

## ALTERNATIVAS AO USO DE DOCUMENTOS PROVENIENTES DE ACORDOS DE LENIÊNCIA NAS AÇÕES PRIVADAS DE REPARAÇÃO PELA PRÁTICA DE CARTEL

Isabela Maiolino

**Resumo:** O presente trabalho analisa as possíveis alternativas para contornar os problemas gerados pelo compartilhamento de documentos sigilosos oriundos de Acordos de Leniência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e o Poder Judiciário nas ações cíveis de reparação de danos causados por condutas anticompetitivas. No caso, se propõe que o Poder Judiciário adote métodos alternativos que não prejudiquem o Programa de Leniência para comprovar a existência do cartel, o dano por ele causado e onexo causal, bem como calcular a extensão do dano, a fim de possibilitar uma efetiva reparação aos consumidores lesados pela prática.

**Palavras-chave:** acordo de leniência; compartilhamento de documentos; ação privada de reparação; dano.

**Keywords:** leniency agreements; document sharing; private enforcement; damages.

### 1. Introdução

Diante do aumento do número de investigações, condenações e celebrações de Acordos de Leniência<sup>1</sup> em casos de cartel pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), os legitimados para propor ações privadas de reparação de danos por cartel (entidades de defesa do consumidor, o Ministério Público e consumidores) começaram a buscar acesso ao material probatório colhido pelo Cade no âmbito das investigações, para instruírem as respectivas ações.

O trabalho foca nas ações privadas de reparação de danos, nas quais

---

<sup>1</sup> Em 2010, apenas 04 (quatro) casos de cartéis foram decididos pelo Cade. De outro lado, em 2015, foram decididos 16 (dezesesseis) casos (RIBAS, 2016, p. 66), enquanto em 2016 foram julgados 31 casos envolvendo condutas anticompetitivas (CADE, 2016a).

as informações e documentos obtidos por meio dos acordos celebrados com o Cade serviriam não só para constatar a existência do ilícito e do dano por ele causado, mas também para calcular a extensão do prejuízo para fins de reparação. Essas ações, ainda insipientes no Brasil, atualmente dependem do compartilhamento de documentos com a Autoridade concorrencial, sendo essa uma das principais complicações na obtenção de evidências para fornecer análises econômicas e legais que comprovem o nexo causal entre a conduta praticada e o dano sofrido (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, 2015), evidências essas muitas vezes contidas precisamente no material confidencial sob posse do Cade.

O atual posicionamento do Cade dificulta a obtenção dos documentos que seriam utilizados para instruir as ações privadas, sendo preciso encontrar um modelo que permita a realização da instrução da ação cível com instrumentos que não impeçam a sua conclusão pelo risco da inexistência de provas aptas a comprovarem o dano e a extensão da eventual indenização.

Assim, este trabalho analisa o atual cenário referente ao compartilhamento de documentos e, como solução à atual controvérsia e problemas existentes, propõe formas alternativas para que tais medidas deixem de ser essenciais para o fomento das ações privadas de reparação de danos, a partir da sugestão de possíveis métodos de cálculo do dano nas ações privadas de reparação que não façam uso de documentos confidenciais oriundos da Leniência. Busca-se responder o seguinte problema: em razão da dificuldade de obtenção de provas nas ações privadas de reparação de danos pela prática de cartel, quais poderiam ser os métodos alternativos para instruir as ações e calcular o dano causado pelo cartel e, conseqüentemente, os valores de indenização<sup>2</sup>?

Para facilitar a instrução das ações cíveis, propõe-se que as decisões do Cade sejam consideradas prova *prima facie* da prática de cartel, bem como que tal conduta seja analisada como *per se* pelo Judiciário. Em relação ao cálculo do dano, foram identificadas três formas alternativas para calculá-lo, quais sejam: (i) uso de estudos da OCDE para calcular o sobrepreço e, conseqüentemente, o dano em casos de cartéis *hardcore*; (ii) utilização das alíquotas de sobrepreço apresentadas pelos estudos condutores de John Connor; e (iii) uso do método adotado no cálculo de medidas *antidumping*, tanto pela Câmara de Comércio Exterior (Camex) como pela Organização Mundial do Comércio (OMC).

---

<sup>2</sup> O Código Civil prevê que a indenização deve ser calculada na medida do dano causado, de forma que os documentos sob responsabilidade do Cade seriam, em tese, necessários para realizar esse cálculo.

## 2. Repressão a cartéis, leniência e confidencialidade

Para combater a prática de cartel, os arts. 86 e 87 da Lei n. 12.529/11 e o Regimento Interno do Cade (Ricate) preveem, além de investigações *ex officio*, ações negociais no âmbito de casos de condutas anticompetitivas, sendo a mais importante dessas ações o Acordo de Leniência<sup>3</sup>, haja vista ser “o principal instrumento de detecção de cartéis à disposição do Cade” (ANDRADE, 2015, p. 278).

Esse instituto permite que pessoas físicas e jurídicas envolvidas em um cartel obtenham benefícios e imunidade na esfera administrativa e criminal e/ou redução de até 1/3 da multa esperada<sup>4</sup>, por meio da celebração do acordo, comprometendo-se, em contrapartida, a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar sua participação no ilícito, bem como a cooperar com as investigações apresentando informações e documentos relevantes à investigação.

Esses documentos devem trazer informações que “permitam à autoridade identificar os demais coautores e comprovar a infração noticiada ou sob investigação” (MARTINS e GRANDIS, p. 288), cuja confidencialidade permanece, em regra<sup>5</sup>, desde a instauração do processo até a decisão definitiva proferida pelo Tribunal Administrativo, podendo essa confidencialidade e acesso restrito ser mantido mesmo após o julgamento<sup>6</sup>.

Como se percebe, a confidencialidade é fundamental para o bom funcionamento do Programa de Leniência, pois garante que os colaboradores não passem a estar em uma situação de desvantagem em comparação aos demais representados do processo, de forma que, junto aos benefícios trazidos pelo acordo, quebra-se o sistema de incentivos existentes em um cartel.

Paralelamente aos acordos de leniência, surge a possibilidade de ajuizamento de ação civil de reparação de danos, a qual depende da

---

<sup>3</sup> Atualmente, a praxis do programa de leniência foi consolidada no guia oficial elaborado pelo órgão antitruste.

<sup>4</sup> Se a Autoridade não tinha conhecimento prévio da conduta, não há pagamento pelos Signatários. No entanto, se a Autoridade já conhecia a infração, mas não tinha elementos suficientes para formar o seu convencimento, o Signatário poderá receber um desconto de até 1/3 da multa esperada.

<sup>5</sup> É facultado aos Signatários decidirem expor ao público que celebraram leniência com o Cade.

<sup>6</sup> A Lei n. 12.529/11 confere tratamento confidencial aos documentos e às informações fornecidos no âmbito do acordo de leniência, nos termos do art. 86, § 9º. O Ricate também confere a confidencialidade em seu art. 241, §§ 1º e 2º, que também é explicitada em cláusulas do próprio acordo.

demonstração do ato ilícito, do prejuízo efetivamente sofrido pelo consumidor ou demais legitimados e o nexos causal entre ambos.

### 3. Ação privada de reparação de danos

As ações de reparação de danos cíveis em casos envolvendo cartéis estão previstas no art. 47 da Lei n. 12.529/11<sup>7</sup> e decorrem da obrigação de indenizar prevista no art. 927 Código Civil, haja vista que “aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Nesse tipo de ação, é preciso não só comprovar o ato ilícito (nesse caso, o cartel), mas também o dano causado e o nexos causal entre dano e conduta.

Em mais um recorte metodológico, este trabalho analisará apenas as chamadas *follow on suits*, que consistem nas demandas indenizatórias ajuizadas com algum tipo de conexão com a investigação ou decisão por parte das Autoridades (CASELTA, 2016, p. 121), haja vista o trabalho tratar, especificamente, da relação da confidencialidade e do posicionamento do Cade em relação às ações privadas de reparação.

Nas *follow on suits*, muito embora a decisão do Cade ou a existência de investigação de prática anticompetitiva não tenha caráter vinculante, ou seja, não constitui prova inequívoca da existência da prática do ilícito, a viabilização da demanda perpassa pela (i) comprovação de existência do cartel; e, para tanto, precisa de (ii) acesso ao material utilizado pelo Cade para instruir os processos administrativos, em especial os que envolvem os documentos obtidos por meio da celebração de leniência.

Conforme já mencionado, o acesso ao material utilizado pelo Cade é uma das principais complicações à obtenção de evidências para então fornecer análises econômicas e legais complexas que comprovem o nexos causal entre a conduta e o dano sofrido (OCDE, 2015).

No atual cenário, o Cade assume posição rígida no sentido de resguardar a confidencialidade desses documentos, merecendo atenção a motivação da Autoridade para esse entendimento.

---

<sup>7</sup> Art. 47: Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

### 3.1 Cade e o sigilo de documentos

A lei antitruste é silente no que diz respeito à divulgação dos documentos obtidos por meio da celebração de Acordos de Leniência em caso de solicitação judicial (SOUZA, 2014, pg. 434), o que acarreta o aumento da insegurança quanto ao tipo de resposta que os interessados obterão ao tentar obter acesso a esse material<sup>8</sup>.

Diante da importância do programa de leniência, surge a importância de se manter a confidencialidade dessas informações do ponto de vista estratégico do Cade, haja vista que, graças ao compromisso de confidencialidade das informações prestadas pelos colaboradores e sucesso do programa, os acordos de leniência se tornaram peça chave nos casos de investigação de cartel.

No caso, o compartilhamento de documentos deixaria os colaboradores expostos nas ações de reparação de danos, o que pode vir a gerar a inibição de futuras colaborações. Diante do aumento da demanda de compartilhamento de documentos<sup>9</sup>, o Cade apresentou uma minuta de resolução sobre a matéria, que foi submetida ao crivo público por meio da Consulta Pública n. 05/2016<sup>10</sup>.

A proposta de resolução prevê as hipóteses de sigilo e a maneira pela qual as informações deveriam ser solicitadas. Contudo, mesmo após o julgamento do processo administrativo pelo Tribunal do Cade, pretende-se que o sigilo seja mantido, dentre outras hipóteses, em relação ao Histórico da

---

<sup>8</sup> O art. 44, § 2º, da Lei n. 12.529/11 dispõe que o regulamento definirá o procedimento para que uma informação seja tida como sigilosa no âmbito do Cade, hipóteses estabelecidas pelo Ricade nos arts. 91 a 95. A mesma lei também determina, em seu art. 49, que o Tribunal e a SG/Cade assegurarão o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários para elucidação dos fatos, ou, ainda, se exigido pelo interesse da sociedade.

<sup>9</sup> Nesse sentido, destaca-se a decisão proferida no âmbito do Recurso Especial n. 1.554.986-SP em março de 2016, na qual o Ministro Relator Marco Aurélio Belizze entendeu que não haveria óbice quanto ao compartilhamento de documentos referentes à Leniência e ao Termo de Compromisso de Cessação firmados no caso do cartel dos compressores, para que a empresa Electrolux obtivesse acesso ao material necessário para instruir a sua demanda de reparação de danos em face da Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A.

<sup>10</sup> Há, ainda, a exposição de motivos da necessidade de edição e homologação da futura resolução, bem como a Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/CADE, que trata da necessidade da resolução e do panorama do compartilhamento de documentos e responsabilização dos colaboradores em outras jurisdições.

Conduta (HC) e seus aditivos<sup>11</sup> elaborados no âmbito da negociação de Acordo de Leniência.

Percebe-se, assim, o impasse instaurado entre a instância administrativa, que apura a existência do cartel e formula acordo para obter informações sobre ilícitos concorrenciais, e o Poder Judiciário, ao apreciar ação de reparação de danos em que cabe ao autor comprovar o ilícito, o dano e o nexo causal. Isso porque a documentação produzida no acordo de leniência, protegido pela confidencialidade, contém as informações necessárias para a demanda indenizatória.

Assim, continua existindo a controvérsia do compartilhamento de documentos para: (i) comprovar o ilícito, (ii) o dano e (iii) o nexo causal; e, conseqüentemente, calcular a medida de indenização e da manutenção da confidencialidade, o que mantém as atuais barreiras a esse tipo de ação.

No que se refere a comprovação do ilícito, destaca-se a mudança legislativa proposta pelo Cade, que trata do uso da decisão condenatória do Tribunal como título executivo extrajudicial e prova *prima facie* da existência da conduta e do dano, a fim de facilitar o ajuizamento das ações civis. Dessa forma, as partes lesadas que porventura tiverem interesse em ajuizar ações, precisariam provar somente a extensão do dano e do nexo causal.

Nesse sentido, destaca-se que diversos países já adotam esse modelo, como o Reino Unido, Alemanha, Holanda, Austrália e Canadá. Além disso, a Diretiva sobre Ações de Ressarcimento de Danos Concorrenciais do Parlamento Europeu prevê que “as decisões finais de uma Autoridade da União Europeia têm efeito vinculante quanto a existência de violação da concorrência” (TAVARES, 2013, p. 04). Ou seja, o Brasil seguiria o que já é adotado no cenário internacional de defesa da concorrência, implementando uma mudança que fomentaria a proposição de ações de reparação.

Sobre essa proposição, o Cade explicou também que “em que pese tal proposta, ações autônomas continuariam a ser ajuizadas concomitantemente à investigação do Cade, independentemente do Inquérito ou Processo Administrativo, nos termos do próprio caput do art. 47 da Lei nº 12.529, de 2011.” (CADE, 2016f).

No entanto, mesmo com essa mudança, permanece a controvérsia do

---

<sup>11</sup> De acordo com o Guia – Programa de Leniência Antitruste do Cade, “O Histórico da Conduta é um documento elaborado pela Superintendência-Geral do Cade que contém a descrição detalhada da conduta anticompetitiva, conforme entendimento da SG/Cade, com base nas informações e nos documentos apresentados pelo proponente do Acordo de Leniência (vide perguntas 46 e 47, supra). Trata-se de documento elaborado e assinado pela SG/Cade, o qual não é assinado pelo proponente do Acordo de Leniência ou por seus advogados”. (CADE, 2016d)

compartilhamento de documentos para comprovar onexo causal entre o ilícito (cartel) e o suposto dano causado e o cálculo da medida de indenização, persistindo, assim, obstáculos à ação privada.

Nesse contexto, seguem algumas sugestões para a solução do impasse instaurado através da comprovação do dano e donexo causal.

#### 4. Cenários e opções

Conforme visto, é fundamental encontrar a adequada medida entre a proteção dos documentos e as informações oriundos de Acordos de Leniência, a fim de manter a atratividade do Programa e o fomento ao ajuizamento das ações de reparação de danos no Brasil (CADE, 2016e).

Em relação ao dano, o art. 944 do Código Civil prevê que a indenização deve ser calculada na medida em que este foi causado, de forma que os documentos são, em tese, necessários para realizar esse cálculo. No entanto, sendo a prática de cartel compreendida, ao menos pela atual jurisprudência do Cade<sup>12</sup>, como uma conduta *per se*<sup>13</sup> - ou seja, ilícita por sua simples prática haja vista sempre causar prejuízos aos consumidores e à concorrência, defende-se aqui que o debate que ocorre na ação deveria ser justamente sobre extensão do dano causado e não se a conduta causou ou não dano.

Assim, entende-se que o Poder Judiciário deve adotar o mesmo entendimento quanto a classificação *per se* da prática de cartel, ou seja, considerar uma conduta ilícita pelo seu objeto já que a prática de cartel teria, invariavelmente, causado dano. Esse entendimento também está previsto na Diretiva da União Europeia sobre a matéria (2014), pois para tal normativo, há “uma presunção ilidível que a violação das regras da concorrência causou dano” (TAVARES, 2013, p. 04). Com esse reconhecimento e com o uso da decisão do Cade como prova *prima facie* da existência da conduta, dois requisitos da ação privada seriam facilitados.

Quanto ao cálculo da indenização, que é apontado como o maior obstáculo à reparação (CASELTA, 2016, p. 144), Caselta constatou que no Brasil não há jurisprudência sobre a metodologia mais adequada. No entanto, o autor ressaltou que nos Estados Unidos e na Europa, não é exigido um alto grau

---

<sup>12</sup> Votos proferidos no âmbito do julgamento dos Processos Administrativos n. 08012.002127/2002-14, 08012.004702/2004-77 e 08012.004472/2000-12.

<sup>13</sup> O cartel é considerado como conduta *per se*, haja vista que a prova da existência de prática de cartel é suficiente para caracterizar o ilícito, que invariavelmente gera efeitos líquidos negativos sobre a concorrência (SCHUARTZ, 2002, p. 119).

de precisão, de forma que a extensão do dano deve ser calculado por meio de estimativas.

Nesse aspecto, duas constatações podem ser feitas: a) que ao realizar o cálculo da indenização na fase de liquidação de sentença, deve-se buscar o valor aproximado e não exato do montante a ser indenizado; e b) se for necessário, é preciso que exista um método que permita o uso de critérios objetivos a serem replicados em casos futuros para calcular a indenização.

Dessa forma, sugere-se a adoção, pelo Poder Judiciário, da estimativa de dano. A presente pesquisa usou como fonte outras fórmulas de cálculo que já estivessem presentes no ordenamento jurídico brasileiro e as soluções encontradas até o momento ao longo da pesquisa identificaram algumas possibilidades para calcular a indenização: (i) estudos da OCDE; (ii) alíquota adotada por Connor; (iii) cálculo de medida *antidumping*. Para facilitar a explicação das propostas, os itens (i) e (ii) serão analisadas conjuntamente, pois se enquadram na constatação b).

#### 4.1 Alíquotas em cartéis *hardcore*

Pelos estudos conduzidos pela OCDE, sabe-se que o sobrepreço causado pelos cartéis *hardcore*<sup>14</sup> pode chegar ao patamar de 20% (OCDE, 2002, p. 07), sendo esse, inclusive, um dos critérios utilizado pelo Tribunal Administrativo do Cade na dosimetria e cálculo da multa a ser aplicada, bem como pela Superintendência Geral do Cade para determinar o montante da contribuição pecuniária a ser paga no âmbito do Termo de Compromisso de Cessação<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> De acordo com Luiz Fernando Schuartz, cartel *hardcore* é aquele que envolve práticas concertadas como acordos para fixar preços de venda, dividir mercado em função de critérios geográficos, restrição de quantidades produzidas e ofertadas, entre outras, mas que não podem ser caracterizadas como secundárias ou colaterais, consistindo na mais alta violação do direito da concorrência, considerados como ilícitos *per se*. (2002, p. 119-120).

<sup>15</sup> De acordo com o Guia – Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel, “(...) em casos de cartel clássico (ou cartel ‘hard core’), a referência inicial adotada pelo Cade na negociação do TCC é a aplicação de uma alíquota de 15% sobre a base de cálculo considerada, em consonância com as condenações mais recentes do Tribunal para esse tipo de conduta” (CADE, 2016e, p. 27). A depender, porém, de certas atenuantes ou agravantes, além de outros fatores que levem em consideração os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, isonomia e dos critérios previstos no art. 45 da Lei n. 12.529/2011, essa alíquota poderá ser reduzida até o mínimo considerado adequado para dissuasão da conduta, em regra de 12%, ou elevada até o máximo previsto na lei, de 20%.

Por sua vez, Connor, que conduziu diversas pesquisas a partir de 2004, revelou naquele ano que o sobrepreço causado por cartéis atinge uma média de 25%. Já em pesquisa conduzida com Lande (2008), concluiu-se que a média de sobrepreço é estimada entre 31% a 49%. E, analisando dados adicionais (2010), concluiu que cartéis bem-sucedidos podem alcançar sobrepreço de 50,4%. Por outro lado, estudo conduzido por Boyer e Sotchoni (2015), fazendo uso do arcabouço teórico e empírico estabelecido por Connor, concluíram que a média do sobrepreço alcança a marca estimada de 15,47% e 16,01%.

Haja vista os estudos conduzidos por Connor, Lande, Boyer e Sotchoni terem alcançado patamares diferentes de sobrepreço causado por cartéis e tendo em vista que os patamares dos estudos da OCDE são reconhecidos por diversos países e autoridades concorrenciais – inclusive o Cade, bem como pela doutrina internacional, entende-se que o Judiciário deve dar preferência aos patamares reconhecidos pela referida organização.

Um primeiro exemplo do uso de uma do índice da OCDE seria o sobrepreço cobrado em um produto em razão da existência de um cartel. Se o titular da ação cível comprou um determinado número de uma categoria de produtos cujo preço foi objeto de um acordo anticompetitivo, caso fosse utilizada a proporção dos estudos da OCDE, a presunção seria de que o sobrepreço foi de 15% a 20% do valor desse produto, sendo essa a porcentagem a ser usada no cálculo do dano que deve ser ressarcido.

Com isso, seria possível contornar os problemas existentes através do respeito à confidencialidade e não afetar a produção de provas ou a efetividade das ações cíveis de reparação de danos. Destaca-se, ainda, que essa proposta mantém a atual estrutura de incentivos dos Programas de Leniência.

Este método, no entanto, tem limitações. No caso, a pesquisa reconhece que existe a possibilidade que o cálculo de sobrepreço de 15% a 20% não possa ser feito em casos de cartel nos quais não houve, necessariamente, acordo relacionados aos preços que seriam praticados ou uniformizados entre os concorrentes.

Diante das restrições apresentadas, também é interessante ter em mente a metodologia utilizada na esfera administrativa para o cálculo das *medidas antidumping*.

#### *4.2 Paralelismo com o cálculo das medidas antidumping*

Além das opções acima, em casos nos quais não é proporcional ou possível utilizar uma estimativa percentual do dano causado e indenização devida, é possível que o Judiciário faça uso dos métodos adotados no âmbito

da defesa comercial, *know how* já estabelecido na metodologia de cálculo dos direitos *antidumping*, tanto pela Camex, quanto pela OMC, organismos responsáveis pelas aplicações dessas medidas<sup>16</sup>, para tratar da subsunção dessa metodologia ao cálculo do dano nas ações privadas de reparação.

Nos termos do artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio de 1947 (GATT), inserido no ordenamento brasileiro por meio do Decreto n. 1.335/94, considera-se *dumping* a introdução de um produto em um país com um valor abaixo do normal, fixado no país de origem. Por sua vez, as medidas ou direitos *antidumping* resumem-se na “imposição de direitos aduaneiros sobre produtos de empresas que discriminam mercados” que “se materializam na cobrança de valores adicionais no momento da importação do produto” (BARRAL e BROGINI, 2007, p. 34).

As medidas *antidumping* são aplicadas por meio do cálculo da diferença entre o preço considerado um valor normal do produto similar em operações comerciais normais e o valor do produto que teve a prática de *dumping*.

De acordos com o art. 8º do Decreto n. 8.058/13, “[c]onsidera-se ‘valor normal’ o preço do produto similar, em operações comerciais normais, destinado ao consumo no mercado interno do país exportador”. Já o produto similar, nos termos do art. 9º da mesma norma, é “o produto idêntico, igual sob todos os aspectos ao produto objeto da investigação ou, na sua ausência, outro produto que, embora não exatamente igual sob todos os aspectos, apresente características muito próximas às do produto objeto da investigação”.

No caso, similar às ações de reparação de danos, a simples prática do ilícito – aqui, *dumping* – não é suficiente para que sejam aplicadas as medidas. No caso, nesse tipo de ação também é necessário, além da comprovação da prática de *dumping*, a do dano sofrido pela indústria doméstica e o nexo causal entre o dano e a prática.

Assim, seria um possível uso do método de cálculo do preço de um produto similar àquele que foi cartelizado, de forma que o dano poderia ser calculado por meio da diferença entre o valor do produto cartelizado e o valor normal do produto similar, o que também evitaria a necessidade de quebra de confidencialidade dos documentos do Acordo de Leniência.

Essa sugestão surge da adaptação da prática da Suprema Corte Alemã,

---

<sup>16</sup> No Brasil, compõe o sistema de defesa comercial a Secretaria de Comércio Exterior (Secex), por meio do Departamento de Defesa Comercial (Decom) e da Câmara de Comércio Exterior (Camex). De acordo com os arts. 5º e 6º do Decreto n. 8.058/13, compete à Decex iniciar e encerrar a investigação, enquanto o Decom conduz a investigação no âmbito de processo administrativo. Por sua vez, a Camex deve aplicar os direitos antidumping com base no parecer final elaborado pelo Decom.

pois a adoção de um mecanismo mais próximo do sistema alemão seria equiparado justamente àquele usado para apurar a prática de *dumping*.

No caso, a referida corte calcula o preço de um produto cartelizado com o preço do mesmo produto em um mercado relevante no qual o cartel não ocorreu, recorrendo ao conceito de mercado comparativo, o que permite que as ações de reparação de danos não utilizem os documentos oriundos da leniência (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 23). Nesta jurisdição, a investigação da prática de preços superiores a preços de exportação no país exportador é realizada em países em que não há livre concorrência, caso no qual se recorre comparativamente a mercados livres em que o produto é comercializado (FERRAZ JÚNIOR, 2017, p. 27).

Tendo em vista que a Alemanha é uma das jurisdições em que os tribunais mais têm limitado a divulgação de documentos oriundos de acordos de leniência (CADE, 2016d), essa solução conseguiria ultrapassar a atual controvérsia, já que salvaguarda o sigilo de documentos provenientes de acordos e, ao mesmo tempo, atende a pretensão de busca de uma indenização, já que não é exigida uma certeza rigorosa na quantificação do dano, mas tão somente uma consideração aproximada e média (FERRAZ JÚNIOR, 2013, 27).

Assim como o primeiro método sugerido, reconhece-se que esta forma de cálculo tem problemas: uma vara comum não tem o *know how* da Camex, de forma que é preciso saber se o judiciário consegue fazer esse trabalho especializado; ainda, é preciso analisar como seria feita a avaliação dos produtos similares de outras jurisdições e se isso acarretaria em uma demora para a conclusão da ação de indenização – o que também é um problema.

Ainda assim, com todas as críticas e problemas, entende-se ser melhor trabalhar no aprimoramento do cálculo do que alterar o sistema de incentivos do programa de leniência. Com os exemplos mencionados, a confidencialidade seria respeitada e a produção de provas e a efetividade das ações cíveis de reparação de danos não seriam afetadas. Destaca-se, ainda, que esses métodos manteriam a atual estrutura de incentivos do programa de Leniência.

#### 4.3 Sugestões para o Poder Judiciário

Após a apresentação das alternativas voltadas para o cálculo do dano, vislumbra-se para o Poder Judiciário a adoção de outras medidas que ampliariam a proteção na esfera civil.

A título de sugestão, é possível que o Judiciário, ao invés de impedir as ações de reparação de danos, conceda um determinado desconto no valor final da indenização a ser paga pelas empresas que ressarciram os consumidores

de forma efetiva e voluntária.

Da mesma forma que as ações negociais trouxeram inegáveis benefícios e aumento de eficiência na atuação do Cade, é possível a adoção de mecanismos de negociação para que, similar ao Reino Unido, exista um mecanismo de reparação voluntária para facilitar o ressarcimento de danos concorrenciais (naquela jurisdição denominado “*voluntary redress scheme*”), que pode fomentar as ações privadas.

Trata-se de um plano de reparação de danos civis que dispensa os consumidores lesados de acionar o Judiciário, de modo que o participante do cartel que colaborar no âmbito da mediação terá reduzido o valor da multa imposta como forma de retribuir a parte disposta a indenizar os consumidores lesados (CADE, 2016e.).

Como o Signatário da leniência é o primeiro a reportar a conduta à autoridade concorrential, dessa forma haveria um incentivo para este colaborador ser, de igual forma, o primeiro a propor um acordo na esfera cível. Nesse sentido, seria interessante existir a previsão de recebimento de benefícios referentes a diminuição do valor final a ser pago a título de ressarcimento de danos.

Na Alemanha, por exemplo, esses acordos são considerados “como um ‘bônus’ no cálculo da multa administrativa final (desconto de 15%)” (2016e). No caso, esses acordos objetivam amortecer os custos do litígio no Judiciário e a assimetria de informações enfrentada pelos consumidores afetados, bem como a favorecer o beneficiário da leniência também no Judiciário, mas somente na medida de sua cooperação (CADE, 2016e). O mesmo poderia ser aplicado no Brasil com as devidas adaptações ao sistema jurídico nacional.

## **5. Conclusão**

O trabalho apresentou o combate a cartéis por meio de instrumentos negociais, notadamente o Acordo de Leniência, apresentando aspectos básicos do programa com o devido destaque para confidencialidade do acordo e das provas trazidas ao Cade pelos colaboradores.

Além disso, tratou das ações privadas de reparação de danos pela prática de cartel e como, nos moldes da atual legislação, os legitimados para propor tais ações precisam ter acesso aos documentos aos quais o Cade tem posse, muitas vezes obtidos por meio da celebração de Acordo de Leniência. Tais documentos serviriam para provar (i) a existência do ilícito; (ii) o dano causado; e (iii) o nexo causal.

Tendo em vista que, a fim de resguardar a confidencialidade de tais

informações e proteger o contínuo sucesso do Programa de Leniência, a Autoridade se posiciona de maneira que tais informações continuem com acesso restrito, o trabalho apresenta algumas propostas para solucionar e transpor as barreiras ao efetivo *enforcement* privado.

Em relação a (i) existência do ilícito, nos mesmos moldes sugeridos pelo Cade, propõe-se que as decisões do Cade sejam consideradas prova *prima facie* da prática de cartel. No que se refere ao (ii) dano causado, entende-se que o Judiciário deva reconhecer que o cartel é um ilícito *per se*, não sendo necessário comprovar o dano por ele causado aos consumidores (nexo causal), já que a sua prática leva, invariavelmente, à prejuízos aos consumidores e à concorrência.

Contudo, a principal contribuição deste artigo consiste na proposta de cálculo da indenização e extensão do dano. Haja vista não existir jurisprudência consolidada sobre a matéria, sugere-se que o Poder Judiciário adote os seguintes métodos para obter os valores aproximados: (a) alíquota de 15% a 20%, nos termos dos estudos da OCDE e/ou alíquotas previstas em estudos de John Connor, com a ressalva que deve ser dada preferência às alíquotas dos estudos da OCDE; ou (b) cálculo análogo ao usado no âmbito de medidas *antidumping*, através da identificação de um produto similar em um mercado não cartelizado.

Por fim, ainda é possível que o Poder Judiciário estabeleça mecanismos de negociação para facilitar a reparação voluntária dos danos causados, podendo ser adotado, inclusive, um sistema de descontos progressivos aos primeiros interessados em proceder com a reparação efetiva e voluntária.

## 6. Referências

ANDRADE, Diogo Thomson de. A Lei 12.529/11 e o combate a cartéis no Brasil: avanços e perspectivas. In CARVALHO, Vinícius M (org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. p. 271-286.

BARRAL, Welber. BROGINI, Gilvan. **Manual Prático de Defesa Comercial**. São Paulo: Lex Editora, 2007.

BOYER, Marcel; KOTCHONI, Rachidi. *How much do cartel overcharge?* 2015. Disponível em: [http://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/wp/2015/cartel\\_overcharges.pdf](http://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/wp/2015/cartel_overcharges.pdf)

BRANDENBURGUER, Adam. *Cooperative game theory: characteristic functions, allocations, marginal contribution*. 01 abril. 2007. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/8499/0a1e168debbd5fade5b6af2dfa022e521d>

9f.pdf. Último acesso em 03 de julho de 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Balanco 2016**. Janeiro/2017. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apresenta-balanco-de-suas-atividades-em-2016/apresentacao-balanco-2016.pdf>>. (CADE, 2016a)

\_\_\_\_\_. **Consulta Pública n. 05/2016**. 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)>. (CADE, 2016b)

\_\_\_\_\_. **Exposição de motivos da Consulta pública n. 05/2016**. 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)>. (CADE, 2016c)

\_\_\_\_\_. **Guia - Programa de leniência antitruste do Cade**. Maio/2016. 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)>. (CADE, 2016d)

\_\_\_\_\_. **Guia – Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Maio/2016. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17). (CADE, 2016e)

\_\_\_\_\_. **Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE**. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9I4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU\\_mXg](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9I4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg)>. (CADE, 2016f)

\_\_\_\_\_. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **A determinação de dumping no processo de defesa comercial**. Bárbara Medrado Dias Silveira, et al; (orgs.). Departamento de Defesa Comercial – Brasília: MDIC/SECEX/DECOM, 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.554.986 – SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Terceira Turma. 08/03/2016, DJe 05/04/2016.

CAIXETA, Débora. **O cartel, o dano e a responsabilidade civil: ação civil pública como mecanismo de execução privada do direito concorrencial**. Brasília, 2012.

CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil**

**Concorrencial: a Busca pela Efetiva Reparação de Danos.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10470>>. Último acesso em 12 de janeiro de 2017.

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

CONNOR, John M.. *Price-fixing overcharges: legal and economic evidence*, American Antitrust Institute Working Paper n. 04-05, 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1103516> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1103516>

CONNOR John M.; LANDE, Robert H.. *Cartel Overcharges and Optimal Cartel fines*. Issues in Competition Law and Policy, S.W. Waller (ed.). Volume 3, AMA Section of Antitrust Law, 2008, capítulo 88, p. 2203-2218.

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **O Interesse Público no Antidumping.** Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

GALVANI, Marina Sampaio. **A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial.** In Ideias em Competição – 5 anos do prêmio IBRAC-TIM. São Paulo: Editora Singular, 2015. P. 457–477.

*International Competition Network. Chapter 2 – Drafting and implementing an effective leniency policy.* In *Anti-cartel enforcement manual*. Abril de 2014. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>>. Último acesso em 20 de janeiro de 2017.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira.** In Revista de Defesa da Concorrência, p. 11-31. Novembro 2013, Vol. 1, n. 2. Disponível em: <<file:///C:/Users/a/Downloads/75-415-3-PB.pdf>>. Último acesso em 25 de janeiro de 2017.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil.** Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010. Disponível em: <[file:///C:/Users/a/Downloads/Bruno\\_Oliveira\\_Maggi\\_Dissertacao\\_O\\_cartel\\_e\\_seus\\_efeitos\\_no.pdf](file:///C:/Users/a/Downloads/Bruno_Oliveira_Maggi_Dissertacao_O_cartel_e_seus_efeitos_no.pdf)>.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. GRANDIS, Rodrigo de. Programa de leniência antitruste e repercussões criminais: desafios e oportunidades recentes. In CARVALHO, Vinícius M (org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência.** São Paulo: Singular, 2015. 287-304.

Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento – OCDE.

***Relationship between public and private antitrust enforcement.*** 15 de junho de 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=D AF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=D AF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En)>. Último acesso em 22 de janeiro de 2017.

Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento – OCDE. **Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws.** 09 de abril de 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>>.

Organização Mundial do Comércio – OMC. **General Agreement on Tariffs and Trade 1994.** Disponível em: [https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/analytic\\_index\\_e/gatt1994\\_01\\_e.htm](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/gatt1994_01_e.htm). Último acesso em 04 de abril de 2017.

RIBAS, Guilherme Corvo Favaro. **Processo administrativo de Investigação de cartel.** São Paulo: Singular, 2016.

SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. **Mecanismos de proteção ao programa de leniência brasileiro: um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do Direito Europeu.** In *Ideias em Competição – 5 anos do prêmio IBRAC-TIM.* São Paulo: Singular, 2015. P. 433–455.

TAVARES, Mariana Conceição. **A proteção dos documentos de leniência no âmbito de ações de indenização por violação das regras de concorrência na União Europeia.** In *Revista de Direito da Concorrência*, p. 32-44. Novembro de 2013, Vol. 1, n. 2.

União Europeia. **DIRETIVA 2014/104/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO**, de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DE>.