perguntar se o já mencionado art. 200 do CC, que prevê que “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”, seria aplicável. É defensável se entender que sim, já que se está diante de infração criminal e cuja ação penal a ser promovida é pública, vale dizer, o Ministério Público deve obrigatoriamente promovê-la diante de indícios de sua ocorrência. Logo, antes de havida uma sentença definitiva penal, não operaria o *dies a quo* da prescrição da ação reparatória por danos causados por um cartel.

Contudo, uma tese como essa encontraria como obstáculo a interpretação conferida à norma em apreço por nomes importantes da doutrina civilista²⁵ no sentido que, para ser considerada causa impeditiva da prescrição,

²⁴ BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 1443634/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, por unanimidade, DJe 12/5/2014.

²⁵ Para uma maior compreensão do art. 200 do CC em aspectos que fogem ao escopo desta monografia, vide PODVAL, Maria Luciana de Oliveira Facchina & TOLEDO, Carlos José T. de. “O Impedimento da Prescrição no Aguardo da Decisão do Juízo Criminal” in: CIANCI, Mirna (coord.). Prescrição no novo Código Civil: uma Análise

deveria necessariamente estar pendente de julgamento uma ação penal, de cujo resultado dependa a viabilidade da ação civil. Somente assim não se teria iniciada a fluência do prazo prescricional. Ilustrativos os comentários de Arnaldo Rizzardo, Arnaldo Rizzardo Filho e Carine Ardissonne Rizzardo:

Enquanto pendente de julgamento ação penal, de cujo resultado depende a viabilidade da ação cível, não inicia a fluir o prazo prescricional para exercer a pretensão por meio de ação. O entendimento do assunto exige a observância de algumas regras legais, concernentes à relação entre a jurisdição civil e a penal. [...]

Denota-se, pois, que, embora as esferas civil e penal atuando em planos diferentes, a independência não é total, já que existem situações em que a responsabilidade penal interferirá na responsabilidade civil. Por depreender a responsabilidade civil da definição do que vier a ser decidido no juízo criminal sobre a existência do fato e de seu autor, não pode o prazo prescricional iniciar antes do trânsito em julgado da ação penal. A jurisprudência tem se firmado nessa inteligência:

[...]

Basta a existência de ação penal onde o debate envolve a autoria e a existência do fato para impedir o começo da prescrição. Se inexistir a ação penal, deixa de aplicar-se o art. 200, no que é bem claro Rui Stocco: ‘Mas a disposição do art. 200 do CC só terá incidência e eficácia e, somente então, o prazo prescricional será suspenso, apenas se a ação penal, pública ou provada, for efetivamente ajuizada. Essa a única exegese possível, pois, do contrário, daria azo a subterfúgios e má fé, com possibilidade de manipulação, pois bastaria a vítima não ingressar com a ação penal privada ou o Ministério Público não oferecer a denúncia para protrair indefinidamente no tempo o termo a quo da prescrição.

Ora, se assim fosse, o quantum do prazo prescricional acabaria ficando no poder dispositivo da vítima, o que não se pode admitir’.²⁶

O seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça corrobora o posicionamento doutrinário transcrito:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 200 DO

Interdisciplinar. São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 112 a 137. De modo mais genérico, mas ainda assim ilustrativo, vide DINIZ, Maria Helena. Op. cit., pp. 448 a 449; CAHALI, Yussef Said. Prescrição e Decadência. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2012, pp. 98 a 102; e VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Parte Geral, vol. I. São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 603.

²⁶ RIZZARDO, Arnaldo et alii. Op. cit., pp. 161-164.

CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, a incidência do artigo 200 do Código Civil pressupõe a existência de relação de prejudicialidade entre as esferas cível e penal.
2. A prescrição da pretensão indenizatória não corre quando a conduta ilícita supostamente perpetrada pela parte ré se originar de fato a ser apurado também no juízo criminal, sendo fundamental, para tanto, a existência de ação penal em curso ou ao menos inquérito policial em trâmite. Precedentes.
3. Agravo regimental não provido²⁷

Outra barreira à tese é encontrada também na jurisprudência daquela Corte, segundo a qual, nas situações de responsabilidade objetiva pelo dano (lembre-se que independem de culpa os ilícitos antitruste, conforme a regra geral do art. 36 da Lei nº 12.529/2011), é desnecessário se aguardar o desfecho do juízo criminal para o ajuizamento de ação reparatória:

1. As Turmas componentes da Primeira Seção do STJ, examinando hipóteses de ajuizamento de ações indenizatórias fundadas em atos submetidos à persecução penal, já entenderam que o prazo prescricional da pretensão de ressarcimento deve ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença criminal.
2. Ademais, ‘[...] se o próprio CPC confere executoriedade à sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 548, II), não se poderia, coerentemente, obrigar a vítima a aforar ação civil dentro dos cinco anos do fato criminoso’ (REsp 80.197/RS).
3. Contudo, não há por que se aguardar qualquer tramitação penal se ‘[...] basta ao prejudicado demonstrar a existência do fato e do dano dele decorrente para ver reconhecido o seu direito à justa reparação, sem necessidade, portanto, de se perquirir sobre eventual culpa dos agentes ou existência do fato.’ (Voto-vista no REsp 1.164.110/SC).²⁸
3. A Corte de origem destacou que a responsabilidade civil da instituição financeira, por ser objetiva, independe da aferição do elemento culpa, de modo que não se trata de ação civil ex delicto, cuja análise tem caráter subjetivo. Em razão disso, não se aplica a causa impeditiva do transcurso do prazo prescricional, prevista no art. 200 do CC/02, por não ostentar à ação criminal o caráter de prejudicialidade em relação a ação indenizatória, devendo, portanto, o prazo prescricional ter seu termo a partir do conhecimento do suposto dano sofrido. Prescrição corretamente decretada.

²⁷ BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1521359/AM, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3a Turma, por unanimidade, DJe 3/11/2015.

²⁸ BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1306441/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, 2a Turma, por unanimidade, DJe 18/11/2015.

Acórdão em conformidade com a orientação firmada nesta Corte. Incidência da Súmula nº 83 do STJ.²⁹

Logo, embora não seja a aplicação do art. 200 algo a se descartar, uma tese nele amparada sofreria maiores resistências que aquela baseada no critério da ciência inequívoca da lesão pelo agente prejudicado, em se tratando de ação reparatória por danos causados por cartel.

5. As mudanças legislativas propostas pelo CADE: solução?

O CADE, por meio da Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE (integrante do material disponibilizado pela Consulta Pública CADE nº 5/2016), defende alteração legislativa no art. 47 da Lei nº 12.529/2011 para estabelecer a ciência inequívoca do ilícito concorrencial como termo inicial para a contagem do prazo prescricional. A certeza do conhecimento da violação ao direito se daria por ocasião da publicação do julgamento final pelo CADE ou, alternativamente, após o encerramento da ação penal. Outra mudança proposta pela autoridade concorrencial é que a instauração de procedimento para apuração da infração contra a ordem econômica pela Superintendência-Geral do CADE seja considerada como causa interruptiva do prazo prescricional para ajuizamento ação indenizatória antitruste.

Tais modificações seriam muito bem-vindas, posto que solucionariam a questão. Até que ocorram, porém, deverá o intérprete das normas em vigor se valer dos instrumentos disponíveis, sendo as duas teses aqui identificadas particularmente úteis³⁰.

²⁹ BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1359190/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, por unanimidade, DJe 21/6/2016.

³⁰ Tanto a tese da ciência inequívoca da lesão, como a da aplicação do art. 200 do Código Civil são entendidas como viáveis (por vias argumentativas e conclusões semelhantes, mas não totalmente coincidentes) também por SANTOS, Marcelo Rivera dos. “Ação Privada de Ressarcimento Civil Derivada de Conduta Anticoncorrencial: do Termo Inicial da Prescrição” in: CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Revista de Defesa da Concorrência – Publicação Oficial. Brasília, Imprensa Nacional, vol. 3, no 1, maio 2015, pp. 154-157 e por FRANCISCO, André Marques. Responsabilidade Civil por Infração da Ordem Econômica. Dissertação apresentada ao Departamento de Direito Comercial como requisito para obtenção do Título de Mestre. Orientador: Prof. Dr. Salvador Frontini. São Paulo, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014, p. 123. Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/.../Andre_Marques_Francisco_Dissertacao.pdf. Acesso em 30/9/2017. Ainda defendendo o critério da ciência do dano, vide CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de

6. À guisa de conclusão: qual o termo inicial?

Como visto nas seções precedentes, foram identificadas duas possíveis teses em resposta à questão central desta monografia.

A primeira delas é que o termo inicial do prazo prescricional em ações reparatórias por danos derivados de cartelização seja a ciência inequívoca da lesão pela vítima – critério fixado por maciça jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Em termos concretos, propõe-se que esse momento corresponda à publicação de decisão condenatória pelo CADE, devidamente acompanhada da pronta disponibilização, ao menos, do inteiro teor de versões públicas do acórdão e dos votos dos Conselheiros.

Já a segunda se ampara no art. 200 do Código Civil. Sendo o cartel ilícito antitruste e também crime, o início do lapso prescricional não se daria antes de prolatada sentença definitiva (transitada em julgado) no juízo penal. Contudo, ao contrário do verificado em relação ao critério da ciência inequívoca da lesão, tal tese encontra obstáculos em setores da doutrina e em julgados do STJ, que exigem, além da relação clara de prejudicialidade, uma ação penal (ou ao menos inquérito penal) em curso e outras decisões dão conta que, em hipóteses de responsabilidade objetiva (tal como uma infração à Ordem Econômica), a apuração da responsabilidade criminal é desnecessária para a ação reparatória. Assim, a primeira tese é mais forte que a segunda, embora esta última não deva ser descartada.

De modo a fomentar ações reparatórias antitruste, o CADE propõe alterações legais que, como concluído, resolverão a questão, se encampadas pelo Congresso Nacional.

A questão enunciada desde logo no título desta monografia é revestida de significativo grau de complexidade e deve continuar a ser debatida, como vem sendo feito, na comunidade antitruste. Nesse sentido, é encerrado este estudo, esperando-se que possa ter ele trazido maiores luzes à tão importante reflexão.

7. Referências

BRASIL. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. CADE em Números. Disponível em <http://cadeemnumeros.cade.gov.br>. Acesso em 27 de

Cartel. Dissertação de Mestrado (versão resumida). Orientador: Prof. Dr. José Marcelo Martins Proença. São Paulo, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015, p. 14. Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/.../2/.../tde.../Dissertacao_Daniel_Costa_Caselta_RESUMIDA.pdf. Acesso em 30/9/2017.

setembro de 2017.

BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1521359/AM, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, por unanimidade, DJe 3/11/2015.

BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1359190/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, por unanimidade, DJe 21/6/2016.

BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 963.697/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, por unanimidade, DJe 16/9/2014.

BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 1306441/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, 2ª Turma, por unanimidade, DJe 18/11/2015.

BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.354.348/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, por unanimidade, DJe 16/9/2014.

BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 1443634/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, por unanimidade, DJe 12/5/2014.

CAHALI, Yussef Said. Prescrição e Decadência. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2012.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís. Da Prescrição e da Decadência: Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro, Forense, 3ª edição, atualizada pelo juiz José de Aguiar Dias, 1978.

CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel. Dissertação de Mestrado (versão resumida). Orientador: Prof. Dr. José Marcelo Martins Proença. São Paulo, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015, p. 14.

Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/.../2/.../tde.../Dissertacao_Daniel_Costa_Caselta_RESUMIDA.pdf. Acesso em 30/9/2017.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo, Editora Saraiva, 33ª edição, com remissões a dispositivos do Novo CPC (Lei n. 13.105/2015), 2016.

FRANCISCO, André Marques. Responsabilidade Civil por Infração da Ordem Econômica. Dissertação apresentada ao Departamento de Direito Comercial como requisito para obtenção do Título de Mestre. Orientador: Prof. Dr. Salvador Frontini. São Paulo, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014. Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/.../2/.../tde.../Dissertacao_Daniel_Costa_Caselta_RESUMIDA.pdf. Acesso em 30/9/2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Volume I – Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil. Rio de Janeiro, Editora Forense, 25ª edição, de acordo com o Código Civil de 2002, 2012.

PODVAL, Maria Luciana de Oliveira Facchina & TOLEDO, Carlos José T. de. “O Impedimento da Prescrição no Aguardo da Decisão do Juízo Criminal” *in*: CIANCI, Mirna (coord.). Prescrição no novo Código Civil: uma Análise Interdisciplinar. São Paulo, Saraiva, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo & RIZZARDO, Carine Ardisson. Prescrição e Decadência. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

SANTOS, Marcelo Rivera dos. “Ação Privada de Ressarcimento Civil Derivada de Conduta Anticoncorrencial: do Termo Inicial da Prescrição” *in*: CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Revista de Defesa da Concorrência – Publicação Oficial. Brasília, Imprensa Nacional, vol. 3, nº 1, maio 2015, pp. 154-157.

SERPA LOPES, Miguel Maria. Curso de Direito Civil (Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos) – Volume I. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 5ª edição, atualizada, 1971.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Parte Geral, vol. I. São Paulo, Editora Atlas, 2014.