

RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL: DESENVOLVIMENTO DE UMA AGENDA DE FOMENTO À REPARAÇÃO CÍVEL DE INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

*TORTS IN COMPETITION LAW: PROMOTING
THE RECOVERY OF LOSSES DUE TO
VIOLATIONS OF THE ECONOMIC ORDER*

CARLOS EMMANUEL JOPERT RAGAZZO

Estágio pós-doutoral em Direito da Concorrência e Política Regulatória na *University of California at Berkeley* (UCB). Doutor em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto e membro do corpo permanente do Mestrado da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Carlos.Ragazzo@fgv.br

Recebido em: 06.06.2020
Aprovado em: 21.02.2021

ÁREAS DO DIREITO: Civil; Financeiro e Econômico

RESUMO: Reconhecida como ferramenta para dissuasão de futuras práticas anticoncorrenciais, a reparação cível dos danos causados por cartéis possui diferentes estágios de desenvolvimento no mundo. Na União Europeia, após longos debates, a Diretiva 2014/104/EU é tida como um mecanismo com grande potencial para promover a reparação antitruste privada. No Brasil, por outra via, embora haja alguns esforços recentes, o debate ainda se encontra em estágio inicial. Com o uso de metodologias quantitativas e qualitativas, o artigo objetiva debater as expectativas e desafios para a ampliação das ações de ressarcimento no país. Com atenção às contradições inerentes à persecução privada e pública, sobretudo no que se refere aos acordos de leniência, o artigo pretende contribuir para fomentar o debate sobre a responsabilização privada no Brasil.

ABSTRACT: Recognized as a feature to disincentive future anticompetitive practices, recovery of losses due to damages caused by cartel arrangements has had different stages of development in the world. In the European Union, after lengthy discussions, Directive 2014/104 / EU presents itself as a mechanism with great potential to promote private enforcement. In Brazil, on the other hand, although there are some recent efforts, the debate is still at an early stage. With the use of quantitative and qualitative methodologies, the article aims to discuss the expectations and challenges for the expansion of private reimbursement actions in the country. Attentive to the contradictions inherent to private enforcement and public prosecution, especially in relation to leniency agreements, the article aims to contribute to fostering the debate on private enforcement in Brazil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Concorrência – Responsabilidade Civil – Reparação Privada.

KEYWORDS: Competition Law – Torts – Private Litigation.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Análise das medidas de fomento da Comissão Europeia às Ações de Reparação Civil por infração concorrencial. 1.1. Processo de discussão da Diretiva Europeia: livro verde (identificação dos problemas). 1.2. Processo de discussão da Diretiva Europeia: livro branco (propositura de soluções). 1.3. Decisão política europeia sobre ações de reparação civil: Diretiva 2014/104/EU. 2. O cenário brasileiro: da consolidação da política de leniência e de acordos (TCCs) ao fim do obstáculo institucional à responsabilidade civil concorrencial. 3. *Status* dos avanços normativos no fomento à responsabilidade civil concorrencial no Brasil. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) tem sido amplamente reconhecido pelo seu trabalho na análise de atos de concentração e na investigação de condutas anticompetitivas. Esse destaque se dá, notadamente, nos casos de cartel, em função do desenvolvimento de técnicas sofisticadas de investigação, sobretudo o acordo de leniência. Por meio dele, uma parte apresenta elementos de materialidade e autoria da conduta e recebe, em contrapartida, imunidade tanto na esfera administrativa, como na esfera criminal. Além disso, o CADE também desenvolveu um sistema em que companhias e indivíduos podem fazer acordos nas situações em que a leniência não é cabível, viabilizando descontos em troca de colaborações em processos.

Parte desse avanço foi consolidado a partir da Lei 12.529/2011, que trouxe melhorias expressivas à defesa da concorrência no Brasil. Dentre as principais contribuições estão a nova configuração do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC¹, a submissão prévia de atos de concentração e a melhoria da estrutura de pessoal da autarquia².

Existe, no entanto, uma área em que a política concorrencial não tem conseguido avançar de maneira satisfatória no Brasil: ações de responsabilidade civil por danos decorrentes de infrações antitruste. Embora essa possa ser uma possibilidade relevante de ressarcimento por parte de consumidores e de clientes, especialmente em casos de cartéis, (tendo em vista os possíveis valores envolvidos em práticas ilícitas

1. Congrega-se, no mesmo órgão, atividades de investigação e julgamento que, embora separados para garantir o duplo grau, passam a ser dotados de autonomia.
2. GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação privada da Lei Antitruste no Brasil. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 5, n. 1, maio 2017. p. 206.

procurando promover alterações normativas para gerar o incentivo necessário para que esse novo ciclo chegue ao Brasil de forma significativa nos próximos anos. Isso acontece até mesmo como forma de aumentar a percepção de perseguição concorrencial nos casos de cartel, não obstante os riscos, já comentados neste artigo, relacionados à política de leniência que podem vir associados.

Nesse sentido, parece óbvio que existem três principais pontos endereçados no cenário internacional (especificamente na União Europeia, mas, em certa medida, um reflexo do que se observa em outras jurisdições, como os Estados Unidos, em que o número de ações é bastante representativo há muitos anos) e, agora no Brasil, que constroem a espinha dorsal da política de fomento às ações indenizatórias: (i) segurança e previsibilidade nos prazos prescricionais (matéria proposta no Projeto de Lei do Senado 283, de 2016); (ii) acesso aos documentos que auxiliem a comprovação dos requisitos de responsabilidade (matéria que acabou sendo disposta na Resolução 21/2018); e (iii) graus de proteção para os signatários dos acordos de leniência e/ou de TCCs (ponto que acabou sendo tratado de forma compartilhada pela Resolução 21 e pelo Projeto de Lei do Senado 283).

Algumas particularidades do cenário brasileiro podem ainda ser muito relevantes para que o número de ações privadas cresça. Considerando que existem diversos cartéis em que os consumidores do produto ou serviço com sobrepreço estão pulverizados, seria interessante ver como Ministério Público, Defensoria Pública e também as associações de defesa do consumidor vão se movimentar diante dessa política mais geral de fomento às ações reparatórias cíveis por danos decorrentes de infrações concorrenciais. Até o momento, não existem programas de divulgação ou mesmo de conscientização acerca dessa possibilidade de reparo. Além disso, também será interessante ver como, nessas circunstâncias, os signatários de acordos de leniência e de TCCs serão protegidos, de forma a evitar impactos negativos nos programas de leniência e de acordos hoje desenvolvidos pelo CADE, sem o que poderá haver riscos ao grau de perseguição pública no país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CADE. Cade investiga cartéis em licitações de infraestrutura e transporte rodoviário em SP. *Notícias CADE*. Brasília, 19 dez. 2017. Disponível em: [<http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-investiga-carteis-em-licitacoes-de-infraestrutura-e-transporte-rodoviario-em-sp>]. Acesso em: 17.06.2019.

CADE. Nota Técnica 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Articulação entre as perseguições 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. 2016. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMtfNw6RSa-WBYnMIjZ1_bzRh-8lkzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuholcgx-BuAiGIdXH-0CI2pcjLZznRWZf0X]. Acesso em: 01.07.2019.
- COELHO, Gustavo Flausino. A reparação civil por danos concorrenciais desafios no Brasil e na União Europeia. *Revista do Ibrac*, v. 22, n. 1, p. 123-139, jan.-jun. 2016.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Livro Branco: sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitruste*. 2008. Disponível em: [<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:-FIN:pt:PDF>]. Acesso em: 03.07.2019.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Livro Verde: Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitruste*. 2005. Disponível em: [<https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/480b628c-5a17-4669-8d-de-91b28e76e43b/language-pt>]. Acesso em: 05.02.2021.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union*. 2013. Disponível em: [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:EN:PDF>]. Acesso em: 10.07.2019.
- EUROPEAN PARLIAMENT. *Amendments by the European Parliament to the Commission Proposal – Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union*. 2014. Disponível em: [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+AMD+A7-2014-0089+002-002+DOC+PDF+V0//em]. Acesso em: 15.07.2019.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 1, n. 2, p. 11-31, nov.-2013.
- GERADIN, Damien; GRELLIER, Laurie-Anne. *Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg?* 2013. Disponível em: [<http://ssrn.com/abstract=2362386>]. Acesso em: 01.07.2019.
- GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação Privada da Lei Antitruste no Brasil. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 5, n. 1, p. 206-230, maio 2017.
- JONES, Alison. *Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US*. 2016. Disponível em: [<https://ssrn.com/abstract=2715796>]. Acesso em: 01.07.2019.

- KERN, Christoph A. *A proteção do consumidor pelos tribunais: desafios dos fenômenos de massa*. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 21, n. 83, p. 223-237, jul.-set. 2012.
- KOMNINOS, Assimakis et al. *Quantifying Antitrust Damages: Towards Non-Bidding Guidance for Courts – Study Prepared for the European Commission*. Publications Office of the European Union, 2009. Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf]. Acesso em: 01.07.2019.
- MATTOUT, Jean-Pierre. *Action de groupe et indemnisation du prejudice*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 18, n. 67, p. 217-225, jan.-mar. 2015.
- MOODALIYAR, Kasturi; REARDON, James F.; THEUERKAUF, Sarah. *The Relationship between Public and Private Enforcement in Competition Law: A Comparative Analysis of South African, the European Union, and Swiss Law*. *The South African Law Journal*, v. 127, n. 1, p. 141-162, jan.-2010.
- OECD. *Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement (Brazil)*. 2015. Disponível em: [www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En]. Acesso em: 05.02.2021.
- OECD. *Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement (Note by the Secretariat)*. 2015. Disponível em: [www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&doclanguage=en]. Acesso em: 05.02.2021.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial, de Marina Sampaio Galvani – *RIBRAC* 26/135-152 (DTR\2014\21448);
- Os termos compromisso de cessação e responsabilidade civil por infrações à ordem econômica, de Lucas Mendes de Freitas Teixeira – *RIBRAC* 21/95-107 (DTR\2012\450107); e
- Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros, de Livia Gândara – *RIBRAC* 21/331-344 (DTR\2012\450335).