

Cartéis: mais uma etapa na discussão das indenizações privadas

No último dia 5, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica aprovou a Resolução nº 21/2018, que regulamenta o acesso de terceiros aos documentos e às informações oriundas de acordos – leniência e compromissos de cessação de prática – firmados com a Autarquia.

Em última instância, essa iniciativa tenta preservar os interesses de colaboradores (principalmente nos casos de cartel) e os direitos de terceiros lesados por essas práticas. Embora positiva, essa tentativa ainda é tímida diante da complexidade da questão, já que tenta balancear, sem alteração legislativa, interesses e direitos diametralmente opostos, todos assegurados pela Constituição.

A título de esclarecimento, trata-se de um desdobramento importante de uma controvérsia já bem estabelecida: empresas e pessoas que colaboram com o CADE, seja por meio de Acordos de Leniência, seja por meio de Compromissos de Cessação de Prática, *necessariamente confessam o ilícito antitruste*, fornecendo ao CADE – e, eventualmente, ao Ministério Público - documentos e informações úteis para comprovar a ocorrência do ato ilícito e identificar os clientes afetados, bem como os danos por estes sofridos. Os lesados – principalmente clientes dos “cartelizadores” – querem ter acesso a estes documentos e informações para instruir e fortalecer seus pedidos de indenização.

O CADE resiste em fornecer este acesso, por entender que ele desestimula as colaborações, especialmente importantes na investigação de cartéis. Contudo, em março de 2016, o Superior Tribunal de Justiça já havia decidido que o CADE deveria franquear, ao final da investigação, acesso a tais documentos e informações aos interessados no ressarcimento dos danos, por entender que “o sigilo ... não pode se prostrar no tempo indefinidamente, sob pena de perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao signatário do acordo de leniência favor não assegurado pela lei” (Recurso Especial nº 1.554.986/SP).

Neste contexto, a Resolução nº 21, em síntese, assegura que documentos e informações “de caráter auto-acusatório submetidos voluntariamente” ao CADE somente serão entregues a terceiros (*i.e.*, clientes lesados pelo cartel) em *circunstâncias excepcionais*, mediante *ordem judicial específica* ou com *autorização do colaborador*, nunca no início das investigações, mas sim e apenas em momentos processuais específicos, resguardado o segredo de justiça no âmbito cível. Isso porque o CADE pretende afastar os riscos à condução de negociações,

às suas atividades de inteligência e à efetividade de seus Programas de Leniência e de TCC.

A preocupação em manter a atratividade de seus programas de colaboração, reduzindo as incertezas quanto à utilização de provas em ações de reparação na esfera judicial, é tanta que a Resolução prevê que a Procuradoria da Autarquia pode até mesmo solicitar “a suspensão de ações ... que possam comprometer a política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica ... até a decisão final” do CADE.

Ou seja, na prática, os lesados por cartel e outras práticas anticompetitivas ainda dependem de decisão judicial que imponha ao CADE a obrigação de compartilhar os documentos e informações obtidos por meio das colaborações. Com efeito, é possível se dizer que a Resolução serve somente para regular uma situação que já é excepcional, na medida em que aqueles que se pretendem ver ressarcidos dos danos causados por práticas anticompetitivas já recorrem ao Poder Judiciário para acessar esses documentos, como o citado acórdão do STJ revela.

Por outro lado, a Resolução nº 21 caminha bem ao estipular que a comprovação do ressarcimento de partes potencialmente lesadas pela infração à ordem econômica será considerada como uma “atenuante” para a redução da contribuição pecuniária em negociações de TCCs ou de multa administrativa no âmbito de condenações. Tal atenuante está prevista no art. 13 da Resolução, que não estabelece critérios ou maiores explicações de *como* a redução será calculada, o que indica que o cálculo será determinado com base na prática de decisões do CADE. A ver como isto se dará na prática, especialmente em casos de cartel, diante da já histórica opacidade das decisões da Autarquia sobre a quantificação das multas e contribuições pecuniárias.

São vários os conflitos que no caso concreto que a Resolução nº 21 resvala, mas ainda não resolve. É preciso harmonizar a efetividade da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica com o direito ao ressarcimento dos lesados; o sigilo das investigações com a publicidade dos atos processuais de interesse público; o dever de cooperação processual e o direito a não fazer provas contra si mesmo, não obstante a necessária confissão do ilícito antitruste nesses casos.

A Resolução nº 21 é um primeiro passo, mas não é suficiente para colocar um fim à discussão. Por ora, trata-se de uma tentativa bem-intencionada de responder à determinação do STJ, e um reconhecimento por parte do CADE de que o acesso a documentos e informações fornecidos nos autos dos acordos celebrados com a Autarquia é muitas vezes legítimo para a instrução das já frequentes ações judiciais de reparação de danos por prática de cartel.

Contudo, é de se cogitar que esta Resolução é somente mais uma etapa do aperfeiçoamento do sistema de incentivos para as ações privadas de indenização nos casos de cartéis, que vem recebendo atenção contínua do CADE e da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência do Ministério da Fazenda. Há muito ainda a ser construído pela jurisprudência, mas há outras etapas também dignas de registro: uma foi o esforço da Secretaria para informar o debate acerca do cálculo dos danos concorrenciais (vide, a este respeito, o “Guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos causados por cartéis”); outra, o Projeto de Lei do Senado nº 283/2016, ainda em trâmite, o qual vai mais a fundo na disciplina dos incentivos econômicos para a colaboração, criando a figura do *double-damage* nos casos de indenização por prática de cartel, isenções, e delimitação mais precisa da incidência da prescrição.

* * *

CONTATOS:

Para informações adicionais, entre em contato:

Zeca Berardo

zeca.berardo@lefosse.com

Tel.: (+55) 11 3024 6244

Marcio Opromolla

marcio.opromolla@lefosse.com

Tel.: (+55) 11 3024 6418

Lefosse Advogados

Rua Tabapuã, 1227 14º andar
04533-014 São Paulo SP Brasil

Avenida Presidente Wilson, 231 conj. 2703
20030-905 Rio de Janeiro RJ Brasil