

ANÁLISE INSTITUCIONAL DA APLICAÇÃO CÍVEL DA LEI ANTITRUSTE: IMPACTOS SOBRE A ATUAÇÃO DO CADE

Daniel Favoretto Rocha¹

Introdução

A Lei de Defesa da Concorrência (LDC - Lei 12.529/2011) já possui alguns anos de vigência, tendo demonstrado sólida consistência e recorrente aplicação, conforme será exposto adiante.

Como demonstra a experiência regulatória brasileira (SUNDFELD, 2007, pp. 01 e 07-10), o ambiente regulado fica “de olho” nos efeitos e reações a uma nova lei, que pode trazer surpresas em seus primeiros anos de vigência. Em outras palavras, uma nova lei, especialmente quando inovadora, requer cuidados durante seus primeiros anos de vigência, pois o ambiente institucional e o regulado ainda estão avaliando e se acostumando com os efeitos de sua aplicação. Inegavelmente, há certo experimentalismo neste começo.

Apesar das semelhanças entre a lei antitruste anterior (Lei 8.884/1994) e a LDC², esta lei atual foi inovadora, conforme se nota da nova estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e da instituição do modelo de análise prévia de atos de concentração³. Ainda assim, estes primeiros anos de vigência da LDC (até o momento, pouco mais de meia década) resultaram em um ambiente institucional estável, seguro e bem

¹ Daniel Favoretto Rocha trabalha com direito da concorrência no Pereira Neto Macedo Advogados. Bacharel pela FGV Direito SP (Fundação Getúlio Vargas), onde integra grupo de pesquisa em direito da concorrência. Estagiou em Câmara Recursal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

² Basta notar as semelhanças entre a redação dos arts. 20 e 21 da Lei 8.884 e a do art. 36 da Lei 12.529, bem como as semelhanças entre a redação dos arts. 3º, 6º, 7º, 8º da Lei 8.884 e, respectivamente, a dos arts. 4º, 8º, *caput*, 9º, 10 da Lei 12.529. Portanto, muitas previsões legais sobre infrações à ordem econômica e sobre o Tribunal Administrativo do CADE foram mantidas ou pouco alteradas.

³ CADE. Guia para análise prévia de atos de concentração. 2015, p. 05. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf>>

estruturado. Basta considerar as premiações e a reputação que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) adquiriu nestes últimos anos⁴.

No entanto, não é possível afirmar que todas as experiências e efeitos da aplicação da LDC foram exauridos. Uma destas experiências é a aplicação privada da lei, também chamada, aqui, como sinônimo, de aplicação cível da lei antitruste. Conforme se verá adiante neste trabalho, a chamada aplicação privada da lei da defesa da concorrência, seja individual, seja coletiva, é bem discreta no Brasil. O mesmo não se pode dizer de algumas jurisdições estrangeiras, como os Estados Unidos e a União Europeia, onde há considerável *enforcement* privado das leis antitruste⁵.

Este é o objeto da presente monografia. O que este trabalho estudará será a aplicação cível ou privada da LDC, compreendo aqui não apenas a aplicação individual da lei, como, também, a aplicação coletiva. A análise deste objeto de pesquisa utilizará uma perspectiva institucional, pois o que se busca, aqui, é definir os possíveis efeitos de eventual aumento do *enforcement* privado desta lei sobre a atuação do CADE.

Assim, a pergunta que este trabalho responderá é: quais os prováveis efeitos de eventual aumento da aplicação cível da lei antitruste, no Brasil, sobre a atuação do CADE?

Para tanto, esta monografia foi dividida em dois tópicos centrais, além desta introdução e das considerações finais. O primeiro tópico será predominantemente descritivo. Este tópico explicará o que é a chamada aplicação privada da LDC, resumindo seus principais aspectos e contexto legal.

O segundo tópico será a análise do eventual aumento deste tipo de aplicação da LDC sobre a atuação do CADE. Tratará de uma análise de

⁴ No Fórum Econômico Mundial de Davos, em janeiro de 2017, o CADE foi reconhecido como uma das agências antitruste mais eficientes do mundo. Em 2016, o CADE foi premiado como a melhor agência antitruste das Américas, pela revista *Global Competition Review*, e o Guia de Termo de Compromisso de Cessação do CADE foi premiado pela *Antitrust Writing Awards*. Comunicado oficial da Assessoria de Comunicação Social. *Cade é eleito melhor agência antitruste das Américas*. Disponível em <<<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-eleito-melhor-agencia-antitruste-das-americas>>>

⁵ Nos EUA, o número de demandas em matéria concorrencial ajuizadas ultrapassou 700 em 2009 e 2012, e ultrapassou 1.000 em 2008 e 2007. Para saber mais, conferir *Sourcebook of criminal justice statistics*.

perspectiva institucional, identificando possíveis efeitos no dia-a-dia do CADE e em sua relação com demais instituições e agentes do mercado.

Neste tópico, os caminhos que o Brasil está seguindo em matéria concorrencial serão apontados. Com a tendência de judicialização da LDC por meio de demandas individuais e coletivas, o CADE, possivelmente, intensificará sua competência de promover a cultura da concorrência no Brasil. Sua reputação e protagonismo na aplicação da lei antitruste poderão ser acentuados, em razão de sua capacidade de obtenção de provas e do consequente interesse de litigantes privados utilizarem os resultados do processo administrativo para embasarem suas demandas judiciais.

Ademais, o segundo tópico também demonstrará o provável aumento da carga de trabalho sobre o pessoal da autarquia, bem como a discordância existente hoje entre o CADE e o Poder Judiciário em relação ao sigilo de provas obtidas em Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação (TCCs).

Assim, o escopo deste trabalho é fomentar reflexões sobre a aplicação cível da lei antitruste. Com estas reflexões, será possível contribuir para a organização do SBDC e a defesa da concorrência, por meio da previsão de potenciais efeitos do aumento de demandas judiciais sobre o CADE.

Trata, sem dúvida, de uma tarefa arriscada, pois há possibilidade das previsões feitas aqui não se concretizarem. Entretanto, esta pesquisa não almeja, necessariamente, acertar previsões sobre o futuro da atuação do CADE. A contribuição deste trabalho já pode ser obtida no mapeamento feito das mudanças em curso, sobre a aplicação cível da lei, e na reflexão de possíveis impactos, fomentando debate sobre esta questão.

O aparato bibliográfico utilizado para a elaboração deste trabalho é variado, incluindo artigos acadêmicos, obras doutrinárias, precedentes do CADE e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e materiais institucionais do CADE. Uma particularidade é a pesquisa de campo realizada pelo autor deste trabalho, que acompanhou, presencialmente, a audiência pública realizada pelo Ministério Público Federal (MPF) e CADE, em junho de 2017, sobre responsabilidade civil por formação de cartel.

1. Aplicação privada da Lei de Defesa da Concorrência

No Brasil, a aplicação da LDC consiste na defesa da concorrência, cuja finalidade é coibir o abuso de poder econômico, para promover um

ambiente competitivo, reduzir preços, incentivar inovação tecnológica, aumentar a qualidade do que for ofertado e favorecer o consumidor (GABBAY, PASTORE, 2014a, p. 08).

A LDC comporta três formas ou sistemas de aplicação distintos, quais sejam, o administrativo, o penal e o privado/cível (GOUVÊA, 2017, p. 209; GABBAY, PASTORE, 2014a, p. 09). O sistema de aplicação administrativo compete ao SBDC, protagonizado pelo CADE, enquanto o sistema penal compete ao Ministério Público, com regime jurídico do Código Penal, da Lei 8.137/1990 e demais leis criminais aplicáveis (GOUVÊA, 2017, p. 209).

Já o sistema de aplicação cível ou privado é dividido em aplicação individual, quando há tutela de direitos individuais, e aplicação coletiva, quando há tutela de direito individual homogêneo e ajuizamento de ação coletiva pelo MP ou demais instituições legitimadas no Código de Defesa do Consumidor (CDC) (GOUVÊA, 2017, p. 210). Nota-se, portanto, que a chamada aplicação *privada* não se limita à tutela de direitos individuais, compreendendo, também, tutela coletiva.

Juridicamente, a concorrência é um bem jurídico tutelado na forma de direito difuso. Como a aplicação cível da LDC busca satisfazer interesses individuais (daqueles que ajuízam a ação) e individuais homogêneos (individualizáveis), em que a concorrência é causa de pedir, pode-se dizer que o *enforcement* privado da LDC, ao contrário do administrativo e do penal, tutela a concorrência apenas indiretamente.

A aplicação cível da LDC se faz perante o Poder Judiciário, o que, desde já, revela sua particularidade em relação ao sistema administrativo, considerando o já exposto protagonismo do CADE na defesa da concorrência. Conforme se notará no tópico seguinte, o fato do Poder Judiciário ser o ente competente à apreciação da aplicação cível é determinante nos efeitos de eventual aumento do *enforcement* cível da LDC. Ademais, não incluiremos, no conceito de aplicação cível da LDC, eventual judicialização de decisões proferidas pelo CADE, por parte de investigados e condenados no âmbito administrativo.

A aplicação cível da LDC pode envolver, por exemplo, o fornecedor que busca cessar prática de abuso de posição dominante de agente do mercado “a jusante” (*downstream*), o cliente ou consumidor que busca indenização em razão de sobrepreço decorrente de cartel ou, ainda, empresa que busca cessar abuso de posição dominante praticado por concorrente, embora, nota-se, a

praxe de mercado seja provocar investigações do CADE antes de adotar medidas judiciais.

A hipótese de ajuizamento de ação judicial para a aplicação cível da LDC está expressamente prevista no art. 47 da referida lei, que, por ser central neste assunto, fazemos questão de transcrever abaixo:

“Art. 47 - Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 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, independente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.”

Conforme o próprio dispositivo legal transcrito indica, a aplicação cível da LDC trata do ajuizamento de ação judicial, comportando dois pleitos distintos: indenizatório (danos materiais, danos morais, lucros cessantes ou perda de uma chance) e cessação da prática anticompetitiva (obrigação de fazer ou não fazer) (GOUVÊA, 2017, p. 210; GABBAY, PASTORE, 2014a, p. 10).

Mesmo que trate de aplicação da lei antitruste, aplicam-se os institutos de responsabilidade civil, devendo o requerente demonstrar, em juízo, elementos como conduta do polo passivo, dano, ato ilícito e nexa causal⁶⁷. Por se tratar de processo judicial em âmbito civil, aplicam-se, também, os institutos de Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), devendo o requerente preencher requisitos como o de interesse de agir e legitimidade ativa.

⁶ A aplicação de institutos de direito civil são justificados por regra de hermenêutica: não havendo regra específica, aplica-se a regra geral. No caso, a LDC (regra específica) não esgota toda a matéria relativa à responsabilidade por ilícito concorrencial, o que demanda a aplicação residual de institutos do Código Civil (regra geral).

⁷ Em razão do art. 32 da LDC, entende-se que a responsabilidade por infração à ordem econômica independe de culpa e adota a teoria do risco. *Vide* MARTINS, 2017, p. 35. Para Ferraz Jr. (2013, p. 15), a responsabilidade civil por conduta anticompetitiva se justifica em seu desvio de finalidade, i.e. em seu abuso de direito.

Apesar da incidência de institutos de direito civil comum, não há como desconsiderar as peculiaridades do direito da concorrência. A principal peculiaridade é a caracterização do ilícito concorrencial, que requer, do litigante, argumentação de racionalidade econômica. Há condutas que só são ilícitas sob uma óptica concorrencial a depender de seus efeitos, i.e. regra da razão (PEREIRA NETO, CASAGRANDE, 2016, pp. 93-4).

Não há dúvida que, sem a LDC, haveria possibilidade de pleitear perdas e danos em juízo em razão de ilícito concorrencial. Bastaria, ao autor da ação individual, demonstrar os requisitos dos arts. 186 e 927 do Código Civil, apesar do esforço que seria necessário para quantificar o dano e provar o nexo causal. No entanto, pelo fato do legislador ter optado por fazer previsão específica na LDC, há divergências quanto à existência de um regime jurídico específico a demandas concorrenciais privadas⁸.

Estes três sistemas de aplicação da LDC são, em regra, autônomos entre si (“(...) *independente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação*”). Há apenas algumas hipóteses de interdependência previstas em legislação, como o art. 91, inc. I, do Código Penal, e o art. 66 do Código de Processo Penal.

Nota-se, portanto, que realmente há uma divisão jurídica entre as três mencionadas formas de defesa da concorrência. O regime jurídico aplicável ao sistema cível, dotado dos institutos de responsabilidade civil e direito de propriedade, difere do regime jurídico aplicável aos sistemas administrativo, marcado pela LDC, e penal, marcado pelos institutos de responsabilidade penal.

Ademais, a autoridade competente para apreciar a matéria e o processo legal a ser seguido também diferem entre os três sistemas. O regimento interno do CADE disciplina atos administrativos, enquanto o processo civil e o processo penal tratam, de formas distintas, de atos judiciais.

Quanto a esta divisão, a doutrina brasileira faz boas interpretações. No entanto, esta abordagem puramente conceitual é insuficiente para diagnosticar a interação existente entre os três sistemas de defesa da concorrência. Conforme será demonstrado no próximo tópico, a forma como esta divisão é desenhada no ordenamento jurídico implica em diferentes

⁸ Enquanto Ferraz Jr. (2013, pp. 19-21) defende que a aplicação privada da lei antitruste está condicionada às especificidades da defesa da concorrência e à natureza da ordem econômica constitucional, Gouvêa (2017, p. 208, nota de rodapé nº 243) defende que a aplicação privada da lei antitruste está regulada pelas regras de direito civil comum, apesar de algumas peculiaridades.

formas de interação entre as instituições públicas (MP, CADE, Judiciário), bem como entre estas e agentes do mercado.

Nesta divisão de formas de aplicação da lei antitruste, o *enforcement* cível cumpre um papel não apenas reparatório, mas, também, dissuasório. Baseando-se nos poucos precedentes do CADE em que há menção à aplicação privada da LDC, nota-se sua função de complementariedade em relação aos *enforcements* administrativo e penal⁹.

Bailey e Whish (2012, p. 295) trazem uma concepção de complementariedade à função do *enforcement* privado, como uma possível maneira de contornar o problema da limitação de recursos da autoridade antitruste em promover o *enforcement* público.

Com uma cultura de aplicação cível da lei antitruste, em que concorrentes, consumidores, fornecedores, clientes e entidades de classe ajuízam ações judiciais contra agentes infratores, aumenta-se a fiscalização entre agentes de mercado, bem como o custo de praticar um ilícito concorrencial. Isto não significa, alerta-se, que o *enforcement* privado não possa ter efeitos adversos, a depender da forma como o dano é mensurado, por exemplo.

No Brasil, não há um hábito de aplicação cível da LDC¹⁰, seja por parte de concorrentes e clientes, seja por consumidores (GABBAY, PASTORE, 2014b, p. 03; GABAN, DOMINGUES, 2012, p. 281 *apud* BRASIL, CADE, 2014, pp. 444-5), ao contrário do que se constata nos

⁹ Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79 (“Cartel de cimentos”) “*E por isso, além da ação estatal direta, seja reprimido, seja dissuadido, o combate aos cartéis conta - e precisa contar - com a atuação da própria sociedade na indução à obediência das leis, o que se faz pela ação privada de disparar o aparato judicial na busca de reparação monetária por danos sofridos pelas ações de cartéis*” (p. 445, voto-relator). Processo Administrativo nº 08012.0098888/2003-70 (“Cartel dos gases hospitalares”), “*No Brasil, porém, quase não se tem notícia de ações privadas em razão de danos causados por cartéis. Perde-se, assim, um importante fator a desestimular a prática de conluio.*” (p. 126, voto-relator).

¹⁰ Conforme enunciou o Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, em seu voto de julgamento do chamado “cartel dos gases hospitalares”, “*no Brasil, porém, quase não se tem notícia de ações privadas em razão de danos causados por cartéis*” (p. 126). Acórdão do Tribunal Administrativo publicado no DOU, n. 170, 03.09.2010, seção 01, pp. 52-53. Para o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, em seu voto de julgamento do chamado “cartel de cimentos”, “*entretanto, a cultura brasileira ainda não absorveu plenamente essa possibilidade de pleito para reaver o montante perdido com o cartel por meio de ações privadas*” (p. 445).

Estados Unidos e na Europa. Por isso, trabalhos acadêmicos podem ter muito a contribuir, antecipando dilemas ainda por vir nos tribunais brasileiros.

Analisar o que é a aplicação cível da lei antitruste já não é mais uma surpresa na literatura jurídica brasileira. Embora a aplicação cível da lei antitruste seja um rico objeto de estudo e apresente diversas dúvidas que ainda precisam ser elucidadas, deixou de ser algo inédito em doutrina. Basta verificar a bibliografia utilizada para a elaboração deste tópico.

Uma das problemáticas verdadeiramente inexploradas é os potenciais efeitos do aumento da aplicação cível da lei antitruste sobre a atuação do CADE. Esta abordagem institucional é demasiadamente carente no Brasil, possivelmente em razão da incipiência do sistema privado de aplicação da lei antitruste e da predominância, em nossa doutrina, de uma análise baseada em divisões conceituais.

Passamos, agora, a esta análise institucional.

2. Análise institucional da aplicação privada da lei antitruste

A análise institucional feita neste trabalho não busca esgotar o assunto. Dados o escopo desta pesquisa e a já exposta incipiência de qualquer estudo aprofundado neste assunto, busca-se, aqui, suscitar debate e identificar os possíveis caminhos aos quais o Brasil pode caminhar no âmbito concorrencial.

Este trabalho não defende que está havendo um aumento inédito de ações judiciais relativas à matéria concorrencial, pois tal afirmação demandaria uma pesquisa empírica minuciosa que extrapola o escopo desta monografia. Ainda, um aumento de aplicação cível da lei antitruste demandaria uma cultura de defesa da concorrência mais aprimorada que a que temos hoje.

No entanto, há alguns indícios de que o *enforcement* privado da LDC pode adquirir maior relevância nos próximos anos ou na próxima década. Um destes indícios é a audiência pública organizada pelo CADE e pelo MPF, em maio de 2017, que contou com grande participação de advogadas e advogados.

Ademais, ante novos desvendamentos de cartéis internacionais e o incentivo do CADE a este tipo de aplicação da LDC, acredita-se na tendência do aumento da aplicação cível desta lei (GABBAY, PASTORE, 2014b, p. 02).

a. Reputação institucional do CADE

O primeiro impacto de eventual aumento da aplicação cível da lei antitruste é o maior esforço do CADE em manter-se na posição de protagonista do *enforcement* do regime antitruste brasileiro.

Conforme já demonstrado no início deste artigo, o CADE adquiriu sólida reputação nos últimos anos, especialmente entre a comunidade jurídica, na forma de instituição composta por burocracia eficiente e de alta qualidade técnica¹¹.

Dados estatísticos relacionados à quantidade de atos de concentração analisados, a multas e contribuições pecuniárias e à quantidade de TCCs apreciados só reforçam estas qualidades do CADE¹². A precisão da fundamentação das notas técnicas da Superintendência-Geral e dos votos do Tribunal Administrativo também reforça esta reputação. Apesar da recente e ainda obscura menção do CADE em escândalo de corrupção¹³, esta autarquia

¹¹ Além do reconhecimento no Fórum Econômico Mundial de Davos e das premiações pela revista *Global Competition Review*, e pela *Antitrust Writing Awards*, já abordadas na Introdução da presente monografia, podemos citar, também, as opiniões de profissionais da área concorrencial ao criticarem suposta interferência política na nomeação de novos Conselheiros. Para a professora e advogada Paula Forgioni, “sempre me espantou a impermeabilização que o Cade conseguia ter. Embora os interesses econômicos fossem incríveis, não se ouve falar de compra e venda, falcaturas” In DANTAS, Iuri; PIMENTA, Guilherme. Novos integrantes do Cade são recebidos sem entusiasmo. JOTA, 21 de abril de 2017. Segundo Vicente Bagnoli (2017, p. 350), os atos de concentração que não enquadram no procedimento sumário costumam ser avaliados, pela SG-CADE, dentro do prazo de oito meses contados da notificação (§2º, art. 88, LDC), apesar da possibilidade de prorrogar por mais 90 dias (art. 88, §9º, II, LDC).

¹² Segundo dados disponíveis no portal “CADE em números”, no ano de 2016, foram notificados 389 atos de concentração ao CADE, de forma que 390 foram apreciados (o número de apreciados pode incluir atos de concentração que foram notificados no ano anterior). Em 2016, o total de multas aplicadas somou R\$ 214.059.585,17, enquanto o total de contribuições pecuniárias somou R\$ 828.943.416,92. No mesmo ano, o total de TCCs analisados somou 43. Dados disponíveis em <<<http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymo-us=true>>>

¹³ Tal menção foi feita na ainda conturbada delação premiada de Ricardo Saud, da JBS. Para saber a resposta e esclarecimentos do CADE, acessar <<<http://www.cade.gov.br/noticias/esclarecimentos-do-cade-sobre-o-termo-delacao-de-ricardo-saud>>>

mantém sua posição de prestígio¹⁴, comparada ao restante da Administração, mesmo que não imune a críticas.

Em suma, tudo indica que o CADE possui significativa reputação institucional, no sentido utilizado por Daniel Carpenter (2010, p. 10), que consiste em um conjunto de crenças de grupos de interesse sobre uma instituição¹⁵. Esta reputação possui diferentes dimensões: performance (o que a instituição cumpri de tarefas), moral (comprometimento e transparência da instituição), procedimental (observação do devido processo legal) e técnica (qualidade técnica de suas decisões) (CARPENTER, 2010, pp. 46-7 *apud* MARQUES NETO, et. al, p. 01).

Com esta reputação institucional, obtém-se poder regulatório, implicando em menos contestação e maior deferência às decisões do ente regulador. (CARPENTER, 2010, pp. 10 e 18)

Com toda esta merecida reputação, é possível que se venha a ter, *prima facie*, uma percepção de que o aumento de relevância do *enforcement* cível conflitaria com o protagonismo do CADE. Esta possível percepção não é absurda, considerando que, neste cenário, o Ministério Público, órgão de relevante capacidade técnica e contribuição em matéria de tutela (civil) coletiva e crimes financeiros, ampliaria sua atuação.

Entretanto, o provável efeito de eventual aumento de aplicação privada da LDC será exatamente inverso, i.e. contribuirá para a reputação institucional do CADE. Dada a dificuldade de obter provas contra práticas anticompetitivas (MARTINS, 2017, pp. 36-7), os potenciais litigantes privados ora denunciarão indícios de práticas anticompetitivas ao CADE, ora, simplesmente, aguardarão a decisão final da autarquia.

O CADE já demonstrou alta capacidade de investigação e persecução administrativa contra práticas anticompetitivas. Com o aguardo da célere atuação do CADE, será menos custoso aos litigantes privados provarem a materialidade e autoria da prática anticompetitiva em juízo, especialmente em relação a demandas individuais.

A dificuldade de obtenção de provas por parte de litigantes individuais e inexperientes permitiu uma preponderância de litigantes-

¹⁴ Juliana Palma afirma que o CADE “*se sagrou como uma ilha de excelência na burocracia pública brasileira*”. In PALMA, Juliana B. de. Para o controle, reputação é poder. JOTA. 31 de maio de 2017.

¹⁵ “*Reputation (...) understood as a set of symbolic beliefs about an organization, beliefs embedded in multiple audiences*” In CARPENTER, Daniel. 2010, p. 10.

instituições em matéria de controle da Administração Pública¹⁶ (ROCHA, 2016, pp. 370-371). Por analogia, pode-se aplicar este cenário ao âmbito concorrencial, que conta com consideráveis especificidades técnicas e com a experiência do CADE, cujo programa de leniência é um meio de obtenção de prova quase incomparável.

O CADE, portanto, tenderá a se tornar um parâmetro para a instrução probatória em demandas indenizatórias. Não só isso, o aumento da aplicação cível da LDC dará ao CADE um ambiente propício para pregar a advocacia da concorrência, nos termos do art. 13, XV, da LDC.

Ademais, conforme entrevistas realizadas por Frederico Martins (2017, pp. 97-117), nota-se que os membros do CADE são favoráveis à aplicação cível da LDC, especialmente como forma de dissuasão de práticas anticompetitivas¹⁷. Também, em votos do Tribunal Administrativo, nota-se o incentivo à aplicação cível da LDC, por meio da ordem de divulgação e envio do acórdão a entidades de classe e órgãos de interesse lesados¹⁸.

É preciso esclarecer, com isso, que o CADE não apresenta relutância ao aumento de relevância da aplicação cível da lei antitruste. Ao contrário, o incentiva e, provavelmente, buscará fortalecer sua atuação em vista de manter seu posicionamento de prestígio no *enforcement* antitruste.

¹⁶ Neste estudo, constatou-se que há menor uso da ação popular em relação a outros remédios constitucionais, como a ação civil pública (ACP). Uma das razões para a diferença de uso é a dificuldade de obter provas por autor-eleitor, ao contrário dos litigantes da ACP, que são instituições. Par saber mais, acessar <<http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/5/2016_05_0351_0384.pdf>>

¹⁷ O então Presidente interino do CADE, Cons. Márcio Oliveira Jr., afirma que “a ação privada é extremamente importante (...) havendo a possibilidade de as empresas que formam um cartel serem acionadas após o julgamento do cartel no CADE para a reparação de danos, eu acho que isso é um fator adicional de dissuasão, um incentivo a menos, vamos dizer assim, para a formação de cartéis.” (Martins, 2017, p. 99) Para o então Superintendente-Geral, Eduardo Frade, “eu sou a favor das ações de reparação de danos. É uma coisa que seria positivo crescer no Brasil como complementação à política de combate a cartéis. (...) eu vejo como uma função da autoridade de defesa da concorrência no Brasil, inclusive incentivar ações de reparação de danos.” (MARTINS, 2017, p. 106)

¹⁸ Vide o voto-relator no PA nº 08012.0098888/2003-70 (“Cartel dos gases hospitalares”) e o voto-relator no PA nº 08012.011142/2006-79 (“Cartel de cimentos”).

b. Aumento da carga de trabalho da autarquia

Eventual aumento da aplicação cível da LDC tenderá, também, a aumentar a carga de trabalho do CADE. Este aumento se dará em diversos segmentos de atuação.

Primeiramente, a já exposta ênfase na advocacia da concorrência, em busca de disciplinar interessados e potenciais litigantes, implicará em esforço dos servidores e autoridades do CADE.

Em segundo lugar, o Judiciário poderá demandar, com mais frequência, a manifestação do CADE nos autos, nos termos dos arts. 13, XVII, e 118 da LDC. Considerando a especificidade deste ramo e a reputação do CADE, além do mandamento legal previsto no art. 118 da LDC, o CADE poderá ter um leve aumento de demanda no âmbito judicial.

Em terceiro lugar, disciplinar a forma pela qual se dará esta interação entre o CADE e o Poder Judiciário requererá trabalho. O então Presidente interino do CADE, Cons. Márcio Oliveira Júnior, informou em entrevista que o CADE está elaborando uma Resolução que tratará do compartilhamento de informações obtidas por colaboração de investigados¹⁹ (MARTINS, 2017, p. 100).

c. Divergências iniciais com o Poder Judiciário e o Ministério Público

Um problema já destacado pela doutrina (MARTINS, 2017, pp. 44-5) é o possível aumento de tentativas de acesso, no âmbito judicial, a informações sigilosas obtidas por meio de TCCs e Acordos de Leniência.

Se as informações prestadas à autoridade antitruste, em sede de Acordo de Leniência, forem disponibilizadas a terceiros, como concorrentes e fornecedores, haverá maior probabilidade do leniente ter que arcar com custos de indenização em razão de sua colaboração com o órgão antitruste. Assim, haverá menos incentivos à aderência ao tão bem sucedido programa

¹⁹ Nota de publicação: Até a data em que este artigo foi escrito, o CADE ainda não havia editado a Resolução nº 21, de 12 de setembro de 2018, que “regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão, além de fomentar as Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais (ACRDC)”.

de leniência do CADE, que, inclusive, é um dos principais meios de descobrimento e interrupção de cartéis.

A decisão do STJ no Recurso Especial nº 1.554.986-SP já demonstrou esta discordância entre o Judiciário e o CADE. No acórdão de relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, o STJ determinou que provas documentais obtidas por investigação administrativa do CADE, em decorrência de Acordo de Leniência ou TCC, podem ser requisitadas para instruir processo judicial, retirando teor sigiloso das mesmas. (BRASIL, STJ, p. 17)

Este processo judicial, que tramita em segredo de justiça, trata de uma demanda indenizatória ajuizada pela Electrolux do Brasil S.A. em face de Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A., para reparação de supostos danos causados na venda de compressores. Estes compressores foram vendidos a preços elevados, como parte do cartel perpetrado pelos réus.

A autora requisitou, ao juízo de 1º grau, a expedição de ofício ao CADE para produção de provas, não tendo seu pedido sucedido. Em sede de embargos declaratórios, o juiz de 1º grau afirmou que “as provas colhidas pelo CADE e SDE dizem respeito à tutela geral da concorrência, defendendo a livre concorrência como direito difuso, ao contrário do interesse privado dos autos” (BRASIL, STJ, p. 01).

Após a interposição de agravo de instrumento, a autora teve seu pleito deferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), que afirmou haver relevância e pertinência das provas colhidas pela CADE à controvérsia sob *judice* (BRASIL, STJ, pp. 01 e 02).

Com o Recurso Especial interposto pelos réus, que obtiveram efeito suspensivo em tutela de urgência recursal, o STJ firmou entendimento contrário ao defendido pelo CADE e que pode acarretar em efeitos adversos ao seu programa de leniência.

No voto-relator, a argumentação principal consistiu na regra da publicidade aplicável aos atos e procedimentos administrativos, de forma que o tratamento sigiloso dado aos documentos e conteúdo prestados em acordo de leniência ou TCC se limitam à proposta do acordo e, em casos em que o interesse das apurações assim demandar, pode ser estendida até a conclusão preliminar do processo administrativo (BRASIL, STJ, pp. 10-1).

Como o acordo dos réus no processo administrativo estava concluso ao Conselheiro-relator, as apurações feitas pela Superintendência-Geral do CADE já haviam sido concluídas, não cabendo a extensão do sigilo até aquele

momento processual (BRASIL, STJ, pp. 11-2). O voto-relator continua, afirmando que o sigilo das informações contra terceiros lesados pela conduta anticompetitiva não é um benefício garantido por lei, pois o leniente se exime apenas das condenações penais e administrativas, não cíveis (BRASIL, STJ, p. 12).

Assim, o voto-relator conclui, alegando que há um dever de colaboração dos Conselheiros do CADE e que esta autarquia pertence ao Estado como um todo, não cabendo sua exclusividade sobre documentos públicos (BRASIL, STJ, pp. 14-5).

Contrariamente, o CADE, em resposta ao Ofício nº 71/2015, defendeu o sigilo das informações prestadas em sede de acordo de leniência, com base no art. 86, §§9º e 11, da Lei 12.529/2011 e no art. 207, *caput*, §§1º e 2º, do Regimento Interno do CADE. Afirma que “o acesso irrestrito às informações obtidas em razão do acordo de leniência pode gerar prejuízos irreversíveis à investigação do cartel em questão e ao programa de leniência como um todo”, pois “gerará um forte desestímulo à procura pelo programa, privando o combate a cartéis no Brasil de uma das suas mais eficientes ferramentas” (BRASIL, STJ, pp. 02 e 03).

Em suma, ao fazer prevalecer a regra da publicidade dos atos administrativos e o dever de colaboração do CADE, o STJ adotou entendimento contrário ao defendido pela autarquia. O CADE opôs embargos de declaração, que se encontram conclusos ao relator.

Não se defende, aqui, que haverá um constante atrito entre o Poder Judiciário e o CADE. O que se defende é que, nos próximos anos, especialmente com eventual aumento de aplicação cível da LDC, haverá um atrito inicial entre estas duas instituições.

O nível de pró-atividade que o Ministério Público adotará ainda é incerto. No entanto, a audiência pública realizada pelo MPF demonstrou seu interesse em cooperar e conciliar meios de aplicação cível da LDC com a atuação do CADE.

Conclusão

Apesar da estabilidade institucional e solidez da defesa da concorrência no Brasil, ainda há experiências desconhecidas na aplicação da LDC. Seja em razão do curto tempo de vigência da LDC ou do aprimoramento

da cultura da concorrência no país, o ambiente jurídico de defesa antitruste está passando por algumas mudanças pontuais relevantes.

Com um tendente aumento de aplicação cível da LDC, a doutrina e a análise desta forma de defesa da concorrência devem ir se atualizando às discussões nascentes, dentre elas, os prováveis efeitos da litigância civil sobre a atuação do CADE. Constataram-se três potenciais: (i) esforço do CADE em manter seu protagonismo na defesa da concorrência, por meio da difusão da cultura da concorrência e da desarticulação de conluios anticompetitivos; (ii) aumento da carga de trabalho da autarquia; e (iii) embate com o Poder Judiciário na defesa do sigilo de documentos obtidos pelo seu programa de leniência.

Bibliografia

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico e concorrencial*. 7º ED. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017;

BRASIL. CADE. *Portal CADE em Números*. Disponível em <<<http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>>> Acesso em 24/09/2017;

_____. CADE. Comunicado oficial da Assessoria de Comunicação Social. *Cade é eleito melhor agência antitruste das Américas*. 29 de março de 2017. Disponível em <<<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-eleito-melhor-agencia-antitruste-das-americas>>> Acesso em 16/09/2017;

_____. CADE. PA nº 08012.009888/2003-70 (“Cartel dos gases hospitalares e medicinais”). Rel. Cons. Fernando de Magalhães Furlan, j. em 01.09.2010. Disponível em <<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?Di2nKhdTpq-hBjfVr6-Pr5-I7aAK-X_WcSb0gAlABMvp_Jc1TuGpzeGdIHLfOW3DmNDLOSOIASZFWaX_YLpfvQ,>> Acesso em 20/09/2017;

_____. CADE. PA nº 08012.011142/2006-79 (“Cartel de cimentos”). Rel. Cons. Márcio de Oliveira Júnior, j. em 28.05.2014. Disponível em <<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?6FaC8_hjzwNSL-4pSZBnKoq70N69D1rZs8lGafahk4MMaAum0SInrlvZFAyQ3zNPd3OC8s-XbAAokfTddDK0dZQ,>> Acesso em 20/09/2017;

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>> Acesso em 16/09/2017;

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp nº 1.554.986-SP. Terceira Turma. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 08.03.2016. Disponível em _____ em

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502191117&dt_publicacao=05/04/2016>> Acesso em 26/09/2017;

CARPENTER, Daniel. *Reputation and power: organizational image and pharmaceutical regulation at the FDA*. Princeton: Princeton University Press, 2010;

DANTAS, Iuri; PIMENTA, Guilherme. Novos integrantes do Cade são recebidos sem entusiasmo. In *JOTA*. 21 de abril de 2017. Disponível em <<<https://jota.info/concorrenca/novos-integrantes-do-cade-sao-recebidos-sem-entusiasmo-21042017>>> Acesso em 26/04/2017;

GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. *Direito antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012;

GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo F. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. In *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 43, Jul-Set. 2014a, pp. 07-32;

_____. Demandas indenizatória por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos. In *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 43, Out-Dez. 2014b;

GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação privada da lei antitruste no Brasil. In *Revista de Defesa da Concorrência - RDC*. Vol. 05, n. 01, Maio - 2017. pp. 205-230;

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana B. de; REHEM, Danilo; MERLOTTO, Nara. GABRIEL, Yasser. *Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. São Paulo: USP, _____. Disponível em <<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1741217/mod_resource/content/1/floriano%20de%20azevedo%20marques%20neto%3B%20juliana%20bonacorsi%20de%20palma%3B%20danielo%20rehem%3B%20nara%20merlott%20o%2C%20yasser%20gabriel%20-%20reputa%C3%A7%C3%A3o%20institucional%20...pdf>> Acesso em 20/09/2017;

MARTINS, Frederico B. P. *Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis*. Tese (Mestrado da FGV Direito SP). Orient: Profº Caio Mário da Silva Pereira Neto. São Paulo: 2017. Disponível em <<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18247>>> Acesso em 15/09/2017;

PALMA, Juliana B. de. Para o controle, reputação é poder. *JOTA*. 31 de maio de 2017. Disponível em <<<https://jota.info/colunas/controle-publico/para-o-controle-reputacao-e-poder-31052017>>> Acesso em 20/09/2017;

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016;

ROCHA, Daniel F. Controle da Administração pela ação popular e suas implicações extraprocessuais. In *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 02, n. 05, 2016. Disponível em <<http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/5/2016_05_0351_0384.pdf>> Acesso em 02/11/2016;

SUNDFELD, Carlos Ari. Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações. In *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, ano 02, n. 02, Belo Horizonte, 2007;

University of Albany. *Sourcebook of Criminal Justice Statistics*. 2012. Disponível em <<www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5412012.pdf>> Acesso em 26/09/2017;

WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition law*. 7^a ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012.