

Vol. 5

Nº 1

2017 - Maio

# Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

## **A Arbitragem como Meio Alternativo na Resolução de Demandas Indenizatórias Decorrentes da Prática de Cartéis e a Minuta de Resolução do CADE submetida à Consulta Pública 05/2016**

Yane Pitangueira Dantas<sup>274</sup>

### **RESUMO**

O presente trabalho discute a viabilidade da utilização da arbitragem como meio alternativo para a resolução de demandas de reparação de danos decorrentes da prática de cartéis, bem como as vantagens que são proporcionadas pela sua escolha. Verificou-se que o *private litigation* é um importante instrumento no combate a cartéis e um campo em crescimento no Brasil. Em virtude do seu necessário desenvolvimento, é suscitado o debate acerca da articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas. Como primeiro passo na consecução dessa articulação, destaca-se a Minuta de Resolução submetida à Consulta Pública 05/2016, que traz incentivos à reparação extrajudicial dos danos causados pelo ilícito concorrencial.

Palavras- Chave: Arbitragem; Cartéis; Resolução; CADE; Reparação; Dano.

### **ABSTRACT**

The present essay intends to discuss the viability of using arbitration as an alternative option solving demands of repairing damages resulting from the practice of cartels, as well as the advantages that are offered by this choice. It has been verified that private litigation is an important instrument in the fight against cartels and is also a growing field in Brazil. Due to the need of its development, the debate about the articulation between the public and private persecutions to anticompetitive conduct is raised. As a first step in achieving this articulation, we highlight the Resolution Minutes submitted to Public Consultation 05/2016, which provides incentives for the extrajudicial reparation of damages caused by the competitive offense.

Keywords: Arbitration; Cartels; Resolution; CADE; Restitution; Damage.

Classificação JEL: K21

---

<sup>274</sup> Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal da Bahia(UFBA). Intercambista do 37º Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (PINCADÉ).

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A importância do Private Enforcement no Combate a Cartéis à Luz da Teoria dos Jogos; 3. O Enforcement Privado na Repressão a Cartéis e a Realidade Brasileira; 3.1 Cartel dos Vergalhões de Aço; 3.2 Cartel do Câmbio; 4. A Decisão Proferida pelo STJ no Julgamento do Recurso Especial n.1554.986 e o Incentivo à Propositura de Demandas Indenizatórias; 5. A Arbitrabilidade de Demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência; 6. As Vantagens da Arbitragem e a Minuta de Resolução submetida à Consulta Pública 05/2016; 7. Conclusão.

## 1. Introdução

Dentre as condutas lesivas ao direito da concorrência, a prática de cartéis é considerada a mais gravosa. Na lição de Forgioni (2016, p.353), os cartéis podem ser definidos como “acordos entre concorrentes, atuais ou potenciais, destinados a arrefecer ou neutralizar a competição entre eles e que têm seu objeto ou efeito tipificado nos incisos do art. 36, caput, da Lei 12.529 de 2011”.

Em um mercado cartelizado, os preços dos produtos são maiores que os que seriam praticados em um ambiente competitivo, além de ser reduzido o incentivo para a inovação.<sup>275</sup>

Nesse contexto, os danos provocados pelo cartel oneram a economia como um todo e segundo Gabbay & Pastore (2012):

“Os efeitos do cartel podem atingir tanto os consumidores finais quanto os demais compradores (p.ex., distribuidores) e fornecedores (que podem ou não ser participantes da prática anticompetitiva), em relações horizontais ou verticais, e que pagam um preço acima do valor de mercado”.

Por essa razão, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (autarquia especial vinculada ao Ministério da Justiça e Cidadania que zela pela proteção da livre concorrência) dedica vultosos esforços na prevenção e repressão desse ilícito concorrencial.<sup>276</sup>

Uma das formas de prevenção e repressão dessa infração à ordem econômica, no âmbito civil, se dá através do chamado “*private antitrust enforcement*”, ou seja, por meio do estímulo às ações privadas de reparação de danos.

A admissibilidade desse tipo de demanda no Judiciário Brasileiro é lastreada pelo artigo 47 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/2011), que prevê a possibilidade de ingresso

---

<sup>275</sup> Sobre o tema, interessante exposição é trazida por Elizabeth M.M.Q Farina e Paulo Furquim de Azevedo no artigo Política Industrial e Defesa da Concorrência: considerações sobre a experiência brasileira nos anos 90.

<sup>276</sup> A prática de cartel é proibida no Brasil e o infrator pode ser responsabilizado tanto no âmbito administrativo (art.36 da Lei 12.529/2011), quanto no penal (art. 4ª da Lei 8.137/1990) e civil (art.47 da Lei 12.529/2011). O presente estudo concentra seu enfoque na esfera de responsabilização civil de danos, com algumas referências à esfera administrativa.

em juízo pelo prejudicado, tanto para a obtenção da cessação da conduta infratora, quanto para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito administrativo, que não será suspenso pelo ajuizamento da ação.

Ainda que desempenhe um papel de suma importância no combate a prática de cartéis, a busca por esse tipo de reparação, no Brasil, ainda não é expressiva (apesar de vir registrando um grande crescimento).

No que tange a reparação de prejuízos individuais sofridos por fornecedores e compradores da cadeia produtiva, vislumbra-se a possibilidade de utilização do sistema arbitral como meio alternativo para a resolução da controvérsia. (BECKER, 2015)

A submissão à arbitragem de demandas indenizatórias para reparação de danos individuais provenientes da prática de cartéis traz consigo inúmeros benefícios. O presente estudo pretende explicitar tais benefícios, bem como ressaltar umas das mais novas vantagens na sua aplicação. Essa nova vantagem é trazida pela articulação entre a persecução pública e privada a condutas anticompetitivas contida na Minuta de Resolução do CADE que foi submetida à Consulta Pública 05/2016.

## **2. A Importância do Private Enforcement no Combate a Cartéis à Luz da Teoria dos Jogos**

De acordo com Becker (1968), se a compensação do dano fosse colocada em foco, a principal proposta da repressão às práticas restritivas de mercado seria a imposição de multas equivalentes ao dano infligido à sociedade. Dessa maneira, poderia se entender que se o ganho esperado por um agente de mercado for menor que o valor que deverá ser desembolsado a título de reparação, a tendência é de que o agente opte por cessar imediatamente a sua conduta infratora.

“If the economist’s theory about monopoly is correct, and if optimal fines were levied, firms would automatically cease any constraints of trade, because the gain to them would be less than the harm they cause and thus less than the fines expected”

Em sua exposição, o autor desenvolve um modelo em que o infrator realizaria uma avaliação racional acerca dos benefícios e custos envolvidos na prática de um ato criminoso e os compararia aos resultados provenientes da alocação do seu tempo em atividades legais.

Partindo do pressuposto utilizado na Teoria dos Jogos de que os agentes são racionais e que, por essa razão, optarão pela estratégia mais favorável, tem-se que o potencial praticante de

infrações à ordem econômica deverá fazer uma consideração entre o lucro auferido com a prática do ilícito (benefício) e o risco de condenação futura (custo). (BOSON, 2016)

A probabilidade e o montante da sanção exercem, portanto, um importante papel na escolha feita por um player no mercado.

Nesse contexto, as ações privadas de reparação de dano devem ser consideradas no cômputo de valor a ser desembolsado pelo praticante de cartel a título de “custo” da ação infratora.

Na esfera internacional, grande parte da eficiência da política antitruste se deve ao grau de efetivação do *enforcement* privado. A disposição de meios que possibilitem a atuação do *enforcement* privado torna maiores os custos de oportunidade<sup>277</sup>, de maneira que o resultado é um desestímulo a realização de ilícitos concorrenciais. (FARINA, 2016)

Nesse sentido, manifesta-se o Brasil no Relatório OCDE 2015:<sup>278</sup>

“Despite the aforementioned difficulties faced by private claims for compensation, these actions, in addition to leading to the cessation of the anti-competitive conduct, can be an important tool for deterrence, as they increase the negative financial consequences imposed on a infringer of competition rules, acting as an important reinforcement for the objectives of public enforcement. In other words, the filing of such actions increases the deterrent effect of anticompetitive practices and strengthens antitrust policy.”

Nos Estados Unidos, o prejudicado pelo cartel é favorecido pelo chamado “*treble damage*”, recebendo um valor equivalente a três vezes o que seria ordinariamente cabível. Nesse país, a litigância privada é reconhecidamente indispensável ao bom funcionamento da política da concorrência.<sup>279</sup>

Quando as autoridades antitrustes americanas anunciam a investigação de um potencial cartel ou há a realização de acordo através do qual se tem a confissão de prática de cartéis por

---

<sup>277</sup> Sobre o conceito de custos de oportunidade, DENARDIN, A.A.(2004, p.3) sintetiza a definição de Nascimento (1998) nos seguintes termos: “Toda vez que existirem problemas de escolha entre várias alternativas de ação, estará presente o conceito de custo de oportunidade. Ao analisar várias alternativas de ação, o tomador de decisão sempre se perguntará se o benefício que obterá em relação ao sacrifício de alternativas de ação correspondentes será o melhor possível nas circunstâncias em que a decisão está sendo tomada. Essa é a verdadeira essência de custo de oportunidade.”

<sup>278</sup>Disponível

em:

<[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En)>. Acesso em: 01. mar.2017.

<sup>279</sup> Vide voto do Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan, no Processo Administrativo 08012.009888/2003-70, julgado em 01.set.2010, bem como Seção 7 do Sherman Act: “Any person who shall be injured in his business or property by any other person or corporation by reason of anything forbidden or declared to be unlawful by this act, may sue therefor in any circuit court of the United States in the district in which the defendant resides or is found, without respect to the amount in controversy, and shall recover three fold the damages by him sustained, and the costs of suit, including a reasonable attorney's fee.”

alguma empresa, não é incomum que surjam, de logo, ações indenizatórias de reparação de danos. (GABBAY & PASTORE, 2014).

Já no que tange a União Europeia, verifica-se que, em que pese à demanda por ações privadas de reparação de danos ainda não ser significativa, tem-se dado extrema relevância a solução dessa questão, haja vista a sua importância na repressão às infrações concorrenciais. Nesse intuito, foi emitido o Livro Verde, em dezembro de 2005, e o Livro Branco, em abril de 2008. Em 2014, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram a Diretiva<sup>280</sup> que traz critérios claros para o desenvolvimento do *enforcement* privado, visando incentivar a justa reparação do dano, bem como desestimular a realização do ilícito concorrencial. (COELHO, 2010)

Dessa maneira, quanto ao combate aos cartéis, observa-se que a reparação de danos na esfera cível tem influência direta no montante da sanção atribuída a um praticante de infração à ordem econômica e, conseqüentemente, na sua decisão de praticar ou não o ilícito, bem como de cessar a conduta infratora. O estímulo a ações privadas de reparação de danos é, então, internacionalmente difundido e reconhecido como de extrema relevância na prevenção e repressão da prática de cartéis.

### 3. O *Enforcement* Privado na Repressão à Cartéis e a Realidade Brasileira

A atuação do “*private litigation*” na busca da indenização por danos derivados de infrações à ordem econômica ainda não é expressiva no Brasil. Entretanto, tem havido um crescimento no número de ações desse tipo que são levadas ao Judiciário, além de um claro incentivo dos órgãos oficiais a sua propositura<sup>281</sup>

Em estudo desenvolvido por Mation (2008), foram analisadas 396 decisões proferidas entre 1994 e 2008, oriundas de pesquisa a respeito da situação das ações civis com pedido de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais (não se restringindo a condutas referentes à prática de cartéis) ou acerca da cessação dessas condutas.

---

<sup>280</sup> Diretiva 2014/104/EU sobre Ações de Ressarcimento de Danos Concorrenciais da União Europeia do Parlamento Europeu e do Conselho (“**Directive on Antitrust Damages Actions**”) (“Diretiva”) Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DE>>. Acesso em: 28.fev.2017.

<sup>281</sup> No Processo Administrativo n.08012.009888/2003-70, o CADE determinou o envio de sua decisão ao Conselho Federal de Medicina, à Associação Nacional dos Hospitais Privados, à Confederação Nacional da Indústria, ao Ministério da Saúde, à Federação Brasileira de Hospitais, à Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo e ao Ministério das Cidades, com vias de estímulo à propositura de demandas indenizatórias.

Do total de decisões analisadas, 168 correspondiam a ações com pedido de ressarcimento de danos. Além disso, do total de condutas alegadas examinadas (429), verificou-se que 63 (14,6 %) delas se referiam a prática de cartel (a alegação mais recorrente).

Em participação brasileira no Relatório OCDE 2015, a baixa adesão ao *private litigation* é justificada por várias razões, dentre elas: (i) Primeiramente, no Brasil, assim como em outras jurisdições, existem obstáculos legais e procedimentais a ações de reparação. Estão incluídas a necessidade de análise econômica complexa, avaliação de risco e o cálculo de danos, que são notoriamente difíceis de serem obtidos por particulares; (ii) Informações e documentos fornecidos no âmbito de um acordo de leniência são mantidos em sigilo pelo CADE. O acesso a esses documentos é restrito àqueles que estão sendo investigados, bem como a outras autoridades públicas, como o Ministério Público Federal; (iii) Além disso, no que se refere ao próprio Judiciário, o tempo tomado pelos recursos e falta de familiaridade dos juízes com a matéria antitruste contribuem fortemente para desencorajar ações por danos. Vale ressaltar também que por serem processos longos e que requerem análises jurídicas e econômicas complexas, ações privadas de reparação de danos podem ser extremamente dispendiosas.<sup>282</sup>

Fica demonstrada, assim, a incipiente atuação do *private litigation* no Brasil, bem como suas possíveis causas.

O mesmo estudo (MATION, 2008) demonstra, ainda, um crescimento do número de demandas indenizatórias a partir de 2006. Observa-se, então, que o incentivo à cultura de reparação privada dos danos tem apresentado resultados, sendo um campo de promissor crescimento no Brasil.

Como referências de casos de cartéis no Brasil que demandaram ou apresentam perspectivas de demandas indenizatórias, podem ser citados os seguintes exemplos:

### 3.1 Cartel dos Vergalhões de Aço

---

<sup>282</sup> No original: “14. Firstly, in Brazil, as in other jurisdictions, there are legal and procedural obstacles to damage actions. These include the need for complex economic analyses, evaluation of risk and the calculation of damages, which are notoriously difficult to obtain by private parties.

16. Information and documents provided in the scope of a leniency agreement are kept confidential by CADE. Access to these documents is restricted to those who are being investigated, as well as other public authorities, such as the Federal Public Ministry. (...)

18. Also, on the side of the judiciary itself, the prolonged time that appeals can take within the Brazilian judiciary and judges’ lack of familiarity with antitrust strongly contribute to discourage actions for damages. It is also worth mentioning that due to these characteristics of being a lengthy process requiring complex legal and economic analysis, private actions for damages can be extremely costly for the parties.” Tradução livre. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En). Acesso em: 01.mar.2017.

O processo administrativo referente ao cartel de vergalhões de aço foi julgado em 2005<sup>283</sup> e resultou na responsabilização da Companhia Siderúrgica Belgo Mineira (atualmente denominada Arcelomittal Brasil S.A), Gerdau S.A e Siderúrgica Barra Mansa pela prática de condutas lesivas ao direito da concorrência. O CADE entendeu, no caso em comento, que restou configurada a infração à ordem econômica por formação de cartel na venda de vergalhões de aço no mercado nacional.

As empresas foram condenadas ao pagamento de multa no valor de 7% (sete por cento) do seu faturamento bruto, todos apurados no exercício anterior à instauração do Processo Administrativo, ou seja, o do ano de 1999, excluídos os impostos.

Após a decisão exarada pelo CADE, foram propostas ações indenizatórias contra as empresas condenadas pela prática de cartel. Vale ressaltar aqui a ação individual ajuizada pelo Grupo Cobraço face a Arcelomittal Brasil S.A, tendo em vista a viabilidade de resolução dessa demanda por meios alternativos de resolução de danos e o escopo do presente estudo.

Em que pese se vislumbrar a possibilidade de solução dessa controvérsia pela via arbitral, o método escolhido no caso em comento foi o de utilização do *private enforcement*. O Grupo Cobraço requereu, como principais pleitos, a cessação das condutas anticoncorrenciais realizadas pela Arcelomittal, a sua condenação ao ressarcimento das perdas e danos decorrentes da prática das condutas ilícitas, lucros cessantes (inclusive os oriundos da progressiva interrupção da atividade comercial), além de dano moral e à imagem.<sup>284</sup>

Em julgamento da Apelação Cível de n.1.0024.06.984815-8/033, a 11ª Câmara Cível entendeu pela manutenção da decisão exarada em primeiro grau que: (i) considerou prescritos o pleito de dano moral e à imagem; (ii) considerou prescritos os prejuízos decorrentes da prestação de serviços; (iii) considerou não existir prescrição no que se refere aos prejuízos provenientes das relações de distribuição; (iv) determinou a abstenção da prática de condutas anticoncorrenciais pela Arcelomittal; (v) determinou o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da progressiva interrupção das atividades comerciais do Grupo Cobraço. Ainda não houve o trânsito em julgado da presente demanda.

### 3.2 Cartel do Câmbio

---

<sup>283</sup> Processo Administrativo n.08012.004086/2000-21.

<sup>284</sup> Processo n. 002406984815-8 (9848158-78.2006.8.13.0024), 22ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais.

O processo administrativo referente ao cartel do câmbio<sup>285</sup> foi instaurado pela Superintendência Geral do CADE em julho de 2015. As investigações indicam que a atuação anticompetitiva envolveu o mercado de câmbio *offshore* e as instituições financeiras estrangeiras que operam nesse mercado. Entre as condutas anticompetitivas praticadas estão a fixação de preços ou níveis de preço (*spread* cambial), dificultando o acesso de concorrentes ao mercado.

Foram homologados, em dezembro de 2016, cinco Termos de Compromisso de Cessação (TCC's) celebrados com as instituições bancárias Barclays PLC, Citicorp, Deutsche Bank S/A Banco Alemão, HSBC Bank PLC e JP Morgan Chase & Co. Devem ser recolhidos R\$ 183,5 milhões a título de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD).

A investigação deverá prosseguir com relação às outras representadas no processo administrativo, quais sejam: Standard Chartered Bank, The Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ, LTD, Credit Suisse AG, Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Incorporated, Banco Morgan Stanley S/A, Nomura International PLC, Royal Bank of Canada, Royal Bank of Scotland, Standard Chartered Bank (Brasil) S/A e UBS AG, além de trinta pessoas físicas. Já as empresas que realizaram TCCs com o CADE, deverão ter o processo suspenso até a declaração do seu cumprimento integral.<sup>286</sup>

No esteio da investigação promovida pelo CADE, já se manifestaram prejudicados intencionando a reparação de danos. Em matéria publicada pelo Jornal Estadão, na coluna Economia e Negócios, noticia-se que a CSN, que tinha cerca de US\$ 200 milhões em contratos de câmbio com os bancos, ajuizou oito protestos judiciais contra Bank of Tokyo Mitsubishi, Barclays, Citigroup, Deutsche Bank, HSBC, JP Morgan, Merrill Lynch e Standard Chartered, pedindo que os prazos de prescrição para futuros pedidos de ressarcimento sejam interrompidos. No mesmo sentido, foi também ajuizado protesto pela TAM contra o banco suíço UBS.<sup>287</sup>

Essa atitude pode se justificar no fato de que, após uma efetiva condenação por parte do órgão antitruste, a persecução de danos na esfera cível seria facilitada no que diz respeito ao ônus probatório de que se incube o autor.

---

<sup>285</sup> Processo Administrativo n.08700.004633/2015-04.

<sup>286</sup> Vide notícia publicada por veículo oficial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-cinco-acordos-em-investigacao-de-cartel-no-mercado-de-cambio-no-exterior-e-abre-nova-investigacao-de-cartel-no-mercado-de-cambio-do-brasil>>. Acesso em: 01.mar.2017.

<sup>287</sup> Matéria disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,csn-quer-indenizacao-do-cartel-do-cambio,10000088823>>. Acesso em 01.mar.2017

#### 4.A Decisão Proferida pelo STJ no Julgamento do Recurso Especial n.1554.986 e o Incentivo a Propositura de Demandas Indenizatórias

O ato ilícito para fins de responsabilização civil concorrencial apenas restará configurado com a violação da norma legal e a verificação do dano. A responsabilização civil concorrencial, portanto, não está adstrita à potencialidade de prejuízo, se caracterizando pela realização do ilícito e pela concretização do dano, devendo existir nexos causal entre ambos. (CARVALHO, 2011)

O sistema brasileiro, como regra geral, atribui ao autor da ação o ônus probatório de fato constitutivo do seu direito.<sup>288</sup> Dessa maneira, é preciso demonstrar em juízo o ato de infração à ordem econômica, o dano e o nexos causal entre o ato praticado pelo infrator e o dano verificado. Ao prejudicado pela infração concorrencial caberá, portanto, um custoso ônus da prova.

Nesse contexto, uma decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, decidindo pela limitação da confidencialidade de dados oriundos de Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação (TCC's) firmados com o CADE pode vir a facilitar a propositura de ações pelas partes prejudicadas.

A decisão traz, em seu teor, que não se poderia admitir o sigilo de dados por período indefinido de tempo, pois a sua manutenção só seria justificável no período de apuração da conduta. O Ministro Relator manifestou-se no sentido de que “o envio do relatório circunstanciado pela Superintendência- Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo” seria o marco temporal que finalizaria a fase de apuração da conduta, entendendo que a partir desse momento não seria mais justificável a continuidade do sigilo. O CADE deveria, então, “prestar informações e fornecer cópias dos autos dos procedimentos administrativos ao Poder Judiciário, quando requeridas para instruir ações judiciais”.<sup>289</sup>

A Procuradoria Geral do CADE opôs Embargo de Declaração por entender que a referida decisão diverge do entendimento do CADE sobre o tema. A preocupação se justifica pelo prejuízo que pode ser causado ao *enforcement* público pelo acesso a informações sensíveis aos Programas de Leniência e TCC do CADE.<sup>290</sup>

---

<sup>288</sup> Código de Processo Civil. Artigo 373: O ônus da prova incube:

I- Ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito

<sup>289</sup> Cf. decisão do STJ, 3ª Turma, no Recurso Especial nº 1.554.986-SP (2015/0219111-7). Recorrentes: Electrolux do Brasil S.A., Whirlpool S.A., Brasmotor S.A. Recorrido: Tecumseh do Brasil Ltda. Decisão proferida em 08 de março de 2016. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze.

<sup>290</sup> Sobre o posicionamento do CADE, *vide* Nota Técnica 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Disponível em: [http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj)

Em que pese a discussão suscitada acerca do possível enfraquecimento dos programas de leniência realizados pelo CADE<sup>291</sup>, é certo que a decisão proferida pelo STJ no Recurso Especial n.1554.986 suscitou uma abertura a propositura de demandas indenizatórias pelas partes prejudicadas na prática de cartéis. A decisão estimulou, inclusive, um posicionamento do CADE sobre a questão, com a submissão da Minuta de Resolução submetida à Consulta Pública 05/2016.

## 5. A Arbitrabilidade de Demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência

A arbitrabilidade é uma condição de validade da convenção de arbitragem, da qual depende a competência do árbitro em relação à matéria. É o conceito de arbitrabilidade que delimita se uma matéria pode ou não ser submetida a um tribunal arbitral. Cada Estado tem a sua noção de arbitrabilidade própria, a depender dos valores socioeconômicos que ele entende que devem ser preservados. (KAZZI, 2007 *apud* VAZ, 2009)

Em compêndio editado pela CCI, há a indicação de três sistemas para a definição da arbitrabilidade em relação à matéria dos litígios. Existe o critério da livre disponibilidade do direito litigioso, o da natureza patrimonial do litígio e o da vedação à arbitragem de qualquer matéria que interesse a ordem pública. (CRISTOFARO & NERY, 2003)

A normativa brasileira que dispõe sobre a arbitragem, a Lei n. 9.307/96 prevê em seu artigo primeiro que podem ser dirimidos pela via arbitral questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis. São considerados direitos patrimoniais disponíveis aqueles que podem ser avaliados pecuniariamente e podem ser alienados ou livremente transacionados pelos seus titulares.

De acordo com Coelho & Silva (2013), definir a possibilidade de submissão de questões envolvendo problemas concorrenciais a arbitragem não é uma tarefa fácil, pois as questões em matéria antitruste no Brasil geralmente envolvem tanto questões constitucionais quanto direitos patrimoniais.<sup>292</sup>

Para os autores, práticas competitivas no Brasil são consideradas geradoras de uma dualidade de danos. Elas infligem danos sob a coletividade e a empresas e indivíduos

---

[4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm914TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIOZcpqBftsU\\_mXg,..](https://www.cci.org.br/portal/4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm914TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIOZcpqBftsU_mXg,..) Acesso em: 01.mar.2017

<sup>291</sup> Sobre o assunto, *vide*: Acesso a informações e provas relacionadas a acordos de leniência no âmbito de ações indenizatórias privadas à luz do Recurso Especial n.1554.986

<sup>292</sup> No original: "Defining the possibility of submitting matters involving competition issues to arbitration is not an easy task, since antitrust matters in Brazil usually involve both constitutional matters and patrimonial rights." Tradução livre.

diretamente afetados pela prática. Os objetivos da acusação do CADE são os de punir aqueles que empreendem comportamentos anticompetitivos, a fim de proteger os direitos coletivos de livre concorrência e livre iniciativa. Esses direitos são inalienáveis e não podem ser sujeitos a arbitragem.<sup>293</sup> Já os danos causados a empresas e indivíduos, por sua vez, não estariam sujeitos a essa restrição.

“Notwithstanding, in addition to the damages inflicted by anticompetitive practices upon society as a whole, which materialize into loss of welfare by the collectivity, some individuals are directly affected by such practices. Companies that form a cartel to raise prices, for example, may have supply agreements in place to provide their clients with products or services. Such clients are directly affected by the cartel and suffer a measurable loss that can be recovered in a lawsuit”.

A conclusão a que se chega é a de que a arbitragem pode ser utilizada por empresas e indivíduos, uma vez que a lei antitruste permite que os prejudicados busquem indenização perante o Judiciário, mas não os força a fazê-lo, o que demonstra que esse direito pode ser livremente disposto e, portanto, podem também ser sujeitos a negociação e resolução pela via arbitral.

“In this sense, the possibility to choose whether to exercise the right to seek indemnification demonstrates that such right may be freely disposed by the injured party and, therefore, may also be subject to negotiation and resolution by arbitration”.

## **6. As Vantagens da Arbitragem e a Minuta de Resolução submetida à Consulta Pública 05/2016**

Uma vez ultrapassada a questão da possibilidade de utilização da via arbitral a questões de matéria concorrencial, resta esclarecer as vantagens da escolha desse meio alternativo de resolução de conflitos para solucionar controvérsias referentes à indenização devida pela prática do ilícito antitruste.

De antemão, sabe-se que o procedimento arbitral tem como característica a confidencialidade. Ficam resguardadas, portanto, as informações do litígio. Na área empresarial, a disseminação de determinadas informações pode causar prejuízos à imagem da empresa no mercado, gerando uma série de danos a sua atividade empresarial.

A própria legislação reconhece o potencial ofensivo da associação de uma informação a uma determinada empresa quando prevê, por exemplo, a necessidade de caução prestada por

---

<sup>293</sup> No original: “As previously explained, anticompetitive practices in Brazil are deemed to generate a duality of damages. They inflict damages upon the collectivity and upon companies and individuals directly affected by the practice. CADE’s prosecution aims to punish those who undertake anticompetitive behavior in order to protect the collective rights of free competition and free enterprise.” Tradução livre.

credor domiciliado no exterior no ajuizamento de pedido de falência. A intenção desse dispositivo é a de garantir o valor de eventual indenização que possa ser devida ao pretendo devedor-falido por danos que viria a suportar caso seja verificada a propositura equivocada da ação (e a associação indevida da imagem da empresa a uma falência).<sup>294</sup> A confidencialidade, gera, portanto, uma blindagem aos malefícios que a divulgação de uma informação poderia causar a atividade empresarial.

O sistema arbitral é também reconhecido pela sua celeridade e eficiência, bem como pela possibilidade de escolha de terceiro de confiança das partes que tenha conhecimento específico sobre o assunto e tenha condições, por essa razão, de proferir uma decisão mais acertada na resolução da controvérsia concorrencial.

Vale levar em consideração que a maioria das sentenças arbitrais são cumpridas voluntariamente pelas partes, sem a necessidade de utilização de métodos coercitivos. Pode-se associar isso ao fato de que, em uma decisão mais justa e eficaz, as partes tendem a ficar mais satisfeitas com o resultado e não questionar o que foi determinado.

Gabbay & Pastore (2014), suscitam ainda que:

“No âmbito internacional, a arbitragem também é escolhida, muitas vezes pelo fato de os contratantes serem de diferentes países e não quererem se submeter às vicissitudes dos tribunais estatais do foro da parte adversa, evitando, assim, se submeter à incerteza e aos custos dos tribunais nacionais – que, nesse caso, apenas terão que reconhecer e homologar o laudo arbitral posteriormente”.

Na esteira de vantagens da utilização da arbitragem como meio alternativo no âmbito da persecução privada de reparação de danos, surge uma nova e importante perspectiva, que deve ser examinada com a devida atenção, haja vista o seu potencial de promover alterações na maneira como é explorada a reparação em âmbito cível no país. Essa perspectiva é trazida na Minuta de Resolução do CADE, submetida à consulta pública 05/2016.

Em estudo realizado por HODGES (2014) foram examinadas as possíveis técnicas de reparação de danos, realizando uma comparação entre elas. Foi feita uma comparação entre o *public enforcement*, o *private enforcement* e a chamada “*Alternative Dispute Resolution*” (ADR), dentre as quais se insere o instituto da arbitragem. Os resultados alcançados remontam a uma posição vantajosa ao ADR, no que se refere aos custos e a celeridade do procedimento, desde que seja suficientemente incentivado. Segundo o autor, pode-se ter como incentivo a perspectiva de redução da penalidade:

“The voluntary and ADR technique offers the fastest and cheapest way of achieving payment if it can be sufficiently incentivized. Firms may have a number of incentives

---

<sup>294</sup> Vide art.97, § 2º da Lei 11.101/05

to instigate voluntary payment, and these can clearly be enhanced by particular choices in the design of systems. If optimal use of ADR is to be achieved, it may be necessary to design a sufficiently large incentive, such as achieving the resolution of all public sanctions and private compensation consequences at the same time, or the prospect of negotiating a sufficiently large reduction of the fine or other penalty”.

Nesse sentido, com vias de fomento à reparação de danos concorrenciais no país, o CADE submeteu, em 07/12/2016, uma minuta de nova resolução à consulta pública. A resolução trata também da regulamentação dos procedimentos no órgão para acesso a documentos oriundos de Acordos de Leniência, de Termos de Compromisso de Cessação e de operações de busca e apreensão no âmbito do CADE.<sup>295</sup>

No que tange às demandas de reparação de danos concorrenciais, a minuta traz disposição específica que prevê a redução da contribuição pecuniária nas negociações de TCC's, bem como do montante aplicado à título de multa administrativa para praticantes de ilícitos concorrenciais que comprovarem o ressarcimento judicial ou extrajudicial desses danos.<sup>296</sup>

Uma das preocupações doutrinárias acerca do *private litigation* na prevenção e repressão à prática de cartéis é a de superdimensionamento da punição. Francisco (2014) entende que da mesma maneira que não há estímulo à cessação da prática infratora quando o valor a ser desembolsado a título de reparação é inexpressivo, também uma punição desproporcional pode ser nociva ao mercado. Nessa situação, o agente econômico poderá vir a evitar a prática de condutas lícitas e eficientes, temendo a punição, caso a conduta fosse entendida como anticoncorrencial.

O autor suscita ainda que o *private enforcement* poderia ser desvantajoso no sentido de que seria impossível a manutenção das multas aplicadas pela infração à ordem econômica num patamar ideal (que desestime a prática infratora na relação de custo-benefício levada em consideração pelo agente de mercado racional, bem como mantenha sua atuação efetiva no mercado), vez que não seria possível prever o número de ações indenizatórias que seriam propostas e/ou consideradas procedentes.

A disposição trazida na Minuta de Resolução do CADE, em seu artigo 15, auxilia na solução dessa questão, na medida em que leva em consideração o ressarcimento dos danos no

---

<sup>295</sup> Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>. Acesso em: 02.mar.2017.

<sup>296</sup> Art. 15. A Superintendência-Geral do Cade e o Plenário do Tribunal do Cade poderão considerar, no momento da negociação de TCC, ou no momento da aplicação das penas previstas nos arts. 37 e 38 da Lei nº 12.529/2011, uma redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa com relação aos participantes da infração concorrencial que comprovarem o ressarcimento extrajudicial ou judicial no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, considerada nos termos do art. 45 da Lei 12.529/2011.

estabelecimento de multas e contribuições pecuniárias de TCC's. Dessa maneira, além de facilitar a reparação dos danos aos prejudicados, ajuda a manter a punição em um valor próximo do ideal para a consecução dos fins da livre concorrência. Essa reparação é considerada, seja ela viabilizada tanto pela via judicial como pela extrajudicial.

Outrossim, como já ressaltado, a decisão proferida pelo STJ no Recurso Especial n.1554.986 é de grande incentivo a propositura de demandas indenizatórias pelas partes prejudicadas com cartéis. A tendência que se observa no cenário atual é a de disseminação da cultura privada de reparação de danos no país, fortalecendo a prevenção e a repressão a prática de cartéis.

Desse modo, a escolha pela arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos, em detrimento da via judicial, permite que a controvérsia seja sanada por tribunal especializado e com julgador de confiança das partes, possibilitando uma decisão mais acertada e célere, que propicie, de logo, a sua consideração na redução da multa administrativa ou contribuição pecuniária no âmbito dos TCC's.

## 7. Conclusão

O presente artigo teve por objetivo demonstrar a viabilidade e as vantagens de utilização do sistema arbitral como meio alternativo na resolução de demandas indenizatórias de reparação de danos causados pela prática de cartéis.

Verificou-se, primeiramente, que a propositura de ações privadas de reparação é de suma importância na prevenção e repressão da prática de cartéis, mas que esse ainda é um campo em desenvolvimento no Brasil.

Nesse contexto, a arbitragem surge como um meio alternativo ao Judiciário na resolução de controvérsias ligadas à responsabilização do praticante de ilícito concorrencial na esfera cível. Sua utilização traz inúmeras vantagens, tais como a confidencialidade do processo submetido à análise do Tribunal Arbitral, bem como a celeridade inerente ao procedimento.

Com o crescimento da cultura do *private enforcement* que tem se observado no Brasil (incentivada pelos órgãos oficiais, bem como por decisões que refletem a preocupação com a reparação privada de danos, tais como o posicionamento do STJ no julgamento do Recurso Especial n.1554.986), faz-se necessária a articulação entre o *public enforcement* e o *private enforcement* no país.

O primeiro passo foi dado com a submissão da Minuta de Resolução do CADE, submetida à Consulta Pública 05/2016, que prevê a possibilidade de redução de multas administrativas e de contribuições pecuniárias no âmbito de Termos de Cessação de Conduta (TCC's) caso seja comprovada a reparação judicial ou extrajudicial de danos.

Propõe-se, dessa forma, um aprofundamento da discussão trazida no presente artigo, de modo a alcançar um modelo ideal de cooperação entre a persecução pública e privada a condutas anticompetitivas (dentre as quais a prática de cartéis é de extrema relevância), a fim de atingir a finalidade precípua trazida na Lei 12.529/11.

## **8. Referências**

BECKER, Bruno Bastos. "CONCORRÊNCIA E ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DE QUESTÕES CONCORRENCIAIS EM ARBITRAGENS." *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n.2, p.239-270, 2015.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: An economic approach. In: *The Economic Dimensions of Crime*. Palgrave Macmillan UK, 1968. p. 13-68.

BOSON, Daniel Silva; JUNIOR, Gilson Geraldino Silva. Termo de Compromisso de Cessação (TCC): CADE, Empresas, Cartéis e Jogo. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 4, n. 2, p. 99-120, 2016.

BRASIL. Lei n. 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

BRASIL. Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.06.984815-8/033. 1º Apelante: Arcelor Mittal Brasil S/A, Sucessor de Siderúrgica Belgo Mineira S/A. 2º Apelante: Cobraço Serviços LTDA. 3ª Apelante: Cobraço Com Bras Aço LTDA. Apelado(a)(s): Cobraço Com Bras Aço LTDA, Cobraço Serviços LTDA, Arcelor Mittal Brasil S/A. Interessado: Anfat-Associação Nacional dos Fabricantes de Treliças. Relator: Desembargadora Mariza de Melo Porto. Belo Horizonte, 13 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em 28.fev.2017.

CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade civil concorrencial: a busca pela efetiva reparação de danos. 2011. Monografia. Fundação Getúlio Vargas.

COELHO, Flausino Gustavo. A Reparação Civil por Danos Concorrenciais: Desafios no Brasil e na União Européia. *Revista do IBRAC*, v.22, n.1, p 123/139, 2016

COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Vilela. Arbitrability of disputes involving antitrust issues in Brazil and the protection of free competition. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n.13, p.145-164, jul/dez., 2013.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de aplicação das normas do direito antitruste pelo Juízo Arbitral. *Arbitragem Interna e Internacional-questões de doutrina e de prática*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 333-359, 2003.

DENARDIN, Anderson Antonio. A Importância do Custo de Oportunidade para a Avaliação de Empreendimentos Baseados na Criação de Valor Econômico (Economic Value Added–EVA). *ConTexto*, v. 4, n. 6, 2004.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. AÇÕES COLETIVAS [PRIVADAS] COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA. *Revista do IBRAC*, v.22, n.1, p.30-55, 2016.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FRANCISCO, André Marques. Responsabilidade civil por infração da ordem econômica. 2014. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo.

GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e Outros Meios de Solução de Conflitos em Demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 11, n. 43, p. 7-32, 2014.

HODGES, Christopher. Fast, Effective and Low Cost Redress: How Do Public and Private Enforcement and ADR Compare?. *Competition Law. Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU*, Kluwer Law International, 2014.

MATION, Gisela Ferreira. As Ações Cíveis Para Cessação E Reparação De Danos Causados Por Condutas Anticorrecionais no Brasil. III Prêmio SEAE, 2008.

VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do direito da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 353-385, 2009