

Vol. 5

Nº 2

2017 - Novembro

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



A cessão de crédito devido por ressarcimento ao dano material oriundo de cartel: um novo *business*?

Giovana Vieira Porto³⁰⁸

RESUMO

Este artigo busca identificar a viabilidade jurídica do exercício de atividade empresarial no Brasil relacionada à cessão de crédito indenizatório por dano material causado por cartel, comparativamente ao realizado na Europa pela empresa *Cartel Damage Claims*. Isso em razão de que há necessidade de busca por soluções alternativas visando a incentivar as ações privadas de reparação cível no país, diante dos ônus existentes para que os prejudicados por cartel pleiteiem, por si sós, a reparação patrimonial. Portanto, serão examinados, primeiramente, a natureza jurídica e o objeto do contrato proposto, e, em seguida, identificados os potenciais cedentes do crédito indenizatório. Ademais, será investigada a viabilidade de que a cessionária ajuíze a ação reparatória em nome próprio. Por fim, serão analisados os entendimentos jurisprudenciais acerca do termo inicial da contagem do prazo prescricional para o ajuizamento da ação indenizatória.

Palavras-chave: Reparação; Dano material; Cartel; Contrato aleatório; Cessão de crédito indenizatório.

ABSTRACT

This article aims at identifying the legal feasibility of a business in Brazil regarding the assignment of damage claims resulting from cartels, in comparison with the business conducted in Europe by the company *Cartel Damage Claims*. This is due to the need for research on alternatives solutions aiming at promoting the private enforcement in the country, because of the existing burdens for persons affected by a cartel to file, by themselves, a lawsuit requesting the compensation for material damages. Therefore, firstly, the legal nature and the subject of the proposed contract will be examined, and then the potential assignors of the damage credit will be identified. In addition, it will be investigated the feasibility of the assignee to file the damage claim action in its own name. Finally, the case law with respect to the initial term of the statute of limitations for the submission of the damage claim will be analyzed.

Keywords: Restitution; Material damage; Cartel; Aleatory contract; Assignment of damage claims.

Classificação JEL: K21.

³⁰⁸ Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília. E-mail: givporto@gmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A natureza jurídica do contrato; 3. Potenciais cedentes do crédito indenizatório; 4. A legitimidade ativa processual da cessionária; 5. O prazo prescricional para o ajuizamento da ação reparatória; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Em 3 de maio de 2006, a Comissão Europeia condenou 17 pessoas jurídicas³⁰⁹³¹⁰ pela formação de cartel nos mercados de peróxido de hidrogênio e de perborato de sódio, no período de 31 de janeiro de 1994 a 31 de dezembro de 2000, com produção de efeitos em todo o território da União Europeia. O alegado cartel teria consistido, basicamente, na troca de informações comercial e concorrencialmente sensíveis, em controle de produção, na divisão de mercado e clientes, e, por fim, na fixação de preços.

Diante disso, em 16 de março de 2009, uma empresa denominada *Cartel Damage Claims* (“CDC”) ajuizou ação reparatória perante o Tribunal Regional de Dortmund³¹¹, Alemanha, requerendo a condenação das empresas Evonik Degussa GmbH, Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, Arkema France S.A. e FMC Foret S.A., condenadas pela Comissão Europeia no alegado cartel supracitado, ao pagamento do valor de € 220,5 milhões mais correção monetária a título indenizatório³¹². A CDC usou como fundamento para o ajuizamento a compra dos direitos indenizatórios de 32 empresas, estabelecidas em 13 Estados-Membros da União Europeia, com atuação no mercado de indústria de celulose e papel e compradoras diretas das empresas envolvidas no suposto cartel de peróxido de hidrogênio e de perborato de sódio.

Apesar de o caso ainda não possuir decisão definitiva no Tribunal alemão³¹³, a ação indenizatória ajuizada pela CDC, com base na cessão de crédito indenizatório, suscita o questionamento se o ordenamento jurídico brasileiro permite o exercício de atividade

³⁰⁹Decisão disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1494849179440&uri=CELEX:32006D0903>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

³¹⁰ As empresas condenadas são: Akzo Nobel NV, Akzo Nobel Chemicals Holding AB, EKA Chemicals AB, Degussa AG - atualmente Evonik Degussa GmbH, Edison SpA; FMC Corporation, FMC Foret S.A., Kemira Oyj, L’Air Liquide S.A., Chemoxal S.A., Snia SpA, Caffaro Srl, Solvay SA/NV, Solvay Solexis SpA, Total S.A., Elf Aquitaine S.A. e Arkema S.A.

³¹¹ Em alemão, *Landgericht Dortmund*.

³¹² CARTEL DAMAGE CLAIMS. *Hydrogen Peroxide Cartel*. Disponível em: <<https://www.carteldamageclaims.com/competition-law-damage-claims/hydrogen-peroxide-cartel/>>. Acesso em: 8 de novembro de 2016.

³¹³ O caso não possuía decisão definitiva até o dia 3 de novembro de 2017. CARTEL DAMAGE CLAIMS. *Hydrogen Peroxide Cartel*. Disponível em: <<https://www.carteldamageclaims.com/competition-law-damage-claims/hydrogen-peroxide-cartel/>>. Acesso em: 3 de novembro de 2017.

empresarial semelhante à da CDC, ou seja, uma empresa ser cessionária de crédito indenizatório, neste trabalho, entendido como o montante patrimonial esperado³¹⁴ a ser recebido pela suposta vítima a título de reparação por dano material oriundo da prática de cartel, perquirindo o respectivo crédito no Judiciário, em nome próprio, com fundamento no direito do cedente em ser ressarcido pelos danos patrimoniais causados pelas empresas integrantes do alegado cartel.

Tal indagação exterioriza-se diante do cenário brasileiro no qual se tornou necessária a busca por alternativas visando a incentivar o *enforcement* privado antitruste, ou seja, “as ações privadas de reparação de danos”³¹⁵. Isso em razão de que, de 1995 a 31 de agosto de 2017, foram identificadas 69 ações com pedido de reparação por dano moral e/ou material no Brasil causado por cartel, retirando-se as distorções da pesquisa³¹⁶. Das ações, verificou-se que aproximadamente 50,8% foram ajuizadas por terceiros, enquanto que cerca de 49,2%, pelos Ministérios Públicos Estaduais e Federais. Ademais, em regra, verificou-se que as ações foram ajuizadas, principalmente, na Justiça Estadual do Estado de São Paulo.

A identificação desses processos foi feita pela utilização dos termos “cartel E indenização”, “cartel E reparação” e “cartel E responsabilidade” no campo de pesquisa de jurisprudência dos sítios eletrônicos de todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais do Brasil. Ademais, para fins de levantamento de amostra, não foram catalogados os processos relativos às ações de improbidade administrativa com pedido de restituição ao erário, visto que, conforme o artigo 12, da Lei nº 8.429/1992, o pedido de reparação deve ser obrigatório nas hipóteses legais, compreendendo uma sanção. Por sua vez, este trabalho visa analisar, preferencialmente, se os particulares prejudicados por cartel usam da prerrogativa que possuem de requerer, por via judicial, a reparação do dano causado pela prática antitruste.

³¹⁴ Nota-se que a esperança, neste ponto, refere-se ao momento anterior ao ajuizamento de eventual ação indenizatória por dano material de cartel, ou seja, a um momento pré-processual, no qual a vítima estima os potenciais danos e os respectivos montantes patrimoniais necessários para que sejam reparados.

³¹⁵ DANTAS, Yane Pitangueira. *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*. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 5, nº 1, maio de 2017, p. 231-246. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/321>>. Acesso em 27 de julho de 2017.

³¹⁶ Há de se notar que, inicialmente, foram identificadas 95 ações com pedido de indenização por dano de cartel. No entanto, apurou-se que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (“MPRS”) ajuizou, nos supostos casos de cartel no mercado de combustíveis nos municípios de Encantado e Caxias do Sul, uma ação individual com pedido indenizatório para cada pessoa jurídica e/ou física envolvida no supostos cartéis. Diante disso, foi considerado que o MPRS ajuizou uma única ação para o suposto cartel em Encantado e uma única para o de Caxias do Sul. Assim, a quantidade de ações efetivamente identificadas foi reduzida de 95 para 69 casos. PORTO, Giovana Vieira (no prelo). *As ações ajuizadas com pedido de indenização por dano de cartel: uma análise empírica do estado da arte no Brasil*. Revista do IBRAC.

Concomitantemente à pesquisa por acórdãos e decisões monocráticas, foi realizada a busca pelas expressões acima mencionadas nos campos de pesquisa de sentença e demais decisões de primeiro grau, sempre que disponíveis³¹⁷. Além das ações que continham o pedido indenizatório por dano de cartel identificadas, também foram catalogadas as ações mencionadas pelos juízes ou pelos desembargadores em suas decisões e que, porventura, não apareceram inicialmente como resultado das pesquisas jurisprudenciais³¹⁸. Por sua vez, também não foram identificados eventuais processos que tramitam em segredo de justiça, com exceção dos casos em que o acórdão ou a decisão monocrática com as informações do processo estivesse disponível nos sítios eletrônicos dos respectivos tribunais.

Apesar de o número de processos identificados parecer expressivo, as ações de reparação embasaram-se, como um todo, em apenas 41 casos diferentes de cartéis identificados, pelas partes, como ato ilícito apto a gerar o respectivo dano, sendo que apenas 20 deles foram apurados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), quer por meio de procedimentos de Averiguação Preliminar, de Inquérito Administrativo ou de Processo Administrativo, independentemente de condenação ou arquivamento do processo. Comparativamente, mas em período significativamente menor, ou seja, desde a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, o Superintendente-Geral do CADE, Alexandre Cordeiro Macedo (2017), identificou 116 casos de cartel analisados pela autarquia³¹⁹. Portanto, conclui-se que, as ações com pedido de reparação de dano por cartel foram ajuizadas em pequena quantidade no Brasil, principalmente em razão dos ônus relacionados, como se verá adiante.

No entanto, antes de se avaliar a possibilidade e os benefícios de um possível *business* de cessão de crédito indenizatório no Brasil, é necessário analisar, brevemente, os requisitos para se ajuizar uma ação com pedido de reparação por dano material de cartel. Para isso, primeiramente, recorre-se à Constituição Federal, que tutela a reparabilidade de danos patrimoniais – identificados por Bruno Maggi (2010) como os danos que geram lesão aos bens patrimoniais da vítima³²⁰ – causados a terceiros e de danos morais, em seu artigo 5, incisos X e XLV.

³¹⁷ A ferramenta de pesquisa por sentenças e atos decisórios de primeiro grau está disponível nos sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça de Goiás e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

³¹⁸ PORTO, *ibid.*

³¹⁹ MACEDO, Alexandre Cordeiro. *Multa esperada, TCC e segurança jurídica*. JOTA, 27 de junho de 2017. Disponível em: <https://jota.info/colunas/doutrina-antitruste/multa-esperada-tcc-e-seguranca-juridica-27062017#_edn4>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

³²⁰ MAGGI, Bruno Oliveira. *O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 147.

A Constituição também tutela a reparabilidade de danos no Título VII, relativo à ordem econômica e financeira, por sua vez, na seara econômica. Neste sentido, o §5º, do artigo 173, determina a edição de lei que estabeleça a responsabilidade tanto da pessoa jurídica quanto de seus dirigentes, individualmente, por atos praticados em desconformidade com a ordem econômico e financeira e com a economia popular. Ademais, o §4º do mesmo artigo prevê a criação de lei para reprimir o “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Diante disso, diferentemente de outras leis que a Constituição determinou que fossem criadas, mas não o foram³²¹, foi editada a Lei nº 12.529/2011, também conhecida como Lei do Cade ou Lei Antitruste, para cumprir os supracitados dispositivos constitucionais. Não obstante, também há o Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406/2002, que delinea os requisitos gerais da reparação civil. Portanto, visando identificá-los, recorre-se, primeiramente, ao *caput* do artigo 927 do Código Civil que prevê que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Pela leitura do supracitado artigo, a título de exemplo, Bruno Maggi (2010)³²² e Daniel Caselta (2016)³²³ identificaram quatro elementos essenciais para que haja a obrigação de reparar os danos, na esfera da responsabilidade civil geral, quais sejam, o ato ilícito, o dano, o nexo causal e a culpa, quando se tratar de responsabilidade subjetiva. Por sua vez, especificando as peculiaridades da responsabilidade por dano concorrencial, Bruno Maggi (2010) e Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2013)³²⁴ sustentam a desnecessidade de análise de elementos subjetivos como culpa ou dolo³²⁵. Por sua vez, Daniel Caselta (2016) destaca que “o entendimento de que a responsabilidade civil por danos decorrentes de cartéis e outras infrações à ordem econômica configura hipótese de responsabilidade objetiva é consolidado na doutrina brasileira.”³²⁶ No entanto, o autor faz a ressalva de que, no que concerne aos administradores das empresas e, por analogia, às demais pessoas físicas envolvidas na suposta prática de cartel, seria necessária a

³²¹ O artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, por exemplo, dispõe que o direito de greve dos servidores públicos seria regulado por lei específica, que até o momento, não foi editada.

³²² MAGGI, op. cit., p. 114.

³²³ CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 117.

³²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira*. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, novembro 2013.

³²⁵ Bruno Maggi (2010) sustenta, nesse sentido, que “a análise da culpa é dispensada no caso da responsabilidade civil decorrente de cartel, visto que em qualquer das hipóteses essa prática resultará em responsabilidade civil objetiva de seus agentes.” (MAGGI, 2010, p. 175). Por sua vez, Tércio Sampaio (2013) sustenta que os danos concorrenciais não são “marcados pelo subjetivismo privatista”, mas são “resultantes de condutas em relações econômicas definidas diretamente pelo poder (...)”. (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 21).

³²⁶ CASELTA, op. cit., p. 127.

comprovação de culpa ou dolo para que possam ser responsabilizados civilmente, consoante os incisos II e III, do artigo 37, da Lei nº 12.529/2011³²⁷.

No que concerne aos demais elementos da responsabilidade civil por dano concorrencial, Tércio Sampaio (2013) enumera os requisitos da reparação por dano concorrencial nos seguintes termos³²⁸:

“(i) a existência de uma violação da lei, Lei da Concorrência (artigos 20 e 21 da Lei no 8.884/94; art. 36 da atual Lei no 12.529/11); (ii) o prejuízo na capacidade concorrencial do prejudicado; (iii) a relação de causalidade entre (i) e (ii). Preenchidas essas condições é que segue a apuração econômica do dano³²⁹”.

A violação à lei, consoante Tércio Sampaio (2013), configura um ato ilícito concorrencial na medida em que conjuga a prática, ainda que lícita, com o efeito ou a com potencialidade de gerar um efeito lesivo à concorrência, independentemente de culpa ou dolo³³⁰. Quanto ao nexo causal entre o ato ilícito, mais especificamente o cartel, e o dano concorrencial, Daniel Caselta (2016) afirma que “o nexo causal pressupõe a verificação de que o dano experimentado pela vítima foi decorrência do acordo ilícito celebrado entre os concorrentes com o objetivo de eliminar a competição entre si e aumentar artificialmente os lucros³³¹. Por sua vez, o dano concorrencial, nas lições de Tércio Sampaio (2013), possui o cerne no falseamento da concorrência e:

“atinge o agente privado na sua própria atividade: o interesse difuso ofendido se individualiza no interesse privado no sentido de que o dano ao mercado se qualifica como dano ao concorrente. É esse dano – falsear a concorrência, donde enganar e agir enganadamente – que constitui o dano a ser verificado e imputado³³²”.

No entanto, como será abordado posteriormente, os ônus para os supostamente prejudicados por cartel provarem a existência do dano e/ou quantificá-lo são tão elevados que, conseqüentemente, tornam-se obstáculos para a busca da reparação no Judiciário. É exatamente neste contexto que a cessão do crédito indenizatório se mostra um instrumento apto a fomentar as ações indenizatórias por dano concorrencial material no Brasil.

³²⁷ CASELTA, *ibid.*, p. 127-128.

³²⁸ É necessário mencionar que Tércio Sampaio (2013) entende que o dano concorrencial é diferente dos demais danos tutelados pelo Direito Civil, possuindo a lei antitruste um estatuto jurídico próprio (FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p. 21).

³²⁹ FERRAZ JUNIOR, *ibid.*, p. 24.

³³⁰ FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p. 14.

³³¹ CASELTA, *op. cit.*, p. 131.

³³² FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p. 29.

Assim, com o intuito de identificar a viabilidade do *business* de cessão de crédito indenizatório no Brasil é necessário primeiro caracterizar a natureza jurídica e o próprio objeto do contrato de cessão de crédito indenizatório aqui proposto. Posteriormente, será feita a análise de potenciais cedentes do crédito indenizatório, a partir do exame das condenações de cartel proferidas pelo CADE em processos administrativos, visando apurar potenciais vítimas do ilícito antitruste. Também será apurada a possibilidade ou não de que a cessionária ajuíze a ação em nome próprio, com fundamento na cessão do crédito, visando a obter o montante indenizatório. Por fim, serão examinadas as ações reparatórias nas quais houve pronunciamento judicial acerca do termo inicial de contagem de prescrição, tendo em vista que a prescrição é uma das condições a serem ponderadas pelas partes no momento da celebração do negócio jurídico em questão.

2. A natureza jurídica do contrato

Com o intuito de analisar a viabilidade jurídica do *business* de cessão de crédito indenizatório no Brasil, é necessário, primeiramente, identificar a natureza jurídica e o objeto do contrato proposto. Para isso, inicialmente, realizar-se-á breve digressão sobre parecer elaborado pelos advogados Carlos Augusto da Silveira Lobo, Rafael de Moura Rangel Ney e Daniel Ferreira da Ponte, publicado na Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, de 2014³³³.

A consulta relativa ao mercado de securitização referia-se a litígio envolvendo quatro pessoas jurídicas denominadas, pelos advogados, de “Banco A”, “Banco B”, “Empresa securitizadora” (“Cessionária”) e “Controladora da Cessionária”. O parecer foi requerido pelo Banco A acerca de problemas relacionados a dois contratos, celebrados entre Banco B e Cessionária, nos quais o Banco A era, inicialmente, interveniente. Posteriormente, o Banco B passou a ser controlado pelo Banco A, que passou a sucedê-lo nos referidos contratos. Diante disso, o Banco A propôs à controladora da Cessionária a compra de um portfólio de créditos vencidos e não pagos de titularidade do Banco B. Nesse cenário, o Cedente transferiria à Cessionária um crédito que pactuaram como existente no tempo da cessão, mas que poderia deixar de existir posteriormente, a depender de decisão judicial condenando ou não os respectivos devedores ao pagamento dos valores.

³³³ LOBO, Carlos Augusto da Silveira; NEW, Rafael de Moura Rangel; PONTE, Daniel Ferreira da. *Cessão de uma carteira de créditos litigiosos. Cessão de crédito, cessão de posição contratual e promessa de liberação*. Revista de Direito Bancário e dos Mercado de Capitais, v. 17, n. 63, jan./mar. 2014, p. 219-244.

Situação semelhante ocorre com o *business* proposto neste trabalho. Isso porque o montante patrimonial em questão só pode ser recebido caso haja condenação judicial das empresas participantes do alegado cartel a repararem o dano, se se tratar de resolução de conflito por via judicial, tendo em vista que este trabalho restringe o seu objeto de análise a soluções judiciais. Há de se destacar que há autores, como Daniela Monteiro Gabbay e Ricardo Ferreira Pastore (2014), que defendem soluções extrajudiciais para as demandas reparatórias por danos concorrenciais, como a arbitragem³³⁴.

Ocorre que, no Brasil, até que haja uma decisão definitiva, ou seja, sentença ou acórdão, as ações reparatórias duram, em média, 8 anos. Foi possível estimar esse valor calculando-se a duração das ações reparatórias identificadas desde a data de sua distribuição em primeiro grau até a sentença, caso não tenha havido recurso, ou até o acórdão do respectivo tribunal de segundo grau ou dos Tribunais Superiores, quando cabível. Caso houvesse acórdão ou sentença pendente, a data final, para fins de estimação da duração do processo, foi estabelecida como o dia 31 de agosto de 2017, data da pesquisa. Não foram incluídos na estimativa os processos em segredo de justiça identificados, tendo em vista que as informações sobre a data de distribuição do processo não estavam disponíveis para consulta, também não foram contabilizadas as datas de decisão de embargos declaratórios, de execuções e do trânsito em julgado dos processos.

Portanto, caso ajuízem ação reparatória no Judiciário, os supostamente prejudicados por cartel terão que aguardar, em média, 8 anos para que seja proferida decisão definitiva sobre o mérito da demanda, ressaltando-se, novamente, que este prazo não inclui decisões de embargos declaratórios, nem de execuções. A partir de então, os supostos prejudicados poderiam receber o montante devido a título indenizatório pelo dano material, caso houvesse pronunciamento judicial favorável ao prejudicado pelo suposto cartel. Ocorre que a tendência é que empresas prejudicadas pelo dano material oriundo da prática de cartel objetivem que a reparação seja feita com rapidez com intuito de que possam buscar o reequilíbrio econômico-financeiro de modo eficiente.

Há ainda o fato de que o Judiciário pode entender pela improcedência do pedido autoral, restando infrutífera a longa espera pelo pronunciamento judicial. Portanto, torna-se benéfica ao que entende ter sido prejudicado pela prática de cartel a cessão do crédito indenizatório, potencial e de valor estimado, a um terceiro com a *expertise* necessária para ajuizar esse tipo

³³⁴ 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, 2014, p. 7-32.

de demanda, perquirindo o crédito em nome próprio, com fundamento no negócio jurídico celebrado. Em contrapartida, o cedente do crédito poderia obter mais rapidamente, embora em montante menor do que o esperado, a reparação de parte dos prejuízos patrimoniais supostamente oriundos da prática de cartel, sem que tenha que arcar com custas processuais, honorários advocatícios e eventuais pagamentos de pareceres que se façam necessários ao longo do decorrer do processo.

Portanto, o negócio jurídico a ser celebrado teria como objeto não só a cessão do crédito indenizatório por parte da cedente com a respectiva contraprestação de rápido e certo recebimento do valor acordado entre as contratantes para auxiliar na reparação dos danos sofridos, mas também e, concomitantemente, a esperança da obtenção do valor total do crédito estimado pela cessionária, independentemente do tempo necessário para que a cessionária obtenha tal valor perante o Judiciário.

Isso porque, mesmo com as demonstrações financeiras e econômicas realizadas no âmbito do processo judicial, a condenação judicial das empresas participantes do cartel a repararem o dano é incerta e incontrolável pelas partes. Ademais, o juiz pode arbitrar o valor da reparação em montantes inferiores ao estimado pela cessionária, quando da celebração do negócio jurídico. Além disso, pode ser que nem mesmo haja condenação, caso o juiz entenda pela inexistência do ato ilícito, do dano e/ou do nexo causal, ou mesmo pela ocorrência de prescrição.

Por conseguinte, depreende-se que a noção de álea é intrínseca ao negócio jurídico proposto, apesar de o contrato cessão de crédito, em geral, ser comutativo³³⁵. Paula Greco Bandeira, em sua dissertação de mestrado defendida em 2009 na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, intitulada como “Contratos Aleatórios no Direito Brasileiro”, sustenta que a álea, no direito brasileiro,

“deve ser compreendida pela incerteza de ambos os contratantes, existente no momento da celebração do negócio, quanto ao lucro ou prejuízo, em termos de atribuição patrimonial, que dele decorrerá, a depender da verificação de evento incerto e incontrolável, embora previsto pelas partes³³⁶”.

Neste cenário, portanto, não se está a falar de contrato típico de cessão de crédito, regulado nos artigos 286 a 298, do Código Civil. Isso porque há incerteza originária, no

³³⁵ Para Paula Greco Bandeira (2010), os contratos comutativos são aqueles em que “as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas – determinadas ou determináveis – de modo que não há incerteza originária quanto ao lucro e prejuízo das partes cujo desfecho dependeria de evento incerto”. BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos Aleatórios no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 79.

³³⁶ BANDEIRA, op. cit., p. 25.

momento da celebração do contrato proposto, quanto ao lucro ou prejuízo da cessionária e, conseqüentemente, da cedente, uma vez que pode ter cedido o crédito por valor significativamente menor do que o arbitrado, ao final do litígio, pelo juiz na condenação civil das pessoas jurídicas participantes do cartel.

Ademais, não há previsão normativa no Brasil proibindo a celebração desse modelo de contrato atípico, até porque o artigo 425, do Código Civil, permite a celebração de contratos atípicos, com observância das normas do Código. Além disso, também não há, inclusive, nem norma identificando que o direito de se perquirir o montante indenizatório alheio seja intransferível, no ordenamento jurídico brasileiro. Vale notar, ainda, que Paula Bandeira (2010) defende que é possível a inserção da álea na relação contratual pela vontade expressa das partes, que a fazem com o intuito de alcançar objetivos por meio do contrato³³⁷.

Para se analisar os objetivos intrinsecamente relacionados aos benefícios do negócio jurídico a ser celebrado, é necessário, primeiramente, tratar mais especificamente das dificuldades que os supostos prejudicados por cartel possuem na busca pela reparação integral do dano, com exceção da problemática relacionada à morosidade do Judiciário, já exposta anteriormente.

Para isso, recorre-se à doutrina europeia que identifica diversas dificuldades semelhantes às que ocorrem no Brasil para os supostos prejudicados pelo ilícito concorrencial requererem a respectiva reparação. Neste sentido, Vasil Savov (2015)³³⁸ identificou que as principais dificuldades enfrentadas pelos supostos prejudicados do cartel quando buscam a reparação do dano é a possibilidade de perda de relações comerciais com os participantes do cartel, além dos altos custos com judicialização da questão, como pagamento de honorários advocatícios, de pareceristas e de custas processuais. Apesar de o Brasil não possuir altas taxas de custas processuais como ocorre em países da Europa, os prejudicados pelo cartel terão que arcar com os honorários advocatícios, que podem se tornar demasiadamente onerosos, ainda mais quando os supostos prejudicados se tratarem de empresas de pequeno porte ou de microempresas.

³³⁷ BANDEIRA, op. cit., p. 71.

³³⁸ SAVOV, Vasil. *Quel rôle du regroupement de créances indemnitaires par voie de cession pour la réparation du préjudice subi em raison d'infractions commises au droit de la concurrence?* Revista de Concorrência e Regulação, n. 22, abril/junho 2015, p. 213-224.

Portanto, os benefícios do contrato de cessão do crédito indenizatório, para o cedente, nas lições de Antonio Davola (2015)³³⁹ seriam o ressarcimento pelo dano material muito mais rápido e facilmente, em virtude da celebração do negócio jurídico com a cessionária, apesar de poder ganhar um montante menor com a celebração do negócio do que ganharia com o processo judicial. Por sua vez, para a cessionária, caso haja prévia decisão da Autoridade da Concorrência condenando o cartel, bastaria a prova da existência do dano e do nexo causal. Vale notar, quanto a isso, que a cessionária, no Brasil, teria que provar o ato ilícito, o cartel, uma vez que a jurisdição cível não está vinculada à decisão do CADE.

Além desses, o maior benefício para a cessionária seria a busca do lucro, uma vez que o montante de crédito indenizatório entendido pelo Judiciário como o necessário para a reparação do dano pode ser maior do que o estimado com a vítima no momento da celebração do contrato. Neste sentido, para Vasil Savov (2015), a cessionária tem a possibilidade de agrupar as cessões de crédito, permitindo o estabelecimento de simetrias de informações para análises jurídicas e econômicas mais complexas, possibilitando, assim, maiores chances de resultados positivos no Judiciário³⁴⁰.

O agrupamento de cessões de crédito em uma única empresa foi, inclusive, objeto do parecer do Advogado-Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), no processo C-352/13, envolvendo a empresa CDC em desfavor das empresas alegadamente participantes do Cartel de Peróxido de Hidrogênio. Neste sentido, o Advogado-Geral, manifestou-se favoravelmente sobre o negócio jurídico de cessão de crédito indenizatório em casos mais complexos, nos termos a seguir:

“De facto, a emergência de intervenientes processuais como a demandante no processo principal, que têm por objeto agrupar ativos baseados em direitos de indemnização emergentes de infrações ao direito da concorrência da União, parece-me revelador de que, em situações mais complexas de entraves à concorrência, não é razoável para os lesados terem de litigar eles próprios e individualmente contra os diversos autores deste tipo de entraves³⁴¹”.

Diante disso, também há benefício socioeconômico na celebração do negócio jurídico no Brasil. Isso porque, apesar de representar altíssimos riscos para ambas as partes contratantes, a cessão de crédito indenizatório, caso seja viável, pode contribuir para que mais ações de reparação sejam ajuizadas, prevenindo, portanto, a prática de cartel no Brasil.

³³⁹ DAVOLA, Antonio. *Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims market*. Revista de Concorrência e Regulação, n. 22, abril/junho 2015, p. 197-212.

³⁴⁰ SAVOV, 2015, p. 216.

³⁴¹ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1494997698442&uri=CELEX:62013CC0352>>.

Neste sentido, no que tange à relação entre ajuizamento de ações reparatórias e prevenção de cartel, Daniel Caselta (2016) identificou que a doutrina concorrencial conclui que as demandas reparatórias possuem três funções principais. A primeira concerne no aumento da “probabilidade de detecção de carteis, por incentivarem os próprios prejudicados a denunciarem a prática e a ingressarem em juízo para fazê-la cessar e obter reparação”³⁴². A segunda trata-se da “divisão de tarefas entre os particulares e as autoridades de defesa da concorrência, viabilizando que as autoridades poupem recursos que podem então ser empregados na detecção de outros carteis”³⁴³. Por fim, a terceira função seria o aumento da “sanção jurídica esperada em caso de detecção do cartel, pois, além de estarem sujeitos às sanções administrativas e criminais, os infratores também podem ser obrigados a pagar indenizações aos prejudicados”³⁴⁴.

Portanto, o contrato aqui proposto trata-se de contrato aleatório, no qual, como visto, ambas as partes contratantes, por vontade livre, decidem assumir os respectivos riscos inerentes ao negócio jurídico a ser celebrado, em razão dos seus benefícios. Analisada a natureza jurídica do contrato, há de se tratar sobre as suas potenciais partes contratantes, mais especificamente, identificando os cedentes do crédito.

3. Potenciais cedentes do crédito indenizatório

Com o intuito de identificar as pessoas jurídicas e físicas que poderiam ser potenciais cedentes do crédito indenizatório, primeiramente, realizar-se-á breve digressão sobre o cartel e seus efeitos aptos a prejudicar terceiros. Neste sentido, a Resolução nº 20 do Cade, de 9 de junho de 1999, conceitua os carteis como:

“Acordos explícitos ou tácitos 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 do monopólio”.

Verifica-se, portanto, que a Resolução identifica que um dos intuitos do cartel é a tentativa de aumento de preços e lucros conjuntamente com concorrentes. No entanto, o cartel não se limita a isso, sendo este também o entendimento do CADE, manifestado no recente julgamento do Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51, em 7 de dezembro de 2016. Em síntese, o processo teve como objeto a apuração de cartel de distribuidoras, Liquigás

³⁴² CASELTA, 2016, p. 73.

³⁴³ Ibid., p. 73.

³⁴⁴ Ibid., p. 73.

Distribuidora S/A, Supergasbrás Energia Ltda. e Paragás Distribuidora Ltda., de gás liquefeito de petróleo (GLP) no Estado do Pará. Em seu voto-vista, o ex- Conselheiro Márcio de Oliveira ressaltou que as empresas participantes de cartel tem inovado no modo de praticar condutas anticoncorrenciais, conforme identificado na jurisprudência da Autoridade da Concorrência, nos seguintes termos “é difícil isolar a estratégia de um cartel para apenas “preços” ou somente para “quantidades” [...] aliás, a adoção de uma estratégia única de cartelização tem sido cada vez rara nos últimos casos trazidos ao Plenário”.

O entendimento do ex-Conselheiro Márcio de Oliveira e, conseqüentemente do CADE, visto que foi voto vencedor, vai ao encontro do entendimento da União Europeia do que seja cartel, conforme se depreende da Diretiva 2014/104/UE. Isso porque esta norma define que o cartel é um “acordo ou prática concertada entre dois ou mais concorrentes com o objetivo de coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência”, dispondo de exemplos de sua prática, como a fixação de preços, a atribuição de quotas de produção e a repartição de clientes, também deixando em aberto a definição de condutas consideradas como cartel aptas de condenação pelas Autoridades da Concorrência.

Assim, diante da diversidade de condutas colusivas que tem sido identificada pelo CADE, e também, pela União Europeia, conseqüentemente, o cartel também passa a produzir efeitos diversos, podendo causar prejuízos a uma pluralidade de pessoas físicas e jurídicas diferentes. Daniel Caselta (2016) cita, por exemplo, três dos efeitos do cartel: o sobrepreço, a redução geral de bem-estar na sociedade e a “redução de incentivos para que as empresas invistam na melhoria dos produtos ou na redução de custos, dentre outros custos adicionais”³⁴⁵. Dessa forma, as empresas participantes de cartel podem prejudicar os próprios concorrentes, criando barreiras à entrada ou dificuldades para o regular funcionamento de suas atividades. Alegação semelhante teria ocorrido no conhecido Cartel dos Genéricos, no qual laboratórios foram condenados no Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48 por, também, limitar a entrada de empresas que vendessem medicamentos genéricos no mercado. Inclusive, o Laboratório Teuto Brasileiro Ltda. ajuizou ação reparatória, distribuída em 2 de maio de 2000 para a 35ª Vara Cível do Estado de São Paulo e autuada sob o nº 0548926-49.2000.8.26.0100, contra as empresas Boeringher Ingelheim do Brasil Química e Farmacêutica Ltda., Bayer S/A, Altana Pharma Ltda., Laboratórios Biosintética Ltda., Abbott Laboratórios Biosintética Ltda., Eurofarma Laboratórios Ltda., Akzo Nobel Ltda., Aventis Behring Ltda., Ely Lilly do Brasil

³⁴⁵ CASELTA, op. cit., p. 34.

Ltda., Synthelabo Ltda., Abifarma, Bristol Myers Squibb Brasil S.A., Janssen Cilag Farmacêutica Ltda., Indústria Química Farmacêutica Schering Plough S/A, Schering do Brasil Química e Farmecêutica Ltda., Aventis Pharma Ltda., Monsanto do Brasil Ltda., Laboratório Wyeth – Whitehall Ltda., Produtos Roche Química e Farmacêutica Ltda., Astra Zeneca do Brasil Ltda., Glaxo Wellcome S/A e Merck Sharp & Dhome Farmacêutica Ltda. pelos prejuízos supostamente causados em razão do alegado cartel. No entanto, o pedido inicial foi julgado improcedente em sentença proferida em 22 de dezembro do 2008 pelo juiz da causa³⁴⁶. Ademais, no Cartel dos Genéricos, o Ministério Público Federal também ajuizou ação reparatória por meio da Ação Civil Pública nº 0029912-22.2001.4.03.6100 contra as empresas supostamente envolvidas no cartel, também julgada improcedente pelo juiz da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo³⁴⁷.

Nos processos em que houve condenação de cartel pelo CADE também foram identificados uma diversidade de consumidores e fornecedores prejudicados pela conduta anticoncorrencial. Nos termos da Lei nº 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente, em seu artigo 2º, há a definição de que os consumidores são “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto como destinatário final”. Por sua vez, os fornecedores, nos termos do artigo 3º do mesmo diploma legal, “desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Neste sentido, também foram detectadas ações reparatórias ajuizadas por consumidores ou fornecedores que se sentiram prejudicados pela prática do cartel. Exemplo disso foi a ação nº 9848158-78.2006.8.13.0024, que tramitou na 22ª Vara Cível de Belo Horizonte/Minas Gerais, ajuizada pela Cobraço Comercial Brasileiro de Aço Ltda. e pela Cobraço Serviços Ltda. em face da Companhia Siderúrgica Belgo Mineira, com fundamento nos danos causados pelo Cartel dos Vergalhões (Processo Administrativo nº 08012.004086/2000-21). O pedido foi

³⁴⁶ Em breve síntese, a autora da ação alegou que representantes dos réus teriam se reunido em julho de 1999 para realizar campanhas contra a venda e distribuição de medicamentos genéricos no Brasil. O juiz da causa entendeu, com base nas conclusões do laudo pericial, que à época das campanhas publicitárias, não havia registro de medicamentos genéricos no Brasil. Conforme a sentença, a própria autora da ação teria informado que só obteve registro para a fabricação de medicamentos genéricos em fevereiro de 2002, depois das referidas campanhas. O juiz também entendeu que a indenização não seria devida porque, apesar de potencialmente ter tido alguma dificuldade em acessar alguns distribuidores de medicamentos, a autora também teria buscado ampliar a sua participação de mercado de forma abusiva.

³⁴⁷ Em resumo, o MPF requereu a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais coletivos em razão de alegada cartelização em julho de 1999 com o fito de “boicotar” a distribuição de medicamentos genéricos no Brasil. O juiz da causa julgou pela improcedência do pedido em razão de ter entendido que não houve conduta proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que seria aceito que a atuação do réus fosse no sentido de fortalecerem os seus produtos no mercado, sem que houvesse acordo, nem danos causados a terceiros.

julgado parcialmente procedente em sentença de 27 de abril de 2012, mantida pela 11ª Câmara Cível nos autos da Apelação Cível nº 9848158-78.2006.8.13.0024, julgada em 29 de junho de 2016, apenas para que fosse determinada a cessação da prática de cartel.

Ademais, as vítimas do cartel também podem ser entes públicos, principalmente quando se trata de cartel em licitação. Nesse sentido, foi identificada uma ação reparatória ajuizada pelo Estado do Espírito Santo em desfavor da empresa White Martins Gases Industriais Ltda., nos autos do Procedimento Comum nº 0011145-05.2014.4.02.5001, da 5ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Espírito Santo, em razão de suposto dano causado por cartel no mercado de gases hospitalares e industriais (Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70). Não foi proferida sentença na ação até o dia 31 de agosto de 2017. No entanto, deve ser objeto de pesquisas posteriores a possibilidade de entes municipais, estaduais e federais celebrarem o tipo de negócio jurídico proposto neste trabalho.

Por fim, também foram identificados, como vítimas de cartel, os planos de saúde, principalmente nos processos envolvendo conluio entre profissionais autônomos da saúde almejando aumento dos honorários médicos pagos pelos respectivos planos. No entanto, usando a metodologia deste trabalho, não foram encontradas ações cíveis de reparação ajuizadas por planos de saúde em desfavor dos participantes de cartel que supostamente os prejudicaram. Assim, como visto, os potenciais cedentes do crédito indenizatório são as pessoas físicas ou jurídicas vítimas do cartel, sugerindo-se posterior análise da viabilidade de entes públicos celebrarem o tipo de contrato aqui proposto. Superado o exame sobre os potenciais cedentes do crédito, há que se averiguar a viabilidade jurídica de a empresa cessionária do crédito ajuizar a ação reparatória em nome próprio, com fundamento na cessão do crédito, para defender o direito de reparação do cedente.

4. A legitimidade ativa processual da cessionária

Com o intuito de identificar a legitimidade ativa processual na ação reparatória com fundamento na cessão do crédito, recorre-se à doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016), que sustenta que “a regra do sistema processual, ao menos no âmbito da tutela individual, é a legitimação ordinária, com o sujeito em nome próprio defendendo interesse próprio”³⁴⁸. A Lei do CADE, inclusive, em seu artigo 47, dispõe que os prejudicados pelo cartel, o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as entidades e

³⁴⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 200.

órgãos da Administração Pública especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos dos consumidores e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, com o fim de defender os interesses e direitos dos consumidores, são os legitimados para ingressarem em juízo, requerendo a reparação dos danos supostamente causados por cartel.

No entanto, Daniel Amorim (2016) também menciona que “excepcionalmente admite-se que alguém em nome próprio litigue em defesa do interesse de terceiro, hipótese em que haverá uma legitimação extraordinária³⁴⁹”. Neste sentido, o *caput* do artigo 18 da Lei nº 13.105/2015, Código de Processo Civil (“CPC”), prevê a necessidade de autorização do ordenamento jurídico para que possa ocorrer a legitimação extraordinária, tendo em vista que a regra seria a de que ninguém pode pleitear direito alheio em nome próprio.

Assim, o próprio CPC prevê hipóteses de legitimação extraordinária. Desse modo, o §1º, do artigo 109, dispõe que o cessionário da coisa ou do direito litigioso pode suceder o cedente, apenas em caso de consentimento da parte contrária. Neste caso, ocorre o fenômeno da sucessão processual, quando “um sujeito que compõe o polo ativo ou passivo é retirado da relação jurídica processual para que um terceiro tome o seu lugar³⁵⁰”. No entanto, é necessária a anuência da parte contrária para que haja a sucessão processual, o que poderia consistir em mais um dos riscos assumidos pelas partes ao celebrarem o negócio jurídico aqui proposto, caracterizando, ainda mais, a aleatoriedade do contrato. Caso a parte contrária concorde com a sucessão, o cedente não precisará ter o ônus de acompanhar o processo até o seu julgamento definitivo e posterior trânsito em julgado, cabendo todo o ônus processual unicamente ao cessionário, que deverá provar o ato ilícito, o dano material causado ao cedente e o nexo causal.

Por sua vez, em caso de discordância da parte contrária, é ainda possível que o cessionário intervenha no processo como assistente litisconsorcial do cedente, nos termos do §2º, do supracitado artigo 109. Neste sentido, Daniel Amorim (2016) afirma que “em virtude de o assistente litisconsorcial ser também titular do direito que compõe o objeto do processo, os atos de disposição praticados exclusivamente pelo assistido não terão nenhum efeito³⁵¹”. Nesta hipótese, portanto, o assistido, cedente do crédito, terá que atuar processualmente em conjunto com o assistente litisconsorcial, cessionária. Portanto, caberá às partes, na celebração do negócio jurídico, optarem pela assunção também desse risco processual, qual seja, a anuência da parte contrária nos autos da ação reparatória.

³⁴⁹ NEVES, op. cit., p. 200.

³⁵⁰ NEVES, op. cit., p. 203.

³⁵¹ NEVES, op. cit., p. 524.

Tanto na sucessão processual, quanto na assistência litisconsorcial, caso haja significativo aumento de ações reparatórias em desfavor das empresas que causaram danos por meio do cartel, a cessionária do crédito indenizatório contribuirá para a prevenção desse ato ilícito, como visto anteriormente, e para a realização de alguns dos princípios constitucionais, enumerados no artigo 170 da Constituição Federal, mais especificamente, dos princípios da livre concorrência, da repressão ao abuso do poder econômico e da defesa do consumidor.

Apesar de a Constituição Federal não definir o que seja o princípio da livre concorrência, “o significado da concorrência e os seus objetivos são historicamente determinados, de acordo com o conteúdo das normas e das políticas públicas adotadas para a sua concretização”³⁵². Neste sentido, Roberto Pfeiffer (2010) ressalta que o princípio da livre concorrência confere dupla proteção para as empresas. A primeira, seria a vedação a privilégios estatais e a segunda seria a vedação “de condutas ilícitas praticadas por suas concorrentes que as impeçam de competir livremente no mercado”³⁵³. Dessa forma, quanto à segunda proteção, os agentes econômicos que praticaram condutas colusivas terão a obrigação de reparar os danos materiais causados aos que foram impedidos de concorrer livremente nos respectivos mercados relevantes afetados pelo cartel.

É notório que carteis, em regra, são formados por empresas que detêm poder econômico -- ou seja, são agentes que possuem capacidade suficiente de definirem suas “políticas de preço, quantidade de oferta, qualidade de produto” sem preocupações com as políticas dos demais concorrentes³⁵⁴-- , abusando deste para, em geral, buscarem maior lucro na venda de seus produtos ou na prestação de seus serviços. Assim, é aplicável também o princípio da repressão ao abuso do poder econômico que “determina que seja editada lei que proteja aqueles que podem ser prejudicados por tal abuso”³⁵⁵. Dessa forma, o que se está a evitar, por meio da reparação civil, não é a detenção de poder econômico pelas empresas, mas o abuso desse poder. É claro que consumidores podem ser também prejudicados pelo abuso do poder econômico das empresas participantes do cartel, como visto anteriormente, contribuindo a ação reparatória para, em conformidade com o princípio da defesa do consumidor, conferir “validade à inclusão do bem-estar do consumidor dentre os objetivos da política de defesa da concorrência”³⁵⁶.

³⁵² PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 10.

³⁵³ PFEIFFER, op. cit., p. 12.

³⁵⁴ FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade Civil por Infração da Ordem Econômica*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 19.

³⁵⁵ PFEIFFER, op. cit., p. 13.

³⁵⁶ PFEIFFER, op. cit., p. 29.

Além dos princípios constitucionais, a possibilidade de a cessionária ingressar em juízo seja como sucessora processual ou assistente litisconsorcial possibilitaria também a concretização de algumas das funções da reparação civil.

Neste caso, o dever de indenizar o dano concorrencial causado pela prática de cartel pode passar a ter, mesmo que indiretamente, função punitiva no sentido de punir a violação à livre concorrência e o abuso do poder econômico que detinha, com a respectiva reparação patrimonial dos danos causados. Neste sentido, Bruno Maggi (2010) entende que “essa função visa dar efetividade à reparação e evitar que novas infrações ocorram em desrespeito às normas civis”, podendo tanto ocorrer na esfera dos danos morais quanto nos patrimoniais³⁵⁷. Há de se destacar que não se está a tratar especificamente de majoração do montante indenizatório para reparar o dano material, mas em consequências indiretas, tais como a própria “imputação de uma culpa moral” ao causador do dano³⁵⁸. Também é importante notar que, apesar de o artigo 944 do Código Civil prever que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, o Enunciado nº 379, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, dispõe que a função punitiva não é contrária ao ordenamento jurídico no que tange ao diploma da responsabilidade civil, nos seguintes termos “o art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

Assim, além da função punitiva da indenização, mesmo que indireta, a reparação também pode ter função pedagógica, contribuindo para desincentivar a prática de ilícitos anticoncorrencias. Isso porque a possibilidade de pagar quantias indenizatórias aos prejudicados por cartel poderia configurar um desestímulo aos participantes do conluio, ainda mais quando a reparação dos danos concorrenciais for perquirida mais frequentemente pelos prejudicados pelo cartel. Quanto à função pedagógica, Ana Frazão (2011)³⁵⁹ entende ser uma das funções da responsabilidade civil na atualidade “cuja dimensão social é evidente, já que ultrapassa a relação entre o causador do dano e a vítima que requer a indenização”³⁶⁰. No mesmo sentido, Daniel Caselta (2016) também destaca que a doutrina entende que as ações reparatórias podem contribuir para inibir a prática de cartel, “embora se reconheça que a prevenção de

³⁵⁷ MAGGI, 2010, p. 195-196.

³⁵⁸ Ibid, p. 180.

³⁵⁹ FRAZÃO, Ana. *Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 77, n. 4, out/dez 2011, p. 17-43.

³⁶⁰ FRAZÃO, op. cit., p. 36.

carteis é tarefa precípua do sistema de controle de condutas a cargo do CADE e das autoridades criminais”³⁶¹.

Por fim, e principalmente, a responsabilidade civil por danos causados por cartel também possui a função de reparar o dano patrimonial do supostamente prejudicado pela prática anticompetitiva, entendendo Daniel Caselta (2016) que são as ações indenizatórias e não as multas e penas de prisão que permitem a realização dessa função³⁶². Porém, para que a ação indenizatória surta efeitos, é necessário que o ato ilícito seja provado, além da prova do nexo causal e do dano, cabendo precipuamente à cessionária do crédito fazer essa prova nos autos, pela racionalidade do negócio jurídico aqui proposto.

Apesar disso, quanto ao cálculo do dano, não há consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre a metodologia adequada, sendo, em geral, associado ao cálculo de sobrepreço. Porém, André Francisco (2014) defende que o dano de cartel não pode se resumir à análise de preços, nos termos a seguir:

“Muito embora o sobrepreço seja a mais comum, não é a única manifestação possível de dano emergente em casos de infração antitruste. Basta observar, a título de exemplo, o caso do Cartel dos Frigoríficos, que não produziu diretamente efeitos à jusante, mas sim à montante; os frigoríficos impuseram a restrição aos produtores de gado, que sem ter como escoar sua produção por outras vias, tiveram de aceitar negociar seus produtos por um subpreço.

[...]

Entretanto, a classificação parece ainda comportar mais uma modalidade de dano, pois também é possível cogitar acerca de acordos colusivos que tenham por objeto não propriamente a alteração do preço final, mas sim a depreciação da qualidade dos produtos comercializados (com redução de custos e consequente aumento da margem de lucro); nesse caso a dano antitruste não se manifestaria através do preço, mas sim na qualidade do produto³⁶³”.

Por sua vez, há também o entendimento de que o cálculo do dano também não pode estar associado à apuração da vantagem individualmente auferida pelos participantes do cartel, como expressado por Bruno Maggi (2010). Para o autor, associar a vantagem auferida ao cálculo do dano do cartel eximiria a responsabilidade dos participantes de um cartel deficitário, que não obtiveram lucro e portanto, “seria um total contra-senso pensar que a sociedade devesse arcar não somente com o ato ilícito praticado pelo cartelista como ainda pela sua incompetência em gerenciar o cartel”³⁶⁴. Assim, os entendimentos de André Francisco (2014) e de Bruno Maggi (2010) vão ao encontro do posicionamento do ex-Conselheiro Márcio Oliveira, no caso do Cartel de GLP no Estado do Pará, de que carteis não geram apenas sobrepreço.

³⁶¹ CASELTA, op. cit., p. 74.

³⁶² CASELTA, op. cit., p. 69.

³⁶³ FRANCISCO, op. cit., p. 81.

³⁶⁴ MAGGI, op. cit., p. 92.

Ademais, neste caso de suposto cartel, foi levantada a tese de que o CADE deveria estimar o dano concorrencial causado pelos participantes do conluio, tendo em vista que a sanção pelo ato ilícito deveria ser proporcional ao dano causado. Porém, o entendimento contrário também foi proferido pelo ex-Conselheiro Márcio de Oliveira que defendeu que o ordenamento jurídico pátrio não atribuiu ao CADE a competência para reparar danos concorrenciais, mas ao Judiciário.

Ora, de fato, seria um grande avanço para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e também para a esfera de reparação cível a análise do dano concorrencial pelo CADE. Isso porque a Autarquia possui *expertise* necessária para analisar ilícitos antitruste e um corpo técnico de economistas que compõem o Departamento de Estudos Econômicos (“DEE”).

Ocorre que a apuração do dano concorrencial não é competência atribuída pelas normas brasileiras ao CADE. Essa realidade também foi mencionada pelo ex-Conselheiro Márcio Oliveira em seu voto supramencionado. Não só o referido Conselheiro, mas o Conselheiro Alexandre Cordeiro, quanto a este assunto, destacou em seu voto-vogal que a reparação do dano não é finalidade da atividade punitiva do Estado. Apesar de o CADE não ter atribuição legal para a quantificação de danos, a Lei nº 12.529/2011 confere à Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”) a prerrogativa de “elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional”, em seu inciso IV, do artigo 19. Tal prerrogativa pode se dar de ofício ou a requerimento do CADE e de outros órgãos discriminados na lei, a fim de “promover a concorrência em órgãos do governo e perante a sociedade” (*caput* do artigo 19). Há de se destacar que a própria lei também permite que a SEAE possa requisitar informações de outros órgãos, mantendo o sigilo legal, para o cumprimento de suas funções, nos termos do inciso I, do §1º, do artigo 19. Nesse sentido, a SEAE poderia auxiliar na quantificação dos danos nos casos concretos. No entanto, haveria de se atentar para a necessidade de se evitar a má alocação de recursos estatais na quantificação dos danos. Isso porque, além de não haver vinculação entre a decisão do Cade, entre os pareceres da SEAE e a decisão judicial em ação pleiteando reparação de danos, a inexistência de unanimidade acerca da metodologia adotada para a realização dos cálculos de quantificação de danos poderia gerar divergências na apuração do montante indenizatório na esfera judicial, apesar dos esforços e da alocação de recursos para tal incumbência na esfera administrativa.

No entanto, o dissenso e a dificuldade em se calcular o dano em ações reparatórias por danos concorrenciais não são um problema apenas brasileiro. Prova disso é a Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014, dentre as

suas considerações de número 45, ter reconhecido que a quantificação dos danos é frequentemente onerosa e complexa para os demandantes, podendo representar um obstáculo ao pedido de reparação.

Por isso, a Diretiva, além de ter normatizado, no inciso 2, do artigo 17, o entendimento que cartéis, presumidamente, causam danos, determinou, nos incisos 1 e 3 do mesmo artigo, especificamente quanto à quantificação dos danos, que os Estados-Membros da União Europeia devem garantir que o ônus da prova e o grau de convicção do julgador não tornem o direito a requerer a reparação inconcebível. Ademais, a Diretiva estabelece a necessidade de especialização dos tribunais nacionais, de forma que possam calcular o dano estimado do cartel, quando seja demasiadamente oneroso quantificá-lo com precisão. Por fim, também foi instituído que as autoridades da concorrência nacionais possam, quando requeridas e caso entendam como necessário, auxiliar os respectivos tribunais na quantificação do montante do dano.

Ademais, por determinação da Diretiva, os Estados-Membros da União Europeia teriam até o dia 27 de dezembro de 2016 para transpor as determinações em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos. Por meio do sítio eletrônico da Comissão Europeia³⁶⁵, depreende-se que até o dia 14 de junho de 2017, 20 Estados-Membros da União Europeia haviam comunicado à Comissão a completa transposição da Diretiva ao ordenamento jurídico interno: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Irlanda, Itália, Lituânia, Luxemburgo, Polônia, Reino Unido, Romênia e Suécia.

Na Dinamarca, por exemplo, no parágrafo 12, subseção 2, do capítulo 7 da *Competition Damages Act*³⁶⁶, foram mantidos os dispositivos da Diretiva de que o cartel, presumidamente, gera dano concorrencial e de que a Autoridade da Concorrência dinamarquesa, a pedido do dos tribunais nacionais, poderia auxiliá-los na quantificação dos danos. Já na Irlanda e na Itália, na *European Union (Actions for Damages for Infringements of Competition Law) Regulations 2017*³⁶⁷, artigo 15, e no *Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 3*³⁶⁸, no artigo 14,

³⁶⁵ COMISSÃO EUROPEIA. *Directive on Antitrust Damages Actions*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html>. Acesso em: 30 de junho de 2017.

³⁶⁶ Legislação disponível em: <<https://www.retsinformatio.dk/Forms/R0710.aspx?id=185607>>. Acesso em 20 de maio de 2017.

³⁶⁷ Legislação disponível em: <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2017/si/43/made/en/pdf>>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

³⁶⁸ Legislação disponível em: <http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2017-01-19&atto.codiceRedazionale=17G00010&elenco30giorni=true>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

respectivamente, também há a previsão de que presumidamente, o cartel gera danos concorrenciais, e que o seu cálculo pode ser feito por estimativa, caso seja impossível ou excessivamente difícil prová-lo. Ademais, atribuíram a competência aos tribunais nacionais de quantificarem os danos, além de incluírem a disposição a respeito da assistência que pode ser prestada pela Autoridade da Concorrência nacional na referida quantificação.

Por fim, em Luxemburgo, foi editada a *Loi du 5 décembre 2016 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations du droit de la concurrence et modifiant la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence*³⁶⁹. Através da referida lei, o ordenamento jurídico interno reconheceu que o cartel ocasiona danos concorrenciais de forma presumida, no artigo 2. No entanto, a lei não mencionou nem as disposições acerca da estimação do dano concorrencial, nem sobre a assistência que pode ser prestada pela Autoridade da Concorrência nacional aos tribunais nacionais.

Diante do exposto, verificou-se que a aleatoriedade do contrato não está baseada apenas no risco relativo ao pronunciamento judicial sobre a condenação ou não de participantes de cartel em repararem o suposto dano, mas também na possibilidade de que a cessionária ajuíze a ação em nome próprio, tendo em vista a previsão legal da necessidade de aceitação da parte contrária para que a sucessão processual ocorra. Caso haja discordância da parte contrária, a cessionária teria que ingressar no processo como assistente litisconsorcial, a fim de recuperar o crédito a si cedido.

5. O prazo prescricional para o ajuizamento da ação reparatória

Outra questão relativa à reparação civil por dano concorrencial, de interesse da cessionária e do cedente, é o termo inicial para contagem do prazo prescricional. Neste sentido, no ordenamento jurídico brasileiro, há duas disposições relevantes sobre a matéria. Por antiguidade, a primeira é a da Lei nº 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor, que prevê o prazo de cinco anos para o ajuizamento da ação reparatória por danos causados a consumidores. Por sua vez, o Código Civil, em seu artigo 206, §3º, inciso V, estabelece o prazo prescricional de três anos para as ações reparatórias em geral.

No que concerne aos respectivos termos iniciais, o Código de Defesa do Consumidor dispõe que a contagem da prescrição se inicia a partir do conhecimento do dano e da autoria do ato ilícito. Já o Código Civil, em seu artigo 189, afirma que a pretensão de ressarcimento nasce

³⁶⁹ Legislação disponível em: <<http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/memorial/2016/245>>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

com a violação do direito. Neste sentido, Daniel Caselta (2016) afirma que este dispositivo “consagra o princípio da *actio nata*, pelo qual a pretensão nasce com a violação do direito”³⁷⁰.

No entanto, quando se trata de dano causado por cartel, a doutrina tem se debruçado a entender se bastaria a violação do direito ou se seria também necessário o conhecimento do dano pelo prejudicado, considerando que a investigação e os documentos relacionados à prática do cartel são, em geral, sigilosos. Neste sentido, André Francisco (2014) entende ser razoável que o autor da ação reparatória tenha o ônus, no que tange ao termo inicial, apenas de “afirmar o momento em que tomou ciência inequívoca da infração; e ao réu o ônus de comprovar eventual imprecisão dessas informações”³⁷¹. Este também é o entendimento de outros autores, como Daniel Caselta (2016)³⁷². Por sua vez, o entendimento da jurisprudência não é uniforme.

Com o intuito de analisar os posicionamentos jurisprudenciais sobre o tema, serão examinadas as ações com pedido de reparação por dano de cartel nas quais o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal, instâncias uniformizadoras de jurisprudência, se pronunciou sobre o termo inicial da prescrição. Por sua vez, também serão examinadas as respectivas decisões de primeira instância, nas quais os juízes se pronunciaram sobre a prescrição. Há de se notar, ainda, que, de acordo com as decisões identificadas que foram proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, até 31 de agosto de 2017, não houve pronunciamento especificamente sobre o termo inicial da prescrição nas ações reparatórias identificadas neste trabalho. Ademais, apenas para fins metodológicos, os cinco processos nos quais houve pronunciamento sobre o termo inicial da prescrição estão organizados, abaixo, em ordem cronológica de distribuição das ações na primeira instância.

Diante disso, o primeiro processo trata-se da Ação Civil Pública nº 0041581-79.2005.8.21.0027, da 2ª Vara Cível da Comarca de Santa Maria, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em desfavor de pessoas físicas e postos de combustíveis estabelecidos no município de Santa Maria/RS. O Ministério Público sustentou que em 2002 os réus teriam se reunido para acordar ajuste de preços de gasolina comum, requerendo, dentre os pedidos, a condenação dos réus ao pagamento de indenização por dano material aos consumidores prejudicados e por dano moral coletivo.

O argumento de ocorrência de prescrição foi suscitado pelo réu Arlindo dos Santos Dutra em suas contrarrazões, sob o fundamento de que, como o juízo criminal havia extinguido a punibilidade em virtude de prescrição, o mesmo deveria ocorrer na esfera cível. No entanto,

³⁷⁰ CASELTA, op. cit., p. 198.

³⁷¹ FRANCISCO, op. cit., p. 119.

³⁷² CASELTA, op. cit., p. 200.

o juiz da causa, entendeu, por sentença proferida em 28 de dezembro de 2010, que o argumento não deveria prosperar, tendo em vista que a extinção da punibilidade estatal na esfera penal não vincula o reconhecimento da prática do ato ilícito. O mesmo entendimento foi mantido pela 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (“TJRS”) no julgamento da respectiva Apelação Cível nº 0462350-66.2011.8.21.7000, em 27 de agosto de 2015.

O segundo caso refere-se à Ação Ordinária nº 0130316-15.2011.8.26.0100, da 38ª Vara Cível do Foro Central Cível de São Paulo, ajuizada pela empresa Granel Química Ltda. contra a Air Liquide Brasil Ltda., requerendo, o pagamento de indenização por danos materiais no montante de aproximadamente R\$ 2 milhões. A autora sustentou que, a partir de 2001, a ré passou a majorar os preços de nitrogênio líquido fora do pactuado em contrato e fora dos índices autorizados pelo governo federal. Ademais, informou que em setembro de 2010, veio a público a investigação do CADE sobre a participação da empresa ré em cartel de gases industriais e hospitalares. Por sua vez, em suas contrarrazões, a empresa ré sustentou a ocorrência de prescrição.

No entanto, em sentença de 9 de abril de 2014, o juiz da causa entendeu, quanto à prescrição, que o seu termo *a quo* deve se iniciar a partir da decisão definitiva proferida pelo Cade, ou seja, em 2010. A empresa ré apelou da sentença. O Tribunal de Justiça de São Paulo (“TJSP”), em 22 de junho de 2017, deu provimento ao recurso de apelação, para julgar improcedente a ação no mérito. Quanto à prescrição, o TJSP entendeu pela inoccorrência de prescrição, tendo em vista que a ação versava sobre descumprimento de obrigação geral negativa, devendo o prazo correr a partir da data em que a autora tomou conhecimento da existência da violação ao direito da concorrência.

O terceiro processo também relativo ao cartel de gases industriais e hospitalares trata-se do Procedimento Comum nº 0018307-50.2013.8.21.0013, com trâmite na 1ª Vara Cível de Porto Alegre/RS, ajuizado pelo Hospital de Caridade de Erechim requerendo danos morais e materiais em desfavor da White Martins Gases Industriais Ltda., com fundamento no sobrepreço de cerca de 72% na venda de insumos hospitalares, devido à formação de cartel. Na decisão saneadora, o juiz da causa entendeu que deveria ser aplicada a teoria da *actio nata* no processo em questão, de forma que o termo inicial da prescrição se daria com a mudança do contrato celebrado entre o autor e o réu ou com a sua rescisão, que ocorreu no ano de 2013. Como a ação foi também ajuizada no ano de 2013, não teria ocorrido a prescrição. Insatisfeita com a referida decisão, a White Martins interpôs o Agravo de Instrumento nº 0475465-52.2014.8.21.7000, sustentando que o termo inicial da prescrição deveria ser a data

da suposta violação do direito e não a data da rescisão contratual. A 19ª Câmara Cível do TJRS entendeu, no entanto, que o prazo prescricional deveria começar a correr apenas da data em que se tomou ciência da violação do direito que, no caso, foi a data da rescisão do contrato, mantendo a decisão saneadora de primeiro grau.

O quarto caso refere-se ao desdobramento da Ação Civil Pública nº 0036211-12.2013.8.07.0001, ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal (“MPDFT”) em desfavor das empresas Liquigás Distribuidora S/A, SHV Gás Brasil Ltda. e Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda, distribuída para a 6ª Vara Cível de Brasília. Nesta ação, o MPDFT requereu, em síntese, a condenação das empresas por dano moral coletivo em razão de cartel visando à uniformização de preços de venda e revenda de gás liquefeito de petróleo – GLP no Distrito Federal, aumentando os preços em 4,5%, além de monitorarem revendedores e distribuidores, bem como realizarem divisão de mercado, especialmente no ano de 2009.

Em suas contestações, no que tange à prescrição, a Liquigás sustentou a ocorrência da prescrição quinquenal do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que teria havido representação ao MPDFT em setembro de 2006 e a ação teria sido ajuizada apenas em 2013, defendendo, assim, que o termo inicial deve se dar pela ciência inequívoca dos fatos.

Em 7 de julho de 2014, o juiz da causa, por decisão saneadora entendeu quanto à prescrição que, em se tratando de direitos coletivos, a doutrina e a jurisprudência entendem que a ação é imprescritível. Ademais, não teria ocorrido prescrição quinquenal, tendo em vista que o suposto cartel teria durado até abril de 2010, que deveria ser o termo inicial da contagem da prescrição. Por sua vez, como a ação foi ajuizada em 2013, não teria ocorrido a prescrição. Inconformada com a decisão, a Liquigás interpôs o Agravo de Instrumento nº 0016790-05.2014.8.07.0000, retomando, em síntese, os mesmos argumentos da contestação. A 5ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território (“TJDFT”), no entanto, manteve os fundamentos da decisão saneadora.

Por sua vez, em 6 de março de 2015, sobreveio sentença julgando improcedente o pedido autoral com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, por entender pela inexistência de cartel. No entanto, o MPDFT interpôs a Apelação Cível nº 0036211-12.2013.8.07.0001, a qual foi dada provimento, sem análise da questão relativa à prescrição, uma vez que os desembargadores entenderam que, como a 5ª Turma já havia analisado a questão, a matéria teria se tornado preclusa.

Por fim, o quinto processo trata-se do Procedimento Comum nº 9848158-78.2006.8.13.0024, da 22ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG, ajuizada pelas empresas Cobraço

Serviços Ltda. e Cobração Comercial brasileira de Aço Ltda. em desfavor de Arcelor Mittal Brasil S/A. Por sentença de 27 de abril de 2012, o juiz da causa julgou improcedente o pedido de reparação pelos danos causados pelo cartel em questão devido à ocorrência de prescrição trienal, entendendo que o prazo prescricional deve começar a correr a partir da data da violação do direito, em 2001.

Em grau de apelação, autuada sob o nº 9848158-78.2006.8.13.0024, a 11ª Câmara Cível também entendeu ter havido ocorrência de prescrição trienal, tendo em vista que as autoras da ação reparatória teriam tido ciência do ato ilícito quando da rescisão do termo do acordo operacional para corte e dobras de aço em 6 de abril de 2001. Como a ação teria sido ajuizada apenas em 2006, teria ocorrido a prescrição. Neste caso, é necessário ressaltar que o Cade investigou o cartel sustentado como ato ilícito na ação reparatória, no Processo Administrativo nº 08012.004086/2000-21, tendo condenado o conhecido Cartel dos Vergalhões de Aço em 23 de setembro de 2005, ou seja, antes da sentença.

Além do termo inicial da contagem do prazo, também há discussões doutrinárias e judiciais relativas à suspensão da prescrição. Quanto à suspensão, o artigo 200, do Código Civil determina que, caso o ato ilícito a ser apurado na esfera cível também constitua crime, não correrá a prescrição até a respectiva sentença criminal definitiva. A doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que, em caso de inexistência de ação penal no curso da ação cível reparatória, não é aplicável o artigo 200 do Código Civil³⁷³. Apenas em duas das ações de reparação identificadas neste trabalho houve o pronunciamento sobre a suspensão do processo.

A primeira ocorreu na supracitada Ação Civil Pública nº 0036211-12.2013.8.07.0001, na qual a empresa Supergasbrás requereu a suspensão da ação, em razão da tramitação simultânea da Ação Penal nº 2008.03.03.1.021456-0 na 1ª Vara Criminal de Ceilândia/DF, envolvendo os mesmos fatos, ainda que para apuração de conduta de ato isolado de funcionário. No entanto, o argumento não foi acolhido em primeiro grau, na decisão saneadora. Diante disso, a Supergasbrás interpôs o Agravo de Instrumento nº 0017102-78.2014.807.0000, retomando, em síntese, os mesmos argumentos da contestação. A 5ª Turma do TJDFT manteve os fundamentos da decisão saneadora, entendendo que apenas deve haver a suspensão do processo quando a decisão proferida na ação criminal influencie a ação cível, nos termos do artigo 64, do Código de Processo Penal. Ademais, os desembargadores entenderam que a ação penal, no caso concreto, facultava ao magistrado cível o sobrestamento do processo.

³⁷³ CASELTA, op. cit., p. 202-203.

O segundo processo, por seu turno, tratava-se da Ação Coletiva nº 1065317-65.2013.8.26.0100, da 18ª Vara Cível do Foro Central Cível de São Paulo, ajuizada pela Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de São Paulo – FEHOSP contra as empresas White Martins Gases Industriais Ltda., Air Liquide Brasil Ltda., Linde Gases Ltda., Air Products Brasil Ltda. e Indústria Brasileira de Gases Ltda. – IBG, o juiz da causa entendeu, na decisão saneadora de 16 de março de 2015, pela inoccorrência da prescrição, em razão do disposto no artigo 200 do Código Civil.

Insatisfeitas com a decisão saneadora, as empresas White Martins e Linde Gases ajuizaram, respectivamente, o Agravo de Instrumento nº 2075742-75.2015.8.26.0000 e 2066435-97.2015.8.26.0000, no TJSP. Em síntese, arguíram que o Cade identificou que o cartel teria agido dos anos de 1998 a 2003, ano a partir do qual o prazo prescricional deveria correr. No entanto, a 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal entendeu que o argumento das agravantes não deveria prosperar. Isso porque antes da decisão definitiva do Cade, em 2010, foi ajuizada, em 2009, a Ação Penal nº 0004517-95.2009.403.6181 contra os representantes das empresas por formação de cartel, julgada extinta em 2012. Os desembargadores entenderam, portanto, que neste período, em razão do disposto no artigo 200 do Código Civil, o prazo prescricional para a ação cível estaria suspenso, começando a fluir apenas em 2012, com o trânsito em julgado da sentença criminal. Como a ação coletiva foi ajuizada em 2013, os desembargadores entenderam que não teria ocorrido a prescrição.

Ademais, em se tratando de prescrição também há hipóteses de sua interrupção, como o protesto judicial interruptivo de prescrição. Nos termos do artigo 202, inciso II, do Código Civil, é causa interruptiva de prescrição o protesto judicial. O antigo Código de Processo Civil, Lei nº 5.869/1973, em seu artigo 867, previa que o protesto judicial poderia ser realizado por aquele que “desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal”. Por sua vez, o novo Código de Processo Civil, apesar de não ter a mesma disposição do antigo Código, no §2º, do artigo 726, prevê que o protesto judicial possui as mesmas regras processuais relativas à notificação e à interpelação, no que couber. Assim, uma das opções da cessionária ao decidir sobre a data de ajuizamento da ação reparatória, é a possibilidade de ajuizar a ação de protesto, visando a interromper o prazo prescricional, nos termos legais.

Portanto, quanto à prescrição, não há uniformidade na jurisprudência nem sobre a data do seu termo inicial nem sobre a sua suspensão. Em síntese, quanto ao termo inicial, houve o posicionamento, nos casos encontrados, de que o termo *a quo* da prescrição deve se iniciar na

data da violação do direito ou na data do conhecimento do ato ilícito, sendo que, nesta hipótese, a data pode ser a decisão definitiva do Cade ou, em se tratando de relação contratual, as datas da alteração contratual lesiva ou da rescisão do contrato. Há de se notar, ainda, que um dos magistrados mencionou, em decisão saneadora, que a ação é imprescritível quando se trata de tutela de direitos coletivos.

Por sua vez, quanto à suspensão do prazo prescricional, houve o posicionamento de que o prazo prescricional não deveria correr até o trânsito em julgado da sentença penal, com fundamento no artigo 200 do Código Civil. Desembargadores também entenderam que a suspensão do processo nos termos do referido artigo 200 só deve ocorrer caso a ação penal influencie a ação cível.

Diante disso, a cessionária do crédito indenizatório por dano material oriundo de cartel, prudentemente, deve ser conservadora ao escolher a data de ajuizamento da demanda reparatória, de modo que o Judiciário não venha a declarar a ocorrência da prescrição.

6. Conclusão

O presente artigo teve como objetivo identificar a viabilidade jurídica do exercício empresarial de um novo *business* no Brasil relativo à cessão do crédito indenizatório por dano material causado por cartel, isso em virtude da necessidade de se incentivar as ações privadas de reparação por cartel. Assim, foi analisada, primeiramente, a ação paradigma ajuizada na Europa pela empresa *Cartel Damage Claims*, com fundamento na cessão de crédito de empresas prejudicadas pelo Cartel de Peróxido de Hidrogênio. Em segundo lugar, foram identificados os requisitos para o ajuizamento de ação reparatória por dano concorrencial no Brasil.

Posteriormente, debruçou-se sobre o exame da natureza jurídica do contrato proposto, concluindo-se pela aleatoriedade do contrato, baseado na incerteza das partes quanto à prestação contratual. Mais adiante, dedicou-se à identificação dos potenciais cedentes do crédito indenizatório, que não se confundem com os legitimados ativos para o ajuizamento da ação reparatória, previstos no artigo 47, da Lei do Cade, correspondendo, na verdade, aos supostos prejudicados pelo cartel. Quanto aos potenciais cedentes do crédito indenizatório, propõe-se que seja analisada a viabilidade de os entes públicos celebrarem o negócio jurídico aqui proposto.

Ademais, também foi averiguada a legitimidade ativa da cessionária para ajuizar ação reparatória em nome próprio, defendendo interesse de reparação alheio. Neste ponto, conclui-

se que essa sucessão processual só poderia ocorrer em caso de anuência da parte contrária, devendo a cessionária ingressar no processo como assistente litisconsorcial, em caso de discordância. Neste sentido, as partes contratantes assumiriam também o risco relativo à legitimidade ativa processual. Por fim, examinou-se os entendimentos jurisprudenciais acerca do termo inicial da prescrição, bem como da suspensão do processo em razão de ação penal, depreendendo que, em razão do dissenso jurisprudencial sobre o tema, a cessionária do crédito deve ajuizar a ação reparatória no prazo mais conservador o possível para que o Judiciário não entenda pela ocorrência da prescrição.

Diante do exposto, foi identificada a viabilidade, ao menos do ponto de vista legal, de um novo mercado de cessão de crédito indenizatório no Brasil, de forma a possibilitar a prevenção da prática de cartel e, principalmente, conferir a possibilidade de reparação da vítima pelos danos materiais causados pelas empresas alegadamente em conluio. Por fim, recomenda-se seja averiguada mais detidamente a existência de incentivos econômicos à instalação de tal *business* no Brasil, por meio da análise dos fundamentos jurídicos das decisões judiciais e do valor das condenações.

7. Referências Bibliográficas

BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos Aleatórios no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 79.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

CARTEL DAMAGE CLAIMS. *Hydrogen Peroxide Cartel*. Disponível em: <<https://www.carteldamageclaims.com/competition-law-damage-claims/hydrogen-peroxide-cartel/>>. Acesso em: 8 de novembro de 2016.

CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. *Responsabilidade Civil Concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros*. Revista do IBRAC, ano 19, vol. 21, jan.-jun. 2012, p. 331-351.

CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf>. Acesso em: 11 de julho de 2017.

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

COMISSÃO EUROPEIA. *Directive on Antitrust Damages Actions*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html>. Acesso em: 30 de junho de 2017.

DANTAS, Yane Pitangueira. *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*. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 5, nº 1, maio de 2017, p. 231-246. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/321>>. Acesso em 27 de julho de 2017.

DAVOLA, Antonio. *Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims market*. Revista de Concorrência e Regulação, n. 22, abril/junho 2015, p. 197-212.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira*. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, novembro 2013.

FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade Civil por Infração da Ordem Econômica*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

FRAZÃO, Ana. *Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 77, n. 4, out/dez 2011, p. 17-43.

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, 2014, p. 7-32.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira; NEW, Rafael de Moura Rangel; PONTE, Daniel Ferreira da. *Cessão de uma carteira de créditos litigiosos. Cessão de crédito, cessão de posição contratual e promessa de liberação*. Revista de Direito Bancário e dos Mercado de Capitais, v. 17, n. 63, jan./mar. 2014, p. 219-244.

MACEDO, Alexandre Cordeiro. Multa esperada, TCC e segurança jurídica. JOTA, 27 de junho de 2017. Disponível em: < https://jota.info/colunas/doutrina-antitruste/multa-esperada-tcc-e-seguranca-juridica-27062017#_edn4>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

MAGGI, Bruno Oliveira. *O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010,.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

PORTO, Giovana Vieira (no prelo). *As ações ajuizadas com pedido de indenização por dano de cartel: uma análise empírica do estado da arte no Brasil*. Revista do IBRAC.

SAVOV, Vasil. *Quel rôle du regroupement de créances indemnitaires par voie de cession pour la réparation du préjudice subi em raison d'infractions commises au droit de la concurrence?* Revista de Concorrência e Regulação, n. 22, abril/junho 2015, p. 213-224.