

A batalha pela concorrência



Por ALESSANDRO OCTAVIANI*

Defesa da Concorrência no Poder Judiciário: passos lentos em caminhos largos.

O Poder Judiciário brasileiro tem sido chamado a cumprir relevante papel na concretização do comando constitucional que determina a existência de um saudável processo concorrencial. Juízes têm (i) decidido sobre condutas ou estruturas anticoncorrenciais e suas consequências indenizatórias e (ii) atuado como revisores de decisões administrativas do Cade e outros órgãos com competência para zelar pela concorrência.

No combate às condutas econômicas lesivas à coletividade, o Poder Judiciário pode, por exemplo, (i) ser a primeira arena de batalha ou, (ii) posteriormente, o *locus* no qual os prejudicados que vieram a saber-se vítimas – depois de investigação do Cade ou outras autoridades – adentram em busca de tornar-se indenes, munidos (iii) de prova com altíssima robustez e legitimidade ou (iv) declarações em sistema de acordos que, objetivamente, em razão de Ordem Pública, significam assunção das condutas investigadas, levando diretamente a obrigações indenitárias.

Tal articulação entre esfera administrativa e judicial não existe somente no Brasil, como se pode observar na experiência europeia e estadunidense, cujo objetivo precípuo é modular a disciplina jurídica dos mercados de modo a afastar e punir severamente comportamentos predatórios.

Europa e EUA diminuem os custos probatórios das vítimas - decisão administrativa no Poder Judiciário: “prova irrefutável”, “reparação integral” e “ressarcimento em triplo”

Nos Estados Unidos, desde 1914, com o *Clayton Act*, é garantido o direito de petição e pleito indenizatório a qualquer sujeito de direito que sofra, em razão de condutas proibidas pela disciplina antitruste, danos em seu negócio ou propriedade, articulando-se uma longeva tradição pelo “ressarcimento em triplo”, os *treble-damages*, historicamente um potente instrumento de desencorajamento de comportamentos abusivos em mercado. Dada essa tradição – mais do que centenária nos EUA –, o Poder Judiciário é, muitas vezes, a primeira opção das vítimas.

A experiência europeia apresentou uma evolução em que, dada a necessidade de afastar a delinquência concorrencial, articulou-se de modo intenso a esfera administrativa e judicial: se os delinquentes econômicos forem pegos pela autoridade administrativa, o caminho para serem obrigados a indenizar as vítimas será muito curto, com inúmeras presunções em favor dos lesados e contrárias aos praticantes de ilícitos. Em 2008, a Comissão Europeia exarou o “Livro Branco sobre ações de indenização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitruste”^[1], no qual explicita que “qualquer cidadão ou empresa que sofra um dano em consequência do incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust (artigos 81.º e 82.º do Tratado CE) deve ter a possibilidade de exigir reparação a quem causou o dano”.

Verificada a infração pela Comissão Europeia, as vítimas podem, “por força de uma jurisprudência constante e do n.º 1 do artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, basear-se nesta decisão como uma prova irrefutável no âmbito de uma ação cível de indemnização”. A concorrência saudável é um bem do mais alto interesse público, e os praticantes do ilícito via de regra possuem grande capacidade de, simultaneamente, lesionar tal interesse (danificando severamente também os

demais participantes do mercado) e sustentar suas defesas com competentes e numerosas equipes de advogados, economistas e outros especialistas, por muito tempo. Para (i) trazer algum reequilíbrio entre vítimas e predadores ilegais e (ii) também emitir uma lição adequada, com capacidade dissuasória para o futuro, a fim de que (iii) não se repita o ilícito ou (iv) terceiros não pensem em fazer algo análogo, a decisão da autoridade administrativa ganha um enorme peso junto ao Poder Judiciário, definindo-se que, em cada um dos Estados nacionais integrantes da União, as decisões das autoridades nacionais de concorrência também configuram “provas irrefutáveis da infracção nas acções cíveis de indemnização subsequentes por infracção das regras *antitruste*”.

Em 2014, na conhecida “Diretiva dos Danos”^[21], completou-se um longo ciclo de amadurecimento em que se consagrou que “pessoas singulares ou coletivas que sofram danos causados por infrações ao direito da concorrência possam pedir e obter a reparação integral desses danos”, entendida tal “reparação integral” como a que “coloca a pessoa que sofreu danos na posição em que estaria se a infração ao direito da concorrência não tivesse sido cometida”.

Nessas duas experiências jurídicas, a europeia e a estadunidense, busca-se (i) unidade e complementariedade entre as esferas judicial e administrativa, (ii) em que a tutela administrativa sirva como “olhos constantemente vigilantes”, (iii) instrumentalizando de maneira eficaz a tutela judicial, encurtando sobremaneira os prazos, procedimentos e custos probatórios, sempre em defesa da coletividade, das vítimas, e contrariamente aos delinquentes econômicos. A Ordem Pública Econômica não é algo abstrato, fora da vida das empresas ou dos indivíduos. É algo que ordena a vida particular e que, portanto, materializa-se concretamente em tais patrimônios jurídicos, determinando caminhos a serem seguidos e sanções aos que deles se desviam. Acelerar e garantir o recebimento de indenização ao privado prejudicado por quebra da Ordem Pública é uma das facetas de garantia dessa própria Ordem, e não, meramente, “questão privada”.

Poder Judiciário e Defesa da Concorrência no Brasil: disciplina jurídica e números recentes

A Ordem Econômica Constitucional brasileira (i) estabelece “objetivos” e “fins” para o tecido econômico, (ii) para o qual o processo concorrencial deve ser um instrumento, (iii) gestando, assim, dotações institucionais ao Poder Judiciário a fim de que seja um disciplinador dos mercados no que tange ao ajustamento das indenizações, (iv) com nítido potencial pedagógico e dissuasório.

A junção da dicção constitucional do art. 173, §4º (“a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”), com o art. 5º, inciso XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), ganha em concretude com a Lei nº 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência”), art. 1º, parágrafo único, que define como titular da tutela **a própria coletividade**, tratando, então, da concorrência como questão de Ordem Pública Econômica. O adensamento de juridicidade de uma tutela com tal dignidade torna-se factível somente com um bem montado e eficaz sistema indenitário, sob pena de erosão dos interesses da coletividade e, nos casos concretos, dos indivíduos que, simultaneamente, expressam-na e a integram. Afirmar que (i) o titular do direito é a coletividade e, simultaneamente, (ii) não propiciar que os integrantes da coletividade tenham seus patrimônios protegidos ou (iii) não propiciar que participem da defesa da própria Ordem Pública, auxiliando a perseguição dos infratores, (iv) significa erodir o próprio sentido de coletividade, (v) tornando abstrato, artificial e dormiente algo que é concreto, orgânico e vibrante.

Por isso, o art. 47 da Lei 12.529/2011 autoriza aos prejudicados por infrações à Ordem Econômica o ingresso 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”. O lesado torna-se, quando contendor contra os praticantes de ato ilícito perante a Ordem Econômica, defensor da própria Ordem Pública – que não deveria ter sido atacada –, do que decorrem diversos comandos legais, como os contidos nos arts. 11, X, e 13, XVII, segundo os quais compete aos Conselheiros do Tribunal do Cade e à Superintendência Geral do Cade “prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento dos processos, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais” (o que também inclui as informações em ações judiciais em que o Cade é parte – demandante ou demandada – perante outras competências do Poder Judiciário que não aquela requisitante da

informação, o que deve ser feito por meio de sua Procuradoria, em Juízo).

O sistema de proteção à concorrência e às vítimas e de combate aos predadores completa-se com comandos como (i) os do art. 93, que atribui às decisões do Tribunal do Cade natureza de título executivo extrajudicial, (ii) os do art. 85, §8º, que atribui aos termos de compromisso de cessação (TCCs) natureza de título executivo extrajudicial, ou (iii) os do art. 95, §2º, segundo o qual indenizações por perdas e danos, causadas por infrações à ordem econômica, far-se-ão sem prejuízo de multas.

Entretanto, os números referentes a medidas judiciais para indenizações por atos anticoncorrenciais no Brasil ainda são tímidos, como aponta a Superintendência Geral do Cade ao analisar a “articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas”, na Nota Técnica SG nº 24/2016^[3].

Em recente estudo, foram mapeadas aproximadamente 50 ações de reparação de danos concorrenceis, entre a data de início da vigência da Lei 8.884/94 e 30 de agosto de 2020, das quais cerca de 70% teriam sido ajuizadas perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo^[4]. A tutela administrativa encontra-se em estágio muito mais adiantado, dado que, apenas entre 2018 até o momento, foram julgados cerca de 80 (oitenta) processos administrativos e de 100 (cem) requerimentos de TCC^[5].

As razões dessa pouca quantidade de medidas judiciais são várias, e passam, por exemplo, (i) pela ausência de cultura nesse tipo de litigância até (ii) interpretações da autoridade concorrencial que têm dificultado o acesso a provas que tornariam as ações muito mais sólidas e manejáveis.

Melhorando a tutela judicial da Ordem Pública Econômica e garantindo o direito à indenização contra os infratores: Início do prazo prescricional e Valor probante do TCC

A concretização constitucional da defesa da concorrência demanda que inúmeros institutos ganhem interpretação vertida à sua eficácia, espraiando para o tecido econômico as determinações e garantias de Ordem Pública, o que pode ser particularmente exemplificado (i) na determinação do *dies a quo* para ações indenizatórias por dano concorrencial e (ii) o efeito probante cogente do Termo de Cessação de Conduta – TCC firmado perante o Cade.

O prazo prescricional das ações reparatórias segue os comandos do Código Civil, sendo de três anos para a responsabilidade extracontratual (CC, art. 206) e de dez anos (CC, art. 205) para responsabilidade contratual. Dada a realidade, absolutamente corriqueira, de as vítimas só se saberem vítimas de tais sofisticados ilícitos no momento da conclusão da investigação do Cade, com a condenação administrativa dos infratores ou sua divulgação pela imprensa, a disciplina jurídica da data de início do prazo, para fins de proteção da Ordem Pública e não do praticante do ilícito, como postula Pontes de Miranda, deve integrar e submeter o Código Civil, artigo 189, à Constituição. A dicção do comando (“violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”) deve ser lida com sua sábia lente, quando, há muito, afirmava que “o fundamento da prescrição é proteger o que não é devedor e pode não mais ter prova da inexistência da dívida; e não proteger o que era devedor e confiou na inexistência da dívida”^[6].

Por isso - por razões de Ordem Pública Econômica - os ilícitos anticoncorrenciais - inúmeras vezes verdadeiras maquinações manufaturadas para, deliberadamente, permanecerem em segredo, ou que precisam de notável esforço de autoridade pública para serem desvendadas - posicionam a “violação do direito” no momento da “ciência da violação de tal direito”. O termo inicial da prescrição em casos que envolvem regras de Ordem Pública Econômica ou de direitos transindividuais é também insculpido (i) no Código de Defesa do Consumidor, artigo 27 (“Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”), ou (ii) no manancial de decisões sobre tutela de direito ambiental do Superior Tribunal de Justiça, que reconhecem a aplicação da *actio nata subjetiva*^[7].

O regramento da prescrição para ações de reparação de danos concorrenceis, por exemplo, na União Europeia,

a terra é redonda

harmonizado pela já referida “Diretiva dos Danos”, de 2014^[8], tem exatamente a mesma opção legislativa. A contagem dos prazos se inicia apenas quando há conjunção de determinados fatores, acolhendo a teoria da *actio nata*, “do desembaraço cognitivo”: (i) a cessação da infração, (ii) o conhecimento pelo prejudicado sobre a ocorrência do(s) ato(s) ilícito(s) e sua caracterização como ilícito concorrencial, (iii) o conhecimento sobre a ocorrência de danos e (iv) o conhecimento sobre a identidade do infrator (autor do ilícito).

No Brasil, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem, acertadamente, afirmado que o prazo passa a correr após a decisão do Cade, como dá exemplo o Agravo de Instrumento 2086289-72.2018.8.26.0000, de Relatoria do Desembargador Caio Marcelo Mendes de Oliveira (32ª Câmara de Direito Privado; Julgado em 11/10/2018; Data de Registro: 11/10/2018). O instrumento pelo qual se expressa a decisão final da autoridade administrativa (se decisão de condenação, de arquivamento do processo - em razão de cumprimento de Termo de Compromisso de Cessação ou Acordo de Leniência - ou sobre embargos declaratórios esclarecedores de tais decisões, por exemplo) pode ser variado, mas é a partir da decisão terminativa que, logicamente, considera-se formada a cognição suficiente sobre o que a autoridade administrativa considerou danoso à Ordem Pública, ensejando o sistema reparatório da Lei 12.529/11.

Do mesmo modo que, como visto acima, experiências internacionais incentivam as medidas judiciais indenizatórias, buscando concretizar os comportamentos almejados para a Ordem Pública (que, assim, vê-se espraiada e concretizada capilarmente), no Brasil há diversos instrumentos para cumprir tal função, como a ferramenta do Termo de Compromisso de Conduta - TCC e seus efeitos probantes cogentes, disciplinados, entre outros, pela Lei nº 12.529/11, art. 85.

Utilizando-se do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta - TCC, o Cade tem a competência para “tomar do representado compromisso de **cessação da prática** sob investigação ou dos seus **efeitos lesivos**”. Sem meias palavras, quem assume esse compromisso “de cessar sua prática” ou “cessar os efeitos lesivos de sua prática” obrigatoriamente, de maneira objetiva, está assumindo que sua prática era ilícita, pois o Estado jamais poderia obrigar alguém a parar de fazer algo lícito ou cessar efeitos virtuosos.

A disciplina jurídica do TCC, de Ordem Pública Econômica, determina ser compulsório, também nos termos do Regimento Interno da autarquia, art. 225, o reconhecimento do ilícito, dado que, para o firmamento do acordo, deve-se “necessariamente conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário”. A conduta (i) investigada, (ii) reconhecida e que (iii) deve necessariamente ser cessada, jamais será, por óbvio, uma conduta lícita, porque seria uma ignomínia o Estado de Direito investigar e exigir reconhecimento e cessação de uma conduta lícita. O ordenamento brasileiro não é o do regime nazista ou da antiga URSS, onde tais horizontes eram possíveis. O Estado tem o poder-dever de impedir o prosseguimento do ilícito, não do lícito. Se tem o poder-dever de cessar determinada conduta é porque ela era, por lógica, ilícita.

Portanto, pelo livre exercício da faculdade de adentrar ao sistema de acordos para cessação de práticas ilícitas, os signatários do TCC, por declaração unilateral de vontade, criam situação jurídica em que outros (os danificados pela prática ilícita, que os predadores concordaram em cessar) são diretamente interessados, tendo tais danificados incorporado, em seu patrimônio jurídico, tal declaração das praticantes do ilícito, o que, automaticamente e de maneira objetiva, com efeitos cogentes de Ordem Pública, (i) autoriza os danificados a pleitear indenização e (ii) obriga o Poder Judiciário a conceder, em regime semelhante, por exemplo, ao dos direitos formativos ou potestativos.

Dado (i) o recurso a tempos verbais como o futuro do pretérito e o abuso de condicionais (“poderiam”, “teriam feito” etc.) nas redações de alguns TCCs, (ii) muitas das investigadas que (iii) reconheceram a participação na conduta pelas quais eram investigadas e (iv) comprometeram-se a cessar tais condutas, (v) quando inquiridas em juízo têm afirmado (vi) que “não reconheceram o ilícito”, (vii) o que levaria a uma insólita situação, pois, (viii) se não reconheceram a prática da conduta investigada e concordaram em cessá-la, (ix) simplesmente não houve acordo lícito com a autoridade administrativa, (x) o TCC não tem satisfeitas suas condições de existência, validade e eficácia e, (xi) portanto, ainda está pendente seu processo perante o Cade, (xii) que não se extinguiu por falta de ato jurídico perfeito essencial e indispensável.

O limite da interpretação é o absurdo, como se sabe. Adentrar a um sistema repleto de pressupostos objetivos, em uma esfera, e depois afirmar, em outra, que jamais tais pressupostos objetivos foram cumpridos, esbarra nesse limite. Está-se, em verdade, diante de notado *venire contra factum proprium*.

a terra é redonda

Uma boa medida de defesa da Ordem Pública, para o Cade, seria barrar, no momento de conclusão dos TCCs, escolhas redacionais propiciadoras de sinuosas e sibilinas defesas em Juízo por parte das investigadas, sendo direto, explícito e o mais simples possível em seus clausulados; para o Judiciário, em casos nos quais, depois de terem adentrado a um sistema de acordos em que são obrigadas a cessar o ilícito, afirmam que nunca o praticaram, basta, mesmo e simplesmente, aplicar a lei e a lógica do Estado de Direito.

***Alessandro Octaviani** é professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da USP e ex-membro do Tribunal do Cade. Autor, entre outros livros, de Estudos, Pareceres e Votos de Direito Econômico (ed. Singular).

Publicado originalmente no site do [Consultor Jurídico](#).

Notas

[1] Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52008DC0165>.

[2] Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014.

[3] Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Processo nº 08700.007888/2016-00. Articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas: estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessação (TCC) no Brasil.

[4] FERNANDES, Luana Graziela Alves. *Passing on defense: jurisprudência brasileira atual em ações de reparação de danos por cartel*. Revista do IBRAC, nº 1, 2021, p. 23-4.

[5] Disponível em <<http://cadenumeros.cade.gov.br>>. Acesso em 04 jun. 2021.

[6] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI. Atualizado por Tilman Quarch, Jefferson Carús Guedes, Otávio Luiz Rodrigues Junior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 219.

[7] Cf., entre tantas: Superior Tribunal de Justiça. REsp 1346489/RS. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em 11/06/2013. DJe 26/08/2013.

[8] “Diretiva dos Danos” (Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014), artigo 10º.