



# Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 186, ago. 2023/dez. 2023

# RDM 186

## Doutrina e Atualidades:

- 1 - Cartéis, ilícito por objeto e por efeitos: Ônus da prova e dosimetria da sanção (Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer)
- 2 - Movimento neobrandeísiano em meio aos objetivos do antitruste: Não apenas "processo competitivo" (Rodrigo Fialho Borges)
- 3 - Arbitragem como meio para obtenção de reparação de danos concorrenciais (Monique Herwig)
- 4 - Os efeitos dos acordos celebrados com o CADE nas ações de reparação de danos concorrenciais: Fomento ou bloqueio às indenizações? (João Otávio Bacchi Gutinieki)
- 5 - Direito (Histórico-Concorrencial) do Vinho: A Denominação de Origem como Mecanismo de Proteção da Concorrência e do Consumidor (Wilson Seraine da Silva Neto)
- 6 - Proporcionalidade ou insegurança: Os debates em torno da estimação da vantagem auferida pelo CADE (Antonio Carlos Haddad Júnior)
- 7 - "Interlocking Directorates" nas companhias - Possível violação de deveres fiduciários e implicações concorrenciais (Luiza Camilo de Souza)
- 8 - Abuso de poder econômico em mercados digitais: Aplicabilidade da essential facilities doctrine (Felipe Carvalho Eleutério de Lima)
- 9 - Design de produto e os limites do antitruste: Considerações sobre vieses de decisão e custos do erro (Pedro Pendeza Anitelle)
- 10 - Nem tudo é dinheiro: A importância dos efeitos não relacionados a preço nas análises de atos de concentração (Beatriz Kenchian; Gabriela Alegret)

ISBN 978-65-6006-107-1



9 786560 061071 >

**IDGLOBAL**  
Instituto de Direito Global

**rdm**  
revista de direito mercantil

**EXPERT**  
EDITORA DIGITAL

# **Revista de Direito Mercantil**

industrial, econômico e financeiro

**REVISTA DE DIREITO MERCANTIL**  
**industrial, econômicoe financeiro**  
**186**

Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Comercial  
Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli do Departamento de  
Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo

Ano LXII (Nova Série)  
Agosto 2023/Dezembro 2023

**REVISTA DE DIREITO MERCANTIL**  
**Industrial, econômico e financeiro**  
**Nova Série – Ano LXII – n. 186 – ago. 2023/dez. 2023**

**FUNDADORES:**

**1 a FASE:** WALDEMAR FERREIRA

**FASE ATUAL:** Profs. Philomeno J. Da Costa E Fábio Konder Comparato

**CONSELHO EDITORIAL:**

Alexandre Soveral Martins

Carlos Klein Zanini

Jorge Manuel Coutinho de Abreu

Judith Martins-Costa

Paulo de Tarso Domingues

Rui Pereira Dias

Ana de Oliveira Frazão

Gustavo José Mendes Tepedino

José Augusto Engrácia Antunes

Luís Miguel Pestana de Vasconcelos

Ricardo Oliveira Garcia

Sérgio Campinho

**COMITÊ DE REDAÇÃO:**

Antonio Martín

Calixto Salomão Filho

Eduardo Secchi Munhoz

Francisco Satiro De Souza Junior

José Alexandre Tavares Guerreiro

Juliana Krueger Pela

Mauro Rodrigues Penteadó

Marcos Paulo De Almeida Salles

Newton de Lucca

Paulo Fernando Campos Salles De Toledo

Priscila Maria Pereira Corrêa Da Fonseca

Balmes Vega Garcia

Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa

Erasmus Valladão Azevedo E Novaes  
França

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

José Marcelo Martins Proença

Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Manoel De Queiroz Pereira Calças

Marcelo Vieira Von Adamek

Paula Andréa Forgioni

Paulo Frontini

Rachel Sztajn

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer  
Ruy Camilo Pereira Junior  
Vinícius Marques De Carvalho

Rodrigo Octávio Broglia Mendes  
Sheila Christina Neder Cerezetti  
Vitor Henrique Pinto Ido

### **COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO:**

Matheus Chebli De Abreu

Michelle Baruhm Diegues

### **ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE:**

Beatriz Leal de Araújo Barbosa da Silva  
Heloisa de Sena Muniz Campos  
Luma Luz  
Rafaela Vidal Codogno

Daniel Fermann  
Larissa Fonseca Maciel  
Maria Eduarda da Matta Ribeiro Lessa  
Virgílio Maffini Gomes

### **REVISTA DE DIREITO MERCANTIL**

Publicação semestral da Editora Expert LTDA

Rua Carlos Pinto Coelho, CEP 30664790 Minas Gerais, BH – Brasil

Diretores: Luciana de Castro Bastos, Daniel Carvalho

**Direção Executiva:** Luciana de Castro Bastos

**Direção Editorial:** Daniel Carvalho

**Diagramação e Capa:** Editora Expert

**Revisão:** Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>  
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

**AUTORES:** Antonio Carlos Haddad Júnior, Beatriz Kenchian, Felipe Carvalho Eleutério de Lima, Gabriela Alegret, João Otávio Bacchi Gutinieki, Luiza Camilo de Souza, Monique Herwig, Pedro Pendeza Anitelle, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Rodrigo Fialho Borges, Wilson Seraine da Silva Neto.

**ISBN:** 978-65-6006-107-1

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte, Abril de 2024

A Revista de Direito Mercantil agradece ao Instituto de Direito Global pelo fomento à publicação deste volume.

**Pedidos dessa obra:**

[experteditora.com.br](http://experteditora.com.br)

[contato@editoraexpert.com.br](mailto:contato@editoraexpert.com.br)





## **AUTORES**

### **Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer**

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre, Doutor e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP. Procurador do Estado de São Paulo nível V, chefiando a Consultoria Jurídica da Secretaria de Esportes. Foi Diretor Executivo da Fundação PROCON de São Paulo, Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Consultor Jurídico do Ministério da Justiça e Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Foi membro do Conselho Consultivo da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e do Conselho de Orientação de Saneamento Básico da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (Arseps). Foi Presidente do Instituto de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon) e integrou a Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal para atualização do Código de Defesa do Consumidor.

### **Rodrigo Fialho Borges**

Professor da Graduação e do Mestrado Profissional na FGV Direito SP. Doutor em Direito Comercial e bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador visitante na University of Pennsylvania Law School (2018-2019). Coordenador do Grupo de Estudos em Fusões e Aquisições (GEM&A) da FGV Direito SP. Sócio no PGLaw.

### **Monique Herwig**

Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2023).

### **Joao Otavio Bacchi Gutiniaki**

Mestre em Direito Econômico e Economia Política e doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Advogado.

### **Wilson Seraine da Silva Neto**

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (CEDIPRE/FDUC). Pós-graduando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Advogado e Consultor Jurídico.

### **Antonio Carlos Haddad Júnior**

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e pós graduando *lato sensu* em Direito Concorrencial e Regulatório pela Fundação Getulio Vargas (FGV). Advogado especializado em Direito Concorrencial em Lefosse Advogados.

### **Luiza Camilo de Souza**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), reconhecida com indicação aos prêmios “Barão do Rio Branco” e “Raphael Magalhães e Cândido Neves” por ter se destacado entre os melhores alunos que concluíram o curso, tanto em notas globais como na área específica de Direito e Processo Civil e Comercial (DIC). Assessora no Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade. Realizou intercâmbio acadêmico internacional na Universidad Nacional de Cuyo, na Argentina. Participou da 43ª edição do Programa de Intercâmbio do CADE (PinCade). Possui interesses nas áreas de Direito Empresarial, Contratos, Regulatório e Antitruste.

### **Felipe Carvalho Eleutério de Lima**

Mestrando em Direito Comercial pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela PUC-SP, com semestre acadêmico cursado na The Hague University of Applied Sciences (THUAS), de Haia, Holanda. Advogado em São Paulo.

### **Pedro Pendeza Anitelle**

Bacharel em Direito e mestrando em Filosofia e Teoria do Direito, ambos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### **Beatriz Kenchian**

Advogada em Direito Concorrencial no escritório Stocche Forbes Advogados, bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) com diploma de dupla graduação em direito francês pela Universidade Lumière Lyon 2. Gerente do programa WIA Mentoria da Associação Women in Antitrust.

### **Gabriela Alegret**

Graduanda em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e estagiária em Direito Concorrencial no escritório Stocche Forbes Advogados. Integrante do Grupo de Estudos em Direito Concorrencial da USP.



## SUMÁRIO

Cartéis, ilícito por objeto e por efeitos: ônus da prova e dosimetria da sanção ..... 15

*Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer*

Movimento neobrandeisiano em meio aos objetivos do antitruste: não apenas “processo competitivo” ..... 57

*Rodrigo Fialho Borges*

Arbitragem como meio para obtenção de reparação de danos concorrenciais ..... 139

*Monique Herwig*

Os efeitos dos acordos celebrados com o cade nas ações de reparação por danos concorrenciais: fomento ou bloqueio às indenizações? .. 165

*João Otávio Bacchi Gutinieki*

Direito (histórico-concorrencial) do vinho: a denominação de origem como mecanismo de proteção da concorrência e do consumidor . 189

*Wilson Seraine da Silva Neto*

Proporcionalidade ou insegurança: Os debates em torno da estimação da vantagem auferida pelo CADE ..... 215

*Antonio Carlos Haddad Júnior*

“*Interlocking directorates*” nas companhias: possível violação de deveres fiduciários e implicações concorrenciais..... 253

*Luiza Camilo de Souza*

Abuso de poder econômico em mercados digitais: aplicabilidade da *essential facilities doctrine* .....291  
*Felipe Carvalho Eleutério de Lima*

*Design* de produto e os limites do antitruste: considerações sobre viéses de decisão e custos do erro .....333  
*Pedro Pendeza Anitelle*

Nem tudo é dinheiro: a importância dos efeitos não relacionados a preço nas análises de atos de concentração .....371  
*Beatriz Kenchian , Gabriela Alegret*

## **OS EFEITOS DOS ACORDOS CELEBRADOS COM O CADE NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO POR DANOS CONCORRENCIAIS: FOMENTO OU BLOQUEIO ÀS INDENIZAÇÕES?**

### **THE EFFECTS OF THE AGREEMENTS WITH CADE ON COMPETITION DAMAGES CLAIMS IN BRAZIL: PROMOTION OR BLOCKING OF INDEMNITIES?**

*João Otávio Bacchi Gutinieki (USP, São Paulo)*

**RESUMO:** O trabalho busca apresentar os atuais efeitos dos acordos celebrados entre investigados e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para as Ações de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDC), em particular os efeitos do acordo denominado Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC). Identifica-se uma intensa busca pela preservação da atratividade dos programas de colaboração implementados pelo CADE, e tal busca reflete diretamente no conteúdo das normas editadas pelo CADE e da Lei 14.470/22. Analisando o conteúdo da nova lei e de recentes julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça, conclui-se que as partes que celebram acordos podem estar sobre protegidas de demandas reparatórias, o que representa um revés ao movimento de fomento ao *private enforcement* do Direito da Concorrência no Brasil. Tal conclusão tem sentido ainda maior quando parcela considerável dos casos concorrenciais no país termina com ao menos uma das partes investigadas celebrando um acordo.

**PALAVRAS-CHAVE:** CADE; ARDC; TCC; Lei 14.470/22; *private enforcement*, reparação de danos concorrenciais; efeitos privados de acordos administrativos

**ABSTRACT:** The paper seeks to present the current effects of the agreements entered between the investigated parties and the Brazilian competition authority (CADE) for damages claims, in

particular the effects of the cease-and-desist agreement named “Term of Commitment of Cessation of Conduct” (TCC). An intense search for the preservation of the attractiveness of the collaboration programs implemented by CADE is identified, and this search reflects directly on the content of the regulation issued by CADE and Law 14.470/22. Analyzing the content of the recent published law and recent judgments of the Court of Justice of the State of São Paulo and the Brazilian Superior Court of Justice, it is concluded that the parties that decide to sign agreements may be overprotected from reparatory demands, which represents a setback to the movement to promote the *private enforcement* of Competition Law in Brazil. Such a conclusion makes even greater sense when a considerable portion of the competitive cases in the country end with at least one of the investigated parties signing an agreement.

**KEYWORDS:** CADE; ARDC; TCC, Law 14.470/22; private enforcement, competition damages claims, private effects of administrative agreements

## INTRODUÇÃO

Qual o(s) efeito(s) dos acordos celebrados junto ao CADE, em especial, do Termo de Compromisso de Cessação de Condutas (TCC) nas Ações de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDC)?

É essa pergunta de pesquisa que o presente artigo buscará responder.

Primeiramente, será apresentado o conceito de *private enforcement* do direito da concorrência, gênero de onde surgem as Ações de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDC), e se demonstrará sua presença e relevância na política concorrencial brasileira.

O segundo tópico será dedicado à análise da Lei 14.470/22, que surge como promessa de um novo regime jurídico para as ARDC no Brasil.

O regime jurídico dos Termos de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) será objeto do terceiro tópico do trabalho, apresentando

os requisitos e especificidades desta modalidade de acordo prevista na Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/11).

O quarto e último tópico será dedicado à análise de julgados recentes envolvendo TCC e ARDC, particularmente no caso do suposto Cartel do Suco de Laranja, investigado pelo CADE e por outras autoridades públicas e que foi encerrado, após anos de tramitação do processo administrativo, com a celebração de TCC pelas partes envolvidas na conduta investigada.

Por fim, são apresentadas considerações finais, com resposta à pergunta de pesquisa apresentada no primeiro parágrafo desta introdução.

## **1. O PRIVATE ENFORCEMENT DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A POLÍTICA CONCORRENCIAL**

Diferentemente do que pode ser a voz comum, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) não é o único responsável pela regulação e defesa da concorrência no Brasil.

Em que pese o importante papel concedido à autarquia pela legislação concorrencial, em especial, pela Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/11), uma interpretação (das diversas possíveis) da Ordem Econômica leva à necessária presença de diversos atores envolvidos na materialização de toda uma política econômica constitucional<sup>262</sup>. Seguindo esta linha interpretativa, baseada na teoria geral do Direito Econômico, a política econômica constitucional, vai além da política de concorrência, incluindo, por exemplo, as questões de política industrial e de planejamento.

Imaginar a presença solitária do CADE como único responsável pela política concorrencial, considerando seu desenho institucional

---

262 Neste sentido: ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 173. MENDONÇA, José Vicente Santos de.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 736-737.

atual, leva à conclusão de que o órgão não conseguiria fazer frente ao desafio.

Além do mais, a Lei de Defesa da Concorrência, em seu artigo 47<sup>263</sup>, apresenta, de maneira clara e direta, a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário para a obtenção de tutelas inibitórias e reparatórias envolvendo práticas anticoncorrenciais, independentemente da existência ou do andamento de processo administrativo perante o CADE.

Ainda é necessário ressaltar que a reponsabilidade penal ligada a determinadas práticas anticoncorrenciais, com crimes previstos na Lei nº 8.137/90. O Ministério Público, então, faz-se presente na tutela da concorrência, na qualidade de titular da ação penal e responsável pela guarda dos bens jurídicos penais descritos na legislação.

Portanto, é possível afirmar que o *private enforcement* – termo consagrado em língua inglesa para a atuação de privados, isto é, de entes não estatais, no âmbito da concorrência, e que podemos traduzir para “aplicação privada” – encontra-se positivado no Brasil.

Pesquisadores, entretanto, vinham apontando para possíveis barreiras para a ocorrência e a recorrência da aplicação privada do Direito na Concorrência no país, em especial no que tange ao ajuizamento de Ações de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDC). Para Frederico Martins, existiriam os seguintes obstáculos:

Os obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de carteis abordados no presente estudo, quais sejam, (i) prazo prescricional; (ii) assimetria de informações e (iii) ausência de incentivos aptos a fomentar o ajuizamento de ações de reparação de danos, estão, em grande parte, ligados à incipiência do ajuizamento dessas ações no Brasil; e a incipiência

---

263 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, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

do ajuizamento de tais ações está, em grande parte, ligada à indefinição jurídica acerca dos obstáculos abordados na presente pesquisa.<sup>264</sup>

Daniel Caselta, aponta a necessidade de atribuição de efeitos de presunção às decisões emitidas pelo CADE:

(i) a atribuição de caráter de presunção relativa à decisão condenatória proferida pelo CADE; (ii) a introdução de regra prevendo expressamente que o prazo prescricional da pretensão de reparação dos danos somente se inicia após o prejudicado ter condições de ter conhecimento da prática ou dos danos sofridos (de modo a eliminar as incertezas decorrentes da divergência jurisprudencial sobre o tema), bem como que tal prazo se interrompe na pendência de processo administrativo em trâmite no CADE; e (iii) a edição de regra disciplinando a interação entre os programas de leniência e as ações de indenização em matéria concorrencial.<sup>265</sup>

Boa parte dessas questões terminaram abordadas pelo Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 283/2016, que recentemente transformou-se na Lei nº 14.470, de 16 de novembro de 2022, que acrescentou quatro incisos ao artigo 47 e criou os artigos 46-A e 47-A na Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/11).

---

264 MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. *Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis*. 2017. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017. p. 88.

265 CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. 2015. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 183.

## **2. A LEI 14.470/22: FOMENTO AO *PRIVATE ENFORCEMENT* OU PROTEÇÃO A COLABORADORES?**

A Lei 14.470/22 apresenta-se como um marco legal para o fomento à propositura de Ações de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDC), incluindo novos dispositivos legais à Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/11).

Dentre as mudanças dispostas na Lei 14.470/22, está o direito ao ressarcimento em dobro (§1º do art. 47) pelos danos sofridos pelos eventuais prejudicados em razão de práticas de cartel (incisos I e II do § 3º do art. 36), sem prejuízo das sanções penal e administrativa. Há uma exceção ao dever de reparar em dobro: a norma não se aplica aos coautores da infração que tenham celebrado Acordo de Leniência ou Termo de Compromisso de Cessação (TCC) cujo cumprimento tenha sido declarado pelo CADE (§2º do art. 47). Estes infratores devem apenas os danos simples, sem a presença do caráter punitivo da indenização dobrada.

Além de não ter a obrigação de reparar os danos em dobro, os infratores que forem signatários de acordos com o CADE só são responsáveis pelos danos que efetivamente cometeram (§3º do art. 47), restando afastada a regra do Código Civil que impõe a responsabilidade solidária em caso de prática de ato ilícito (art. 942 do Código Civil).

Outro ponto que gerava dúvidas e que é tratado na nova lei é repasse do sobrepreço (*pass-on defense*), uma tática de defesa dos infratores que alegam que o sobrepreço resultante do ilícito concorrencial não foi suportado por aquele que reclama a indenização, mas por outro participante da cadeia econômica<sup>266</sup>. Segundo a nova norma, o repasse, quando alegado pelo réu, por ele deverá ser devidamente provado.

---

266 O relator do PLS 283/2016 na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, Senador Armando Monteiro apresentou a seguinte justificativa para a regra que determina que o réu prove a existência do repasse: “Para complementar o alcance das mudanças sugeridas para o art. 47 da Lei nº 12.529, de 2011, sugerimos a inclusão de novo parágrafo para deixar claro que não se presume o eventual repasse de sobrepreços. Um elemento relevante para a proposição de ações de reparação de danos em cartéis reside no ônus da prova do repasse do sobrepreço praticado pelo

O novo artigo 46-A tratou do tema da prescrição, que gerou, e como será visto adiante, ainda gera, divergências nos julgados dos tribunais. O artigo define, em seu *caput*, que quando a ação indenizatória se basear no direito do artigo 47, não corre prescrição durante o curso de inquérito ou processo administrativo perante o CADE. Dispõe em seu parágrafo primeiro que a pretensão à reparação de danos originados de condutas previstas no artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência, isto é, práticas anticoncorrenciais em geral, não apenas cartel, prescrevem em 5 (cinco) anos a partir da ciência inequívoca do ilícito. O parágrafo segundo considera que a ciência inequívoca do ilícito se dá na ocasião da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo CADE.

Por fim, o novo artigo 47-A dispõe que a decisão administrativa do CADE, prevista artigo 93 da Lei de Defesa da Concorrência, é apta para fundamentar a concessão de tutela de evidência, dando permissão ao magistrado para decidir liminarmente nas ações previstas no artigo 47 da referida lei. Ora, tem-se permissão para que, nas ações reparatórias que decorrem de uma decisão administrativa (ações *follow-on*), seja possível a concessão de tutela de evidência.

Uma primeira análise das mudanças trazidas pela Lei nº 14.470/22 não pode ficar impune de críticas. Ainda mais se analisa os meandros do projeto de lei que deu base à norma que ora está positivada.

Quanto à reparação de danos em dobro, trata-se de uma novidade, na maneira em que é posta no ordenamento. Nos resta

---

cartel. A discussão pode ser resumida na necessidade de o autor da ação provar – além da existência de sobrepreço por parte do cartelista – desse sobrepreço não ser repassado para o próximo elo da cadeia de produção, em particular para o consumidor final. Poder-se-ia argumentar que se o sobrepreço foi integralmente repassado para o seu consumidor, o autor da ação propriamente dito não sofreu nenhum dano, a não ser que tenha havido perda de clientela em função do repasse do aumento do preço em função da ação do cartel. Discussões como essa têm o potencial de impor um ônus elevado para as pessoas jurídicas que queiram propor ações de reparação de danos, o que vai contra o objetivo do PLS sob nossa análise, que é justamente estimular as ações privadas de danos concorrenciais, razão pela qual apresento uma emenda sugerindo adicionar um quinto parágrafo ao art. 47 da Lei nº 12.529, de 2011”. BRASIL. Senado Federal. *Parecer (SF) nº 122*, da Comissão de Assuntos Econômicos. Relator: Senador Armando Monteiro. 11 de dezembro de 2018. p. 11.

o meio do caminho entre a União Europeia, em que a Diretiva dos Danos determina que a reparação seja integral, mas não punitiva, e os Estados Unidos, onde o *Sherman Act* prevê a reparação em triplo (*treble damages*) dos danos decorrentes de cartel. É impossível não questionar se tal medida se adequa ao sistema jurídico brasileiro, em especial o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que veda a imposição de pena sem prévia cominação em lei, e a resistência de parte da doutrina civilista de enxergar na responsabilidade civil um caráter punitivo, em que pese tal visão tenha sido paulatinamente mais aceita no decorrer dos anos.

Quanto à questão da isenção da responsabilidade de reparar em dobro e da solidariedade daqueles que celebram acordos junto ao CADE, nova lei copia a Diretiva dos Danos, que também afasta a solidariedade daqueles que colaboram com a autoridade concorrencial.

Acerca da prescrição, as novas definições são um marco importante na definição tanto do prazo quanto de seu termo inicial (*dies a quo*), entretanto, ainda restarão dúvidas, em especial quando se tratar de ações de reparação de danos advindas de casos resolvidos por meio de acordos, nomeadamente de Termos de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC), cujo regime jurídico será analisado no próximo capítulo. Um recente precedente do Superior Tribunal de Justiça, advindo de ações de reparação de danos decorrentes do “suposto” Cartel do Suco de Laranja, diferencia a decisão de cumprimento do TCC de uma decisão condenatória, e termina por impor um regime prescricional que difere do ora legalmente disposto.

Ressalta-se que um dos dispositivos do projeto de lei aprovado pelo legislativo foi vetado pelo Presidente da República, tratava-se de uma previsão que estabelecia que os signatários de TCC estariam obrigados a aceitar que eventuais demandas reparatórias fossem decididas por arbitragem<sup>267</sup>. O veto teve o seguinte fundamento:

---

267 Trata-se da inclusão do parágrafo décimo-sexto no art. 85 da Lei 12.529/11, com o seguinte teor: “§ 16. O termo de compromisso de cessação de prática que contenha o reconhecimento da participação na conduta investigada por parte do compromissário incluirá obrigação do compromissário de submeter a juízo arbitral controvérsias que tenham por objeto pedido de reparação de prejuízos sofridos em razão de infrações

A proposição legislativa estabelece que o termo de compromisso de cessação de prática que contenha o reconhecimento da participação na conduta investigada incluiria obrigação de submeter a juízo arbitral a controvérsias que tivessem por objeto pedido de reparação de prejuízos sofridos por infrações à ordem econômica, quando a parte prejudicada tomasse a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordasse, expressamente, com sua instituição. Entretanto, em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público, uma vez que a imposição legal de estipular o compromisso arbitral no termo de compromisso da cessação poderia gerar o aumento nos custos para as partes. Atualmente estas já são obrigadas a colaborar com a autoridade e a cessar a conduta anticompetitiva. A proposição legislativa poderia servir, assim, como um desincentivo à assinatura de acordo por alguns agentes, especialmente, por aqueles que não tivessem condições financeiras de arcar com os gastos de uma eventual arbitragem. Além disso, as cláusulas arbitrais podem ser negociadas com as partes compromissárias como um mecanismo de incentivar as Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDCs).<sup>268</sup>

O que se filtra, de fato, é que a nova legislação não veio com o objetivo de fomentar as ações reparatórias, mas antes, para proteger e fomentar ainda mais a celebração de acordos junto ao CADE, isto é, garantir o que supostamente é o interesse da Administração<sup>269</sup>. Trata-

---

à ordem econômica, quando a parte prejudicada tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com sua instituição”.

268 BRASIL. Presidência da República. *Mensagem n° 599, de 16 de novembro de 2022*. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/Msg/Vep/VEP-599-22.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Msg/Vep/VEP-599-22.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2023.

269 Acerca dos interesses envolvidos, Juliana Bonacorsi de Palma, ao tratar da atuação administrativa consensual, afirma: (...) a consensualidade induz à análise dos efeitos do modelo de atuação por meio de atos imperativos e unilaterais e do modelo de atuação consensual, de modo confrontado, para escolha do mecanismo mais

se de mais um “incentivo” garantido aos infratores que decidirem colaborar. Não por outra razão o projeto de lei contou com apoio do CADE. Entretanto, trata-se de medidas que, no fim do dia, terminam por privilegiar os próprios cartelistas e, portanto, o poder econômico<sup>270</sup>, em um movimento que se assemelha ao de captura<sup>271</sup>. De um lado o Estado renuncia a seu poder sancionatório, total ou parcialmente – a depender da modalidade de acordo celebrada, de outro, o prejudicado pela prática concorrencial terá menos direitos garantidos ao ajuizar uma demanda em face de um infrator que celebrou acordo com o Estado.

Assim, o que se busca não é uma harmonização ou “articulação” entre a persecução pública e privada a condutas anticompetitivas, como afirmou o CADE na Nota Técnica nº 24/2016<sup>272</sup>, mas sim que, no fim do dia, seja criado um sistema de incentivo às demandas reparatórias disforme e que privilegia os infratores ao invés de tutelar, de fato, os prejudicados<sup>273</sup>.

---

adequado no caso concreto, tendo em vista os interesses das partes. Obviamente, a medida da eficiência irá variar conforme o ângulo de análise, pois a Administração possui uma gama de interesses e concentra determinadas variáveis de negociação que o administrado não detém, embora em alguns casos o interesse possa ser convergente”. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. P. 112-113.

270 Neste sentido, afirma Carlos Alberto Bello acerca da política antitruste e de sua captura pelo poder econômico: “A política antitruste pode afastar-se ainda mais dos procedimentos democráticos porque lida com interesses poderosos que têm capacidade para resistir aos imperativos legais, fazendo que o governo seja fortemente tentado a buscar acordos com o empresariado; no caso extremo, a ceder às lógicas postuladas por ele. As relações entre o poder econômico e a mídia (esta uma expressão deste poder) tendem a obstruir uma ampla discussão pública, dificultando a compreensão dos cidadãos comuns ao não se contrapor ao saber tecnocrático enunciado por esta política. Isto tende a reforçar o estatismo autoritário, já que a interação com o Legislativo e com o Judiciário já é difícil e que o poder econômico tem capacidade de influir sobre – e resistir à – ação estatal.” BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia Frustrada: o Cade e o poder econômico*. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 41.

271 Acerca deste fenômeno trata Fábio Nusdeo em: NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação de Direito Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 93-95.

272 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE*.

273 No mesmo sentido: “As medidas para “compatibilização” ou “harmonização” entre *enforcement* público e privado, ou mesmo, como preferimos denominar, de

### 3. O TCC E SEU REGIME JURÍDICO

O Compromisso de Cessação, reduzido a um Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) é regulamentado pelo artigo 85 da Lei de Defesa da Concorrência e pelo Regimento Interno do CADE. Trata-se compromisso de cessação de determinada prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, onde deverá constar a especificação das obrigações do investigado, uma multa para caso de descumprimento e, quando cabível, uma contribuição ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

Nos casos em que a conduta investigada envolve a prática de cartel (incisos I e II do § 3º do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência), haverá a obrigação de recolhimento de valor pecuniário ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. O valor não pode ser menor que o da multa aplicável pelo CADE.<sup>274</sup>

---

“proteção” do *enforcement* público, terminam, por um lado, impondo à autoridade da concorrência uma diminuição do seu poder sancionatório em face dos autores de ilícitos concorrenciais, vez que, estes, em caso de firmarem acordo de sanção premial, gozam de benefícios não apenas na instância administrativa, mas passariam, com a aprovação do projeto de lei discutido, a ter um “regime próprio” de reparação de danos. As evidências apontam para um movimento de favorecimento aos infratores que celebram acordos com a autoridade concorrenciais, em prejuízo, em parte, da própria autoridade, que tem seu poder sancionatório diminuído, mas, principalmente, em detrimento dos prejudicados pelo ilícito, que, em face destes infratores-colaboradores, somente poderão exercer seu direito a reparação de danos com limitações”. GUTINIEKI, João Otávio Bacchi. *O private enforcement do antitruste no Brasil*. 2021. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 170.

274 O valor das multas é definido pelo artigo 37, caput, da Lei de Defesa da Concorrência:

“Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor

O Regimento Interno do CADE ainda prevê, nos artigos 185 e 186, obrigações adicionais aos que propõem a celebração de um TCC em condutas de cartel, definidas no regimento como: “acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes”. Segundo o artigo 185, o compromisso deverá conter o reconhecimento de participação na conduta investigada. O artigo 186 prevê a necessária colaboração do compromissário com a instrução processual, isto é, indicar, em um documento que será denominado “Histórico da Conduta” (HC), informações que auxiliem a autoridade no esclarecimento do conluio anticoncorrencial e, por conseguinte, leve à possível condenação de outros participantes.

Após as negociações, a proposta final do compromisso de cessação é homologada pelo Tribunal do CADE. Posteriormente à homologação, o compromisso é firmado pelo CADE e pelo investigado. Cumpridas as obrigações impostas, tal fato é reconhecido por decisão do Tribunal e o caso arquivado. Nos casos de TCC que envolvam cartel, ainda, o cumprimento das obrigações estabelecidas pelo TCC e o arquivamento do processo em relação aos signatários será declarado pelo Tribunal do CADE no momento do julgamento do processo administrativo, portanto, no momento do julgamento da participação de todos os envolvidos na conduta investigada (§ 2º do artigo 193 do Regimento Interno).

Observa-se, assim, que o TCC é um acordo substitutivo de uma decisão administrativa que poderia levar o investigado a uma condenação. Pode ser proposto pela parte investigada a qualquer tempo, antes do julgamento do processo administrativo, esteja o processo em tramitação perante a Superintendência-Geral ou no Tribunal, distribuído a algum dos Conselheiros. O TCC ainda pode ser

---

do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.”

proposto pela Superintendência-Geral. A celebração do acordo segue a ponderação da oportunidade e conveniência do acordo por parte da autoridade.

A celebração de TCC impõe alguns deveres de publicidade às partes, como a divulgação de uma versão pública do termo após sua assinatura para consulta no portal do CADE na internet. Desta forma, os investigados que celebram TCC estariam, em tese, mais expostos às demandas indenizatórias. Em razão disso, o CADE buscou, após discussões judiciais<sup>275</sup>, editar regras acerca do sigilo das informações apresentadas por compromissários de TCC e Acordo de Leniência.

A Resolução nº 21/2018 determina que algumas peças processuais e documentos que permanecerão em sigilo mesmo após a decisão final do Tribunal Administrativo do CADE (art. 2º). No caso, estão envolvidos o “Histórico de Conduta e seus aditivos”, documentos elaborados com base em informações e documentos fornecidos pelas partes signatárias de acordos e que contém caráter auto acusatório.

A confidencialidade de tais informações prestadas em sede de acordo é justificada pelo CADE com base no risco à “condução das negociações”, às “atividades de inteligência” e à “efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade”.

Para a edição da norma, o CADE claramente toma por base o artigo 6º, nº 6, da Diretiva dos Danos da União Europeia<sup>276</sup>, que cria uma *black list*, onde restam definidos quais os documentos devem ser mantidos em sigilo para a manutenção da “atratividade” dos programas de colaboração entre investigados e autoridade.

---

275 Trata-se do *Recurso Especial nº 1.554.986/SP*, relatado pelo Min. Marco Aurélio Belizze, em que se buscava o acesso a documentos fornecidos em sede de Acordo de Leniência para fundamentar ação reparatória. O caso foi julgado entre 2016 e 2018. Inicialmente, restou o entendimento de que a parte prejudicada poderia ter acesso aos documentos do Acordo de Leniência após o relatório circunstanciado emitido pela Superintendência-Geral. O CADE opôs Embargos de Declaração, e terminou por reverter a decisão, passando-se a entender que o sigilo termina após a decisão colegiada do Tribunal do CADE.

276 UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 104/2014/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 nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia (“Diretiva dos Danos”).

Segundo a resolução do CADE, ainda estão sujeitos ao mesmo grau de sigilo, os documentos e informações de peças investigatórias, propostas de acordos de leniência e TCCs, documentos que contenham segredo industrial e demais hipóteses de sigilo legal (*v.g.* industrial, bancário, fiscal e profissional), informações que possam representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos, que tenham o sigilo determinado por decisão judicial ou que constituam determinadas hipóteses em seu Regimento Interno.

O acesso aos documentos e informações referenciados no artigo 2º da Resolução só será concedido por: (i) expressa determinação legal, (ii) decisão judicial específica, (iii) autorização do signatário de acordo de colaboração, com a anuência do CADE, e, (iv) cooperação jurídica internacional, desde que tenha a autorização do signatário do acordo de colaboração e do CADE, e que não acarrete prejuízo às investigações.

Após a experiência embaraçosa com o julgamento do Recurso Especial nº 1.554.986/SP pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>277</sup>, o CADE buscou regulamentar o acesso a dados e documentos fornecidos pelos colaboradores à autarquia. Se por um lado busca-se evitar que o Brasil seja utilizado como fonte de provas para demandas reparatórias a serem apresentadas no exterior, por outro, busca-se manter como “vantajosa” a colaboração com a autoridade.

#### **4. AS REPERCUSSÕES DOS TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE CONDUTA NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO POR DANOS CONCORRENCIAIS**

Em teoria, após o julgamento de um caso de cartel pelo CADE, os eventuais prejudicados pela prática teriam a publicidade necessária para ingressarem com demandas reparatórias em juízo, ou mesmo, em uma atuação extrajudicial, buscar acordos reparatórios junto ao

---

277 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.554.986 – SP*. Terceira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 08 de março de 2016.

infrator. Outra saída seria, caso aceito pelas partes, levar o caso à arbitragem.

As dificuldades para ingressar com demandas reparatorias em juízo são diversas, envolvem, principalmente, os riscos advindos do ajuizamento, como os honorários de sucumbência, e a prova do dano sofrido, que depende de cálculos econômicos, muitas vezes não muito bem percebidos pelos julgadores. A estas dificuldades se aliavam a questão da prescrição e do repasse do dano (*pass-on defense*), tratadas pela Lei 14.470/22.

Entretanto, e se as partes resolverem celebrar acordos com o CADE? Há diferenças no *checklist* e nas barreiras à reparação do dano sofrido?

Um caso pode ser selecionado como paradigmático para responder a esta pergunta. Trata-se da busca por indenização pelos produtores de laranja afetado pelo suposto Cartel do Suco de Laranja, que teria atuado no país desde a década de 90. A investigação realizada pelo CADE foi bastante conturbada pela repetida judicialização do CADE, e pela concessão de medidas judiciais contra a investigação. Ao fim, as investigações foram encerradas por meio da celebração de Termos de Compromisso de Cessação de Condutas (TCC), cujo cumprimento foi julgado pelo Tribunal do CADE em 2018<sup>278</sup>

---

278 Considerando o escopo do presente trabalho, apresenta-se um pequeno resumo do caso, elaborado pela imprensa: “O processo envolveu a Associação Brasileira dos Exportadores de Cítricos (Abecitrus), 10 empresas do setor e 22 pessoas físicas, acusadas de formar um cartel entre os processadores de suco de laranja concentrado congelado, com ajuste de preço para aquisição de laranja dos produtores, divisão de mercado e troca de informações concorrencialmente sensíveis. Informações do acordo de leniência e provas obtidas ao longo da investigação comprovaram as infrações contra a ordem econômica entre os anos de 1999 e 2006. Na sessão de hoje, o conselheiro relator do caso, Paulo Burnier da Silveira, disse que os documentos e *e-mails* trocados entre os concorrentes, entre outras provas, comprovaram a existência da conduta lesiva. “Tratando-se de cartel, ou seja, um ilícito por objeto, comprovada a materialidade da conduta, não é necessário analisar elementos adicionais como os efeitos, já que a potencialidade lesiva é presumida”, disse durante o voto. Os demais membros do tribunal do Cade seguiram o voto do relator. Seis das 10 empresas envolvidas, além da Abecitrus e de 10 pessoas físicas, assinaram e cumpriram termos de cessação de conduta (TCCs) e reconheceram a participação nas infrações investigadas. Além de se comprometerem a cessar a prática, as empresas pagaram contribuição pecuniária no valor total das compras de laranja de terceiros no

Como visto, a nova lei, que busca ser um marco regulatório para a reparação de danos, objetiva proteger àqueles que celebram acordos junto ao CADE de riscos legais inerentes às demandas reparatórias baseadas em prática de ato ilícito, entre eles a solidariedade pelos danos causados por coinfratores, e o afastamento do novel dever de indenizar em dobro.

Entretanto, questões que pareciam resolvidas pela Lei 14.470/22 podem restar em aberto quando se analisa julgados que envolvem o caso do suposto Cartel do Suco de Laranja.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), no caso do Cartel do Cimento, em alguns casos entendeu de que o termo inicial do prazo prescricional se a partir da decisão do CADE<sup>279</sup>. Aplica-se a

---

ano de 1998, de R\$ 301 milhões, recolhidos ao Fundo de Direitos Difusos, nos valores atualizados pela Selic, a taxa básica de juros da economia. Pelo fato de terem cumprido os TCCs, o relator Paulo Burnier da Silveira votou pelo arquivamento das acusações contra a Abecitrus, as empresas Cutrale, Citrovita, Coinbra, Fischer, Cargill, Bascitrus e 10 pessoas físicas. Em seu voto, Silveira também recomendou o arquivamento das denúncias contra as empresas Frutax Agrícola Ltda. e Montecitrus e contra 11 pessoas físicas, por falta de provas. As empresas Cambuhy Citrus e CTM Citrus S/A foram excluídas do processo por não estarem em operação no período investigado pelo processo administrativo. A punição de Paulo Ricardo Soares da Cunha Machado foi extinta em razão de acordo de leniência firmado em 2006, que justificou mandado de busca e apreensão expedido no mesmo ano. A investigação sobre o cartel da laranja foi questionada na Justiça inúmeras vezes pelos réus no caso. O processo só foi destravado no Cade após as empresas concordarem em assinar os TCCs e desistirem das ações judiciais em curso. A pedido do Ministério Público Federal, uma cópia da decisão do Cade será encaminhada ao Ministério Público do Estado de São Paulo e ao Ministério Público Federal em SP para uma possível proposição de ação de reparação de danos, assim como providências na esfera penal". AGÊNCIA BRASIL. *Cade confirma cartel no mercado de compra de laranjas, e processo é encerrado*. 28 de fevereiro de 2018. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-02/cade-confirma-cartel-no-mercado-de-compra-de-laranjas-e-processo-e>>. Acesso em 31 ago. 2023.

279 É o que se verifica, por exemplo, nos seguintes julgados: *Agravo de Instrumento 2086289-72.2018.8.26.0000*; Relator: Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; julgado em 11 de outubro de 2018; e *Agravo de Instrumento 2103903-90.2018.8.26.0000*; Relator: Des. Luiz Eurico; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; julgado em 18 de fevereiro de 2019.

Inclusive, acerca desta questão, foi tentada a instauração de dois Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, trata-se dos seguintes casos: *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2096817-68.2018.8.26.0000*. Requerente: Integral Engenharia Ltda. Requeridos: Votorantim Cimentos S/A e outros. Relator: Des. Luis Mario Galbetti. Órgão Julgador: Turmas Especiais Reunidas de Direito Privado 1, 2 e 3. Julgado em: 10 de novembro de

teoria da *actio nata* subjetiva ao caso concreto, isto antes de tal termo ter sido estabelecido em lei.

No entanto, ao apreciar o caso do suposto Cartel do Suco de Laranja, encerrado pela celebração de acordos entre a Superintendência-Geral do CADE e os investigados após uma batalha jurídica de quase vinte anos, o TJ-SP fez uma distinção entre a decisão do caso do Cartel do Cimento, que seria condenatória, e a decisão do caso do suposto Cartel do Suco de Laranja, que seria homologatória<sup>280</sup>.

Tendo em conta tal distinção, o prazo prescricional não correria a partir da decisão do CADE, mas sim, a partir do momento em que o prejudicado teve conhecimento dos atos ilícitos que causaram os danos alegados. Ademais, o prazo prescricional aplicável, antes da nova lei, seria o de três anos, da responsabilidade civil extracontratual (art. 206, § 3º, inc. V, do Código Civil).

Mas, o que mais gera dúvida na interpretação dos Termos de Compromisso de Cessação pelo Poder Judiciário nas ações de reparação de danos é que, além da distinção no termo inicial da prescrição em razão do “tipo” da decisão prolatada pelo Tribunal do CADE, distinção esta que não é prevista em lei, vem-se decidindo que as mesmas decisões não reconhecem a existência do ato ilícito. Isto é, o ilícito de cartel (ou outro ilícito concorrencial), supostamente cometido pelos que celebram o acordo, não é considerando como ocorrido pelo Judiciário, em especial pela redação dúbia conferida pelas partes ao

---

2019.; e *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas* n° 2248951-80.2018.8.26.0000. Requerente: Wanmix Ltda. Requeridos: Votorantim Cimentos S/A e outros. Relator: Des. Luiz Eurico. Órgão Julgador: Turmas Especial de Direito Privado 3. O primeiro foi *inadmitido*, o segundo foi declarado *prejudicado* por desistência pela parte autora.

280 Neste sentido, os julgados recentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e que envolvem o suposto Cartel do Suco de Laranja: *Apelação Cível 1000174-53.2021.8.26.0067*; Relator: Des. L. G. Costa Wagner; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; julgado em 09 de maio de 2022; *Apelação Cível 1000166-76.2021.8.26.0067*; Relator: Des. Luís Roberto Reuter Torro; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; julgado em: 14 de junho 2022; *Apelação Cível 1000180-60.2021.8.26.0067*; Relatora: Des. Lígia Araújo Bisogni; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; julgado em 08 de agosto de 2022; *Apelação Cível 1000371-75.2020.8.26.0347*; Relator: Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; julgado em 14 de setembro de 2022.

clausulado do TCC, bem como ao fato de que, em tese, se reconheceria a participação nos fatos investigados, como determina o Regimento Interno do CADE, e não o reconhecimento da ilicitude da conduta

Isto posto, leva ao fato de que, para além de encerrar casos que potencialmente poderiam levar à imposição de multas condenatórias altas pela autoridade concorrencial, multas estas que, em determinados casos, devem ser convertidas à contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), a celebração de um TCC pode eventualmente servir como um grande auxiliar para que um infrator da lei concorrencial não se responsabilize pela reparação de danos aos que foram prejudicados pela conduta.

Um dos casos assim julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi levado à análise pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.971.316/SP, sob a relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça manteve a distinção entre uma decisão condenatória e uma decisão que homologa o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, trazendo a distinção entre decisões “condenatórias” e “homologatórias”:

No caso sob exame, as decisões ordinárias informam que a empresa ré firmou com a autoridade administrativa investigadora Termo de Cessação de Conduta como condição de suspensão do processo administrativo instaurado contra ela, e que teria sido posteriormente extinto, tendo em vista o cumprimento das obrigações estipuladas naquele Termo.

Sendo assim, segundo penso, o início do prazo prescricional, nessas hipóteses, não pode ser a data da decisão condenatória proferida pelo CADE, simplesmente porque decisão condenatória não há. A meu ver, em situações como a que ora se analisa, o início do prazo prescricional, tratando-se de responsabilidade extracontratual, é o momento em que o prejudicado teve ciência da conduta que

afirma ser ilícita, conforme a regra geral prevista no diploma material civil e o entendimento desta Corte Superior.<sup>281</sup>

Por ora, resta aguardar novos pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça, em especial para perceber como será interpretada a Lei 14.470/22, e verificar se os precedentes que buscam afastar o dever de reparar danos por atos ilícitos daqueles que celebraram TCC serão, a tempo, superados, evitando a corrosão do “fomento à reparação de danos concorrências”, tão propagado com a nova lei.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho buscou demonstrar as recentes mudanças na legislação brasileira, com a edição da Lei 14.470/22, apresentada como um instrumento de fomento à propositura de Ações de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDC), por partes que sofreram prejuízo em razão de práticas anticoncorrenciais definidas pela Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/11).

Percebeu-se que a nova lei impõe a obrigação de reparar danos em dobro, afasta a mera alegação pelo réu de repasse do dano a terceiros, bem como prevê que a decisão condenatória do CADE é capaz de fundamentar a concessão de tutela de evidência.

Ao mesmo passo, a lei prevê uma série de benefícios, em sede de reparação de danos, ou seja, de responsabilidade civil, àqueles que celebram Acordo de Leniência ou Termo de Compromisso de Cessação de Conduta junto ao CADE. Entre os benefícios está o afastamento da obrigação de responder solidariamente pelos danos causados por coinfratores e o afastamento do dever de indenizar em dobro, cabendo apenas a reparação comum pelos danos causados.

---

281 Superior Tribunal de Justiça. Voto do Relator. *Recurso Especial nº 1.971.316/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 25 de outubro de 2022.

Apresentou-se ainda o caso do suposto Cartel do Suco de Laranja e os efeitos dos TCCs firmados frente à reparação de danos. O Poder Judiciário, mesmo com a celebração de TCC, e o decorrente reconhecimento da participação nas condutas investigadas e o pagamento de prestação pecuniária pelos signatários, tem decidido pelo não reconhecimento da existência do ilícito e criando uma diferenciação entre decisões administrativas que não tem qualquer amparo na Lei de Defesa da Concorrência.

Isto posto, é possível concluir que, ao mesmo tempo em que o discurso corrente é de que há um novo regime jurídico para as Ações de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDC) no Brasil, ainda há um longo caminho a ser percorrido quanto aos efeitos dos acordos substitutivos de sanção administrativa em sede de reparação de danos.

O desenho legislativo atual, nomeadamente com a edição de Lei 14.470/22 e os recentes julgados dos tribunais, levam à constatação de que, para além da busca pela proteção da atratividade dos programas de colaboração junto ao CADE, o que possivelmente se conseguiu é que aqueles que celebram acordos junto ao CADE tenham subsídios suficientes para fugir das demandas reparatorias, mesmo regulamentarmente confessando a participação nas condutas investigadas. Em que pese seja de interesse da Administração Pública a celebração dos acordos, inclusive em razão das dificuldades de investigação de ilícitos concorrenciais, o que cria uma certa dependência da colaboração dos envolvidos para o sucesso das investigações, não é importante que seja considerado o interesse dos terceiros (prejudicados)?

Conclui-se, parcialmente, que a parte que celebra um acordo junto ao CADE encontra-se sobre protegida em sede de demandas reparatorias, às custas do direito dos prejudicados pelas práticas ilícitas, o que gera um desequilíbrio no *private enforcement*.

O tempo mostrará como a Lei 14.470/22 será interpretada em relação aos acordos. À primeira vista, talvez, mais valeria aos prejudicados que a legislação apresentasse alterações de caráter processual, como o afastamento da condenação em honorários de

sucumbência em ARDC, ou mesmo, que tivesse sido sancionado, e não vetado, o artigo do projeto de lei que previa a obrigação do signatário de TCC em aceitar que eventuais demandas reparatórias fossem submetidas à arbitragem. No âmbito do direito material, mais importante que o direito à indenização em dobro, poderia ser uma previsão legal de que a decisão administrativa do CADE gera presunção de ocorrência de dano, e a presunção de sobrepreço, em porcentagem, em casos de cartel<sup>282</sup>.

Caso a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça se mantenha, os acordos com o CADE geram um “bloqueio” ao acesso à reparação de danos, representando um revés à tendência de fomento ao *private enforcement* do Direito da Concorrência no Brasil, representado, especialmente, pela edição da Lei 14.470/22. A conclusão é ainda mais alarmante quando se tem em consideração que boa parte dos casos que tramitam no CADE terminam com ao menos uma parte celebrando Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC)<sup>283</sup>.

---

282 Neste sentido, em alguns ordenamentos europeus, há a presunção de sobrepreço, Hungria e Lituânia definiram que há uma presunção relativa de que o sobrepreço causado por um cartel é de 10% (dez por cento), enquanto a Romênia definiu uma presunção de 20% (vinte por cento) de sobrepreço. Isto simplifica e facilita a prova e a quantificação do dano. Conforme apresentado em: COMISSÃO EUROPEIA. Commission Staff Working Document. *Report on the implementation of Directive 2014/104/EU of the Parliament and of the Council of 26 November 2014 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*. Bruxelas, 14 de dezembro de 2020. p. 9.

283 Conforme indica a ferramenta “CADE em números”, apenas no ano de 2022 foram julgados 38 (trinta e oito) requerimentos de Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC). Disponível em: <[www.cadenumeros.cade.gov.br](http://www.cadenumeros.cade.gov.br)>. Acesso em 31 ago. 2023.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. **Cade confirma cartel no mercado de compra de laranjas, e processo é encerrado. 28 de fevereiro de 2018. Disponível em** <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-02/cade-confirma-cartel-no-mercado-de-compra-de-laranjas-e-processo-e>>. Acesso em 31 ago. 2023.

ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do Direito Concorrencial**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BELLO, Carlos Alberto. **Autonomia Frustrada: o Cade e o poder econômico**. São Paulo: Boitempo, 2005.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE**.

BRASIL. Presidência da República. **Mensagem nº 599, de 16 de novembro de 2022**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/Msg/Vep/VEP-599-22.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Msg/Vep/VEP-599-22.htm)>. Acesso em 31 ago. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer (SF) nº 122**, da Comissão de Assuntos Econômicos. Relator: Senador Armando Monteiro. 11 de dezembro de 2018.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. 2015. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

COMISSÃO EUROPEIA. Commission Staff Working Document. **Report on the implementation of Directive 2014/104/EU of the Parliament and of the Council of 26 November 2014 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.** Bruxelas, 14 de dezembro de 2020.

GUTINIEKI, João Otávio Bacchi. **O *private enforcement* do anti-truste no Brasil.** 2021. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. **Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis.** 2017. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017.

MENDONÇA, José Vicente Santos de.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **A Constitucionalização do Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação de Direito Econômico.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública.** São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 104/2014/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 nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia (“Diretiva dos Danos”).

