

Vol. 6

Nº 1

2018- Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

Private Enforcement de Cartéis no Brasil: O Problema do Acesso à Prova

Frederico Bastos Pinheiro Martins¹⁷⁹

RESUMO

O presente artigo aborda com detalhes um dos grandes problemas ao ajuizamento de ações privadas de reparação de danos de cartéis no Brasil: o acesso à prova pela parte prejudicada pelo cartel. A partir da análise de decisões judiciais que tratam do acesso do prejudicado a provas em poder do cartelista bem como a documentos e informações oriundos de acordos de leniência e TCC, o artigo apresenta a atual panorama do tema no Brasil, bem como assimila o ponto de vista da autoridade, externado em minuta de resolução submetida à consulta pública em dezembro de 2016. Ao final o trabalho ainda indica o procedimento de produção antecipada de prova, redesenhado pelo Novo Código de Processo Civil, como instrumento ao alcance do prejudicado para superar o óbice ao acesso à prova e poder verificar com maior propriedade a possibilidade de êxito de sua demanda.

Palavras-chave: concorrencial, cartel, ações de reparação de danos, *private enforcement*, CADE.

ABSTRACT

This essay addresses with detail one of the major problems of private enforcement of cartels in Brazil: access to evidence by the plaintiff. Based on the analysis of Brazilian courts case law that dealt with the plaintiff right to access evidence held by the defendant or from leniency materials, the article presents the current state of the art in Brazil. It also assimilates the Brazilian antitrust authority perspective on the subject, stated in a draft resolution submitted to public consultation in December 2016. Finally, the motion for anticipated production of evidence, as redesigned by the Brazilian New Code of Civil Procedure, is identified as a viable alternative for the plaintiff to overcome the obstacle to access evidence and be able to properly verify the possibility of a successful outcome in its claim.

Keywords: antitrust, cartel, damages, *private enforcement*, CADE.

Classificação JEL: K21 – Antitrust law

¹⁷⁹ Advogado sênior da prática Concorrencial e Antitruste do Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr e Quiroga Advogados, Frederico é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2008) e possui forte experiência prática de contencioso antitruste e concorrencial, tendo atuado em demandas privadas envolvendo cartéis. Ao concluir Mestrado Profissional em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (2017) defendeu dissertação intitulada “Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis”.

Sumário: 1. Introdução. 2. Métodos de quantificação de danos. 3. Provas em poder do cartelista. 4. Provas em poder da autoridade. 4.1. Acesso judicial a provas em poder da autoridade antitruste. 4.2. Resolução do CADE sobre acesso a documentos oriundos de acordo de leniência, TCC e busca e apreensão. 5. Produção antecipada de provas. 5.1. A produção antecipada de provas no Novo Código de Processo Civil. 5.2. Produção antecipada de provas para comprovação e quantificação de danos de cartel. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Um dos grandes desafios para o ajuizamento de ações privadas de ressarcimento de danos concorrenciais no Brasil diz respeito à capacidade dos prejudicados de produzirem, em juízo, as provas necessárias à demonstração da responsabilidade civil dos cartelistas¹⁸⁰.

A responsabilidade civil é essencialmente “a imputação do resultado da conduta antijurídica, e implica necessariamente a obrigação de indenizar o mal causado”¹⁸¹. Ela está definida no artigo 927¹⁸² do Código Civil onde encontram-se delimitados os elementos fundamentais à configuração da responsabilidade civil: (i) o ato ilícito; (ii) dano; (iii) nexos de causalidade entre eles e, em casos de responsabilidade subjetiva, (iv) culpa¹⁸³.

O caput do artigo 927 do Código Civil traz expresso como requisitos o ato ilícito e o dano, sendo que de modo implícito pode-se identificar o nexos causal, como terceiro elemento. O texto da lei deixa claro que a obrigação de reparação surge para aquele que pratica o ato ilícito em função do qual é causado o dano. Ou seja, a obrigação não recai sobre qualquer pessoa, mas sim sobre aquele cujo ato está vinculado ao dano. Esse vínculo é o nexos causal. O quarto elemento surge da leitura do parágrafo único do artigo, que ao excetuar alguns casos em que a culpa é dispensável para a caracterização da responsabilidade, reconhece que ela é necessária para todos os demais (MAGGI, 2010, p. 114).

Comungamos do entendimento que a responsabilidade civil concorrencial adota a

¹⁸⁰ CORDOVIL, Leonor, et. al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 137-138.

¹⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. V.1 Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 660.

¹⁸² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁸³ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 117.

teoria do risco da atividade¹⁸⁴, e, a rigor do disposto na norma do artigo 32¹⁸⁵ da Lei Antitruste, os atos que constituem infração à ordem econômica independem da apuração de culpa para responsabilização dos seus agentes, sendo, portanto, hipótese de responsabilidade civil objetiva.

A responsabilização civil do cartelista depende da efetiva demonstração da conduta antijurídica, dano e nexos de causalidade entre os dois.

No caso dos cartéis, tem-se que o ato ilícito é o acordo entre os agentes de mercado, o dano é composto pelas alterações sofridas pelo mercado em razão das decisões do cartel e o efeito (prejuízo) é o pagamento pelos compradores de valor acima do que normalmente seria cobrado pelo bem, além dos demais efeitos relacionados à perda do mercado. (CARVALHO, 2012, p. 334)

Apenas mediante a efetiva comprovação desses três elementos é que se configura a responsabilidade civil e, por consequência, o dever de indenizar do cartelista¹⁸⁶.

Pelas regras tradicionais de distribuição do ônus da prova, cabe ao autor da ação indenizatória a prova do fato constitutivo de seu direito, e ao réu a prova de existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor¹⁸⁷. Neste sentido, a prova dos elementos configuradores da responsabilidade civil, a rigor, compete ao autor.

No caso de um cartel, o ato ilícito consiste no acordo firmado entre competidores no sentido de eliminar a concorrência entre eles para, em conjunto, determinarem preços e quantidades, dividir mercado ou fraudar certames¹⁸⁸. O dano, por sua vez, consiste nos prejuízos materiais e morais decorrentes do ato ilícito¹⁸⁹.

Enquanto a demonstração da conduta antijurídica na maior parte dos casos tende a seguir as conclusões de fato alcançadas pelo CADE, a comprovação do dano individual demanda a produção de uma série de provas que não são de livre acesso ao titular do direito

¹⁸⁴ MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28012011-140203/>>. Acesso em: 2015-11-13. p. 175.

¹⁸⁵ Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

¹⁸⁶ CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. **Revista do IBRAC**, v. 19, n. 21, jan./jul., p. 332-350, 2012.

¹⁸⁷ Código de Processo Civil: Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

¹⁸⁸ CASELTA, Daniel Costa. Op. cit. p. 119.

¹⁸⁹ CASELTA, Daniel Costa. Op. cit. p. 141.

individual.

Há de se considerar a existência uma evidente assimetria¹⁹⁰ entre as informações disponíveis ao prejudicado pela prática do cartel, ao cartelista e, em algumas hipóteses, à própria autoridade antitruste. O caráter oculto das práticas anticoncorrenciais, o tempo decorrido entre o início delas e seu desvelamento público, bem como as regras de sigilo de informação no âmbito do processo administrativo do CADE resultam em dificuldade na produção de provas do dano percebido pelos prejudicados e/ou acesso às provas produzidas no âmbito do processo administrativo, prejudicando a defesa dos interesses dos prejudicados no juízo cível.

Com efeito, para que a responsabilidade civil concorrencial desempenhe de forma satisfatória o seu propósito de ressarcimento dos prejuízos sofridos e desestímulo à reiteração de infrações, é necessário que as ações de indenização se revelem como um instrumento efetivo de responsabilização dos cartelistas¹⁹¹. Tal efetividade depende do êxito da dilação probatória nas referidas ações, de forma que seja habilitado ao julgador apurar os danos reais e efetivos decorrente da conduta antijurídica e, por consequência, impor o dever de reparação¹⁹².

Por outro lado, e relativamente às sigilosas provas produzidas no âmbito de acordo de leniência ou TCCs firmados no processo administrativo do CADE, o acesso irrestrito a tais provas pelo prejudicado pode resultar em um prejuízo ao *public enforcement* da lei antitruste. Com efeito, enquanto o acesso e utilização de tais provas facilitaria a comprovação dos elementos da responsabilidade civil, tal possibilidade também tem o condão de aumentar os custos da delação e, por consequência, desincentivar a celebração de acordos em razão do grau de exposição atribuído ao leniente às ações de responsabilidade civil¹⁹³.

A assimetria de informação ainda dificulta que o prejudicado possa averiguar a

¹⁹⁰ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 11-31, 2013, p. 26.

¹⁹¹ GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. **Revista do IBRAC**, v. 21, n. 26, jul./dez., p. 135-154, 2014.

¹⁹² Apenas quando se tem provas materiais da infração, tais como atas de reunião, testemunhos de pessoas envolvidas ou documentos assinados é que se pode fixar com certeza o período durante o qual vigorou o cartel; nos demais casos, o aumento dos preços é calculado com base nas alterações de mercado que indiquem um comportamento anormal de seus agentes ou dos preços, comparando-se esse mercado a ele mesmo em algum período no qual seu funcionamento era plenamente competitivo ou a outro mercado similar, não caracterizado, utilizado como referência. (MAGGI, 2010, p. 105.).

¹⁹³ MACHADO, Luiza Andrade. Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2, p. 114-132, 2015, p. 117.

viabilidade de uma eventual demanda, o que acaba servindo como medida de desestímulo ao ajuizamento de uma ação de reparação de danos.

A importância do tema ainda é reforçada por recentes decisões judiciais que impuseram dever de exibição de documentos a partes acusadas de formação de cartel ou, ainda, garantiram acesso de terceiros a documentos oriundos de leniência e TCC. Nesta última hipótese, um precedente do Superior Tribunal de Justiça concedido no âmbito de uma ação indenizatória, bem como minuta de resolução do CADE submetida a consulta pública em dezembro de 2016 pretendem fixar normas e procedimentos para acesso de terceiros a documentos oriundos de acordos de leniência, TCCs e busca e apreensão.

O presente artigo analisa tais decisões judiciais e minuta de resolução para endereçar o problema do acesso do prejudicado aos documentos e informações em poder da autoridade antitruste, assimilando não apenas o ponto de vista do prejudicado que pretende, de forma efetiva, comprovar o dano sofrido em razão da atuação do cartel, mas como da autoridade que busca regular tal acesso de documentos para salvaguardar seu bem-sucedido programa de leniência e TCC.

2. Métodos de quantificação de danos

Cumprindo, preambularmente, esclarecer que não constitui o escopo deste trabalho a abordagem detalhada dos métodos econométricos de quantificação dos danos materiais decorrentes da atuação de um cartel.

Em geral, a doutrina jurídica nacional¹⁹⁴ que endereça a questão da prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial se concentra em tentar explicitar os métodos comparativos, métodos de análise financeira das firmas e métodos de simulação utilizados pela ciência econômica para quantificar danos desta natureza.

Conforme bem sintetizado por CASELTA¹⁹⁵, os métodos de simulação utilizam dados de fontes não afetadas pelo cartel para estimar um cenário contrafactual e, assim, comparar tal cenário àquele verificado no mercado cartelizado. Os métodos de análise

¹⁹⁴ CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Op. cit.**; GALVANI, Marina Sampaio. **Op. cit.** CASELTA, Daniel Costa. **Op. cit.** REZENDE, Gustavo Madi; KIELBER, Solange; MADI, Maria Fernanda Caporale. Métodos de Mensuração das Indenizações Privadas em Casos de Cartel. **Revista do IBRAC**. ano 18, v. 20, 2011.

¹⁹⁵ CASELTA, Daniel Costa. **Op. cit.** p. 148-151.

financeira das firmas, por sua vez, utilizam as demonstrações financeiras das empresas com o objetivo de estimar o sobrepreço. Por fim, os métodos de simulação, ou de adoção de hipóteses sobre estruturas de mercado, estimam o sobrepreço a partir de modelos teóricos de diferentes estruturas de mercado.

Enquanto os esclarecimentos acerca de tais métodos sejam relevantes para aumentar a familiaridade dos operadores do direito com o tema, é certo que a análise aprofundada de cada um dos métodos, bem como a sua adequação para determinar de forma apropriada os danos é tema afeto às ciências econômicas.

Além de nos faltar, portanto, profundidade científica adequada para endereçamento mais compreensivo dos métodos de quantificação de danos, a abordagem com maior densidade de tal tema no presente trabalho desvirtuaria o endereçamento do real obstáculo imposto ao titular do direito: o acesso às provas que permitam a apuração do dano.

Para a presente análise, e para o próprio julgador em uma ação de reparação de danos, cumpre saber que, na ausência de provas diretas, existem métodos científicos de quantificação de danos¹⁹⁶ com rigor técnico suficiente para que o dano calculado não seja reputado hipotético. A escolha do melhor método será realizada pelo perito judicial, caso a caso, a partir dos dados que lhe estão disponíveis para realização do cálculo econométrico, importando saber, neste ponto, que os métodos de quantificação de sobrepreço e danos são compatíveis com o direito brasileiro¹⁹⁷.

Importante frisar que o juiz é o destinatário das provas produzidas no processo e é livre para apreciá-las e valorá-las conforme seu livre convencimento¹⁹⁸. Neste sentido, além do juiz fazer o seu próprio juízo acerca das provas diretas produzidas nos autos, a prova pericial econômica que quantificar os danos decorrentes de um cartel deverá ser capaz de convencer o juiz de que suas conclusões são as mais apropriadas para o caso específico, ou seja, deverá estar demonstrado que o cálculo possui razoabilidade¹⁹⁹, significância estatística

¹⁹⁶ Os métodos de quantificação são distinguidos entre métodos comparativos e métodos de simulação. Os métodos comparativos buscam, mediante análise de dados reais, definir qual seria a situação da vítima não fosse o ilícito concorrencial, para determinação do valor dos danos sofridos. Já os métodos de simulação necessitam de menos dados reais sobre o mercado em análise, em consistem em utilizar modelos econômicos preconcebidos para simular qual seria o comportamento natural de mercado não fosse o ilícito concorrencial.

¹⁹⁷ CASELTA, Daniel Costa. Op. cit. p. 152.

¹⁹⁸ Código de Processo Civil: Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

¹⁹⁹ "Qualquer seja o método adotado, contudo, o cálculo do sobrepreço deve ser baseado em critérios objetivos, sendo imprescindível que haja sólida demonstração da razoabilidade das premissas adotadas, assegurando o

apta a atestar o grau de confiabilidade da análise econométrica²⁰⁰, o que está intrinsecamente relacionado à quantidade de dados sobre o mercado produzidos nos autos²⁰¹ e analisados pelo *expert*.

Portanto, o real problema da prova do dano nas ações de reparação de danos decorrentes de cartéis não é definir se e quais os métodos de quantificação de danos são ou não apropriados, mas, sim, a garantia de acesso do titular de direito às provas que permitam o cálculo do dano de forma apropriada e com significância estatística, de forma a convencer o magistrado da confiabilidade da análise econométrica a ser realizada em sede de perícia.

3. Provas em poder do cartelista

Apesar da produção da prova constitutiva de seu direito caiba ao prejudicado que ajuíza a ação de reparação de danos, em diversas ocasiões tal prova poderá estar na posse do réu cartelista. Embora o prejudicado possa deter a documentação relativa à sua relação contratual com o cartelista, a compreensão exata dos efeitos da conduta ilícita dependerá da análise de outros dados de mercado de posse do cartelista como, por exemplo, notas fiscais de vendas realizadas a outros adquirentes do produto, notas de aquisição de insumos, ou qualquer outro documento que auxilie na identificação do sobrepreço de cartel e quantificação dos danos percebidos pelo prejudicado.

Entretanto, estando tais documentos em posse do réu da ação de indenização, ele pode não estar disposto a produzi-los nos autos, como parte de uma estratégia processual de dificultar a comprovação do direito do autor, ou até mesmo de protelação da lide²⁰².

O Código de Processo Civil prevê procedimento de exibição de documentos em seus artigos 396 a 404, podendo o juiz ordenar que a parte exhiba o documento que se encontre

contraditório". (CASELTA, 2016, p. 156).

²⁰⁰ "Há uma convenção econômica de que, se a significância for de pelo menos 95%, a análise será suficientemente confiável. Como afirmado pelo guia, esse índice percentual pode ser utilizado pelos tribunais para considerar satisfatória a prova do dano causado pelo ato ilícito concorrencial". (GALVANI, 2014, p. 140)

²⁰¹ "A utilização de modelos econômicos pode mostrar-se eficiente para a definição dos danos causados por atos ilícitos concorrenciais, desde que os dados teóricos ou reais nele inseridos sejam de fato bastante próximos da situação do mercado onde ocorreu a infração. Se os pressupostos do modelo se distanciarem muito das características reais do mercado, o seu resultado pode ser distorcido". (GALVANI, 2014, p. 141).

²⁰² "Deve-se considerar, porém, que o grande volume de dados sobre o mercado necessário a essa combinação pode apresentar consideráveis dificuldades aos tribunais. Isso porque, em que pese a possibilidade de o juiz ordenar à parte que exhiba documento que esteja em seu poder, conforme o disposto no art. 355 do CPC (atual art. 396), não pode ser descartada a possibilidade de o infrator da ordem econômica não se mostrar suficientemente proativo no fornecimento desses documentos, como parte de sua estratégia processual". (GALVANI, 2014, p. 142).

em seu poder, desde que tenha nexos com a causa subjacente²⁰³ da lide. Tal pedido de exibição pode ser realizado tanto como incidente da fase de dilação probatória, ou antes do ajuizamento da demanda, como procedimento preparatório.

A rigor, a maior parte dos documentos do cartelista que possam interessar ao prejudicado na comprovação do dano são documentos que o cartelista possui obrigação legal de guarda (como notas fiscais, livros contábeis, por exemplo) e, portanto, não poderia se escusar²⁰⁴ de exibi-los. Considerando, entretanto, que em geral, e em razão do caráter essencialmente oculto do cartel, há um grande lapso de tempo entre a época em que o ilícito foi praticado e o ajuizamento da demanda, é comum que o cartelista tente se escusar do dever de exibição de documento alegando que ultrapassado o prazo de prescrição de créditos tributários, ele não mais detém a obrigação de guarda de livros e documentos de escrituração comercial e fiscal, a rigor do disposto na norma do parágrafo único do artigo 195²⁰⁵ do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66).

Uma das ações de reparação de danos de cartel analisadas para o presente estudo ilustra muito bem a forma como o judiciário brasileiro já endereçou essa tentativa de escusa na exibição de documentos por parte de um cartelista.

No caso *Açomax v. Gerdau*²⁰⁶, as autoras, distribuidoras de vergalhões de aço supostamente prejudicadas pelo cartel reconhecido e condenado pelo CADE no referido mercado, requereram, durante a fase de dilação probatória, que a Ré Gerdau fosse compelida a exibir: (i) notas fiscais de transferência dos vergalhões aos seus centros de distribuição, como forma de comprovar discriminação de preços realizada frente a distribuidores independentes como as autoras; e (ii) notas de exportação do mesmo produto, como forma de comprovar a prática de preço cartelizado no mercado brasileiro.

Apesar de o juízo de primeira instância ter acatado o pedido de exibição de

²⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 479.

²⁰⁴ Código de Processo Civil: Art. 399. O juiz não admitirá a recusa se: I - o requerido tiver obrigação legal de exibir;

²⁰⁵ Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los. Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

²⁰⁶ Processo n. 0600850-72.2010.8.13.0145 – 7ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora/MG – Autores: Comercial Mineira de Ferro e Aço Ltda. e Indústria e Comércio de Produtos Siderúrgicos Açomax Ltda. Réu: Gerdau S/A

documentos formulado pelas autoras, a Ré interpôs agravo de instrumento alegando não possuir o dever legal de guarda dos referidos documentos, pois na época do pedido de exibição já havia operado a prescrição tributária dos créditos decorrentes daquelas transações comerciais.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu, por sua vez, que embora na data do pedido de exibição já tivesse operado a prescrição do crédito tributário decorrente das transações relacionadas nas notas cuja exibição foi solicitada pelas Autoras, persistia o dever guarda dos documentos devido ao fato de a Ré já estar ciente de investigação para apuração do ilícito concorrencial antes do advento da indigitada prescrição tributária.

A decisão pontuou que por existir ação ajuizada pela Ré no sentido de anular a decisão do CADE, na qual ela refuta a existência do cartel, seria um contrassenso que ela não mantivesse a guarda sobre tais documentos que comprovariam sua inocência, caso, de fato, não tivesse sido praticado qualquer ilícito²⁰⁷.

A decisão, já transitada em julgada, se mostrou efetiva. Após o decurso do prazo assinalado pelo Tribunal para exibição dos documentos, a Ré apresentou a amostragem de notas requerida pelas autoras da ação, permitindo o prosseguimento da lide, com designação de *expert* para realização de prova pericial.

A incipiência de ações desta natureza, entretanto, resulta em falta de familiaridade dos julgadores com o tema e, conseqüentemente, a prolação de decisões díspares, o que contribui para um panorama de incerteza acerca do êxito de uma estratégia de dilação probatória a ser adotada neste tipo de ação.

No caso *Mate Couro v. White Martins*²⁰⁸, por exemplo, a Mate Couro, fabricantes de refrigerantes, pleiteia indenização por supostos danos percebidos em razão da atuação do cartel de gases industriais, da qual a White Martins teria feito parte. Com o objetivo de

²⁰⁷ “A análise sumária dos autos, nota-se que no ano 2000, a parte agravante foi notificada pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica, acerca do processo administrativo instaurado para coibir a prática de conduta anticompetitiva, em razão da representação realizada pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo em face da agravante e mais duas Companhias do setor siderúrgico. Assim, não é crível que diante das graves denúncias que vinha sofrendo e do processo que tramita na Justiça Federal para anular a condenação administrativa imposta pelo CADE, a parte agravante iria desfazer de documentos primordiais para apurar tais fatos. Neste sentido, é cediço que compete às partes serem diligentes e guardar os documentos, que poderão ser necessários, até o trânsito em julgado da ação e posterior exaurimento do prazo prescricional”. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0145.10.060085-0/001, Relator: Des. Estevão Lucchesi, 14ª Câmara Cível, julgamento em 13/08/2015.)

²⁰⁸ Processo n. 3050070-07.2013.8.13.0024 – 30ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG – Autora: Mate Couro S/A; Ré: White Martins Gases Industriais Ltda.

comprovar a dinâmica do cartel e danos percebidos, na fase de dilação probatória a Mate Couro requereu exibição de documentos fiscais relativos a clientes atendidos pela White Martins e demais fornecedores de gases industriais.

Tanto o juízo de primeira instância, quanto o Tribunal de Justiça de Minas Gerais²⁰⁹, entretanto, negaram tal pedido de exibição de documentos, por reputar que os documentos não guardavam relação com o objeto da lide, pois não se relacionavam com as transações comerciais operadas entre as partes no processo.

No caso *FEHOSP v. Cartel dos Gases*²¹⁰, a autora da ação coletiva requereu exibição de documentos buscando comprovar a divisão do mercado nacional de gases medicinais entre as integrantes do cartel, a alocação e repartição de clientes entre elas, assim como a imposição de sobrepreços de cartel. Os documentos cuja exibição foi requerida consistiam na relação de clientes por elas atendidos, no âmbito nacional, dividida por ano, a partir de 1998, contendo os preços praticados para cada cliente e corroborados com três notas fiscais por cliente atendido.

O pedido, entretanto, foi indeferido tanto em primeira instância quanto pelo Tribunal de Justiça de São Paulo²¹¹ sob o argumento de que caso fosse necessária a análise de tal documentação pelo *expert*, ele poderia solicitar acesso a ela na sede das fabricantes de gases, sem a necessidade de sua apresentação nos autos.

Apesar de ambas decisões ainda não terem transitado em julgado, percebe-se que no caso *Mate Couro v. White Martins* foi adotado um prisma contratualista para a relação

²⁰⁹ “Não há que se falar em determinação para que a agravada exhiba documentos seus e de seus fornecedores, tendo em vista que a produção de provas deve se limitar aos interesses das partes do processo. Ou seja, uma vez que não são relevantes as relações da agravada com suas fornecedoras ao deslinde do feito, já que nem fazem parte da relação processual, se mostra acertada a decisão que indeferiu o pedido de exibição de documentos”. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.13.305007-0/002, Relator: Des. Marco Aurelio Ferenzini, 14ª Câmara Cível, julgamento em 30/06/2016.)

²¹⁰ Processo n. 1065317-65.2013.8.26.0100 – 18ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – Autora: FEHOSP – Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de São Paulo; Rés: White Martins Gases Industriais Ltda.; Air Liquide Brasil Ltda.; Linde Gases Ltda.; Air Products Brasil Ltda.; IBG – Indústria Brasileira de Gases Ltda.

²¹¹ “No que tange à questão da exibição de documentos, por ora não há razão para que os documentos indicados pela agravante venham para os autos. A documentação, se for necessária para a análise da formação de cartel e prática de sobrepreços, poderá ser examinada pelo perito judicial que for nomeado nos autos. O expert do Juízo terá, por força de sua nomeação, acesso à sede de todas as agravadas e a toda documentação que for necessária para a realização da prova pericial econômica. Em razão disso, caso o perito judicial entenda necessário verificar documento que por circunstâncias não tenha sido apresentado, poderá solicitar ao Juízo monocrático que determine às agravadas a apresentação da documentação indicada pelo perito judicial”. (TJSP – Agravo de Instrumento Cível 2074559-69.2015.8.26.0000, Relator: Des. Sergio Alfieri; 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 25/08/2015.).

controvertida de forma que os documentos de mercado cuja exibição foi requerida foram reputados irrelevantes para o deslinde da controvérsia. Por outro lado, no caso *FEHOSP v. Cartel dos Gases*, mesmo reconhecendo a relevância da documentação, o tribunal considerou que não haveria necessidade de exibição naquele momento, pois o perito nomeado pelo juízo teria a possibilidade de realizar averiguação *in loco* da documentação.

Conforme já ressaltado, a ausência de um entendimento jurisprudencial uníssono sobre a possibilidade de exibição de documentos em ações de reparação de danos decorrentes de cartel contribui para um panorama de incerteza acerca do êxito de uma estratégia de dilação probatória a ser adotada, o que acaba sendo um fator de desestímulo ao ajuizamento de ações.

A solução processual que se propõe para contornar o óbice do acesso à prova será endereçada no tópico 5, e se refere ao procedimento de produção antecipada de prova reformulado pelo Novo Código de Processo Civil.

4. Provas em poder da autoridade

Existe, ainda, a possibilidade de as provas que contêm os dados de mercado necessários ao cálculo do dano não estarem em poder dos cartelistas²¹² (contra quem caberia um pedido incidental de exibição de documento no curso da ação indenizatória), mas sim da própria autoridade antitruste. Com efeito, pode ser relevante para o autor da demanda indenizatória que obtenha acesso às provas do processo administrativo, como, por exemplo, aquelas obtidas por meio de uma operação de busca e apreensão, mas, sobretudo, as provas angariadas no âmbito de um acordo de leniência ou TCC.

Embora a utilização de prova emprestada de outros processos seja plenamente possível no processo cível, o acesso e utilização das provas detidas pela autoridade de defesa da concorrência, sobretudo aquelas entregues pelo signatário de acordo de leniência ou TCC, ainda é um ponto de calorosa discussão²¹³.

²¹² GALVANI, Marina Sampaio. Op. cit.

²¹³ “De um lado, o acesso e a utilização de informações apresentadas por beneficiários da leniência facilita a comprovação da prática de cartel, dos danos por ele causados e de seu nexo de causalidade, elementos essenciais da responsabilidade civil concorrencial, permitindo que prejudicados sejam efetivamente indenizados. De outro lado, essa possibilidade aumenta os custos da delação e poderia desincentivar a celebração de acordos de leniência visto que os possíveis beneficiários passariam a ponderar sua maior

Com efeito, o acesso a documentos disponibilizados pelos signatários da leniência ou TCC, como, por exemplo, os termos de acordo, o Histórico da Conduta e evidências disponibilizadas para comprovar as alegações do leniente (como correspondência eletrônica, planilhas, etc), seriam de grande valia à ação de indenização a ser ajuizada pelo prejudicado pelo cartel, pois facilitariam a comprovação do ilícito, dos prejuízos dele decorrentes e o nexo de causalidade²¹⁴.

Por outro lado, entretanto, a divulgação de tais documentos pode prejudicar a atratividade do bem-sucedido programa de leniência, pois o acordo firmado com a autoridade antitruste não confere imunidade cível, o que poderia aumentar a possibilidade de o signatário ser acionado para ressarcir todo o prejuízo do cartel (haja vista a responsabilidade solidária), colocando-o em uma situação mais desvantajosa que os demais integrantes do cartel²¹⁵. E este aumento do grau de exposição do signatário de acordo de leniência ou TCC a uma ação cível pode significar uma medida de desestímulo à cooperação, comprometendo a própria utilidade dos acordos como medida de detecção de cartéis.

O evidente conflito de valores²¹⁶ entre o interesse do prejudicado em ter acesso às provas que auxiliariam na evidenciação dos elementos da responsabilidade civil dos cartelistas, e o interesse institucional em preservar o programa de leniência, acaba por gerar um elemento de tensão entre o titular da pretensão reparatória e a autoridade antitruste, e que culmina na atual dificuldade de acesso às provas detidas pela autoridade.

A tensão, contudo, está relacionada à ausência de normas que versem sobre o acesso aos documentos e informações detidas pela autoridade antitruste pelo titular da pretensão indenizatória, em contraponto ao tratamento sigiloso que a Lei Antitruste e o Regimento Interno do CADE dão aos documentos e informações relativos a um acordo de leniência²¹⁷.

Não há dúvida, entretanto, que a autoridade antitruste reconhece a importância das ações privadas de reparação de danos como instrumento de dissuasão de infrações à ordem econômica. A exposição de motivos da proposta de resolução do CADE colocada em consulta pública e que versa sobre o acesso de terceiros a documentos oriundos de acordos de

exposição a ações de responsabilidade civil". (MACHADO, 2015, p. 117.).

²¹⁴ CASELTA, Daniel Costa. Op. cit. p. 185.

²¹⁵ CASELTA, Daniel Costa. Op. cit. p. 186.

²¹⁶ CASELTA, Daniel Costa. Op. cit. p. 185.

²¹⁷ MACHADO, Luiza Andrade. Op. cit. p. 117.

leniência, TCCs e busca e apreensão revela como o *private enforcement* é entendido como instrumento importante para a política de defesa da concorrência.

Por outro lado, as regras que o CADE pretende traçar para o acesso público a tais documentos e informações evidenciam a preocupação em resguardar o programa de leniência e TCC do CADE, e se encontrar um ponto de equilíbrio entre o fomento às ações privadas de indenização e a manutenção da estrutura de incentivos à colaboração do programa de leniência e programa de TCC.

Percebe-se que a autoridade tem receio de que o acesso indiscriminado e não regulado aos documentos pelos prejudicados pelos cartéis em investigação no CADE, possa comprometer o programa de leniência ressaltado como maior deflagrador das investigações no âmbito do CADE.

Atualmente, diante da ausência de norma específica que regule o acesso dos prejudicados aos documentos de leniência ou TCC, e, ao mesmo tempo, mitigue um risco de exposição do leniente e signatário do TCC, a tendência é que o CADE busque tutelar o seu programa de leniência impondo restrições ao acesso de terceiros aos documentos angariados no âmbito de acordos.

4.1. Acesso judicial a provas em poder da autoridade antitruste

A resistência do CADE em garantir acesso de terceiros aos documentos entregues no âmbito de um acordo de leniência ou TCC acaba remetendo ao judiciário este conflito entre o interesse do prejudicado e o da autoridade antitruste. Dois casos recentes identificados para a presente pesquisa abordam a questão da possibilidade de acesso aos documentos relacionados ao acordo de leniência ou TCC, e demonstram um indicativo de como o judiciário endereçará tal conflito de interesses no futuro.

O primeiro caso ocorreu após a divulgação, pela imprensa, do suposto cartel em licitações para aquisições de trens e construções de linhas de metrô no Estado de São Paulo, deflagrado por um acordo de leniência firmado pela empresa Siemens²¹⁸. Com o intuito de instruir ação de reparação de danos, o Estado de São Paulo pleiteou acesso aos documentos do acordo de leniência em diversas ações judiciais em foros distintos.

²¹⁸ CASELTA, Daniel Costa. Op. Cit. p. 192.

Inicialmente e em sede de mandado de segurança²¹⁹ interposto em face do CADE, o pedido de acesso em sede liminar foi indeferido, por entender o juízo que ainda que o sigilo aos documentos da leniência previsto no artigo 49 da Lei Antitruste pudesse ser mitigado, essa flexibilização da confidencialidade não poderia ocorrer em sede de juízo liminar, pois possuía caráter satisfativo. Tal decisão foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em juízo monocrático²²⁰.

O Estado de São Paulo, por sua vez, também solicitou acesso aos documentos encartados em duas ações de busca e apreensão ajuizadas pelo CADE contra empresas investigadas no âmbito do cartel do metrô e que foram fundamentadas com base no próprio acordo de leniência que o Estado buscava acesso.

Tanto o juízo da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo²²¹, quanto o da 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo²²², onde tramitavam as ações de busca e apreensão, concederam ao Estado de São Paulo acesso aos documentos dos autos, dentre eles os documentos relacionados ao acordo de leniência. Ambas as decisões reconheceram a existência de sigilo legal sobre os documentos, contudo concluíram que em razão de o próprio CADE ter divulgado em seu *website* notícia com detalhes da investigação, o interesse social sobre a investigação passaria a predominar, sendo de interesse geral, sobretudo do Estado de São Paulo e do Ministério Público do Estado de São Paulo, o acesso e acompanhamento dos termos da leniência e documentos que a instruíram, para aprofundamento das investigações pertinentes e apuração de responsabilidades²²³.

²¹⁹ Processo n. 41875-13-65.2013.4.01.3400 – 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal – Impetrante: Estado de São Paulo; Impetrado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

²²⁰ TRF1 – Agravo de Instrumento Cível 0045454-81.2013.4.01.0000/DF, Relator: Des. Kassio Nunes Marques; 1ª Turma; Data de publicação: 16/08/2013.

²²¹ Processo n. 0010939-96.2013.4.03.6100 – 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo/SP – Requerente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; Requerido: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda e outros.

²²² Processo n. 0004196-28.2013.4.03.6114 – 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo/SP – Requerente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; Requerido: MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda.

²²³ “É evidente que, a partir dessa informação repassada ao público, no que entendo que o CADE prestou contas de suas relevantes atividades -, o interesse social passa a predominar, inclusive em face das obrigações legais do Estado de controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas produzidas por seus órgãos e entidades (lei n. 12.527/2011). Decerto que a sociedade e, mais especificamente, o Estado de São Paulo e o Ministério Público Estadual, por exemplo, têm justificado interesse em ter acesso aos termos do acordo de leniência e demais documentos que acompanharam a petição inicial da medida cautelar, para aprofundamento das investigações e apurações cabíveis por parte dos competentes órgãos estatais. Em caso de eventuais crimes e atos de improbidade, por exemplo, os prazos prescricionais estão em pleno curso e já adiantados senão ultrapassados, justificando a urgência no acesso ao que consta dos autos judiciais”. (Processo n. 0004196-28.2013.4.03.6114 – 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo/SP – Requerente: Conselho Administrativo de

O segundo caso ocorreu no âmbito de uma ação privada no caso *Electrolux v. Whirlpool*²²⁴. Na referida ação, a Electrolux pleiteia a reparação de danos percebidos em razão da atuação das requeridas no cartel de compressores herméticos para refrigeração. Ciente de que a Whirlpool havia firmado termo de compromisso de cessação de prática perante o CADE, a Electrolux requereu ao juízo da ação indenizatória que oficiasse o CADE para que apresentasse os documentos que instruíram o TCC. O pedido foi indeferido na primeira instância, sendo devolvido ao Tribunal de Justiça de São Paulo em sede de agravo de instrumento.

O agravo de instrumento, por sua vez, foi provido²²⁵ deferindo-se que fosse oficiado o CADE para que apresentasse nos autos da ação de reparação de danos os documentos que instruíram o TCC, consignando a decisão que por ser o objeto da lide a reparação de danos decorrentes de infrações à ordem econômica, cujo combate cabe ao CADE, é adequada a solicitação de exibição de tais documentos, assegurado o sigilo dos documentos, mediante o trâmite do processo em segredo de justiça.

As fabricantes de compressores recorreram da decisão do TJSP ao Superior Tribunal de Justiça arguindo que o acordo firmado entre elas e o CADE é sigiloso, além de conter documentos relativos à sua estratégia empresarial e segredos de indústria e de negócios que não poderiam ser compartilhados com a autora da ação indenizatória, sua concorrente.

O relator do recurso no STJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze, não acolheu tais argumentos e confirmou o direito de acesso aos acordos por terceiros prejudicados pelo cartel²²⁶. O Ministro salientou que, embora o sigilo inicial dos acordos tenha papel crucial no

Defesa Econômica – CADE; Requerido: MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda. Decisão publicada em 13/08/2013).

²²⁴ Processo n. 0116924-71.2012.8.26.0100 – 33ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – Requerente: Electrolux do Brasil S.A; Requeridos: Whirlpool S.A., Brasmotor S.A, Tecumseh do Brasil Ltda. (Ação tramita em segredo de justiça).

²²⁵ “Lembre-se que ainda que o escopo das medidas adotadas pelos órgãos integrantes do atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência seja aquele de combate às lesões de ordem difusa, oriundas dos atos de concentração, na medida que se discute, na presente demanda, prejuízos individuais delas supostamente decorrentes, adequada a solicitação dos aludidos documentos para a regular instrução do feito. Se houve ou não confissão das corrés quanto às práticas anticoncorrenciais no bojo dos processos administrativos e seus consectários, tal circunstância somente pode ser avaliada após a remessa e análise, pelo magistrado, dos documentos solicitados. Aliás, a providência de instrução é necessária até para que se possa examinar se são mesmo ‘falsas’ as afirmações da inicial, como alegam as agravadas. De resto, garantido e reiterado o segredo de justiça sobre os presentes autos e seus recursos, nenhum prejuízo ou ameaça ao necessário sigilo dos documentos cuja obtenção é anelada se vislumbra”. (TJSP – Agravo de Instrumento Cível 2034855-20.2013.8.26.0000, Relator: Des. Vito Guglielmi; 6ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 12/02/2014).

²²⁶ “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. DILAÇÃO

incentivo à colaboração por coautores dos cartéis e no sucesso das investigações conduzidas a partir do acordo, tal sigilo não pode ser absoluto e deve permanecer coerente com a razão de sua existência: resguardar o andamento e sucesso das investigações conduzidas pelo CADE.

Neste sentido, o Ministro Bellizze frisou que o sigilo previsto na Lei Antitruste está limitado às propostas de acordo de leniência, sendo que os demais atos e documentos relacionados ao acordo devem ser públicos em observância à regra geral de publicidade dos processos administrativos.

O relator ainda traçou um paralelo com a Lei de Combate a Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013), que define que o acordo de delação premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia na ação penal²²⁷. Por considerar os acordos de delação premiada e leniência institutos ontologicamente idênticos, o Ministro concluiu que o sigilo do acordo de leniência deve prevalecer apenas durante a fase de apuração da conduta no processo administrativo, encerrando-se com a apresentação do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo do CADE.

PROBATÓRIA. DEVER DE COLABORAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ACORDO DE LENIÊNCIA. SIGILO. EXTENSÃO. LIMITES. OPOSIÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Ação de reparação de danos materiais proposta na origem, na qual se pretende a indenização por danos decorrentes de conduta de concerto de preços em mercado relevante, na qual se requereu a juntada de documentos obtidos por meio de acordo de leniência e inquérito policial. 2. No que tange à obtenção de documentos sob guarda de juízo criminal, a posterior apreciação da questão trazida sob a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC e interposição de novo recurso especial resulta na perda superveniente do interesse recursal, prejudicando o julgamento do recurso especial interposto por Electrolux do Brasil S.A. 3. O acordo de leniência é instituto destinado a propiciar a obtenção de provas da prática de condutas anticoncorrenciais, por meio do qual se concede ao coautor signatário benefícios penais e administrativos. 4. Nos termos da legislação, assegura-se o sigilo das propostas de acordo de leniência, as quais, eventualmente rejeitadas, não terão nenhuma divulgação, devendo ser restituídos todos os documentos ao proponente. 5. Aceito e formalizado o acordo de leniência, a extensão do sigilo somente se justificará no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos cujo segredo deverá ser guardado também em tutela da concorrência. 6. Todavia, ainda que estendido o sigilo, não se pode admitir sua protração indefinida no tempo, perdendo sentido sua manutenção após esgotada a fase de apuração da conduta, termo marcado pela apresentação do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo. 7. O dever geral de colaboração para elucidação dos fatos, imposto nos termos do art. 339 do CPC, somente é afastado por meio de regras expressas de exclusão, entre as quais o sigilo profissional calcado na necessidade precípua de manutenção da relação de confiança inerente a determinadas profissões, o que não se afigura razoável na hipótese dos autos em que a relação entre signatários do acordo e a entidade pública se vinculam por meio do exercício do poder de polícia. 8. Nos termos da Lei n. 12.529/11, art. 11, X, compete aos conselheiros do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica prestar informações e fornecer cópias dos autos dos procedimentos administrativos ao Poder Judiciário, quando requeridas para instruir ações judiciais, de modo que eventual sigilo do procedimento administrativo não pode ser oposto ao Poder Judiciário. 9. Recurso especial da Electrolux do Brasil S.A. prejudicado pela perda superveniente de objeto. Recurso especial de Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A. conhecido e não provido. Prejudicada a medida cautelar vinculada ao recurso especial⁷. (STJ – Recurso Especial n. 1554986/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 05/04/2016)

²²⁷ Art. 7º. O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto. (...) §3º - O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

O relator ressaltou que o intuito de evitar o livre acesso público ao conteúdo, documentos e informações dos acordos celebrados pelo CADE, além de não contar com amparo legal, mostra-se desproporcional, por impedir terceiros eventualmente lesados de buscar a devida reparação dos danos suportados em decorrência do cartel.

Ao endereçar o argumento da Procuradoria do CADE de que a resistência do CADE em apresentar os documentos tinha a finalidade de não colocar o signatário em posição mais gravosa que os demais investigados, ante ao aumentado grau de exposição à ação de indenização, o Ministro apontou que a lei apenas prevê benefícios ao signatário nas esferas administrativa e penal, não cabendo ao CADE a extensão dessas benesses.

O sigilo do acordo de leniência não pode se prostrar no tempo indefinidamente, sob pena de perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao signatário do acordo de leniência favor não assegurado pela lei. A propósito, nesse diapasão, não se sustenta o esclarecimento da Procuradoria Federal que expressamente declina a finalidade da mencionada previsão regimental no sentido de evitar que o signatário tivesse situação mais gravosa que os demais investigados pelo CADE. Esse argumento se mostra extremamente falacioso, porquanto a ‘premiação’ àquele que adere ao programa de leniência é restrita às esferas administrativas e penais, sem nenhuma menção legal à pretensão cível de eventuais lesados pelas condutas praticadas contra o mercado²²⁸.

Por fim, o Ministro pontuou que o dever de confidencialidade do CADE se exaure no momento em que concluídos os trabalhos de instrução do procedimento administrativo, impondo-se, após, o dever de prestar informações e fornecer documentos ao Poder Judiciário. Eventual necessidade de atribuição de sigilo de parte dos documentos, como aqueles que guardarem segredos industriais, deverá ser pontualmente analisada pelo juízo competente.

A decisão é relevante, pois além de se tratar de um posicionamento externado pelo Superior Tribunal de Justiça, ela endereça diretamente esse conflito de interesses entre o dever de resguardar o sigilo das investigações, a atuação do CADE no sentido de proteger o programa de leniência e o interesse do prejudicado de reduzir a assimetria informacional e ter acesso aos documentos que podem ser fundamentais para a comprovação da responsabilidade civil do cartelista.

A minuta de resolução do CADE sobre acesso a documentos, por sua vez, diverge da solução adotada pelo STJ, por reputar que a divulgação dos documentos após o

²²⁸ STJ – Recurso Especial n. 1554986/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 05/04/2016

encerramento da instrução pela Superintendência Geral, poderia prejudicar o andamento do processo, colaborações e investigações conexas.

4.2. Resolução do CADE sobre acesso a documentos oriundos de acordo de leniência, TCC e busca e apreensão

Em 07 de dezembro de 2016, o CADE submeteu à consulta pública minuta de resolução que pretende estabelecer regras para acesso de terceiros à documentos e informações provenientes de acordos de leniência, Termos de Compromisso de Cessação (TCC) e de operações de busca e apreensão no âmbito do CADE.

Na exposição de motivos da resolução²²⁹, o CADE reconhece o acordo de leniência e TCC como os pilares da persecução pública a condutas anticompetitivas no Brasil, e que o crescimento da persecução privada de modo contundente no exterior e incidental no Brasil torna imperiosa a articulação entre ambas modalidades de persecução. A Nota Técnica da Superintendência-Geral elaborada como subsídio teórico à resolução também reforça a necessidade de se regular a interação de *private* e *public enforcement*²³⁰.

O CADE também destacou que a iniciativa da minuta de resolução vem na esteira da recente decisão do STJ no REsp n. 1554986/SP, que iria de encontro à postura até então adotada pelo CADE, no sentido de não tornar públicos os acordos de leniência, termos de compromisso de cessação e documentos a eles relacionados, antes do julgamento do caso.

Na visão do CADE elucidada na nota técnica e exposição de motivos da minuta

²²⁹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Consulta Pública n. 05/2016. Exposição de Motivos da Resolução. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpL Bdy5K4UELOqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQÚQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg.> Acesso em 05-02-2017.

²³⁰ “Embora o *private enforcement* possa auxiliar na promoção da política de defesa da concorrência, reconhece-se que a tendência crescente de ajuizamento de ARDC traz desafios aos programas de colaboração das autoridades antitruste no mundo e no Brasil, em especial aos Programas de Leniência. Por um lado, regras que favoreçam excessivamente o *private enforcement* podem prejudicar o *public enforcement*. Por outro, regras que sejam excessivamente restritivas às ARDC podem inviabilizar o ressarcimento da parte lesada pela infração à ordem econômica e inviabilizar parte significativa da função dissuasória do *enforcement antitruste*. Assim, busca-se avaliar em que medida os incentivos para que um participante de um cartel coopere no âmbito de um Acordo de Leniência podem ser reduzidos se tal cooperação o expor excessivamente ao impacto financeiro das ARDC”. (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica n. 24/2016/Chefia Gab-SG/SG/CADE. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6ri2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zOUY7a3MW4omo9BwdVCnAIOZcpqBftsU_mXg.> Acesso em 05-02-2017)

de resolução, o acesso indiscriminado a esse material colocaria em risco as investigações e o próprio programa de leniência. E para tutelar, portanto, esses dois pilares da sua atuação, o CADE propôs a minuta de resolução que, embora se diga destinada a fomentar ações de reparação de danos concorrenciais no Brasil, tem como objetivo principal a limitação dos tipos documentos que possam ser compartilhados com terceiros, bem como o estabelecimento do momento processual em que tal compartilhamento poderá ser realizado.

Ao enunciar a regra de publicidade dos documentos das investigações em seu artigo 1º²³¹, a norma traz diversas exceções à regra de publicidade o que evidencia que a maioria dos documentos das investigações deve permanecer, na visão do CADE, com tratamento restrito.

O artigo 3º da resolução prevê a divulgação dos materiais de acesso restrito nas seguintes hipóteses: (i) expressa determinação legal; (ii) decisão judicial específica; (iii) autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC, com a anuência do Cade, sem que haja prejuízo à investigação; ou (iv) cooperação jurídica internacional.

O momento do compartilhamento de documentos é endereçado pela minuta de resolução com o objetivo de evitar o compartilhamento prematuro de documentos e, com isso, prejudicar investigações conexas que porventura estejam em andamento. Neste sentido, e diferentemente da decisão do STJ, as novas regras preveem o acesso por fase do processo administrativo e determinam que (1) na fase de negociação e celebração do acordo os documentos serão sempre sigilosos; (2) na fase de instrução apenas as versões públicas das notas técnicas proferidas pela Superintendência Geral do CADE serão disponibilizadas; e (3) após decisão final, os documentos passíveis de compartilhamento serão juntados em apartado restrito específico para este fim, cabendo ao CADE a avaliação dos requerimentos de acesso apresentados por terceiro.

A exposição de motivos da resolução justifica a manutenção do sigilo durante todas as fases do processo administrativo como medida de resguardar tanto a própria

²³¹ Art. 1º Serão públicos os documentos e informações oriundos de Acordo de Leniência, Termos de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão que não se enquadrem nas restrições previstas nos arts. 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011, nos arts. 22 e 23, VIII da Lei nº 12.527, de 2011, nos arts. 5º, §2º e 6º, I do Decreto nº 7.724, de 2012, nos arts. 52 a 55 e 179 a 210 do Regimento Interno do Cade, e nas decisões judiciais específicas, conforme fase processual da investigação no Cade, nos termos da Seção II desta Resolução.

investigação quanto outras que possam dela surgir²³².

Para garantir que o compartilhamento do material seja realizado na fase processual que reputa mais apropriada, a resolução atribui à Procuradoria do CADE a possibilidade de intervir em ações judiciais que discutam o acesso a esses documentos e informações, bem como requerer a suspensão de medidas judiciais e extrajudiciais que possam comprometer acordos e investigações. Para auxiliar a Procuradoria na identificação de tais ações, a resolução obriga os signatários de acordos a informar o CADE da existência de quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais, no Brasil ou no exterior, que discutam o acesso a documentos oriundos de acordos firmados com o CADE.

Apesar da norma prever que, após a decisão final, o CADE poderá tornar públicos os documentos e informações considerados relevantes, isso não significa que eles serão compartilhados de forma ampla e irrestrita. Seguindo o exemplo da *Diretiva Sobre Ações de Ressarcimento de Danos Concorrenciais da União Europeia*, o CADE propõe que, mesmo após a decisão final do Tribunal no processo administrativo, alguns documentos e informações nunca poderão ser compartilhados com terceiros em razão dos riscos às atividades de inteligência, efetividade de investigações e atratividade dos programas de acordos do CADE.

Dentre os elementos que o CADE propõe manter em sigilo estão: (i) relatórios com histórico da conduta e seus aditivos; (ii) propostas de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessação; (iii) documentos e informações relacionados a estratégia empresarial e segredos de indústria e negócios; e (iv) documentos e informações protegidos por sigilo legal, como dados fiscais e bancários²³³.

²³² BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta Pública n. 05/2016**. Exposição de Motivos da Resolução. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELOqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg.> Acesso em 05-02-2017.

²³³ Art. 13. (...) Parágrafo único. Serão mantidos como de acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade, e não poderão ser disponibilizados a terceiros em razão do risco à condução de negociações (art. 23, II da Lei nº 12.527/2011), às atividades de inteligência (art. 23, VIII da Lei nº 12.527/2011), e à efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade: I – o Histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do Cade com base em documentos e informações de caráter auto-incriminatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC, que não poderiam ter sido obtidos de qualquer outro modo senão por meio da colaboração no âmbito dos Programas de Leniência e de TCC; e/ou II – os documentos e informações: a) que se enquadrem nas restrições previstas nos arts. 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011; b) que constituam segredo industrial (art. 22 da Lei nº 12.527/2011); c) relativos à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (art. 5º, §2º do Decreto nº

Segundo a exposição de motivos da resolução, a proteção à confidencialidade de tais documentos tem como objetivo impedir que o beneficiário da leniência ou TCC se encontre em uma posição de desvantagem em um potencial litígio civil, quando comparado com os demais coautores da conduta que não colaboraram com a autoridade.

Os documentos que eventualmente não se enquadrem nessas categorias, tais como provas da época da infração, como, por exemplo, uma troca de e-mails que ateste um ajuste entre concorrentes, poderão, em tese, ser acessados por terceiros, porém apenas após a decisão final do CADE no processo administrativo e sua deliberação sobre a viabilidade do requerimento de acesso à prova.

Por fim, e com o intuito de fomentar a persecução privada a condutas anticompetitivas no Brasil, a resolução estabelece que os terceiros que pretendam obter provas para subsidiar o ajuizamento de ações de reparação de danos concorrenciais terão acesso prioritário aos documentos e informações de acesso restrito. E sem descuidar do possível impacto que ações de reparação podem ter sobre os incentivos para celebração de termos de compromisso de cessação, e buscando incentivar a adoção de instrumentos consensuais de resolução de conflitos, a proposta de resolução autoriza o CADE a conceder redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa imposta aos participantes da infração concorrencial que comprovarem o ressarcimento extrajudicial ou judicial do dano causado a terceiros decorrente de sua conduta.

O CADE também defende alterações na Lei de Defesa da Concorrência com vistas a esclarecer e pacificar temas centrais e polêmicos das ações de reparação. Na primeira proposta de alteração da lei, o CADE buscar estabelecer uma norma específica de prescrição para ações de reparação de danos concorrenciais, definindo que o prazo prescricional só começaria a fluir com a ciência inequívoca da infração e que ele seria interrompido pela instauração de investigação pelo CADE.

A segunda alteração legislativa sugerida pelo CADE busca reduzir o grau de exposição do signatário da leniência às ações de reparação de danos e evitar que ele fique numa posição mais desvantajosa que as demais partes que não colaboraram com a autoridade. Nesse sentido, o novo texto da lei definiria que (i) o signatário da leniência não responde

7.724/2012); d) que constituam hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça (art. 6º, inciso I do Decreto nº 7.724/2012); e) que constituam hipóteses previstas nos arts. 52 a 54 do Regimento Interno do Cade.

solidariamente pelos danos decorrentes da infração noticiada em seu acordo, mas apenas pelos danos efetivamente causados aos seus consumidores e fornecedores; e (ii) que ao signatário não se aplica a repetição de indébito por valor em dobro prevista no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor.

À míngua, contudo, de um texto definitivo para a resolução e, sobretudo, as alterações legislativas necessárias para que a dinâmica de compartilhamento de documentos e informações proposta pelo CADE funcione de forma harmônica, perdura o ambiente de incerteza jurídica quanto a possibilidade de acesso a tal prova. O tópico a seguir sugere a utilização do procedimento de produção antecipada de prova reformulado pelo Novo Código de Processo Civil como alternativa para contornar o óbice do acesso à prova e, assim, verificar *ex-ante* a possibilidade de êxito e composição de uma demanda.

5. Produção antecipada de provas

A assimetria de informação do prejudicado pela prática de cartel culmina em dificuldade e demora processual na comprovação e quantificação do dano decorrente do ilícito, o que serve até como uma medida de desincentivo ao ajuizamento de ações desta natureza. Uma alternativa para contornar tal dificuldade seria a utilização do procedimento de produção antecipada de prova, conforme redefinido pelo Novo Código de Processo Civil.

É certo que a incipiência de ações de indenização contra carteis redundam em desconhecimento das vítimas sobre as possibilidades de reparação²³⁴, uma falta de familiaridade do Judiciário com o tema, além da ausência de precedentes que possam ser utilizados como parâmetro para tais casos²³⁵. Contudo, a mudança do paradigma processual relativo ao direito à prova, que se consagrou como um direito autônomo, onde não apenas o juiz, mas também as partes são destinatárias da prova, viabiliza a comprovação e quantificação do dano antes mesmo do ajuizamento da ação indenizatória, o que poderá servir de instrumento de verificação de viabilidade de uma demanda e facilitador de sua composição entre as partes²³⁶.

Pontue-se que o ajuizamento da ação de produção antecipada de provas pressupõe que o titular tenha conhecimento da violação do seu direito, pois do contrário não saberia

²³⁴ CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Op. cit.** p. 332

²³⁵ CASELTA, Daniel Costa. **Op. Cit.** p. 226.

²³⁶ GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. A produção antecipada de provas em litígios empresariais - reflexões sobre a estratégia. In: Elias Marques de Medeiros Neto; Adalberto Simão Filho. (Org.). **Direito dos Negócios Aplicados**. Ied.São Paulo: Almedina, 2015, v. 1, p. 255-270

sequer qual prova produzir antecipadamente. Neste sentido, cogita-se o ajuizamento da referida ação no momento em que o titular do direito já poderia exercer a pretensão indenizatória, pois do contrário poderia lhe faltar até mesmo interesse de agir para o ajuizamento da referida ação. A utilidade do procedimento, pois, é antecipar uma fase crucial da ação indenizatória, possibilitando a verificação da viabilidade da demanda ou, até mesmo, a composição da lide entre as partes.

5.1. A produção antecipada de provas no Novo Código de Processo Civil

No contexto de um litígio de qualquer espécie, as provas possuem um papel fundamental, por constituírem o “*meio de se chegar à cognição do suporte fático das pretensões litigiosas*”²³⁷.

O processo destina-se a solucionar o conflito (ou a aperfeiçoar um ato, na jurisdição voluntária), mediante a definição das normas jurídicas incidentes no caso. A produção probatória, como elemento adequado para a reconstrução dos fatos pretéritos (etapa imprescindível para se definir quais normas incidiram no caso), é uma importante etapa no exercício da função jurisdicional²³⁸.

Com efeito, grande parte dos litígios privados são solucionados após a apreciação das questões de fato elucidadas pela produção probatória²³⁹, não sendo contraproducente que a própria prova anteceda o litígio, como medida de verificação de sua viabilidade ou mesmo de possibilidade de composição.

A evolução da teoria da prova em consonância com a evolução da própria teoria do processo revela que a busca da verdade real²⁴⁰ sucedeu a busca da verdade formal como finalidade do processo e fundamento da sentença²⁴¹. Neste sentido, o processo deixa de ser

²³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real**. Disponível em: < <http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-buscada-verdade-real>>. Acesso em 30-10-2016. p. 3.

²³⁸ TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova**. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova>> Acesso em: 2016-07-11.

²³⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz. **MARINONI, Luiz Guilherme. O processo civil contemporâneo. Curitiba: Juruá**, p. 93-98, 1994.

²⁴⁰ “A adoção plena no processo civil do princípio da verdade real é uma conseqüência natural da modernidade publicística do processo. Assim, a par de não se admitir o princípio dispositivo rígido (...) cada vez mais aumenta a liberdade na investigação da prova, em face da socialização do Direito e da publicização do processo, razão que levou Lessona a afirmar que ‘em matéria de prova todo progresso está justamente em substituir a verdade ficta pela verdade real’”. (PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 199.)

²⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 8.

um mero meio de endereçamento dos litígios, para se revelar como um instrumento de pacificação social. A permissão de livre produção da prova e a demonstração de sua utilidade tanto para a parte e como para o juiz cumpre os desígnios máximos da pacificação social, o que orienta a prestação jurisdicional de forma justa e efetiva.

A substituição da verdade ficta pela verdade real, portanto, é consentânea com o movimento pendular de evolução da teoria geral do processo que atualmente se desloca do extremo formalismo para um processo mais instrumental que privilegia o resultado à forma. A evolução cuida da tentativa de se obter um processo justo que, de fato, sirva de instrumento de pacificação social.

Dentro desta perspectiva, a possibilidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil de generalizar a produção antecipada de prova (e conseqüentemente a verdade real) revela-se como uma positiva novidade que quando regularmente utilizada possibilitará (i) a dissuasão da propositura de ações sem fundamento ou com diminutas chances de êxito; e (ii) o estímulo à composição de litígios, reduzindo seu tempo de tramitação.

Ressalta-se que o direito autônomo à prova e a possibilidade de sua produção antecipada, sem o requisito de urgência, já eram defendidos na doutrina antes da alteração legislativa.

Todos têm o direito de ir a juízo para pleitear a busca, a obtenção e a pré-constituição de certa prova, mesmo fora das hipóteses de urgência. Todos, enfim, têm o direito de demandar a antecipação da prova, ainda que não haja perigo. A isso se poderia até mesmo chamar de “direito à prova”, embora pareça preferível, analogamente ao que se passa com a ação, empregar, aqui, a expressão “direito de demandar a prova” ou “direito à administração da prova”²⁴².

Com efeito, tal teoria foi consagrada pela legislação com inclusão das hipóteses previstas nos incisos II e III do artigo 381 do Novo Código de Processo Civil que confirmam a utilidade da antecipação da prova para além de seu tradicional uso cautelar:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

²⁴² YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 320.

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

A medida, portanto, passa a ter a utilidade de instrumento de melhor conhecimento da realidade fática de determinada relação controvertida, e conseqüentemente das chances de êxito de uma eventual demanda principal, possibilitando que as partes tomem uma fundamentada decisão sobre o ajuizamento ou não do processo principal, ou, ainda, decidam compor a lide. Cinde-se, portanto, a tradicional noção de que o único destinatário da prova é o juiz, consagrando-se, ao revés, a compreensão de que a prova tem também as partes²⁴³ como destinatárias²⁴⁴.

Essas novas utilidades do instituto de produção antecipada de provas que consagram o direito autônomo da parte à prova se revelarão extremamente úteis aos litígios estratégicos, haja vista essa possibilidade de verificação do êxito *ex ante* e estímulo à auto composição. Relativamente às ações privadas para reparação de danos oriundos de cartel, a medida poderá se revelar como alternativa para contornar a falta de familiaridade do judiciário brasileiro com este tipo de demanda, e os demais óbices de ordem processual (dentre eles a dificuldade de acesso a provas e, por consequência, assimetria informacional) que acabam por impor um ritmo lento e incerto a estes litígios o que, em última análise, desestimula seu ajuizamento.

5.2. Produção antecipada de provas para comprovação e quantificação de danos de cartel

A rigor, a parte prejudicada pela atuação de um cartel desconhece que lhe foi inculido dano até a revelação do cartel pela autoridade antitruste ou pelo próprio mercado. E mesmo após desvelado o cartel, o prejudicado, via de regra, desconhece a dimensão do dano percebido. Há, portanto, e conforme já exposto neste artigo, uma evidente assimetria de informações entre as partes envolvidas nesta relação haja vista o caráter oculto do cartel, e a

²⁴³ “O destinatário da prova passa a ser primeiro as partes, depois o julgador. Nesta visão evolutiva do processo e da prova, as partes deixam de direcionar seus esforços exclusivamente ao convencimento do terceiro imparcial. Buscam tentar influir a parte adversa acerca da viabilidade e a própria existência do seu direito, com a intenção de compor, isto é, evitar o litígio, reduzindo o tempo da discussão e, por óbvio, o custo financeiro e emocional do litígio”. (GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. **Op cit.**).

²⁴⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 584.

posição “inferior” que o prejudicado ocupa na relação comercial, não possuindo as informações comerciais que possibilitem a verificação do preço que lhe é cobrado.

Não possuindo o prejudicado todos os elementos de formação do preço que lhe é cobrado, ele não consegue, a partir do conhecimento da prática do cartel, estimar todo o dano que percebeu em razão da atuação dos cartelistas. A estimativa do dano, portanto, pressupõe necessariamente de um trabalho de economistas que tentariam apurar a diferença entre o que o prejudicado desembolsou e o que teria desembolsado em um cenário competitivo, ou seja, não cartelizado.

Os prejuízos seriam calculados pela estimativa da diferença entre o que a parte teria pago “se não fosse” o cartel (o contrafactual). Uma vez que não observamos a situação sem o cartel, alguma forma de estimativa deste contrafactual se faz necessária – e aí a contribuição do economista é fundamental. O economista vai tentar estimar este preço contrafactual (ou preço de referência), sendo aquele que prevaleceria na ausência de cartel – e qual seria a quantidade nesta eventualidade²⁴⁵.

No contexto de uma ação de indenização em que não houver prova direta do dano, a comprovação e quantificação dos danos decorrentes de um cartel demandarão, necessariamente, da realização de prova pericial econométrica para (i) aferição do preço contrafactual; e (ii) quantificação do efetivo prejuízo percebido²⁴⁶.

Não se pretende, neste trabalho, entrar em detalhes sobre os métodos adotados pelos economistas para aferição do preço contrafactual (embora tal debate seja relevante para esclarecer aos juristas a existência de métodos científicos para estimativa desta natureza). O que importa, entretanto, para o presente debate é que a antecipação de tal prova pericial pode ser extremamente útil para fomentar o ajuizamento de ações dessa natureza e reforçar a política de repressão contra carteis no Brasil.

Atualmente, o desconhecimento do efetivo prejuízo percebido pelo prejudicado é uma medida de desestímulo ao ajuizamento de ações indenizatórias, pois *ab initio* o prejudicado desconhece o potencial ganho que perceberia com o êxito da ação, não lhe sendo possível contrastar tal perspectiva de ganho com o gasto que incorrerá com advogados para o

²⁴⁵ LUCINDA, Claudio; SEIXAS, Renato. **Prevenção Ótima de Cartéis: O Caso dos Peróxidos no Brasil**. Departamento de Estudos Econômicos – DEE, Brasília: maio de 2016. p. 15.

²⁴⁶ “O cálculo para quantificação dos danos materiais causados por condutas anticompetitivas como o cartel, por exemplo, demanda a aplicação de técnicas referenciadas pelas doutrinas americana e europeia, tais como: (i) a da simulação de um ambiente competitivo; (ii) a da análise aprofundada dos registros financeiros das empresas; e (iii) a comparação com diferentes mercados. Ainda que essas técnicas sejam bastante eficientes no cálculo dos danos materiais acarretados por um ilícito antitruste, ainda não é um dos principais problemas enfrentados por nossos tribunais”. (CARVALHO, 2012, p. 348.).

ajuizamento da lide e o desgaste que poderá vir a ter com seu fornecedor durante a longa tramitação do processo.

Dentro da dinâmica do código revogado, a prova pericial apenas é produzida após a fase postulatória e prolação do despacho saneador, onde, em geral são endereçadas diversas questões preliminares que, caso submetidas a recurso, poderão impor um atraso ainda maior ao início da fase de dilação probatória²⁴⁷.

A antecipação da produção da prova, por sua vez, poderá ter a utilidade de inverter o ônus da demora processual, viabilizando a verificação da extensão do dano antes do próprio ajuizamento da ação indenizatória, possibilitando ao prejudicado avaliar a viabilidade da demanda ou até mesmo buscar um acordo com o cartelista, na melhor acepção da norma do art. 381 do Novo Código de Processo Civil.

É evidente que a viabilização da prova pericial demandará um certo grau de compartilhamento das provas colhidas pelo CADE no seu processo administrativo com o judiciário. E conforme exposto em 4, tal tema, já foi parcialmente endereçado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça²⁴⁸ que assentou que uma vez concluída a fase de investigação pela sua Superintendência-Geral, o CADE não pode impedir o acesso público ao conteúdo, documentos e informações de acordos celebrados no âmbito da autoridade antitruste. A exibição de documentos poderá se dar, inclusive, no próprio âmbito da ação autônoma em que se pretende a produção antecipada da prova pericial, haja vista a possibilidade de cumulação de pedidos probatórios²⁴⁹.

De qualquer modo, a aludida produção antecipada de prova ilustra o direito autônomo da parte prejudicada pelo cartel à prova de seu dano, sem que ela esteja

²⁴⁷ Três ações que pretendem o ressarcimento de danos causados pelo cartéis dos gases medicinais a hospitais de Minas Gerais (ação n. 7099345-90.2009.8.13.0024 em curso perante a 28ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG); São Paulo (ação n. 1065317-65.2013.8.26.0100 em curso perante a 18ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP) e Rio Grande do Sul (ação n. 0004954-43.2013.8.21.0012 em curso perante a 2ª Vara de Dom Pedrito/RS) ilustram bem tal atraso. Na ação mineira, ajuizada em setembro de 2009, até a presente data não foi realizada a perícia econômica, sendo que ainda pendem no STJ dois recursos que abordam questões preliminares suscitadas na fase postulatória. A ação paulista, por sua vez, a despeito de ser mais recente, também segue com morosidade. Distribuída em setembro de 2013, ela teve a perícia autorizada pelo Tribunal de Justiça em agosto de 2015, porém até a presente data não foi sequer nomeado perito. Por fim, a ação gaúcha, ajuizada em dezembro de 2013, teve a sua tramitação suspensa em fevereiro de 2016 pelo prazo de um ano, para aguardar o resultado das ações anulatórias ajuizadas em face da decisão do CADE que condenou o indigitado cartel.

²⁴⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1554986/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 05/04/2016.

²⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 318.

obrigatoriamente vinculada a um provimento declaratório²⁵⁰, mas com uma nítida utilidade para contornar o problema do acesso à prova que hoje desestimula tal parte a ingressar em juízo.

6. Conclusão

As recentes decisões identificadas no presente trabalho revelam uma tendência do Judiciário de garantir acesso de terceiros prejudicados ao conteúdo, documentos e informações em poder do cartelista, bem como oriundos dos acordos celebrados pelo CADE, de forma a garantir o pleno exercício da pretensão reparatória dos danos suportados em decorrência do cartel.

Por outro lado, considerando-se o rigor com que trata o acesso de terceiros a documentos e informações provenientes de acordos de leniência, TCCs e de operações de busca e apreensão, conclui-se que a minuta resolução editada pelo CADE, apesar de indicar como seu objetivo o fomento às ações privadas de reparação de danos concorrenciais e criar harmonia entre persecução pública e privada das infrações à ordem econômica, visa claramente proteger o bem-sucedido programa de leniência e TCC do CADE.

A criação de normas para simplesmente restringir o acesso aos documentos das investigações e, até mesmo, criar um sigilo perpétuo à determinada classe de documentos e informações, não parece estar alinhada com o entendimento externado pelas decisões judiciais analisadas no contexto deste artigo.

A atratividade do programa de leniência e TCC do CADE deve ser mantida a partir da criação de medidas de incentivo à colaboração que sejam compatíveis com o ordenamento jurídico. Considerando que o acordo firmado no âmbito do CADE possui reflexos nas esferas administrativa e penal, porém não na esfera cível, uma norma que, em última análise, crie um obstáculo à comprovação em juízo da responsabilidade civil do beneficiário da leniência ou compromissário no TCC parece extrapolar os limites de atuação do CADE, criando uma imunidade não prevista em lei.

Há, portanto, um desalinhamento entre Judiciário e CADE acerca da possibilidade (e momento) de acesso a documentos e informações oriundos de acordos de leniência e TCC. A conciliação do fomento às ações privadas de reparação de danos e da tutela ao programa de

²⁵⁰ GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. **Op cit.**

leniência e TCC do CADE dependerá intrinsecamente de alterações legislativas voltadas a atribuir maior previsibilidade à questão da prescrição das ações, e menor exposição ao signatário da leniência, o que, traria maior harmonia e sinergia entre *public* e *private enforcement* no Brasil.

À míngua de uma mudança no ordenamento jurídico que enderece todos os interesses conflitantes acerca do acesso à prova, o prejudicado pode se valer do expediente da produção antecipada de prova para diminuir a assimetria informacional e, por sua vez, ter condições de avaliar com maior propriedade o êxito da demanda reparatória bem como a possibilidade de composição da lide.

A evolução da teoria do processo evidencia o direito autônomo da parte à prova, sendo ela, portanto, também destinatária da prova no processo. Tal direito autônomo, já debatido pela doutrina processual, foi consagrado pelo Novo Código de Processo Civil ao expressamente permitir a utilização do expediente de produção antecipada de prova para além da tradicional medida cautelar.

A busca pela verdade real pauta o processo civil moderno que coloca em segundo plano acepções formalistas para privilegiar a efetividade e, sobretudo, sua consagração com um processo justo. A produção probatória é uma etapa importantíssima para reconstituição dos fatos controvertidos e, conseqüentemente, definição do resultado da demanda. Neste sentido, a antecipação da prova permite que a parte realize a aferição de viabilidade da demanda, bem como da tentativa de conciliação.

A produção de prova pericial econômica é fundamental para aferição do prejuízo percebido pelo prejudicado pela atuação de cartel. A falta de conhecimento deste dano serve como medida de desestímulo ao ajuizamento de ações dessa natureza, pois a parte não consegue medir se o êxito da ação será superior ao gasto para patrocínio da causa e desgaste do seu relacionamento com fornecedor no curso de uma longa lide.

Como consequência da incipiência do *enforcement* privado de cartéis, constata-se que o atual *public enforcement* realizado pelo CADE não é suficiente para dissuadir os agentes econômicos das infrações à ordem econômica, sendo necessário aumentar o valor do prejuízo percebido pela empresa que se envolve no cartel.

Neste sentido, o instituto da produção antecipada de prova, como redefinido pelo

Novo Código de Processo Civil, ao viabilizar a produção da prova do dano antes mesmo do ajuizamento da ação indenizatória, pode se revelar como uma medida de estímulo tanto ao *private enforcement* e à própria composição de litígios dessa natureza.

E considerando-se os precedentes que admitiram a exibição de documentos de posse do cartelista, ou até mesmo de posse do CADE, vislumbra-se que a utilização de tal expediente pelo prejudicado pelo cartel tem grandes chances de se revelar como instrumento importantíssimo para mitigar a assimetria de informações que possui e angariar as provas necessárias à comprovação da responsabilidade civil dos cartelistas.

7. Referências bibliográficas

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz. **MARINONI. Luiz Guilherme. O processo civil contemporâneo. Curitiba: Juruá**, p. 93-98, 1994.

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial n. 1554986/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016.

BRASIL – Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Agravo de Instrumento-Cv 1.0145.10.060085-0/001, Relator: Des. Estevão Lucchesi , 14ª Câmara Cível, julgamento em 13/08/2015.

BRASIL – Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.13.305007-0/002, Relator: Des. Marco Aurelio Ferenzini, 14ª Câmara Cível, julgamento em 30/06/2016.

BRASIL – Tribunal de Justiça de São Paulo – Agravo de Instrumento Cível 2074559-69.2015.8.26.0000, Relator: Des. Sergio Alfieri; 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 25/08/2015

BRASIL – Tribunal de Justiça de São Paulo – Agravo de Instrumento Cível 2034855-20.2013.8.26.0000, Relator: Des. Vito Guglielmi; 6ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 12/02/2014

BRASIL – Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Agravo de Instrumento Cível 0045454-81.2013.4.01.0000/DF, Relator: Des. Kassio Nunes Marques; 1ª Turma; Data de publicação: 16/08/2013.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta Pública n. 05/2016**. Exposição de Motivos da Resolução. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg,> Acesso em 05-02-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Maio de 2016. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf> Acesso em 11-11-2016.

CARVALHO, Lívia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. **Revista do IBRAC**. v. 19, n. 21, jan./jul., p. 332-350, 2012.

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

CORDOVIL, Leonor, et. al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 11-31, 2013.

GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. **Revista do IBRAC**. v. 21, n. 26, jul./dez., p. 135-154, 2014.

GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. A produção antecipada de provas em litígios empresariais - reflexões sobre a estratégia. In: Elias Marques de Medeiros Neto; Adalberto Simão Filho. (Org.). **Direito dos Negócios Aplicados**. 1ed. São Paulo: Almedina, 2015, v. 1, p. 255-270

LUCINDA, Claudio; SEIXAS, Renato. **Prevenção Ótima de Cartéis: O Caso dos Peróxidos no Brasil**. Departamento de Estudos Econômicos – DEE, Brasília: maio de 2016.

MACHADO, Luiza Andrade. Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2, p. 114-132, 2015.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28012011-140203/>>. Acesso em: 2015-11-13.

MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. V.1 Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

REZENDE, Gustavo Madi; KIELBER, Solange; MADI, Maria Fernanda Caporale. Métodos de Mensuração das Indenizações Privadas em Casos de Cartel. **Revista do IBRAC**. ano 18, v. 20, 2011.

TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova>> Acesso em: 2016-07-11.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real**. Disponível em: <<http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-buscada-verdade-real>>. Acesso em 30-10-2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.