

Direito Concorrencial e Contencioso

[Mauro Grinberg](#) | [Catarina Lobo Cordão](#)

## A prescrição da ação de recuperação de dano concorrencial

Nunca é demais ressaltar a importância da prescrição. Ela constitui uma perda do direito de ação pelo credor e/ou beneficiário de um direito pelo não uso desse direito. É um castigo pela inação. Se, por um lado, pode parecer injusta, a prescrição, por outro lado, constitui instrumento de paz social e de segurança jurídica. Na verdade, a paz social deriva da segurança jurídica. Quem não exerce o seu direito deve saber que pode perdê-lo em nome da paz social – as disputas não devem se eternizar – e da segurança jurídica – um devedor não pode ser acionado em momento no qual a memória e as provas de sua defesa já não estão mais disponíveis. Quem, por exemplo, comete uma infração – voluntária ou involuntariamente – só pode ser acionado até um certo momento pois deve saber que, a partir daquele momento, pode tocar sua vida normalmente. Isto é paz social e segurança jurídica. Adicione-se aqui a importância da punição da negligência pois o titular de um direito deve exercê-lo; se não o fizer em tempo hábil, corre o risco de perder o direito ao seu exercício.

Explica José Fernando Simão que *“os fundamentos basilares da prescrição são realmente dois: segurança jurídica e negligência do titular do direito”*<sup>1</sup>. Em sua obra icônica, Youssef Said Cahali, por sua vez, acrescenta outras justificativas e esclarece que *“Justificam a prescrição o interesse social em que as relações jurídicas não permaneçam indefinidamente incertas; a presunção de que quem descuida do exercício do próprio direito não tinha vontade de conservá-lo; a utilidade de punir a negligência; e a ação deletéria do tempo que tudo destrói.”*<sup>2</sup>

Passemos a tratar dos pontos específicos que constituem o objeto deste artigo:

<sup>1</sup> SIMÃO, José Fernando. Prescrição e Decadência – Início dos Prazos. São Paulo: Atlas, 2012, p. 142.

<sup>2</sup> CAHALI, Youssef Said. Prescrição e Decadência. São Paulo: RT, 2012, p. 23.

## I. INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL

Diz José Fernando Simão que a prescrição “se inicia ao nascer a pretensão, portanto, desde que o titular do direito pode exigir o ato ou a omissão”<sup>3</sup>. Mas lembra que “parte da doutrina pondera que não basta surgir a ação (*actio nata*), mas é necessário o conhecimento do fato”<sup>4</sup>. Tem-se então aqui dois pontos centrais para definir o início do prazo prescricional: (i) o nascimento da pretensão e (ii) o conhecimento do fato.

As decisões têm sido contraditórias em se tratando de ações de recuperação de danos concorrenciais (ou seja, decorrentes de infrações contra a ordem econômica). Existem decisões que consideram o termo para a contagem do prazo prescricional:

### A) A PARTIR DO FATO CONSIDERADO INFRAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DO CONHECIMENTO DA VÍTIMA

Cobraço x ArcelorMittal (Cartel do aço)<sup>5</sup>

Sentença de 1º grau, datada de 27.04.2012, consignou expressamente que: “o termo inicial da prescrição é o momento da ocorrência da lesão do direito, consagração universal do princípio da *actio nata*”. O Tribunal de apelação manteve a sentença.

Nesse sentido, destaca-se duas decisões em sede de Recurso Especial (REsp) que, embora não tratem de casos de danos concorrenciais, envolvem ações de reparação de danos.

Resp 1.168.336/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.03.2011.

“O art. 189 do CC/02 consagrou o princípio da *actio nata*, fixando como *dies a quo* para contagem do prazo prescricional a data em que nasce o direito subjetivo de ação por violação de direito, independentemente da efetiva ciência da vítima. Em outras palavras, o termo inicial da prescrição é a data em que surge o legítimo interesse para a ação e não a data em que a vítima tem conhecimento do dano. Trata-se de critério objetivo, adotado pelo legislador como meio de se estabelecer regra certa e determinada de fixação e cálculo dos prazos de prescrição.”

REsp 1.003.955/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 12.08.2009.

“5.2 **TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO**: o termo inicial da prescrição surge com o nascimento da pretensão (*actio nata*), assim considerada a possibilidade do seu

---

<sup>3</sup> Op. cit., p. 207.

<sup>4</sup> Op. cit., p. 208.

<sup>5</sup> Processo n. 9848158-78.2006.8.13.0024 – 22ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG – Autores: Cobraço Comercial Brasileira de Aço Ltda. e Cobraço Serviços Ltda. Ré: Companhia Siderúrgica Belgo Mineira (ArcelorMittal Brasil S.A).

exercício em juízo. Conta-se, pois, o prazo prescricional a partir da **ocorrência da lesão**, sendo irrelevante seu conhecimento pelo titular do direito”.

## B) A PARTIR DA CIÊNCIA DO DANO PELO TITULAR DA PRETENSÃO

Air Liquide x Granel Química (Cartel dos Gases). Rel. Des. Gil Cimino, j. 22.0.2017<sup>6</sup>

“De sorte que o termo *a quo* do prazo prescricional corresponde à data em que a autora tomou conhecimento da suposta existência da violação ao direito de concorrência que teria praticado a ré, o que teria gerado situação de impossibilidade de negociação de melhores preços e dado azo a reajustes abusivos.”

Hospital de Caridade de Erechim x White Martins (Cartel dos Gases) Rel. Des. Voltaire de Lima Moraes, j. 19.03.2015<sup>7</sup>

“Ao que se depreende da inicial da demanda, o nosocômio autor, quando tomou conhecimento do excesso pago ao longo dos anos de contratação sucessiva e ininterrupta, assim como do reconhecimento de cartel na comercialização do produto de uso hospitalar, rescindiu o contrato (isso no início de 2013).

Assim, em princípio, somente a partir desta época é que o demandante tomou ciência da violação do direito ora discutido, sendo este então o marco inicial da contagem do prazo prescricional.”

Nesse sentido também se manifestou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em um caso de ação de reparação civil:

“Assim, é de se reconhecer que o surgimento da pretensão ressarcitória não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito, mas sim quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da violação e de toda a sua extensão, bem como do responsável pelo ilícito, inexistindo, ainda, qualquer condição que o impeça de exercer o correlato direito de ação (pretensão).”<sup>8</sup>

Contudo, existem diversas correntes que almejam definir tal momento de *ciência* do direito subjetivo pelo seu titular. Quais sejam: (i) a partir da publicação do início da investigação pelo órgão de defesa da concorrência; ou (ii) a partir da publicação da decisão condenatória no Cade ou no juízo criminal.

---

<sup>6</sup> Apelação n. 0130316-15.2011.8.26.0100 – TJSP. Apelante: Air Liquide Brasil Ltda. Apelada: Granel Química Ltda.

<sup>7</sup> AI n. 0475465-52.2014.8.21.7000 – TJRS. Agravante: White Martins Gases Indústria Ltda. Agravado: Hospital de Caridade de Erechim

<sup>8</sup> REsp 1.347.715/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 04.12.2014

Esta última hipótese está prevista expressamente no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 283, de 2016, que versa sobre a *prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, para aprimorar o caráter dissuasório da multa imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em condenações de empresas por infrações à ordem econômica, estimular o ajuizamento de ações privadas para cessação das infrações, bem como ressarcimento dos danos dela decorrente.*

Art. 4º A Lei nº 12.529, de 30 de dezembro de 2011, passa a vigorar acrescida dos seguintes dispositivos:

“Art. 46-A. Quando a ação de indenização por perdas e danos se originar do direito previsto no art. 47, não correrá a prescrição durante a vigência do inquérito ou processo administrativo no âmbito do CADE.

§ 1º Prescreve em 05 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 desta Lei, iniciando-se a sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito.

§ 2º **Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito, quando da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo CADE ou, alternativamente, quando do desfecho da ação penal.**” (NR) (grifos nossos)

Nesse sentido, adiantando-se ao PLS, recentemente decidiu-se, no âmbito de uma ação de reparação por danos advindos do cartel o cimento (Itambé x Mendes Júnior Engenharia), que o *dies a quo* do prazo prescricional corresponde à data da decisão do Cade. Contudo, a decisão considerou o prazo de três anos previsto no Código Civil, e não os cinco anos propostos no projeto de lei:

RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação indenizatória – Ato ilícito – Formação e participação de cartel, para a majoração do preço do cimento (...) PRAZO PRESCRICIONAL Aplicação da regra prevista no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, e não daquela prevista no art. 205 do mesmo diploma – Precedentes – **TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL – “Dies a quo” do prazo prescricional que corresponde à data da decisão do CADE**, ao ensejo do julgamento de embargos de declaração – **Somente se pode falar em violação do direito, no caso concreto, a partir do momento em que se reconheceu, na esfera administrativa, a prática de ato ilícito**, por parte das demandadas, ao ensejo do julgamento dos embargos de declaração opostos contra a decisão do CADE, dado que, a rigor, foi somente nessa ocasião que a agravada, titular do direito subjetivo violado, passou a conhecer o fato e a extensão de suas consequências, de acordo com o princípio da “*actio nata*”.<sup>9</sup> (grifos nossos).

Ainda no mesmo sentido do PLS, houve decisão no caso FEHOSP v. White Martins e outros (Cartel dos Gases)<sup>10</sup>:

<sup>9</sup> TJSP – Agravo de Instrumento nº 2103889-09.2018.8.26.0000 – Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, j. 11.10.2018.

<sup>10</sup> Processo n. 1065317-65.2013.8.26.0100 – 18ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – Autora: FEHOSP – Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de São Paulo; Rés: White Martins Gases

“Rejeito a preliminar de prescrição da pretensão do direito da parte autora. Fora demonstrado nos autos (fls. 1.035/1.041) a existência de sentença proferida na ação penal de nº. 0004517-95.2009.403.6181. Referido processo possuía como objeto a condenação dos réus por crime contra a ordem econômica.

Visto que a sentença foi proferida em 19 de março de 2012 e seu trânsito em julgado ocorreu em 27 de março de 2012 há a inteligência do artigo 200 do Código Civil: “Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.” (Decisão de 16.03.2015).

Temos aqui, então, dois pontos definidores do início do prazo prescricional, sendo que (i) não há dúvida sobre a data da publicação da decisão final do Cade, havendo aqui uma presunção legal, mas (ii) tendemos a considerar que o desfecho da ação penal é o seu trânsito em julgado. Um defeito deste parágrafo está na ideia de que as duas decisões – administrativa e penal – serão condenatórias, sem acatar a possibilidade de controvérsia. Há ainda a possibilidade de existência de Ação Civil Pública, cujo “desfecho” (ou trânsito em julgado) deveria também estar incluído entre as hipóteses de definição de início de prazo prescricional. Um ponto curioso a considerar aqui é, ante a redação do § 2º, a total desnecessidade do caput; com efeito, de que adianta o prazo prescricional não correr se ele ainda nem começou?

Assim, se mantido o caput, deve ser excluído o § 2º; ao contrário, se mantido o § 2º, deve ser excluído o caput. Obviamente uma renumeração será necessária.

## II. TÉRMINO DO PRAZO PRESCRICIONAL

A Lei de Defesa da Concorrência (“LDC”, Lei 12.529/2011) estabelece, no seu art. 47, o direito dos prejudicados ingressarem em juízo para “*recebimento de indenização por perdas e danos sofridos*”<sup>11</sup>; mas não estabelece o prazo prescricional para esta ação, razão pela qual temos que nos socorrer do Código Civil.

De acordo com o artigo 206, §3º do Código Civil, a prescrição das ações de reparação civil ocorre em três anos. Contudo, existem casos em que o Judiciário concedeu prazo prescricional superior ao previsto no Código Civil.

---

Industriais Ltda.; Air Liquide Brasil Ltda.; Linde Gases Ltda.; Air Products Brasil Ltda.; IBG – Indústria Brasileira de Gases Ltda.

<sup>11</sup> Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Esse foi o caso da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>12</sup> no âmbito de uma ação movida pela Santa Casa de Caridade de Dom Pedrito em face da Linde Gases pelo que ficou conhecido como o Cartel dos Gases<sup>13</sup>, em que foi aplicado um prazo prescricional de 10 anos por entender que não se tratava de demanda que perseguiria essencialmente uma “reparação civil”.

Por sua vez, o PLS 283/016 propõe definir o prazo de cinco anos para a prescrição da pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 da LDC.

De qualquer maneira, é preciso destacar que quando a ação se originar de fato que também seja crime, não ocorrerá a prescrição antes da sentença definitiva, nos termos do art. 200 do Código Civil<sup>14</sup>. Aqui vemos a importância de ter claro quem define o que é crime: o Juízo da ação de reparação de danos ou o Juízo criminal. Enquanto está dúvida não ficar resolvida pela jurisprudência, teremos potencialmente conflitos entre os dois Juízos.

### III. INTERRUPÇÃO E SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL

A maior razão da dificuldade do mencionado artigo para resolver o problema está na suspensão do prazo prescricional durante um inquérito administrativo. Uma empresa pode ser acusada e a representação poderá resultar em um inquérito que se alongue no tempo. Deve ser notado que o inquérito administrativo, por ser um procedimento inquisitório, não demanda necessariamente a notificação do acusado; contra ele o prazo prescricional permanecerá suspenso, sem que ele tenha conhecimento sequer da possível pretensão, notando-se aqui uma clara violação da segurança jurídica. Todavia, face à emenda adiante mencionada, esta violação não tenderá a ocorrer.

Mas é claro que, se o PLS for aprovado sem a emenda em questão, teremos que a eventual demora em dar ciência ao acusado da existência da investigação acarretará a perda das provas (testemunhas não são mais encontradas, documentos podem ser eliminados face ao decurso do tempo, materiais não estão mais em condições de passar por perícias, etc.). De autoria do Senador Aécio Neves, o PLS 283/2016 tenta, embora sem sucesso, definir a questão ao acrescentar à LDC o art. 46-A: “Quando a ação de indenização por perdas e danos se originar do direito previsto no art. 47, não correrá a prescrição durante a vigência no inquérito ou processo administrativo no âmbito do CADE”.

Segundo o Relator Senador Armando Monteiro, no último parecer do PLS<sup>15</sup>:

---

<sup>12</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ – RS) – 15ª Câmara Cível – AI nº 0053119-7.2016.8.21.7000 – Relator Des.: Vicente Barroco de Vasconcellos (decisão monocrática).

<sup>13</sup> Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70

<sup>14</sup> Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

<sup>15</sup> Relatório Legislativo pela aprovação do projeto e das emendas nºs 1 a 3 – CCJ, de 24.05.2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg->

Essa questão jurídica tem um impacto econômico relevante, pois a instauração de inquérito e/ou processo administrativo no âmbito do CADE não suspende ou interrompe a contagem do prazo prescricional para as ações de reparação de danos concorrenciais previstas no artigo 47 da Lei de Defesa da Concorrência, ao contrário do que ocorre, por exemplo, na União Europeia. Assim sendo, se a decisão administrativa demorar mais de três anos para ser proferida e a parte já tiver ciência da infração, por exemplo, por meio da divulgação do acordo de leniência na mídia, a pretensão do direito de requerer a reparação civil poderá ser prejudicada. Somese ao curto prazo prescricional o temor de elevadas sucumbências em caso de não comprovação do ilícito, e o resultado pode ser o desestímulo para que os possíveis prejudicados ingressem com essas demandas e pleiteiem a reparação de danos. Assim sendo, uma vez mais, a alteração prevista pelo PLS representa um incentivo às ações para reparação de danos, aumentando o custo de condutas anticompetitivas e, assim, desestimulando-as.

Esta é uma posição importante, mas injusta para com os eventuais acusados pois a prova se torna extremamente difícil, quando não impossível, após o decurso de um determinado tempo. Como visto acima, é clara a violação da segurança jurídica.

O PLS 283, ao passar pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, obteve a Emenda n. 3 que, no parágrafo 1, estabeleceu o prazo prescricional de cinco anos, "iniciando-se a partir da ciência inequívoca do ilícito". Como essa ciência inequívoca do ilícito seria de complicada apuração, o parágrafo 2 estabeleceu duas presunções alternativas:

Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito quando da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo CADE ou, alternativamente, quando do desfecho da ação penal".

Esta emenda, todavia, torna inútil o caput do artigo 46-A pois não há razão para a suspensão de um prazo prescricional que nem sequer começou a correr. Sugere-se, assim, como anteriormente posto, a eliminação do caput e a renumeração dos parágrafos.

Sobre a segurança jurídica, preocupação central deste artigo, o acusado de uma infração já sabe, no início do processo, que, na hipótese de ser condenado, poderá ser demandado em ações de reparação de danos concorrenciais. O PLS não considerou, entretanto, a hipótese em que um processo termina com todos os acusados fazendo acordos; neste, à mingua de uma decisão condenatória, será importante considerar a homologação final dos acordos pelo Cade. Atualmente, os tribunais tendem a considerar, ainda, que o desfecho da ação penal para apuração de infração à ordem econômica também suspende o prazo prescricional. Nesse sentido, vale

relembrar a decisão do Agravo de Instrumento do caso FEHOSP v. White Martins e outros (Cartel dos Gases).

“É certo que, de acordo com fls. 274 do presente recurso, foi proposta ação penal 0004517-95.2009.403.6181 pelo Ministério Público Federal contra os representantes das empresas agravadas, para apuração de eventual formação de cartel no que tange à distribuição de gases industriais.

A ação penal em tela foi proposta no ano de 2009 e julgada extinta em 2012. Em razão disso, e em atenção ao art. 200 do Código Civil, o prazo **prescricional para o caso em questão encontrava-se suspenso.**” (grifos nossos) (TJSP – AI 2196694-20.2014.8.26.0000, Rel. Des. Sergio Alfieri, j. 25.08.2015).

Por mais que o referido Projeto de Lei ainda não tenha sido convertido em lei, as partes interessadas em ingressarem em uma ação de reparação por danos concorrenciais que desejem aguardar a decisão final da autoridade antitruste podem utilizar-se do instituto de protesto judicial para interrupção da prescrição, nos conformes do 202, II, do Código Civil. Todavia, há um grande risco aqui na utilização do tempo pois o art. 202 do Código Civil deixa claro que a interrupção da prescrição *“somente poderá ocorrer uma vez”*.

Isso nos traz a um impasse, uma vez que a interrupção judicial da prescrição independe da via administrativa. Aliás, o próprio julgado recente sobre o tema (Itambé x Mendes Júnior Engenharia) estabeleceu que a propositura da ação indenizatória não dependia do prévio esgotamento da via administrativa.

Artigo publicado no site de informações Jota em 18 de novembro de 2018. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-prescricao-da-acao-de-recuperacao-de-dano-concorrencial-18112018](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-prescricao-da-acao-de-recuperacao-de-dano-concorrencial-18112018)