

Vol. 3

Nº 1

2015 - Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

 **CADE**
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Ação Privada de Ressarcimento Civil Derivada de Conduta Anticoncorrecial: do Termo Inicial da Prescrição

Marcelo Rivera dos Santos¹

RESUMO

O presente artigo discute o termo inicial para a contagem do prazo prescricional da ação privada de ressarcimento civil por aquele que foi prejudicado em razão de conduta anticoncorrecial praticada por outrem, com fundamento no artigo 47 da Lei 12.529/2011. Esse tipo de ação é reconhecido internacionalmente como ferramenta importante para a dissuasão de futuras práticas anticoncorreciais, razão pela qual a análise do termo inicial para o prazo prescricional deve ser feita de forma a garantir o acesso ao Judiciário a todos aqueles que forem lesados pela conduta anticompetitiva. Desta feita, apresentam-se neste artigo duas propostas de interpretação mais abrangente do termo inicial do prazo prescricional da ação privada de ressarcimento: a primeira com fundamento jurisprudencial, sobre a definição do termo inicial da prescrição em casos de responsabilidade extracontratual; e a segunda com fundamento no artigo 200 do Código Civil, sobre fato que deva ser apurado no juízo criminal. Assim, essa abordagem visa a afastar análises restritivas da prescrição e viabilizar o manejo do *enforcement* privado no Brasil.

Palavras-chave: *Enforcement* privado, ação privada de ressarcimento civil, prescrição, causa impositiva, responsabilidade extracontratual, termo inicial.

ABSTRACT

This paper centers on the initial term of the prescription period (statute of limitation) in order to manage private litigation in antitrust enforcement, based on article 47 of Law 12.529/2011 (Antitrust Act). This statute sets a time limit to seek a legal right or action due to the passage of time and its use is internationally recognized as an important tool in antitrust enforcement. For the above mentioned reason, the analysis of the prescription time frame must be done so as to provide access to the Judiciary System for those harmed by an antitrust misconduct. Thus, this article presents two proposals for establishing the initial limits to the prescription period in private litigations - the first is based on case-law analysis concerning the initial term of the prescription period in non-contractual liability cases, while the second is based on the article 200 of the Brazilian Civil Code, which states that criminal charges shall be investigated in criminal court. Therefore, this approach aims to push away restrictive analysis of the prescription period and to encourage private litigations in Brazil

Key words: *Private litigation, prescription, statute of limitation, cases of exclusion, non-contractual liability, initial term of the prescription period.*

Classificação JEL: K1; K21; K41

¹ LLM em Direito Empresarial pela FGV. Especialista em Direito Processual Civil. Sócio Fundador da Brayer & Rivera Advocacia. Email: rivera.santos@gmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. *Enforcement* público e privado no Direito da Concorrência: necessidade de equilíbrio entre as ferramentas 3. Prescrição na ação privada de ressarcimento derivada de conduta anticoncorrencial. 3.1. Hipótese de investigação da conduta anticoncorrencial pelo CADE: da ciência inequívoca como termo inicial para a contagem do prazo prescricional por responsabilidade extracontratual 3.2. Hipótese de investigação da conduta anticoncorrencial que “deva ser” apurada no âmbito criminal: da sentença penal definitiva no juízo criminal como termo inicial para a contagem do prazo prescricional. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A Constituição Federal do Brasil estabelece, em seu artigo 170, os princípios gerais da atividade econômica, entre eles o da livre concorrência², acrescentando ainda, em seu artigo 173, que a legislação infraconstitucional reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros³.

O surgimento da primeira legislação concorrencial no Brasil remonta a 1945, mas foi em 1962, a partir da edição da Lei 4.137, que o país ganhou um órgão responsável por zelar pela defesa da concorrência: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A Lei n. 8.884/94 foi o grande marco legislativo da histórica concorrencial brasileira, que enfim estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Recentemente esta lei foi revogada pela Lei n. 12.529/2011, diploma este que também dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e é a Lei de Defesa da Concorrência em vigor no Brasil.

O artigo 36⁴ da Lei 12.529/2011 dispõe sobre as infrações da ordem econômica, indicando que constituem infração, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma

²“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência;”. BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

³“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.(...) § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”. BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

⁴Art. 36 da Lei 12/529/2011. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos, ainda que não alcançados, de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; de dominar mercado relevante de bens ou serviços; de aumentar arbitrariamente os lucros; e de exercer de forma abusiva posição dominante.

O parágrafo 3º do artigo 36 da Lei 12.529/2011 apresenta lista exemplificativa dessas infrações da ordem econômica, sendo que seu inciso I exprime o que constitui um cartel⁵: acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma (i) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; (ii) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; (iii) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; (iv) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

Nesse sentido, importante destacar que o cartel, além de ilícito administrativo, por infração da ordem econômica pela Lei 12.529/2011, é também crime, conforme artigo 4º, inciso II da Lei n. 8.137/90⁶. O tipo penal dispõe que constitui crime contra a ordem

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

⁵ O cartel pode ser entendido como acordo explícito ou tácito “entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.” Essa prática pode ser vertical ou horizontal. A prática horizontal consiste na “tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios.” Já as verticais, “são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (“de origem”) sobre mercados relacionados verticalmente – a “montante” ou a “jusante” – ao longo da cadeia produtiva (mercado “alvo”).” Resolução n. 20 do CADE de 9 de junho de 1999.

⁶Importante destacar que a responsabilização do crime de cartel recai apenas em relação às pessoas físicas, não atingindo as pessoas jurídicas. Isso porque na lição de Julio Fabbrini Mirabete, “*sujeito ativo do crime é aquele que pratica a conduta descrita na lei, ou seja, o fato típico. Só o homem, isoladamente, ou associado a outros (co-autoria ou participação), pode ser sujeito ativo do crime (...)*”. Acrescentando ainda que “*A pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo de crime, quer se entenda ser ela ficção legal (Savigny, Ihering), realidade objetiva (Gierke, Zitelmann), realidade técnica (Planiol, Ripert) ou se adote a teoria institucionalista (Hauriou). (...)* Assim, só os responsáveis concretos pelos atos ilícitos (gerentes, diretores, etc.) são responsabilizados penalmente, inclusive pelas condutas criminosas praticadas contra a pessoa jurídica (art. 177 do CP).” MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal - Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP. Volume 01. 7ª ed. Ed. Atlas. São Paulo. 1993. Pp. 119-120. Ana Paula Martinez indica haver discussão doutrinária a respeito da possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito ativo de crimes contra a ordem econômica, com base no artigo 173 parágrafo 5º da Constituição Federal. A autora, porém, entende que não cabe interpretação extensiva para a criação de responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes contra a ordem econômica exatamente porque o constituinte teria optado por não fazer referência a ela, ao contrário do que teria ocorrido com os crimes contra o

econômica formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. A pena prevista para o crime de cartel é de reclusão de 02 a 05 anos e multa.

Os demais incisos do artigo 36 da Lei 12.529/2011 (II a XIX)⁷ preveem outras hipóteses exemplificativas de condutas contra a concorrência, como a influência de conduta comercial uniforme, exclusividade, venda casada, recusa de contratar, fixação de preço de revenda, criação de dificuldades à atividade de concorrente, açambarcamento, etc.

Diante dessa lista de infrações contra a ordem econômica e com o fito de se ter mais um mecanismo para dissuadir a prática de infrações à ordem econômica, a Lei 12.529/2011 dispôs, em seu artigo 47, o direito de qualquer prejudicado, por si ou pelos legitimados referidos no Código de Defesa do Consumidor, de ingressar em juízo para, em defesa de seus

meio ambiente (artigo 225 parágrafo 3º da Constituição Federal). MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis:** interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Ed. Singular, 2013. pp. 208-215.

⁷ Art. 36 § 3 da Lei 12/529/2011 As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

[...]

- II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
- X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
- XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrecionais;
- XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
- XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
- XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
- XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
- XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
- XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e
- XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração à ordem econômica, bem como receber **indenização pelas perdas e danos sofridos**, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que, por sua vez, não será suspenso em razão do ajuizamento da ação.

O ressarcimento civil, fundamento da ação do artigo supracitado, nada mais é do que o recebimento de indenização pelas perdas e danos sofridos em razão da prática de infração da ordem econômica. A configuração da responsabilidade de reparar o dano tem duas premissas no nosso ordenamento jurídico, segundo Sálvio de Figueiredo Teixeira⁸, (i) “*não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação de dever jurídico preexistente, uma vez que responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação*”; e (ii) “*para se identificar o responsável é necessário precisar o dever jurídico violado e quem o descumpriu. A identificação do dever jurídico violado, por sua vez, importará em determinar com rigor os atos que o obrigado deveria ter praticado e não praticou.*”.

Assim, esta ação judicial com fins de ressarcimento civil por danos decorrentes da prática de infrações da ordem econômica pode ser proposta, como se observou do dispositivo legal, pelo próprio prejudicado ou pelos seus legitimados referidos no Código de Defesa do Consumidor (Ministério Público, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta e associações que preencham os requisitos do art. 82 da Lei no 8.078/1990).

O objeto de análise deste artigo é a ação privada de ressarcimento civil proposta pelo prejudicado por si próprio, ou seja, pelo cidadão, conhecido como "enforcement privado". Especificamente, estudar-se-á o termo inicial da contagem do prazo prescricional dessas ações derivadas da prática de conduta anticoncorrencial.

Nossa análise do prazo prescricional sobre as ações de ressarcimento por danos decorrentes da prática de cartel e outros ilícitos anticompetitivos levará em consideração duas circunstâncias: (i) a busca pelo ressarcimento oriundo de uma responsabilidade extracontratual; e (ii) a busca do ressarcimento oriundo de um fato que deva ser apurado no juízo criminal. A abordagem das duas hipóteses levará em consideração a legislação pátria e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, mas também apresentará, ainda que brevemente, o que foi discutido e decidido no âmbito da Comissão Europeia, de modo que se visualize a

⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Coord. Comentários ao novo Código Civil – Da responsabilidade Civil. Das preferências e privilégios creditórios. Arts. 927 a 965 – VOLUME XIII. Ed. Forense. Rio de Janeiro, RJ. 2004, p. 51.

atualidade e a importância do tema no combate a condutas anticompetitivas no cenário internacional.

2. *Enforcement* Público e Privado no Direito da Concorrência: Necessidade de Equilíbrio entre as Duas Ferramentas

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior⁹, existe uma discussão de grande atualidade sobre o papel agregador da força dissuasória do *enforcement* privado em face do *enforcement* público. Isso porque o autor entende que o *enforcement* privado confere força ao *enforcement* público, e que, juntos, ambos imprimem maior força à dissuasão de novas práticas de cartel. Ele acrescenta, ainda, que essa discussão aponta fortemente, sob o ângulo jurídico e em termos de segurança jurídica, para o direito ao acesso dos cidadãos a mecanismos legais eficazes que permitam a todas as vítimas serem plenamente indenizadas pelos danos sofridos decorrentes das ações anticoncorrecionais, mecanismo este disposto no art. 47, da Lei n. 12.529/2011.

Aduz o autor, também, que nos “*Estados Unidos o tema estaria provocando discussões no sentido de aprimorar os mecanismos usuais em private litigation que conduzam a uma descentralização do enforcement como instrumento anciliar e eficaz no fortalecimento da ação oficial no enfrentamento do poder econômico, sobretudo em sede de condutas cartelizadoras.*”¹⁰

Essa ideia já fora difundida por Michael D. Whiston¹¹, que indicou que as ações privadas e o *enforcement* público, concomitantemente, são mecanismos contra as condutas anticoncorrecionais utilizados na maioria dos países, como os Estados Unidos e os Estados Membros da União Europeia, contudo implementados das mais variadas formas e intensidade. Esclarece o autor que em alguns países se perceberia um uso maior do *enforcement* público, enquanto que em outros, prevaleceriam as ações privadas.

A análise feita por Whiston é no sentido de que, nos países cujo sistema é da “Common Law”, as ações privadas prevalecem, como nos Estados Unidos e na Inglaterra, enquanto que nos países cujo sistema é da “Civil Law”, o que prevalece é o *enforcement* público, como por exemplo, no Brasil e na maioria dos países que compõem a União

⁹ JUNIOR FERRAZ, Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, Novembro 2013, pp. 11-31.

¹⁰ Op. cit. Pp 11 -31.

¹¹ WHINSTON, Michael D. Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: a survey. WorkingPaper n. 335. December 2006. Stanford Law School.

Europeia. O autor aduz ainda que a utilização do *enforcement* privado nos Estados Unidos é tão forte que aponta para uma relação de 10 (dez) ações privadas para 01 (uma) ação pública. A utilização maciça dessa fermenta é vista pelo autor, portanto, como uma “arma” importante no combate ao cartel, na medida em que adiciona à equação econômica dos possíveis benefícios econômicos oriundos do cartel as incontáveis e possíveis ações privadas de ressarcimento, minando ou aumentando consideravelmente o risco dos cartelistas.

A Comissão Europeia (CE), por sua vez, tendo em vista a subutilização desse mecanismo de *enforcement* privado em face de condutas anticompetitivas em seu território – possivelmente por ser composta em sua maioria por países que adotam o sistema romano-germânico¹², publicou propostas, em 2005, 2008 e 2013, para incentivar as ações privadas contra as condutas anticoncorrenciais. Em 2005¹³ a Comissão Europeia (CE) elaborou o “Livro Verde”, onde formulou estudo/“cartilha” conferindo vários incentivos para disseminar a prática, uma vez que o ajuizamento das ações privadas, segundo o estudo, ajudaria a fomentar a competitividade entre as empresas e, por consequência, ter-se-iam maiores inovações, mais eficiência, aumentando, inclusive, a produção. Em 2008¹⁴ foi publicado o “Livro Branco”, sobre as ações de indenização por não cumprimento das regras comunitárias relativas ao direito antitruste. Seu objetivo principal foi “melhorar as condições legais de exercício por parte das vítimas do direito que lhes é conferido pelo Tratado de obterem reparação pelos danos sofridos em consequência do incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitruste*”¹⁵. Recentemente, em 2013¹⁶, foi proposta uma Diretiva relativa a regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia,

¹²Pode-se afirmar que a maioria dos países da União Europeia adota o sistema romano-germânico já que apenas dois – Inglaterra e Irlanda – que adotam o sistema da Common Law e um – Islândia – adota um sistema misto.

¹³ COMISSÃO EUROPEIA. “Green Paper – Damages actions for breach of the EC antitrust rules”.2005. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1422558372838&uri=CELEX:52005DC0672>> (último acesso em 29.01.2015).

¹⁴ COMISSÃO EUROPEIA. Livro Branco – sobre ações de indenização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitruste*. 2008. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:pt:PDF>> (último acesso em 29.01.2015)

¹⁵COMISSÃO EUROPEIA. Livro Branco – sobre ações de indenização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitruste*. 2008. p. 3. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:pt:PDF>> (último acesso em 29.01.2015)

¹⁶COMISSÃO EUROPEIA. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. 2013. Lançada em 2013, a Diretiva se tornou lei no dia 26 de novembro de 2014, e os Estados-Membros terão dois anos para implementar as propostas a suas legislações nacionais. COMISSÃO EUROPEIA. Directive of the European Parliament and of the council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. 2014. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/damages_directive_final_en.pdf> (último acesso em 25/01/2015).

transformada em lei em novembro de 2014 pela Comissão Europeia, para assegurar o cumprimento dos artigos 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), garantindo que a concorrência não seja falseada no mercado interno e que as vítimas do cartel sejam integralmente reparadas pelos danos oriundos do cartel¹⁷.

O objetivo da Comissão Europeia, portanto, foi fomentar a participação dos cidadãos no combate aos crimes contra o mercado. Segundo a Comissão Europeia, uma das principais razões para a tomada de decisão para se fomentar as ações privadas de ressarcimento se deu em razão da impossibilidade de os “cartelistas” calcularem, com precisão, o benefício a ser conquistado pelo cartel que desejam praticar, na medida em que o número de ações privadas a serem ajuizadas seria desconhecido, o que pode multiplicar consideravelmente o montante das condenações, o que, por consequência, aumentaria em muito o risco da conduta anticompetitiva do cartel e a desincentivaria.

Nesse contexto, porém, a Comissão Europeia sinalizou quais seriam os principais entraves para a proposição das ações privadas, citando entre eles: (i) pouca participação dos grupos de defesa do consumidor na busca pela reparação dos danos; (ii) capacidade de o particular provar a conduta ilegal; (iii) o ônus da prova, que recai sobre o “autor” da ação privada; (iv) a divulgação das provas em juízo, bem como a pouca eficiência dos juízes no interrogatório das testemunhas; (v) a não vinculação da decisão da autoridade que combate os crimes de condutas anticoncorrecionais, com as decisões judiciais; (vi) a quantificação dos danos; (vii) a alegação de que os intermediários repassaram aos consumidores finais os prejuízos advindos da conduta; (viii) o tempo de tramitação do processo; (ix) o custos processuais; entre outros¹⁸.

Além dos entraves acima indicados, a Comissão Europeia aponta, na Diretiva para todos os Estados-Membros, datada de 2013, o **entreve relativo ao estabelecimento de prazos prescricionais para que as vítimas possam buscar no Judiciário o amparo das ações privadas de ressarcimento derivadas de atos anticoncorrecionais**, para conferir maior segurança jurídica para os envolvidos. Para tanto, propôs-se, na Diretiva, que as vítimas tenham ao menos 05 anos para ajuizarem a ação depois de tomarem conhecimento da infração, do dano causado e de quem foi o responsável pela infração. Propôs-se também que se impedisse que o prazo de prescrição começasse a correr antes do dia em que se cessou a

¹⁷Segundo a proposta aprovada em 2013, “assegurar que as vítimas de infrações às regras de concorrência da UE possam obter uma reparação integral pelos danos sofridos” é o segundo objetivo da Diretiva elaborada pela COMISSÃO EUROPEIA. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. 2013.

¹⁸COMISSÃO EUROPEIA. Green Paper – Damage actions for breach of the EC antitrust rules. 2005. pp. 12-14.

infração continuada ou repetida. E, por fim, propôs-se que na hipótese de uma autoridade da concorrência inicie um processo para investigar uma infração, o prazo de prescrição para intentar a ação privada seja suspenso até, pelo menos, um ano após a decisão definitiva do órgão administrativo.

Conforme se pode inferir, em linhas gerais, **a proposta adotada na Europa indica que as regras nacionais em matéria de início, duração, suspensão ou interrupção dos prazos de prescrição não deverão impedir indevidamente o início de uma ação de indenização.** Assim, o prazo de prescrição não deverá começar a correr antes (i) da cessação da infração, (ii) de o demandante conhecer ou se poder razoavelmente presumir que tem conhecimento do comportamento que constitui a infração e de que esta lhe causou danos, e (iii) de o demandante conhecer ou se poder razoavelmente presumir que tem conhecimento da identidade do infrator que causou esses danos. Nesse sentido, se estabeleceu que se pode razoavelmente presumir que um demandante tem esse conhecimento logo que seja publicada a decisão da autoridade da concorrência.

Ademais, os Estados-Membros foram autorizados a manter ou a introduzir os seus prazos de prescrição, desde que **a duração e a aplicação desses prazos prescricionais não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à reparação integral, e desde que não seja comprometida a eficácia prática das disposições sobre os prazos de prescrição previstos na Diretiva.**

Observa-se, portanto, do breve exposto sobre a experiência europeia, que as dificuldades brasileiras para o *enforcement* privado não divergem muito das encontradas na Europa. Dentre as diversas dificuldades também encontradas no Brasil para a ação privada de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial, se estudará, no presente artigo, especificamente o entrave da prescrição, uma vez que a legislação brasileira, em especial o artigo 189 do Código Civil, combinado com o artigo 206, § 3º, V, prevêem que prescreve em 03 (três) anos a pretensão de reparação civil, cujo termo inicial para a contagem do prazo prescricional seria da data em que o direito fora violado.

3. Prescrição na Ação Privada de Ressarcimento Derivada de Conduta Anticoncorrencial

Pontes de Miranda define a prescrição como “(...) *a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou*

ação.”¹⁹. Nesse sentido, Antônio Luiz da Câmara Leal atribui à prescrição o efeito de extinguir a ação cabível pela negativa do exercício de ajuizá-la no tempo prefixado pela norma, visando ao combate da inércia pelo detentor do direito violado. Entende o autor que a prescrição supõe a *actio nata*, segundo a expressão romana, que para se considerar nascida depende da existência de um direito atual atribuído ao seu titular e de uma violação desse direito, que tem ela por fim remover.²⁰

Vê-se, portanto, que a prescrição incide contra aquele que deixou de exercer um direito que lhe assistia, pelo transcurso de um dado período de tempo, e a razão fundamental para a existência da prescrição é a de que situações conflituosas não podem durar indefinidamente²¹. Ou seja, a intenção da prescrição é trazer segurança jurídica, como uma regra de ordem, harmonia e paz, não se permitindo que demandas fiquem indefinidamente em aberto, conforme assinalado pelo Exmo. Ministro Luiz Fux, quando do julgamento do Recurso Especial n. 908.599/PE, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ do dia 17.12.2008²².

Com vistas a estipular os prazos em que as pretensões se encerrariam no Brasil, o Código Civil dispôs, em seus **artigos 205²³ e 206, o rol geral dos prazos prescricionais²⁴**. Em razão do tema proposto para o presente artigo, chama-se a atenção para o disposto no **artigo 206, §3º, inciso V do Código Civil, que revela prescrever em 03 (três) anos a pretensão de reparação civil, in verbis: “Art. 206. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) V - a pretensão de reparação civil”**.

A prescrição, portanto, é de 3 (três) anos, mas a partir de qual termo inicial? Segundo **o artigo 189 do Código Civil²⁵, violado o direito, nasce para o titular a pretensão**. Isso significa que, cometido o ato ilícito, já se inicia o prazo prescricional para que o detentor do direito violado busque a reparação do dano. O termo inicial, portanto, seria da violação ao direito.

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado, Rio de Janeiro, Borsoi, t. VI, 1955, p. 100.

²⁰ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. Da prescrição e da decadência, 2 ed. Rio de Janeiro. Forense, 1959. P. 22-26; 35-36.

²¹ PODVAL, Maria Luciana de Oliveira Facchina e TOLEDO, Carlos José T. de. O impedimento da prescrição no aguardo da decisão do juízo criminal. Prescrição no Novo Código Civil – Uma análise interdisciplinar. São Paulo. 2005. Editora Saraiva. P. 113.

²² Foi o que escreveu o Ministro Luiz Fux, quando do julgamento do Recurso Especial n. 908.599/PE, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ do dia 17.12.2008.

²³ Art. 205 do Código Civil. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

²⁴ Não se quer dizer com isso que não se tem ou que não se possa ter em outros dispositivos legais a fixação de prazos prescricionais.

²⁵ Mais precisamente em relação ao artigo 189 do Código Civil. “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”.

No entanto, essa interpretação pode causar, como de fato causa, prejuízos àqueles que são lesionados em razão do cometimento de ato ilícito, pois **em algumas hipóteses específicas é possível que o prejudicado não saiba quando foi cometida a violação ao direito, nem quem cometeu o ilícito, bem como só venha a ter conhecimento da própria existência do ilícito cometido anos depois.** Esse é justamente o problema enfrentado pelos prejudicados por condutas anticompetitivas, em especial por cartel.

Sabe-se que o cartel, como prática delituosa, é de difícil comprovação. A dificuldade para se investigar ou tomar conhecimento da existência do acordo é severa até para os órgãos públicos especializados nessa tarefa, que deflagram processos administrativos, buscas e apreensões, etc., com o fito exclusivo de reunir provas substanciais para se concluir pela existência do acordo ilícito. Essas investigações podem demorar anos para serem concluídas, o que denota a extrema dificuldade que seria para um particular prejudicado fazê-lo. Essa constatação da dificuldade de comprovação do ilícito do cartel foi mencionada pelo próprio CADE, conforme constatado na Nota de Instauração do Processo Administrativo 08700.004617/2013-41,²⁶ relativo ao cartel dos trens e metrô, *in verbis*:

Cientes da ilicitude da conduta que estão cometendo e das repercussões administrativas, criminais e civis a que estão sujeitos, os membros de um cartel costumam ocultar as evidências de seus atos, o que torna a reunião de provas e indícios da conduta tarefa hercúlea. Reuniões, contatos, trocas de informações sobre preços e clientes, entre outros, são geralmente realizados com extrema discrição e sigilo, muitas vezes com a utilização de códigos e siglas, de forma a não deixar transparecer qualquer ilicitude. Cartéis são, sem dúvida, umas das condutas mais difíceis de ser investigada.

Se assim é dificultoso para a própria autoridade antitruste, qual não é a dificuldade de conhecimento sobre o cometimento do ilícito do cartel para os agentes privados que foram prejudicados pela conduta anticoncorrencial. Em vista dessa assimetria de informação sobre entre o conhecimento por parte dos agentes privados da existência do acordo anticompetitivo e sua prática pelos cartelistas, caso se interprete os artigos 189 c/c 206, §3º, V do Código Civil de forma literal, ter-se-ia um favorecimento àquele que praticou o ilícito, além de um severo desincentivo, no Brasil, para o ajuizamento de ações privadas de ressarcimento decorrentes de conduta anticompetitiva, dado que o lesado pelo cartel pode demorar (e normalmente demora) anos para tomar conhecimento da existência do ilícito administrativo e criminal.

²⁶Nota de Instauração do Processo Administrativo 08700.004617/2013-41, disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/NT%20n%C2%BA%20081_PA%20n%C2%BA%2008700%20004617%202013-41_Instaura%C3%A7%C3%A3o%20de%20PA.pdf> (último acesso em 05.01.2014).

Ora, vejamos um exemplo. Um grupo de empresas pratica cartel, tendo a prática começado e terminado no próprio ano de 2003. Levando em consideração uma interpretação literal do disposto nos artigos 189 c/c 206, §3º, V do Código Civil, via de regra o prazo para que os que foram lesados pelo cartel ajuizarem a ação privada de ressarcimento findaria em 2006.

Vejamos outro exemplo. Um grupo de empresas pratica cartel entre os anos 2008 a 2014²⁷ e, cientes da ilicitude do acordo, tomam todas as cautelas para que não sejam deixados registros da conduta anticompetitiva. Novamente levando em consideração uma interpretação literal do disposto nos artigos 189 c/c 206, §3º, V do Código Civil, via de regra o prazo para que os que foram lesados pelo cartel ajuizarem a ação privada de ressarcimento findaria em 2017, pois se leva em consideração a data do último ato praticado, interrompendo-se a conduta ilícita.

Ocorre que, consoante os argumentos acima apresentados, tratam-se de prazos sobremaneira exíguos (e comprovadamente impraticáveis pela experiência processual de instrução dos casos) para que as autoridades competentes – CADE, na esfera administrativa, e Ministérios Públicos, na esfera criminal – iniciem, instruem, concluam e que a decisão final seja tornada pública, de modo a permitir o conhecimento do público em geral, em especial dos agentes privados lesados, do conhecimento da prática ilícita que dá ensejo ao seu direito de ressarcimento civil pelos danos decorrentes da conduta anticoncorrecional.

Ciente de que as leis não contêm palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*) e de que o artigo 47 da Lei 12.529/2011 prevê a indenização por perdas e danos por práticas que constituam infração à ordem econômica, entende-se ser necessária uma **interpretação sistemática**²⁸ dos artigos 189 c/c 206, §3º, V do Código Civil. Assim, argumenta-se no presente artigo pela existência de dois sólidos argumentos para se estender o termo inicial da prescrição no *enforcement* privado. A utilização de tais argumentos favorecerá a utilização

²⁷ Ana Paula Martinez discute a consumação do crime contra a ordem econômica enquanto crime permanente, crime instantâneo ou crime continuado. No crime permanente, esclarece a autora, há crime único cuja consumação se prolonga no tempo segundo a vontade do sujeito ativo da conduta. Já no crime instantâneo, o tipo abarca conduta que ocorre e se finda em um determinado momento – os efeitos, contudo, podem ser irreversíveis, fora do controle do sujeito ativo, caso em que se estaria diante de um crime instantâneo com efeitos permanentes. Por fim, no crime continuado, haveria continuidade delitiva, de modo que vários crimes seriam consumados ligados pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, de modo que os crimes subsequentes são tidos como continuação do primeiro. MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Ed. Singular, 2013. pp. 215-218.

²⁸ A interpretação sistemática analisa normas jurídicas entre si. Pressupondo que o ordenamento é um todo unitário, sem incompatibilidades, permite escolher o significado da norma que seja coerente com o conjunto. Principalmente devem ser evitadas as contradições com normas superiores e com os princípios gerais do direito. O método sistemático impede que as normas jurídicas sejam interpretadas de modo isolado, exigindo que todo o conjunto seja analisado simultaneamente à interpretação de qualquer texto normativo. O conjunto de normas deve ser analisado em sintonia com a Constituição e as demais normas jurídicas.

das ações privadas de ressarcimento civil decorrentes de conduta anticoncorrencial que, por sua vez, têm importante papel dissuasório à prática de novas condutas contra a concorrência, sem que, com esses dois argumentos, se afaste a segurança jurídica exigida pelo Exmo. Ministro Luiz Fux, quando do julgamento do Recurso Especial n. 908.599/PE, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ do dia 17.12.2008²⁹.

O primeiro argumento que aqui se propõe é que, via de regra, o termo de início da contagem do prazo prescricional seja da ciência inequívoca da existência do ilícito anticompetitivo, caracterizada pela publicização da decisão de julgamento da conduta anticoncorrencial investigada pelo Tribunal do CADE (III.1.). O segundo argumento, por sua vez, é aplicável em casos específicos que demandariam uma investigação de conduta anticoncorrencial a ser apurada no âmbito criminal, para que o termo de início da contagem do prazo prescricional seja da sentença penal definitiva no juízo criminal, por se ter uma causa de impedimento da prescrição. É o que passa a expor (III.2.).

3.1. Hipótese de Investigação da Conduta Anticoncorrencial pelo CADE: da Ciência Inequívoca como Termo Inicial para a Contagem do Prazo Prescricional por Responsabilidade Extracontratual

O primeiro argumento de interpretação sistemática dos artigos 189 c/c 206, §3º, V do Código Civil aplicado às ações privadas de ressarcimento derivadas de conduta anticoncorrencial é aplicável a todos os casos em que se constatar a existência do ilícito administrativo concorrencial consubstanciado no artigo 36 da Lei 12.529/2011. Segundo a proposição, a definição de qual é o momento de início da contagem do prazo prescricional é da ciência inequívoca do ilícito anticoncorrencial, caracterizada pela publicização da decisão de julgamento da conduta anticoncorrencial investigada pelo Tribunal do CADE

Conforme supramencionado, o artigo 189 do Código Civil dispõe que, violado o direito, nasce para o titular a pretensão. O artigo 206, §3º, V do Código Civil, por sua vez, dispõe que o prazo para a ação de indenização é de 3 (três) anos. Ocorre que, **nos casos de cartel e de outras condutas anticompetitivas**, a violação do direito não se dá por uma violação de uma obrigação contratual³⁰, mas sim do cometimento de um ilícito. Trata-se de

²⁹ Foi o que escreveu o Ministro Luiz Fux, quando do julgamento do Recurso Especial n. 908.599/PE, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ do dia 17.12.2008.

³⁰ Como assevera Silvio de Salvo Venosa, “*a responsabilidade civil em geral parte, pois, de princípios fundamentais idênticos, quer esse dever de indenizar decorra do inadimplemento contratual, quer decorra de*

uma **hipótese de responsabilidade extracontratual, cujo dever de indenizar surge em virtude de lesão a um direito subjetivo, sem que entre o causador do dano e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite**. Assim, a prática de cartel e de outras condutas anticompetitivas gera um dever de indenizar aos lesados/prejudicados por violação de uma obrigação extracontratual, consistente na violação do direito subjetivo à livre concorrência.

Considerando que a eventual obrigação de indenizar decorre de responsabilidade extracontratual, o Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento³¹ no sentido de que **o prazo prescricional, advindo de obrigações extracontratuais, se inicia da data em que se tiver conhecimento da violação do direito**. O Superior Tribunal de Justiça tem, nesse sentido, interpretado a Súmula 278 no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, se dá com a **ciência inequívoca do ato lesivo**. E, com essa interpretação tem dado interpretação mais ampla ao artigo 189 do Código Civil, aduzindo que **o termo inicial do prazo prescricional não se dá no momento da violação ao direito, mas da data do conhecimento do ato ou do fato do qual decorre o direito de agir, sob pena de punir a vítima por uma negligência que não ocorrera, já que ela não tinha conhecimento do dano**.

Assim, verificando-se que o termo inicial do prazo prescricional para a ação de ressarcimento oriunda de uma responsabilidade extracontratual se dá no momento em que se teve ciência inequívoca do dano, bem como que uma eventual responsabilidade civil para a reparação de dano decorrente de ilícitos anticoncorrecionais é extracontratual, conclui-se que a ação de ressarcimento civil pela prática de cartel e outras condutas anticoncorrecionais terá o prazo prescricional iniciado apenas a partir do momento em que for possível a constatação da ciência inequívoca do ilícito pelo lesado.

Na definição desse momento de “ciência inequívoca”, é possível haver questionamentos de que o conhecimento do ilícito aconteceria quando da veiculação de notícias sobre cumprimentos de atos que visem à investigação da conduta anticompetitiva pelo CADE, tais como busca e apreensões, instauração de inquéritos administrativos, processos administrativos, etc. Entretanto, há de se constatar que, com tais notícias, não se pode dizer que há ciência inequívoca da prática do ilícito, como determina o Superior Tribunal de Justiça. Isso porque o lesado pode não ter acesso pleno aos autos investigativos,

uma transgressão geral de conduta [responsabilidade extracontratual]”. VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos. 11ª ed. São Paulo. Atlas, 2011. P. 486.

³¹Vide os seguintes julgados: Resp n. 1.354.348/RJ; AgRg no AResp n. 399.077/DF; Resp. 816.131/SP; Resp n.346.489/RS. Vide também o teor da súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça.

além de não ter, antes do julgamento, a certeza do cometimento do ilícito. O lesado terá, então, tão somente uma suspeita, já que impera o princípio da presunção de inocência³². Desse modo, **é razoável entender-se que o lesado apenas tem conhecimento inequívoco da ocorrência da conduta anticompetitiva quando da publicização da decisão de julgamento da conduta anticoncorrencial investigada pelo Tribunal do CADE.**

Assim, retoma-se o exemplo utilizado anteriormente, de que fora cometido um cartel iniciado e terminado em 2003. Se o CADE tomar conhecimento da conduta em 2006, abrir procedimento preparatório, inquérito administrativo e processo administrativo, instruir e julgar o caso, condenando as empresas envolvidas e dando publicidade para a condenação do ato ilícito em 02/10/2009, a pretensão para a reparação do dano civil terá esta data como termo inicial da contagem do prazo prescricional para a ação privada de ressarcimento civil derivada da conduta anticoncorrencial (caso condenada pelo Tribunal do CADE). Isso porque apenas nesta data de publicização do julgamento do caso pelo CADE é que os lesados razoavelmente passam a ter ciência inequívoca da prática delituosa. A partir desse momento, portanto, começa-se a contar o prazo de prescrição, que se findaria em 02/10/2012, ou seja, em 03 anos, conforme artigo 206, §3º, V, do Código Civil.

Considerando o outro exemplo também dado acima, de conduta ilícita que se iniciou em 2008 e findou em 2014, se o CADE tomar conhecimento da conduta em 2017, abrir procedimento preparatório, inquérito administrativo e processo administrativo, instruir e julgar o caso, condenando os envolvidos e dando publicidade para a condenação do ilícito em 16/05/2019, a pretensão para a reparação do dano civil terá como início a data de julgamento do caso pelo CADE, pois foi o momento em que os lesados passaram a ter ciência inequívoca da prática delituosa. E é a partir desse momento que se começa a contar o prazo prescricional fixado pelo art. 206, §3º, V, do Código Civil, findando em 16/05/2022, após o transcurso dos 03 anos.

Diante do exposto, o primeiro argumento que se propõe neste artigo é que o termo inicial de contagem do prazo prescricional em casos de apuração da conduta anticompetitiva pelo CADE é contado a partir da pela ciência inequívoca do ilícito, caracterizado pela publicização do julgamento pelo Tribunal do Conselho. Isso porque, considerando que os casos de cartel e de outras condutas anticompetitivas permitem o ajuizamento de ação privada de ressarcimento civil oriundo de responsabilidade extracontratual, o termo inicial do prazo

³²Artigo 5º, inciso LVII, da [Constituição Federal](#), que preceitua que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.*".

prescricional se dá, conforme posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça³³, com a ciência inequívoca, pelo lesado, do cometimento do ilícito a ser punido. A ciência inequívoca, por sua vez, se dá, nos casos de apuração de ilícitos concorrenciais, pelo julgamento do caso pelo Tribunal do CADE e pela sua conseqüente publicização do cometimento do ilícito administrativo.

3.2. Hipótese de investigação da conduta anticoncorrencial que “deva ser” apurada no âmbito criminal: da sentença penal definitiva no juízo criminal como termo inicial para a contagem do prazo prescricional

O segundo argumento de interpretação de interpretação sistemática dos artigos 189 c/c 206, §3º, V do Código Civil aplicado às ações privadas de ressarcimento derivadas de conduta anticoncorrencial é aplicável ao caso de existir uma investigação que deva ser apurada no âmbito criminal, sendo esta hipótese aplicável à prática de cartel, pois se trata de crime tipificado na Lei n. 8.137/90³⁴ Segundo a proposição, **existe uma causa de impedimento da prescrição em casos de condutas anticompetitivas que “devam ser” apuradas no juízo criminal, de modo que a contagem do prazo só começa a correr da sentença definitiva.**

De acordo com o artigo 200 do Código Civil, *in verbis*: "Art. 200. Quando a ação se originar de fato que **deva ser** apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva." (sem grifos nos originais). Trata-se, assim, de uma matéria relacionada aos efeitos da sentença penal no juízo cível, conforme classificado por Washington de Barros Monteiro³⁵. Em vista dessa classificação, deve-se analisar este artigo

³³Vide os seguintes julgados: Resp n. 1.354.348/RJ; AgRg no AResp n. 399.077/DF; Resp. 816.131/SP; Resp n.346.489/RS. Vide também o teor da súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça.

³⁴ Importante destacar que a responsabilização do crime de cartel recai apenas em relação às pessoas físicas, não atingindo as pessoas jurídicas. Isso porque na lição de Julio Fabbrini Mirabete, “*sujeito ativo do crime é aquele que pratica a conduta descrita na lei, ou seja, o fato típico. Só o homem, isoladamente, ou associado a outros (co-autoria ou participação), pode ser sujeito ativo do crime (...)*”. Acrescentando ainda que “*A pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo de crime, quer se entenda ser ela ficção legal (Savigny, Ihering), realidade objetiva (Gierke, Zitelmann), realidade técnica (Planiol, Ripert) ou se adote a teoria institucionalista (Hauriou). (...) Assim, só os responsáveis concretos pelos atos ilícitos (gerentes, diretores, etc.) são responsabilizados penalmente, inclusive pelas condutas criminosas praticadas contra a pessoa jurídica (art. 177 do CP).*”. MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal - Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP. Volume 01. 7ª ed. Ed. Atlas. São Paulo. 1993. Pp. 119-120. Ana Paula Martinez indica haver discussão doutrinária a respeito da possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito ativo de crimes contra a ordem econômica, com base no artigo 173 parágrafo 5º da Constituição Federal. A autora, porém, entende que não cabe interpretação extensiva para a criação de responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes contra a ordem econômica exatamente porque o constituinte teria optado por não fazer referência a ela, ao contrário do que teria ocorrido com os crimes contra o meio ambiente (artigo 225 parágrafo 3º da Constituição Federal). MARTINEZ, Ana Paula. **Represão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Ed. Singular, 2013. pp. 208-215.

³⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Parte Geral. 39ª ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo. Ed. Saraiva. 2003. p. 345.

em conjunto com o artigo 91, I, do Código Penal³⁶, e com os artigos 63 a 68, do Código de Processo Penal³⁷.

O artigo 91, I, do Código Penal revela que um dos efeitos da condenação criminal é a reparação do dano civil, em razão do cometimento do crime, revelando ser a ação civil *ex delicto* (ou seja, ação civil reparatória de um crime). Os artigos 63 a 68 do Código de Processo Penal, por sua vez, revelam os contornos processuais da referida ação civil. Analisando esses artigos, Márcio Massao Nakamura, afirma que o parágrafo único do artigo 64, do Código de Processo Penal estabelece que o “*início do prazo para responsabilidade civil, que seria iniciado com o ato lesivo, é excepcionalmente iniciado com o trânsito em julgado da sentença criminal.*”³⁸

A inteligência dos artigos mencionados (91, I, do Código Penal e 63 a 68, do Código de Processo Penal) é, portanto, para que **a vítima não seja prejudicada ao buscar a reparação do dano – indenização – enquanto não for julgada a ação penal referente à mesma matéria**³⁹. Nestor Duarte acrescenta ainda que o “*que a lei confere como causa de suspensão é que o fato seja suscetível de apuração no juízo criminal, logo, se houver absolvição ou qualquer outro modo do encerramento de processo penal que não impeça a ação indenizatória, ainda assim o prazo prescricional estará suspenso.*”⁴⁰.

³⁶ “Art. 91 do Código Penal - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;”

³⁷ “Art.63 do Código de Processo Penal. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso iv do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Art.64 do Código de Processo Penal. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.(Vide Lei nº 5.970, de 1973)Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

Art.65 do Código de Processo Penal. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art.66 do Código de Processo Penal. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art.67 do Código de Processo Penal. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I-o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II-a decisão que julgar extinta a punibilidade; III-a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Art.68 do Código de Processo Penal. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.”

³⁸ NAKAMURA, Marcio Massao. Revista Jurídica. Ano 62. Abril 2014. N. 438. Prescrição: Alguns Tópicos Relevantes. P. 76

³⁹ PELUSO, Cezar. Coord. Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência. 3 ed. rev. atual. Ed. Manole. Barueri, SP. 2009, p. 154.

⁴⁰ Op. cit. P. 154.

Nesse sentido também entende o Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁴¹, conforme julgamento do Recurso Especial n. 1.135.988/SP, em que o Ministro relator, Luis Felipe Salomão, integrante da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, consignou no seu voto que:

Nessa seara, o novo Código Civil previu dispositivo inédito em seu art. 200, reconhecendo causa impeditiva da prescrição, verbis: Quando ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva. Verifica-se, pela norma, que enquanto não se apura o fato, com absoluta certeza, na esfera criminal, estará obstaculizado termo inicial do prazo prescricional da pretensão indenizatória da vítima.

No julgamento acima citado, tratava-se de um caso de acidente automobilístico em que a o marido da Autora/Recorrente falecera. O acidente ocorreu em 2003, mas a ação civil de reparação dos danos foi ajuizada em 2007. O Tribunal de origem aplicou a prescrição, mas o Superior Tribunal de Justiça reverteu a decisão, indicando que não ocorrera a prescrição, uma vez que a sentença definitiva da ação penal só transitara em julgado em 2006, pelo que, durante o período entre o acidente e a sentença penal definitiva, o prazo prescricional para a ação civil de ressarcimento não começara a correr. E, com isso em mente, considerando a data do ajuizamento da ação (2007), pouco mais de um ano após o trânsito em julgado da ação penal (2006), o STJ decidiu que o prazo trienal para a prescrição da reparação civil não teria findado, possibilitando assim o prosseguimento da ação.

Com essas considerações, o que se verifica é que, **diante de um fato que deva ser apurado no juízo criminal, o prazo prescricional para a respectiva ação de reparação civil sequer se inicia, por uma causa de impedimento.**

Neste contexto, há de se lembrar, como exposto anteriormente, que a Lei n. 8.137/90 estipulou no artigo 4º, inciso II, que o **cartel é um crime**, apenável com reclusão de 02 a 05 anos e multa, constituindo, portanto, em um **fato que deve ser apurado no juízo criminal**. Conseqüentemente, por interpretação analógica⁴², **o prazo prescricional para ação privada de ressarcimento decorrente de cartel correrá apenas a partir da sentença definitiva da ação penal**. Frise-se, ainda, que o artigo 200 do Código Civil determina que o prazo prescricional não correrá quando a ação se originar de fato que “deva ser” apurado no juízo

⁴¹ Chama-se atenção também para o fato que originou a ação de reparação civil no caso citado, na seguinte medida: o acidente que vitimou o marido da Autora da ação foi um fato que não demorou a se tornar por ela conhecido. E, sabendo da existência do fato que potencialmente pudesse ferir um direito da Autora, não haveria – em tese – causas que impedissem o ajuizamento da ação. Ocorre que, ainda assim, o prazo prescricional para a ação de reparação civil não se iniciou quando da pretensa violação do direito. O termo inicial da prescrição se deu com a sentença definitiva da ação penal, já que o fato que constitui o direito da Autora se origina de fato que deveria, como foi, ser apurado no juízo criminal.

⁴²“A analogia consiste em aplicar a um caso não previsto a norma que rege outro semelhante. (...). Não basta, porém, a semelhança dos casos ou situações. É necessário que exista a mesma razão para que o caso seja decidido de igual modo.”. MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 25 ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, SP. 2000. P. 381.

criminal. A expressão utilizada, portanto, é "*deva ser*"⁴³, indicando ser de responsabilidade do juízo criminal, ainda que em tese, a apuração da conduta, por se tratar de um crime.

E, nessa esteira, sendo o cartel um fato que *deve ser* apurado no juízo criminal, por força do art. 4º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, o termo inicial para contagem da prescrição para uma eventual ação civil de reparação de danos não correrá até que haja a prolação de uma sentença definitiva pelo juiz criminal em relação ao cartel. Assim, o que se verifica é que **o fato de o cartel ser classificado como crime faz com que a prescrição para um eventual ajuizamento de um *enforcement* privado não ter início antes do trânsito em julgado da sentença no juízo criminal.**

Considerando que a pena imposta para cartel pela Lei 8.137, em seu artigo 4º, inciso II, é de 02 a 05 anos, o prazo prescricional para a pretensão punitiva é de 12 anos, conforme o artigo 109⁴⁴, III, do Código Penal. Isso significa que o Ministério Público ou qualquer interessado pode oferecer a denúncia ou queixa – e esta ser recebida pelo juiz – em até 12 anos da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito (artigo 117, inciso I do Código Penal). Nesse caso, recebida a denúncia ou a queixa, o prazo prescricional para a ação civil sofre uma causa impeditiva, de forma que não se inicia a contagem do prazo, nos termos do artigo 200 do Código Civil que diz que "não correrá a prescrição". Do recebimento da denúncia, reinicia-se novo prazo prescricional de 12 anos (em que pese a contagem desse prazo ser feita *a posteriori* sobre a pena aplicável em concreto), prazo este existente até a data do julgamento definitivo pelo juiz criminal, que consiste em nova causa interruptiva da prescrição criminal. Assim, na data em que transitar em julgado sentença definitiva no juízo criminal referente à prática anticompetitiva de cartel, passa a inexistir causa impeditiva da prescrição civil, sendo este o termo inicial para a contagem do prazo prescricional para a ação privada de ressarcimento civil derivada da conduta anticoncorrencial de cartel.

De modo ilustrativo, o que se argumenta é que, diante do crime de cartel, se tem o seguinte: caso ocorra a prática do cartel, como no primeiro acima exemplo citado, iniciada e terminada em 2003, tendo a denuncia sido oferecida pelo Ministério Público e recebida a denúncia pelo juiz criminal em 2008, e tendo o juízo criminal proferido sentença que transitou

⁴³Como anotado por Nestor Duarte, a verificação da circunstância "*fato que deva ser apurado no juízo criminal*" só se dá com o recebimento da denúncia ou da queixa. Isso quer dizer que até o momento em que for recebida a denúncia ou a queixa, o prazo prescricional para a ação civil não começou a correr. PELUSO, Cezar. Coord. Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência. 3 ed. rev. atual. Ed. Manole. Barueri, SP. 2009, p. 154.

⁴⁴Art. 109 do Código Penal. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: ([Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010](#)). III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

em julgado em 2011, o prazo prescricional para a ação de ressarcimento findará em 2014 (tendo sido o termo inicial da contagem do prazo prescricional para a ação privada de ressarcimento civil derivada da conduta anticompetitiva de cartel sido a sentença definitiva criminal). Isso porque, de 2003 a 2011 incidiu a hipótese de causa impeditiva da prescrição para a ação de reparação civil, conforme artigo 200 do Código Civil. No segundo exemplo supramencionado, no caso de um cartel que se iniciou em 2008 e cessou a prática em 2014, caso a denúncia seja oferecida pelo Ministério Público e recebida pelo juiz criminal em 2016, tendo o juízo criminal proferido uma sentença, transitada em julgado, em 2019, o prazo prescricional para ação de reparação civil findará em 2022, já que de 2016 a 2019 incidiu uma causa impeditiva para a prescrição.

Entende-se que, com essa interpretação, o prejudicado pela ação criminosa do cartel estaria mais bem resguardado para requerer, no juízo civil, a reparação do dano causado pela conduta anticoncorrecional, de modo a fortalecer esse importante papel dissuasório à prática de novas condutas contra a concorrência.

É imperioso destacar, por fim, que o julgado acima citado (Recurso Especial n. 1.135.988/SP, Ministro relator, Luis Felipe Salomão, integrante da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça) tratou de verificar se “*é possível a extensão de referida causa impeditiva da prescrição [existência de fato que deva ser apurado no juízo criminal] para além do suposto infrator, isto é, para as hipóteses de responsabilização de terceiro por fato de outrem (...)*”. A conclusão do STJ foi de que é possível essa extensão. Esse dado é importante na medida em que **as ações penais ajuizadas para apuração de cartel são movidas apenas contras as pessoas físicas, mas que podem afetar ações privadas de ressarcimento contra as pessoas jurídicas relacionadas com as pessoas físicas condenadas na ação penal.**

Isso porque, juntando-se o fato de que é possível a extensão da causa impeditiva da prescrição a outras pessoas que não figuram nas ações penais, bem como o fato de que as ações penais que tratam de cartéis só envolvem pessoas físicas, conclui-se que a causa impeditiva da prescrição pode abarcar, por exemplo, as pessoas jurídicas que eventualmente sejam alvo das ações de ressarcimento civil, em razão da prática do cartel apurada na ação penal movida contras as pessoas físicas que o cometeram. É o caso, por exemplo, de uma ação penal que condena José, proprietário de posto de gasolina A, e João, proprietário do posto de gasolina B, pela prática de cartel no mercado de revenda de combustíveis, praticada em 2000, cuja sentença transitou em julgado no ano de 2015.⁴⁵ A ação privada de ressarcimento,

⁴⁵ A conduta anticompetitiva de cartel possui prazo para a prescrição da pretensão punitiva de 12 anos, conforme artigo 109, III, do Código Penal c/c art. 4, inciso II da Lei 8.137/90. O recebimento da denúncia ou da queixa

ajuizada pelo prejudicado que abasteceu no posto de gasolina A, poderá ser ajuizada até 2018 tanto em face de José quanto em face do posto de gasolina A, ainda que este último não tenha sido alvo da ação penal que transitou em julgado em 2015, dada a possibilidade de extensão de efeitos.

Assim, o segundo argumento de interpretação proposto nesta Subseção III.2. possivelmente permite a extensão do termo inicial de contagem do prazo prescricional por um período mais longo do que aquele previsto na Subseção III.1, razão pela qual a sua aplicação tem premissas mais restritivas. Esta é aplicável apenas na hipótese de investigação que deva ocorrer no âmbito criminal, sendo seus efeitos verificados no termo inicial da contagem do prazo prescricional de ação privada de ressarcimento civil contra pessoas físicas ou contra pessoas jurídicas que tenham pessoas físicas investigadas no âmbito criminal por cartel, conforme extensão autorizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

É preciso, portanto, se ter em mente a distinção dos dois argumentos propostos neste artigo (III.1 e III.2.) para se estabelecer o termo inicial da contagem do prazo prescricional para o ajuizamento das ações de ressarcimentos em razão da prática de cartel e outras condutas anticompetitivas. O primeiro argumento indica que o momento de início da contagem do prazo prescricional é da ciência inequívoca do cometimento do ilícito anticoncorrencial, caracterizado pela publicização do julgamento do caso pelo Tribunal do CADE, sendo este argumento é aplicável a todos os ilícitos concorrenciais apurados pelo CADE. Já o segundo argumento indica que existe uma causa de impedimento da prescrição em casos de condutas anticompetitivas que “devam ser” apuradas no juízo criminal, de modo que a contagem do prazo só começa a correr da respectiva sentença definitiva. Esse argumento é aplicável ao caso de existir uma investigação que deva ser apurada no âmbito criminal, o que acontece, via de regra, em casos de investigação do crime de cartel contra pessoas físicas, mas cujos efeitos podem ser estendidos às pessoas jurídicas que empregavam as pessoas físicas investigadas.

interrompe a prescrição, conforme artigo 117, I, do Código Penal. Assim, começa a correr um novo prazo prescricional de 12 anos (desta vez, sob a pena em concreto) até o julgamento definitivo da Ação Penal. Apenas após tal julgamento é que se inicia o prazo prescricional para a ação privada de ressarcimento, conforme artigo 200 do Código Civil. No exemplo ora mencionado, se a conduta foi praticada em 2000, se teria até 2012 para ter o recebimento da denúncia pelo juízo criminal. Suponha, por exemplo, que a ação penal foi ajuizada em 2008 (interrompendo-se a prescrição da pretensão punitiva) e o julgamento definitivo se deu em 2015 (interrompendo-se novamente a prescrição da pretensão punitiva). Suponha também que a pena aplicada na foi a mínima, de modo que a pena em concreto não tornou prescrita a ação penal pelo íterim de tempo entre o recebimento da denúncia e o julgamento definitivo. Assim, o prejudicado tem até 3 anos, após 2015, para ajuizar sua ação privada de ressarcimento por danos decorrentes de cartel.

Em vista do que fora até aqui exposto, indaga-se qual seria o termo inicial de prescrição para o ajuizamento da ação de ressarcimento oriunda da prática de cartel, que após o julgamento pelo CADE foi apurado pelo juízo criminal. Pois bem, a hipótese que trata da causa impeditiva da prescrição, com fulcro no art. 200, do Código Civil, aponta para um prazo prescricional mais elástico, sobrepondo-se ao prazo prescricional incidente após o julgamento do CADE. Logo, não se deixa de entender que se teria, em tese, um prazo prescricional iniciado após o julgamento do CADE, mas o que se percebe é que o recebimento da denúncia consiste em existência de uma causa impeditiva que faz com que o prazo prescricional não se aperfeiçoe – nem sequer se inicie –, para o ajuizamento da ação de ressarcimento. Este apenas se iniciará quando da sentença definitiva do juízo criminal, o que protege as vítimas do crime praticado por facilitar o ajuizamento de ações privadas de ressarcimento civil derivadas de cartel.

Isso não significa, por óbvio, que o cidadão prejudicado pela conduta anticompetitiva não possa ajuizar a ação de reparação de danos antes de iniciada a análise no juízo criminal. O que se argumenta neste artigo é sobre o termo inicial para a contagem do prazo prescricional, mas as interpretações propostas não são fatores que impedem o ajuizamento da ação de ressarcimento pelo prejudicado, pois se este achar conveniente fazê-lo, seja antes do julgamento da ação penal, seja antes do julgamento pelo CADE, este pode fazê-lo. O que se quer dizer, portanto, é que na hipótese de haver um processo no juízo criminal⁴⁶, o termo inicial de contagem da prescrição para a ação de ressarcimento decorrente de cartel só começa a correr a partir do pronunciamento do judiciário transitado em julgado. Em que pese isso, caso o CADE julgue como existente a prática de um cartel e esse fato seja investigado no juízo criminal, o lesado poderá, caso queira, desde a ciência de o julgamento pelo CADE (ou mesmo antes de ter tal ciência inequívoca) perpetrar sua ação de ressarcimento no juízo cível, não necessitando aguardar o pronunciamento de eventual sentença penal.

4. Conclusão

O *enforcement* privado é uma importante ferramenta para dissuasão da prática de cartel e de outras condutas anticompetitivas, uma vez que se insere na equação dos benefícios a serem conquistados como um fator de elevação do risco da conduta, já que o número de

⁴⁶ Ou, como consignado na ementa do julgamento do Recurso Especial n. 1.135.988/SP, é preciso que se tenha ao menos um inquérito policial para a apuração da conduta.

ações privadas de ressarcimento pelos danos causados é incalculável, aumentando sobremaneira o risco da prática da conduta anticompetitiva.

No Brasil, a prescrição da ação privada de ressarcimento é regida pelos artigos 189 c/c 206, §3º, V, do Código Civil, que determinam ser de 03 anos o prazo prescricional para a reparação do dano, contados a partir da violação do direito. **Caso se interprete de maneira literal estes dispositivos legais, a prescrição pode ser utilizada, no Brasil, como instrumento para blindar o ajuizamento das ações privadas de ressarcimento decorrentes de condutas anticompetitivas**, ao argumento de que a pretensão para o ressarcimento se origina no momento da lesão do direito. No entanto, como vimos, há pelo menos dois argumentos para permitir ao lesado que sua ação privada de ressarcimento decorrente de conduta anticompetitiva seja analisada pelo Judiciário. Um que aborda todas as condutas anticoncorrenciais analisadas pelo CADE e outro aplicável aos casos de cartel que são analisados também pelo juízo criminal. Em ambos os argumentos tem-se a possibilidade de justificar legalmente o prazo prescricional de modo a viabilizar o acesso dos cidadãos lesados pela conduta anticompetitiva ao ressarcimento de danos.

O primeiro argumento apontado no presente artigo é de que o termo inicial de contagem do prazo prescricional em casos de apuração da conduta anticompetitiva pelo CADE é contado a partir da pela ciência inequívoca do ilícito, caracterizado pela publicização do julgamento pelo Tribunal do Conselho. Pelo que foi exposto, o prazo prescricional de três anos, disposto no artigo 206, §3º, V, do Código Civil, só se inicia após a ciência inequívoca do cometimento do ilícito, por se tratar de ação privada de ressarcimento civil oriunda de responsabilidade extracontratual. Essa foi a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁷, com o objetivo de se evitar prejuízos àqueles que foram lesados, sem que sequer soubessem da lesão, o que comumente ocorre com a prática de condutas anticoncorrenciais.

O segundo argumento apontado no presente artigo é de que a sentença penal definitiva no juízo criminal é o termo inicial para contagem da prescrição na hipótese de investigação que “deva ser” apurada no âmbito criminal, aplicável aos casos de cartel, que constitui crime tipificado na Lei n. 8.137/90. Constata-se, nesse caso, a existência de causa de impedimento da prescrição consoante o disposto no artigo 200 do Código Civil, que indica não se iniciar o prazo prescricional relativo a fatos que devam ser apurados no juízo criminal até a sua sentença definitiva. Desta feita, as condutas anticoncorrenciais que devam ser apuradas no juízo criminal terão contra si um fato que impede o início da contagem do prazo prescricional,

⁴⁷Vide os seguintes julgados: Resp n. 1.354.348/RJ; AgRg no AResp n. 399.077/DF; Resp. 816.131/SP; Resp n.346.489/RS. Vide também o teor da súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça.

permitindo ao lesado aguardar a sentença definitiva da ação penal para ajuizar a sua ação de ressarcimento civil. Adiciona-se ainda o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que estende a causa impeditiva da prescrição para além do titular da ação penal, ou seja, pode afetar as pessoas jurídicas empregadoras das pessoas físicas que foram condenadas pelo crime de cartel na ação penal.

Com estas duas proposições, entende-se que a vítima do cartel e de outras condutas anticompetitivas passa a ter condições seguras de buscar no Judiciário a reparação do dano causado por aquele que praticou o ilícito e, como consequência, a dissuadir as práticas anticoncorrecionais. Entende-se que estes argumentos, por sua vez, não violam a segurança jurídica que se pretende com a prescrição, pois se tem dois cenários claros e aplicáveis para se avaliar o prazo máximo que a demanda ficará em aberto.

Essa preocupação para não se impedir indevidamente o início de uma ação de indenização sob o argumento da prescrição é também uma preocupação, como exposto brevemente no presente artigo, da Comissão Europeia. Em recente Diretiva que se tornou lei em novembro de 2014, a Comissão Europeia indicou que o prazo de prescrição não pode começar a correr antes de o prejudicado tomar conhecimento da existência da infração, ponderando-se como razoável que o prejudicado toma conhecimento quando o órgão administrativo publica a decisão que condena a prática anticoncorrecional. Esse posicionamento, como apontado acima, é semelhante ao que se pretende seja no Brasil, tanto quando se trata de responsabilidade extracontratual, que demanda ciência inequívoca do cometimento do ilícito, quanto quando se trata de crime a ser investigado no âmbito criminal, que demanda a sentença definitiva do juiz criminal. Assim, a Comissão Europeia entendeu por bem determinar que se aguarde o julgamento da autoridade pública que analisa as condutas concorrenciais para começar a contar o prazo prescricional para o *enforcement* privado, além de estabelecer que os prazos prescricionais de cada Estado Membro não podem ser exíguos, a fim de impedir o ajuizamento da ação privada de ressarcimento.

A prescrição, contudo, não é o único desafio para o ajuizamento de ações privadas de ressarcimento decorrentes de condutas anticompetitivas, já que a quantificação dos danos e o estabelecimento do nexo de causalidade entre a infração e os danos sofridos, por exemplo, requerem geralmente uma análise dos fatos e econômica complexa e surgem como fatores a dificultar o ajuizamento das ações de ressarcimento.

Ademais, para além das ações privadas de ressarcimento de danos, vislumbra-se espaço para discussão sobre outros tipos de ações – públicas ou privadas – que podem ser ajuizadas no judiciário como decorrência da constatação de um ilícito administrativo e penal

de cartel. É o caso, por exemplo, da discussão recente sobre a possibilidade de se demandar a dissolução das empresas praticantes do cartel⁴⁸, dentre outros desafios a se enfrentar adiante, que eventualmente podem ser objeto de análise em outro trabalho.

⁴⁸ Vide decisão do juiz Marcos Pimentel Tamassia, da 4ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, no caso do cartel dos trens e metrô. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,justica-quer-fatos-para-decidir-sobre-dissolucao-de-cartel-imp-,1612158>> (último acesso em 30 de janeiro de 2015).

5. Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.

_____. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.

COMISSÃO EUROPEIA. Green Paper – Damage actions for breach of the EC antitrust rules. 2005.

_____. Livro Branco – sobre acções de indenização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*. 2008.

_____. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. 2013.

_____. Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. *Revista de Defesa da Concorrência*, n. 2, Novembro 2013.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. Da prescrição e da decadência, 2 ed. Rio de Janeiro. Forense, 1959.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Ed. Singular, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal - Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP*. Volume 01. 7ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1993.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 39ª ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

NAKAMURA, Marcio Massao. *Prescrição: Alguns Tópicos Relevantes*. Ano 62. N. 438. *Revista Jurídica*, Abril 2014.

CADE. *Nota de Instauração do Processo Administrativo 08700.004617/2013-41*.

PELUSO, Cezar. *Coord. Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência*. 3 ed. rev. atual. Barueri: Ed. Manole, 2009.

PODVAL, Maria Luciana de Oliveira Facchina e TOLEDO, Carlos José T. de. *O impedimento da prescrição no aguardo da decisão do juízo criminal. Prescrição no Novo Código Civil – Uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. VI. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1955.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. *Recurso Especial n. 908.599/PE*, publicado no *Diário da Justiça* de 17 de dezembro de 2008.

_____. 4ª Turma. *Recurso Especial n. 1.135.988/SP*, publicado no *Diário da Justiça* de 17 de outubro de 2013.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Coord. Comentários ao novo Código Civil – Da responsabilidade Civil. Das preferências e privilégios creditórios. Arts. 927 a 965 – VOLUME XIII. Ed. Forense. Rio de Janeiro, RJ. 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos. 11ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2011.

WHINSTON, Michael D. Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: a survey. Working Paper n. 335. Stanford Law School, December 2006.