

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

***Enforcement Privado e Tutela Coletiva para Ação de Reparação de Danos
Concorrenciais***

BEATRIZ KENCHIAN

São Paulo

2021

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

***Enforcement Privado e Tutela Coletiva para Ação de Reparação de Danos
Concorrenciais***

Trabalho de Conclusão de Curso (“Tese de Láurea”)
apresentado como requisito parcial à obtenção do
bacharelado em Direito.

Orientador: Professor Titular Flávio Luiz Yarshell

BEATRIZ KENCHIAN

10410271

SÃO PAULO

2021

Nome: KENCHIAN, Beatriz

Título: *ENFORCEMENT PRIVADO E TUTELA COLETIVA PARA AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS*

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Titular Flávio Luiz Yarshell.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. _____

Julgamento: _____

Prof. _____

Julgamento: _____

Prof. _____

Julgamento: _____

São Paulo, ____ de ____ de 2021

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, pai e irmão que são minha fortaleza e a fonte de segurança que eu preciso para conseguir abraçar todos os meus sonhos. Vocês são os grandes responsáveis pela minha formação.

Aos meus professores da Graduação, em especial ao meu orientador Flávio Luiz Yharshell e ao Adriano Camargo Gomes pela disponibilidade em me orientar e pelas valiosas contribuições no processo de redação desta tese. À Lílian Cintra de Melo pelas longas conversas inspiradoras que me ajudaram a construir este trabalho desde o início, você é fonte de inspiração.

Às arcadas e aos meus melhores amigos de sala, que me acompanharam desde os primeiros dias até o último. Rafaella Ueda e Mirella Miranda, vocês foram, e são, fundamentais na minha vida. Obrigada pela amizade linda que construímos e por me ensinarem que juntas vamos muito mais longe. Raul Altran, obrigada por ser meu confidente, seus conselhos e apoio são necessários no meu dia a dia. Tarik Jarouche, meu primeiro amigo da faculdade, obrigada pelo companheirismo sempre.

Ao Pinheiro Neto Advogados, por ter me aberto tantas portas e por ser o navio escola que me torna, a cada dia, uma profissional melhor. À Cristianne Zarzur, seu amor por direito concorrencial me motiva a contribuir cada vez mais com essa matéria. Obrigada por acreditar no meu potencial e por me ensinar que o trabalho em equipe e o entusiasmo nos levam muito além do que sonhamos. À minha amada equipe ZUR/LPS, vocês me ensinam todos os dias. Sou muito privilegiada por estar cercada de pessoas tão competentes e especiais. E mais, o Pinheiro Neto Advogados me presenteou com o João Pedro Simini, responsável pelos dias sorridentes que se tornaram rotina.

Ao Departamento Jurídico XI de Agosto por ter, no primeiro ano da graduação, me mostrado na prática a realidade e a carência de acesso à justiça do país. De longe, foi uma das vivências mais marcantes da graduação.

À SanFran Jr., por ter me ensinado que o trabalho em equipe é capaz de construir projetos gigantes. Com vocês idealizei e realizei os mais criativos projetos que me enchem de

orgulho. Sem dúvidas, essa entidade me transformou e me fez acreditar que é possível tirar as ideias do papel.

À equipe FD-USP do WICADE, meu último respiro do quinto ano. Fazer parte de um time tão genial foi uma das experiências mais desafiadoras e prazerosas desses cinco anos. Em especial às *coaches* Paloma Almeida e Camila Leite, obrigada por acreditarem em mim e por serem responsáveis pelo meu desenvolvimento. Agradeço também minhas amigas que aceitaram o desafio de serem oradoras e representar a equipe na competição. Milena Lopes, Débora Schwartz e Letícia de Melo, vocês são brilhantes e estar ao lado de vocês tornou tudo mais especial. Para sempre meu cartel.

Por fim, agradeço a Deus, que sempre me sustentou.

RESUMO

KENCHIAN, Beatriz. *Enforcement Privado e Tutela Coletiva para Reparação de Danos Concorrenciais.* Tese de Láurea – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

O objeto da dissertação é analisar a tutela coletiva como instrumento para reparação de danos decorrentes da prática de ilícitos concorrenciais. Para isso, primeiro é analisado o papel do *enforcement* público e privado considerando as esferas administrativa, penal e civil. Segundo, propõe-se analisar a possibilidade da tutela coletiva para reparação de danos concorrenciais partindo da experiência norte-americana, especificamente quanto ao instituto das *class actions* e sistema de vinculação *opt-out*. Em seguida, a questão é analisada sob a perspectiva da experiência brasileira pelo estudo da ação coletiva para a tutela da concorrência, assim como do sistema de vinculação das decisões das ações coletivas no Brasil. Por fim, os benefícios e dificuldades da tutela coletiva para efetiva reparação por ilícito antitruste são ponderados.

Palavras-chave: Direito Concorrencial. Direito Processual Civil. Tutela coletiva. Ações reparatórias. Tutela reparatória. Infrações contra a ordem econômica. Responsabilidade. *Opt-in* e *Opt-out*. *Private Enforcement*.

ABSTRACT

KENCHIAN, Beatriz. *Enforcement Privado e Tutela Coletiva para Reparação de Danos Concorrenciais*. Undergraduate thesis – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, Brazil, 2021.

The object of this work is to analyze the class actions as an instrument to repair damages for unlawful competitive practices. First, the role of public and private enforcement is analyzed considering the administrative, criminal and civil spheres. Second, it is proposed to analyze the possibility of class action compensation for harmed by unlawful competitive practices based on the North American experience, specifically regarding the institute of class actions and the opt-out binding system. Then, the issue is analyzed from the perspective of the Brazilian experience through the study of class action for the protection of competition, as well as the system of binding class action decisions in Brazil. Finally, some benefits and difficulties of class actions for repair damages for unlawful competitive practices are addressed.

Keywords: Competition Law. Civil Procedural Law. Class Action. Competition Law violations. Liability. Opt-in and Opt-out. Private Enforcement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 Reparação de Dano Concorrencial	17
1.1 <i>Enforcement</i> Público	17
1.1.1 Esfera Administrativa	18
1.1.2 Esfera Penal	21
1.1.3 Reparação de Danos no <i>Enforcement</i> Público	23
1.2 <i>Enforcement</i> Privado	28
1.2.1 Panorama do <i>Enforcement</i> Privado No Brasil	29
1.2.2 Esfera Civil	33
1.3 Cooperação entre o <i>Enforcement</i> Público E Privado	44
2 Tutela Coletiva para Reparação de Danos Concorrenciais	48
2.1 Apontamentos Sobre a Experiência Norte Americana	49
2.1.1 <i>Class Actions</i>	53
2.1.2 Sistema de Vinculação <i>Opt-Out</i>	55
2.2 Apontamentos Sobre a Experiência Brasileira	57
2.2.1 Tutela de Direitos Coletivos	59
2.2.2 Tutela de Direitos Individuais Homogêneos	62
2.3 Sistema de Vinculação da Decisão de Ações Coletivas no Brasil	64
2.4 Benefícios e Dificuldades da Tutela Coletiva para a Efetiva Reparação por Ilícito Antitruste	69
3 CONCLUSÃO	73
4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

INTRODUÇÃO

Os princípios são os fundamentos da regra, aqueles que desempenham a importante função de conferir harmonia a um determinado sistema, moldando as normas que o integram e servindo como parâmetro hermenêutico a sua interpretação¹. Os princípios constitucionais, nessa lógica, são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui².

A Constituição Federal concebeu a ordem econômica como um sistema e, assim, as normas relacionadas ao tema não podem ser interpretadas isoladamente, mas em coerência com os fundamentos e princípios que a estruturam³. É por isso que a livre iniciativa, prevista como princípio geral expressos no *caput* do artigo 170º da Constituição Federal, deve conformar a interpretação dos demais artigos pertencentes à ordem econômica⁴.

O professor Eros Grau afirma que o princípio da livre iniciativa possui dupla face, sendo a primeira no sentido de liberdade de comércio e indústria, e outra, no sentido de liberdade de concorrência⁵. Porém, ressalta que o conteúdo da livre iniciativa é muito mais amplo, uma vez que *“é expressão de liberdade intitulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho [...] em uma sociedade livre e pluralista”*⁶.

Como os demais princípios constitucionais, o princípio da liberdade de iniciativa não foi admitido de forma absoluta pela Constituição Federal. Desde o princípio, o Estado não pretendia conceder liberdade absoluta para o mercado, cumprindo a ele apenas a função de, por meio do poder de polícia, fiscalizar, supervisionar e regular a atividade econômica. Justamente por isso que a Constituição Federal, a partir de seus princípios balizadores, estabeleceu os limites de seu exercício.

Nesse contexto, entendem-se como válidas as restrições à livre iniciativa que visem conciliar os demais princípios constitucionais, sendo comum que tal compatibilização ocorra

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista do Serviço Público**, v. 39, n. 4, 1982, p. 63-78.

² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 147.

³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 175.

⁴ SOUSA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 275.

⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 199-200.

⁶ GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, cit., p. 198-199.

com os princípios da livre concorrência, repressão ao abuso do poder econômico e a defesa do consumidor.

É justamente a harmonização dos princípios da livre concorrência e da proteção do consumidor que conferem validade aos objetivos da política de defesa da concorrência. Esses se impõem a todos os agentes do mercado e cabe ao Estado a tarefa de garantidor e promotor dessa ordem, sob o fundamento de que a liberdade de concorrência é um fator importante para o desenvolvimento, para a inovação⁷ e para o bem-estar do consumidor.

A Constituição Federal preocupou-se expressamente em garantir os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa⁸, da livre concorrência e defesa do consumidor.⁹ Ainda, em seu artigo 173º, §4º instituiu que a “*lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”, o que demonstra que a atual Constituição elevou a livre concorrência à categoria de princípio constitucional¹⁰.

O consumidor, por seu turno, possui um papel protagonista dentro da ordem econômica. A defesa do bem-estar do consumidor é um dos objetivos centrais que o legislador constituinte procurou proteger porque é necessária para a constante busca pela eficiência econômica.¹¹ Nesse sentido, a proteção do consumidor ganha força executória por meio da construção de políticas públicas que garantem sua execução¹².

Caminham juntas a livre concorrência e a defesa do consumidor como princípios que regem a ordem econômica e, entre os demais princípios correlatos que a compõe, não prevalecem um sobre o outro, mas sim, se harmonizam.

⁷ SPULBER, Daniel. Innovation economics: the interplay among technology standards, competitive conduct, and economic performance. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 9, n. 4, , dez. 2013, p. 777-825

⁸ Constituição Federal, artigo 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

⁹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus. Evolução do combate à corrupção no Reino Unido. In: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; MOHALLEM, Michael (orgs.). **Diagnóstico institucional: primeiros passos para a construção de um plano nacional anticorrupção**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017, p. 19-38.

¹⁰ Constituição Federal, artigo 170, IV.

¹¹ BORK, Robert H. The role of the courts in applying economics. **Antitrust Law Journal**, v. 54, n. 1, p. 21-26, mar. 1985, p. 24

¹² FORGIONI, **Os fundamentos do antitruste**, cit., p. 8.

Isso ocorre porque a Constituição Federal brasileira optou pelo cenário de equilíbrio dinâmico entre os princípios, em que todos concorrem entre si. Ou seja, de um lado, tem-se a tutela da esfera de interesses dos concorrentes diretos, os agentes de mercado diretamente atingidos pelas práticas anticompetitivas, e do outro lado, o interesse pelo bem-estar dos consumidores¹³.

As leis que preservam a ordem econômica no Brasil, nas palavras da professora Paula Forgioni, muito além de conferir maior eficiência ao mercado, visam:

(...) criar e preservar nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico¹⁴.

Portanto, cabe ao direito antitruste proteger a competição no mercado, assim como proteger os agentes que o compõe, empresas e consumidores.

¹³ CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 135-74, e GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A livre concorrência como garantia do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 218.

¹⁴ FORGIONI, **Os fundamentos do antitruste**, cit., p. 194.

1 REPARAÇÃO DE DANO CONCORRENCIAL

No artigo 1º da Lei 12.529/2011, a Lei de Defesa da Concorrência, o legislador usufruiu de todos os preceitos constitucionais para estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica (SBDC). Versa sobre a prevenção e a *repressão* às infrações contra a ordem econômica, fundamentada nos princípios da livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Ainda, a Lei de Defesa da Concorrência dispõe em seu artigo 47º que “os *prejudicados por infrações anticompetitivas poderão, por si ou por seus legitimados da lei, 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*”.

Entre as formas de tutela se encontra a tutela reparatória de dano concorrencial, que é o objeto desta tese.

1.1 ENFORCEMENT PÚBLICO

O legislador estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica a partir do artigo 1º da Lei de Defesa da Concorrência, que estabelece as previsões para a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, fundamentada pelos princípios da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

A defesa da concorrência econômica brasileira tem principalmente natureza pública, sendo regulada tanto pela Lei de Defesa da Concorrência quanto pela Constituição Federal. A Lei de Defesa da Concorrência atribui ao Conselho Administrativo da Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, a competência para a aplicação dos princípios e regras que regem a ordem econômica. O CADE, por sua vez, conta com a missão institucional de zelar pela concorrência no mercado, em atuação preventiva, repressiva e educativa, responsabilizando-se pela investigação e decisão sobre matéria concorrencial, assim como pelo fomento e disseminação da cultura da concorrência.

Para efeitos de caracterização da infração à ordem econômica, estão previstos no artigo 36º da Lei de Defesa da Concorrência ¹⁵ (i) a delimitação de efeitos de condutas que, se verificados, qualificarão a referida conduta como uma infração; e (ii) uma lista exemplificativa de condutas que podem, ou não, gerar tais efeitos, nos termos do artigo 36º, §3º¹⁶.

Alicerçada na Constituição Federal, a Lei de Defesa da Concorrência criou órgãos especializados para preservar o funcionamento da ordem econômica, e, ao mesmo tempo, atribuiu competência ao Poder Judiciário a função de apreciar e decidir sobre lesão ou ameaça a direitos garantidos dentro da ordem econômica¹⁷.

O *public enforcement*, ou atuação pública, do direito antitruste pode ser dividido em duas grandes esferas: administrativa e penal. A esfera administrativa é realizada pelo CADE, mediante a investigação e a punição de pessoas físicas e jurídicas por infrações à ordem econômica. Já a esfera penal envolve a possibilidade de imposição de pena de reclusão e multa às pessoas que praticaram crime contra a ordem econômica¹⁸.

1.1.1 ESFERA ADMINISTRATIVA

A esfera administrativa está relacionada à atuação pública do direito antitruste, realizada pela autoridade concorrencial, mediante a investigação e a punição de pessoas físicas e jurídicas por infrações à ordem econômica.

As condutas anticompetitivas são reguladas pela esfera administrativa através da Lei de Defesa da Concorrência e contam com toda a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais.

¹⁵ Lei 12.529/2011, art. 36: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Concorrencial**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2016, p. 90.

¹⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino. A Ação Privada para Ressarcimento de Danos no Direito da Concorrência. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (orgs.). **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018, pp. 65-73.

¹⁸ Conforme prevista no artigo 288º, Código Penal, casos envolvendo certame licitatório perante a administração pública, bem como de associação criminosa e artigo 4º da Lei 8.137/1990.

A Lei de Defesa da Concorrência consolidou as funções investigativas, persecutórias e judicantes das autoridades concorrenciais em um órgão autônomo¹⁹, o CADE, responsável pela defesa da livre concorrência em todo território nacional.

O CADE é composto por um Tribunal Administrativo, com, em regra, seis Conselheiros e um Presidente, uma Superintendência-Geral e um Departamento de Estudos Econômicos²⁰ que atuam para o fomento da livre concorrência por meio de três principais tripés: (i) **controle de estruturas**, que envolve a análise e aprovação das operações de concentração (fusões, aquisições e incorporações de empresas) e cooperação econômica (contratos associativos e *joint ventures*)²¹; (ii) **controle de condutas**, com a investigação, repressão e punição de práticas anticompetitivas, como a formação de cartéis, condutas unilaterais e práticas abusivas de empresas que abusam de sua posição dominante²²; e (iii) **advocacia da concorrência**, que envolve a análise e proposição de políticas públicas com o objetivo de se identificar a existência ou a criação de barreiras e entraves à concorrência pelo Estado²³.

Havendo lacuna na Lei de Defesa da Concorrência, aplicam-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil²⁴, a Lei da Ação Civil Pública²⁵, do Código de Defesa do Consumidor²⁶ e a Lei de Processo Administrativo^{27,28}.

As condutas anticompetitivas são descritas em um rol exemplificativo disposto no artigo 36º da Lei de Defesa da Concorrência, que estabelece as infrações à ordem econômica, independentemente de culpa²⁹, e os atos que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos (ainda que potencialmente): (i) *limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa*, (ii) *dominar mercado relevante de bens ou serviços*, (iii) *aumentar arbitrariamente os lucros* e (iii) *exercer de forma abusiva posição*

¹⁹ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Editora Singular. 2013, p. 129.

²⁰ Lei de Defesa da Concorrência, artigo 5º.

²¹ Lei de Defesa da Concorrência, artigo 88º.

²² Lei de Defesa da Concorrência, artigo 36º.

²³ Lei 12.529/2011, art. 19º

²⁴ Lei 13.105/2015

²⁵ Lei nº 7.347/1985

²⁶ Lei nº 8.078/1990

²⁷ Lei nº 9.784/1999

²⁸ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Editora Singular. 2013, p. 130.

²⁹ RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **Processo administrativo de investigação de cartel**. São Paulo. Editora Singular. 2016, p. 50.

dominante (incisos I a IV). A Lei de Defesa da Concorrência também dispõe de um rol exemplificativo de práticas unilaterais (artigo 36º, §3º, incisos III a XIX), que podem configurar infrações à ordem econômica. Além dessas condutas, outras poderão ser consideradas anticompetitivas, desde que satisfeitos os critérios do artigo 36º, *caput* e incisos.

A Lei de Defesa da Concorrência tem natureza meramente exemplificativa, sendo que a análise para identificar uma conduta anticompetitiva é feita caso a caso, em que cada prática exige um padrão de análise específico. No entanto, para a configuração de uma conduta ilícita, é necessária verificar se há abuso de poder de mercado capaz de modificar artificial e unilateralmente a concorrência, ainda que o agente não possua posição dominante.

Nesse sentido, o §1º do artigo 36º da Lei de Defesa da Concorrência estabelece que a obtenção e a manutenção da posição dominante decorrente de um processo natural de crescimento e de eficiências do agente econômico são lícitas e, portanto, não devem ser reprimidas pelo CADE. Isso significa que é passível de investigação e punição pela autoridade antitruste apenas o *abuso* de posição dominante que gere prejuízos à livre concorrência. Nesse sentido, o fim último de um processo administrativo que vise à apuração de uma prática anticompetitiva, seja ela qual for, é o de proteger e tutelar o bem jurídico da *concorrência*, e não o de proteger um ou vários concorrentes, individual ou coletivamente.

Para tanto, é importante que o CADE aplique a melhor técnica para a análise do caso, devendo, como regra, (i) avaliar a existência de posição dominante do agente econômico; (ii) identificar a conduta, sua racionalidade econômica e os problemas concorrenciais dela decorrentes; (iii) analisar as justificativas econômicas e não-econômicas (técnicas, sanitárias, regulatórias e outras) para sua implementação; (iv) avaliar os efeitos anticompetitivos; e (v) analisar as eficiências ou ganhos decorrentes da prática investigada. Por fim, no caso de não haver justificativas objetivas e razoáveis, o CADE irá (vi) ponderar, pela regra da razão, os prejuízos e as eficiências coletadas ao longo da investigação para determinar a licitude ou ilicitude da conduta específica.

Depreende-se que a regra da razão se aplica para análise de condutas a partir das etapas de: (i) definição do mercado relevante e análise de posição dominante; (ii) análise dos efeitos anticompetitivos da conduta; (iii) análise de eficiências; (iv) ponderação de efeitos e eficiências. Assim, caso a conduta seja reprovável pelos efeitos líquidos negativos que produz

ao mercado, o CADE poderá então impor as sanções previstas em lei, incluindo multa e outros remédios apropriados, suficientes e adequados para cessação da conduta.

Além das condutas unilaterais, o cartel enquanto infração à ordem econômica também é reprimido na esfera administrativa. O crime de Cartel é tipificado no artigo 87º da Lei de Defesa da Concorrência, em linha com a Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária³⁰ e a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública³¹, como qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível.

Os cartéis, por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta, sem qualquer benefício econômico compensatório, causam graves prejuízos aos consumidores, tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros. Para que se demonstre a existência de uma conduta tão gravosa como a de cartel, é necessário que existam indícios suficientes de materialidade da conduta e autoria do infrator que leve a conclusão inequívoca do julgador a respeito da conduta. A mera constatação de preços idênticos não é, isoladamente, indício suficiente que aponte a existência de um cartel. São necessários, além de dados econômicos, provas robustas e suficientes e indícios factuais de que há ou houve algum tipo de acordo ou coordenação entre os empresários do setor para aumentar ou combinar o preço dos produtos ou serviços ofertados.

O panorama da esfera administrativa de defesa da concorrência apresentado permite entender que o CADE é o grande responsável pelo forte e reconhecido *enforcement* público no Brasil. A atuação da autarquia cobre grande parte da prática pública de defesa da concorrência, a partir de suas funções preventivas e repressivas, com a missão de zelar pela livre concorrência do mercado.

1.1.2 ESFERA PENAL

Ao passo que na esfera administrativa a lei dispõe sobre um rol exemplificativo, na esfera penal a definição das condutas é feita de maneira bastante restrita, limitando-se a algumas poucas espécies tipificadas.

³⁰ Lei 8.137/1990

³¹ Lei nº 8.666/1993

A Lei 8.137/1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, em seu artigo 4º deu tratamento penal a um rol de práticas contra a ordem econômica, com penas previstas de dois a cinco anos de reclusão e multa.

O artigo 4º da Lei nº 8.137/90 prevê duas situações diferentes nas quais se configura o cartel³². O inciso I dispõe que constitui crime contra a ordem econômica abusar do poder econômico, dominando ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas, ou seja, a formação do cartel para exercer abusivamente o poder econômico³³. Já o inciso II prevê que formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, que vise a (i) fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; (ii) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; ou (iii) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores, constituem crime contra a ordem econômica.

Nota-se que, enquanto o inciso I demonstra de forma geral o acordo entre empresas capaz de dominar ou eliminar, total ou parcialmente a concorrência, o inciso II tipifica o crime de cartel como todo e qualquer acordo que busque atingir as hipóteses previstas em suas alíneas, ignorando o fato desse acordo ser capaz ou não de produzir tais efeitos. Assim, ainda que os incisos sejam complementares, observa-se uma importante característica: o cartel não precisa ser capaz de gerar efeitos ao mercado, basta apenas visá-los, ou seja, os carteis são um tipo ilícito *per se*.³⁴

Ainda, os cartéis que especificamente envolvam as licitações públicas podem sofrer repressão tanto na esfera administrativa quanto na esfera penal. O tratamento administrativo está refletido especialmente na Lei de Defesa da Concorrência, enquanto que o tratamento penal está centrado na Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

As licitações públicas, na esfera penal, são tipificadas como crime, nos termos dos artigos 90º, 95º e 96º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. O artigo 90º traz o tipo que pode ser considerado o mais geral em tema de cartéis em licitações, aplicável a qualquer modalidade de compra pública. Como aponta Greco Filho³⁵, é o tipo que abarca o crime material de resultado, em que há descrição da conduta de ajuste, combinação ou

³² MAGGI, Bruno Oliveira. Cartel: responsabilidade civil concorrencial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018, p. 70.

³³ MAGGI, **Cartel...**, cit., p. 71.

³⁴ MAGGI, **Cartel...**, cit., p. 71.

³⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72-73.

qualquer outro tipo de conluio e, como resultado, pode frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório³⁶. O artigo 95º, por sua vez, prevê como crime formal aquele que afasta ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo, quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida. Por fim, o artigo 96º dispões sobre o crime material, em que a descrição da conduta é tida como fraudar licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente, e tem como resultado a elevação arbitrária dos preços ou tornar injustamente mais onerosa a proposta ou a execução do contrato, em prejuízo da Fazenda Pública, sem que haja a previsão de dolo específico.

Dessa forma, os crimes previstos na Lei 8.137/1990 de ordem tributária são de ação penal pública³⁷, promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. Ao passo que os crimes de cartéis em licitações públicas são de natureza pública³⁸, em que o Ministério Público é responsável por propor, sem prejuízo de ser provocado por qualquer pessoa que apresente informações sobre a materialidade e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar, os indícios, provas e os elementos de convicção. Admite-se, subsidiariamente, a ação penal privada subsidiária da pública, se a ação penal pública não for ajuizada no prazo legal.

1.1.3 REPARAÇÃO DE DANOS NO *ENFORCEMENT* PÚBLICO

Os ilícitos concorrenciais e crimes contra a ordem econômica descritos acima são apurados no âmbito dos processos administrativos e criminais e conduzidos por órgãos do poder público que dispõe de poderes e recursos suficientes para garantir a preservação da ordem econômica³⁹. Cada uma dessas esferas tem um papel importante em relação à demanda reparatória, dentro do espectro da proteção pública.

³⁶ GASPARINI, Diógenes. **Crimes na Licitação**. 2ª ed. São Paulo: NDJ, 2001, p. 101.

³⁷ Lei nº 8137/1990, art. 15: "*Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública, aplicando-se o disposto no art. 100 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.*"

³⁸ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Editora Singular. 2013, p.194.

³⁹ GOMES, Adriano Camargo. **Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica**. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 313.

1.1.3.1 ESFERA ADMINISTRATIVA

Na esfera administrativa, a Lei de Defesa da Concorrência dispõe expressamente que os prejudicados pela prática de infrações à ordem econômica poderão ingressar em juízo para obter indenização por perdas e danos, mas, antes disso, a prática pode ser condenada pela autoridade administrativa, o CADE.

Nesses casos, nos termos do artigo 37º da Lei de Defesa da Concorrência, as penalidades previstas são as seguintes: (i) multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado econômico, obtido no ano anterior à instauração do processo administrativo no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando possível sua estimativa; (ii) no caso de administrador, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) da multa aplicada à empresa; e (iii) no caso das demais pessoas físicas, jurídicas, associações ou entidades que não exerçam atividades empresariais envolvidas na infração, multa de 50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).

Além das multas pecuniárias, a Lei de Defesa da Concorrência também prevê, em seu artigo 38º, outras penalidades aos envolvidos na prática de infração à ordem econômica, quais sejam: (i) a publicação em meia página de jornal do extrato da decisão condenatória do CADE, às expensas do infrator; (ii) a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações públicas; (iii) a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (iv) a recomendação aos órgãos públicos para que seja concedida licença compulsória de direitos de propriedade intelectual, não seja concedido parcelamento de tributos federais e sejam cancelados incentivos fiscais ou subsídios públicos; (v) a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial da atividade; (vi) a proibição de exercer o comércio pelo prazo de cinco anos; e (vii) qualquer ato ou providência necessários para eliminação dos potenciais efeitos nocivos à concorrência.

Na esfera administrativa, a tutela contra infração à ordem econômica é realizada por meio de um processo administrativo conduzido pelo CADE, mediante a investigação e punição de pessoas físicas e/ou jurídicas. Não obstante, a existência de um procedimento administrativo não é condição para o autor adentrar no contencioso privado no Brasil em busca de reparação civil por danos concorrenciais, mas a prévia existência de um processo administrativo no CADE pode facilitar essa demanda.

Caso tenha sido proferida decisão condenatória pelo CADE, a decisão administrativa não possui caráter vinculante perante o juízo cível, que poderá ter entendimento diverso do CADE com relação à existência da conduta ilícita. O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, expresso no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal confirma tal entendimento. Além disso, encontra fundamento legal na regra expressa do artigo 47º da Lei 12.529/2011, segundo o qual a reparação dos prejuízos decorrentes de infração à ordem econômica se dá “*independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação*”.

Nessa linha, Professor Roberto Pfeiffer reconhece a independência da ação de reparação em relação ao processo administrativo do CADE, mas faz a seguinte ponderação⁴⁰:

(...) nos casos em que o CADE houver previamente decidido pela existência da infração, a tarefa do Juiz da causa será mais simples, pois bastará analisar a razoabilidade da decisão do CADE e adotar (caso também julgue que ocorreu infração contra a ordem econômica) ou rejeitar (caso conclua pelo caráter ilícito da conduta) os seus fundamentos.

Dito isso, ações privadas podem ocorrer de duas formas diferentes. A primeira considera demandas absolutamente independentes e prévias à atuação pública (*stand-alone*) e a segunda considera as demandas que partem de decisões já fundamentadas pelo CADE ou pelo Ministério Público (*follow-on*)⁴¹.

O artigo 47º da Lei de Defesa da Concorrência e o art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que dispõe sobre a independência das esferas cível e administrativa, impedem a vinculação obrigatória das demandas *follow-on* à decisão administrativa. Também o STJ⁴² possui entendimento pacificado no sentido de que não há sobreposição entre as esferas administrativa, cível e penal, que refletem no processo administrativo antitruste. Segundo o ministro do STJ, Ministro Herman Benjamin:

O Cade não perde sua vinculação ao Poder Executivo. Por essa razão, dentro da ideia de checks and balances, as decisões do Cade não fogem à regra da ampla revisão pelo Poder Judiciário, quer pelo aspecto horizontal (objeto da demanda), quer pelo vertical (profundidade da cognição), em homenagem à cláusula de inafastabilidade inserida no art. 5º, XXXV, da CF: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

⁴⁰ PFEIFFER, **Defesa da concorrência...**, cit., p. 263.

⁴¹ KOMNINOS, A. P. The relationship between public and private enforcement: quod dei deo, quod caesaris caesari, 2014, p. 142-157.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.181.643 – RS (2010/00289274). Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 20 de maio de 2011.

Estudos recentes bem demonstram que, na prática, os Tribunais levam a efeito essa prerrogativa e têm, em inúmeras oportunidades, reexaminado à exaustão decisões do Cade, seja para manutenção, seja para reforma de seu conteúdo [...] Tais motivos indicam que é equivocado – e inconstitucional – reduzir a atuação do Poder Judiciário a uma instância revisora de decisões do Cade (ou de qualquer instância da Administração) [...] ⁴³.

Portanto, no âmbito da tutela reparatória de danos decorrentes de infrações à ordem econômica, não há a necessidade de prévia decisão do CADE para a propositura de demandas no judiciário, na medida em que essa decisão não possui eficácia vinculante nas demandas *follow-on*. Não obstante, é possível que a propositura da ação ocorra tanto por meio de demandas *follow-on* quanto demandas *stand-alone*⁴⁴, independente de prévia decisão do CADE sobre o caso específico.

Isto posto, em linha com o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, a decisão condenatória proferida pelo CADE - a decisão administrativa – não vincula o juízo cível, que poderá ter entendimento diverso do CADE com relação à existência da conduta ilícita.⁴⁵

1.1.3.2 ESFERA PENAL

Na esfera penal, a Lei 8.137/1990 instituiu um rol de práticas que caracteriza os crimes contra a ordem econômica, com o intuito prevenir o abuso de poder econômico e proteger a economia popular a partir da defesa do consumidor⁴⁶. Em especial no artigo 4º, a Lei 8.137/1990, com a redação dada pela Lei 12.529/2011, define os crimes contra a ordem econômica que são, inciso I, *abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas*; e inciso II, *formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes*. Nesse contexto, os crimes contra a livre concorrência e a livre iniciativa, como fundamentos basilares da ordem econômica⁴⁷, devem ser punidos com pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.181.643 – RS (2010/00289274). Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 20 de maio de 2011.

⁴⁴ PFEIFFER, **Defesa da concorrência...**, cit., p. 258-259

⁴⁵ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 98.

⁴⁶ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a carteis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Editora Singular. 2013, p.127.

⁴⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte especial. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016p. 9.

Além da Lei nº 8.137/1990, os artigos 90º, 95º e 96º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que trazem que os cartéis que envolvam licitações públicas, são tipificados como crime quando seus atos são prejudiciais à competição do procedimento licitatório, tendo como sanção prevista de detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa⁴⁸.

Quanto às penalidades, na esfera penal, elas não têm o encargo de reparar os prejuízos individuais causados pelas condutas, cabendo aos eventuais prejudicados ingressar em juízo para obter indenização. Com efeito, o ordenamento protege e garante a reparação dos prejuízos causados à concorrência como instituição.

Nos últimos anos, foi possível verificar avanços significativos na persecução penal de condutas anticompetitivas⁴⁹. Tratando-se de cartel, houve aumento na quantidade de ações penais e adoção de iniciativas importantes nessa matéria, tais como a criação de grupos especializados de combate a cartéis pelos Ministérios Públicos estaduais e pela Polícia Federal⁵⁰.

Além da regra de responsabilidade civil disposta no artigo 927º do Código Civil, em linha com o artigo 11º da Lei 8.137/90, a responsabilidade penal é individual, isto é, somente as pessoas físicas podem ser responsabilizadas por crimes praticados contra a ordem econômica. Diferentemente da esfera administrativa, que permite a responsabilização do dano tanto por pessoa física quanto jurídica, na esfera penal a responsabilidade se restringe ao infrator apenas enquanto pessoa física.

No tocante ao elemento volitivo, o crime de cartel apenas se consuma mediante dolo dos agentes, não havendo previsão de modalidade culposa. Dessa forma, para a responsabilização na esfera penal é preciso haver a demonstração de dolo do agente, enquanto na esfera administrativa, como visto, admite-se a responsabilidade por simples culpa das

⁴⁸ Tipificação na Lei nº 8.666/1990: “Art. 90: Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.; Art. 95: Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida. Art. 96: Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

⁴⁹ CASELTA, **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**, cit., p. 11.

⁵⁰ Roteiro de Atuação. Combate a Cartéis. Terceira Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao/combate-a-carteis>. Acesso em 22.11.2021.

peças físicas no caso concreto, ou até mesmo sem demonstração de culpa, no caso das peças jurídicas⁵¹.

Quanto à independência entre as esferas administrativa e penal, o Código Civil⁵², artigo 935°, dispõe que a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. Assim, caso a decisão condenatória reconhecendo a prática do cartel já tenha sido proferida na esfera penal, essa será vinculante na esfera civil *unicamente* no tocante à existência da materialidade e autoria, restando aos litigantes discutir a existência de dano, nexo causal e reparação na esfera civil.

Dessa forma, a regra é que existe uma independência entre as instâncias civil e criminal, muito embora elas se comuniquem. Assim, para pleitear a reparação, a vítima pode propor a demanda de na esfera civil antes ou depois da apuração no juízo criminal.

1.2 ENFORCEMENT PRIVADO

Dentro da formação do Sistema Brasileiro de Defesa Econômica, existe a previsão para os litígios privados, especialmente quando a questão é indenizatória⁵³. A aplicação privada vem reforçar a pública, dando plena eficácia e efeito prático ao Direito da Concorrência e é igualmente importante para garantir uma saudável economia de mercado.

Para isso, é garantida a qualquer pessoa, incluindo consumidores, empresas e entidades públicas, o direito de pedir reparação dos danos sofridos em decorrência de infração às regras de direito concorrencial.

A propositura de ações que visam à indenização possui duas funções extremamente relevantes, a primeira de recompor a esfera patrimonial dos prejudicados que tiveram seus

⁵¹ CASELTA, **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**, cit., p. 49.

⁵² Lei nº10.406/2002

⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa, **Direito antitruste brasileiro**: comentários à Lei nº 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 98-99: “A tutela das estruturas do livre mercado, na lei ordinária, se viabiliza mediante a atribuição aos empresários de responsabilidade em três níveis: penal, administrativo e civil. Em cada nível, variam as regras sobre legitimidade ativa para demandar e juízo a responsabilização dos agentes lecionadores daquelas estruturas. [...]. Na terceira hipótese, pertinente à esfera civil, responde o empresário pelos danos derivados de sua conduta infracional, nos termos da disposição genérica de lei referente à responsabilidade extracontratual (CC, art. 159). A legitimidade ativa para a correspondente ação judicial de ressarcimento cabe ao sujeito lesado em seus interesses individuais ou ao Ministério Público, e demais órgãos ou entidades legitimadas para promover a tutela jurisdicional de interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos (art. 29)”.

interesses econômicos lesados e a segunda de promover o desestímulo a prática da infração contra a ordem econômica⁵⁴.

A relevância da atuação de agentes econômicos é evidente quando se estuda o modelo americano⁵⁵, em que a maioria esmagadora de ações e acordos antitrustes se dá no âmbito privado⁵⁶, o que revela o potencial do instrumento da ação indenizatória no reflexo social da política antitruste. Portanto, a partir da exposição do panorama do *enforcement* privado no Brasil, serão feitos apontamentos sobre a experiência norte-americana e brasileira sobre a prática do *enforcement* privado para a busca de reparação de danos concorrenciais.

1.2.1 PANORAMA DO ENFORCEMENT PRIVADO NO BRASIL

Historicamente, a prática antitruste brasileira tem sido ancorada no *enforcement* público. Como consequência, a atividade contenciosa do antitruste privado é de natureza incipiente no Brasil⁵⁷. Nos últimos anos, entretanto, alguns pontos de inflexão contribuíram para intensificar os debates sobre o *enforcement* privado no Brasil. Esses pontos de inflexão, alguns precedentes judiciais e uma estrutura legislativa resumem a situação atual da aplicação da concorrência privada brasileira.

A antiga Lei da Concorrência⁵⁸ já previa que as partes lesadas poderiam recorrer ao Judiciário para defender seus interesses individuais difusos e que as partes elegíveis poderiam defender direitos individuais coletivos ou homogêneos em juízo, para cessar as práticas

⁵⁴ PFEIFFER, **Defesa da concorrência...**, cit., p. 251.

⁵⁵ FORGIONI, **Os fundamentos do antitruste**, cit., p. 156. Ensina Forgioni: “Nos Estados Unidos, grande parte das ações é promovida por agentes econômicos privados, e não pelas agências encarregadas da aplicação do Sherman Act. Na União Europeia, grande esforço tem sido feito para o aumento do grau de implementação privada das regras antitruste, especialmente ações que visam a obter indenização por infrações às normas de tutela da concorrência”.

⁵⁶ “A litigância privada é mais comum nos Estados Unidos e também, mesmo que em menor grau, em outros países de tradição de common law, como é o caso do Reino Unido. Já nações de direito mais fortemente baseado no civil law, como a Europa Continental e mesmo o Brasil, têm menor grau de litigância privada, apoiando-se na atuação de agentes públicos. [...]. No direito norte-americano, o § 4o do Clayton Act estatui que qualquer pessoa prejudicada em seus negócios ou propriedade em virtude de qualquer pessoa prejudicada em seus negócios ou propriedade em virtude de qualquer evento proibido na legislação antitruste deve recobrar três vezes os danos sofridos e as custas razoáveis com advogado. Neste contexto, as class actions têm função dissuasora e punitiva dos ilícitos antitruste, em que se destaca a aplicação de treble damages (indenização em triplo). [...] Estima-se que, na realidade norte americana, 95% das ações com matéria antitruste sejam ajuizadas por demandantes privados. [...] Os acordos privados anunciados nos Estados Unidos até o momento totalizaram, ainda, quatro vezes as multas impostas pelo governo norte-americano a cartéis internacionais”. Cf. FREITAS, Paulo Felipe Carneiro de. **Tutela Coletiva da Responsabilidade Civil por Infração à ordem econômica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 5.

⁵⁷ MATION, Gisela Ferreira. **As Ações Cíveis para Cessação e Reparação de Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil**. III Prêmio Seae de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica Monografia – Escola de Administração Fazendária do Ministério da Fazenda, Brasília, 2008, p. 281.

⁵⁸ Lei nº 8.884/ 1994.

anticompetitivas e buscar reparação de perdas e danos. Tal disposição também considerava que a existência de um processo administrativo é independente, não sendo evitado nem suspenso com a propositura de ação judicial. Esta mesma disposição é reproduzida no artigo 47º da atual Lei de Defesa da Concorrência.

Uma das primeiras ações privadas de defesa da concorrência para reparação de prejuízos causados por cartéis foi ajuizada em 2006, perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, e relacionava-se ao caso do cartel de aços longos⁵⁹. Nesse caso, o grupo Cibrao obteve uma liminar obrigando a Arcelor-Mittal a adotar o mesmo preço, ajustado pela inflação, que vigorava antes do período do cartel (Cartel do Aço)⁶⁰. Esse processo ocorreu após decisão do CADE, em 2005, que multou os fabricantes de aços longos por fixação de preços, alocação de clientes e manutenção do preço de revenda. Nessa ocasião, os tribunais decidiram favoravelmente sobre a reparação de perdas da política de superfaturamento do cartel.

Em 2010, o CADE inovou quando o Conselheiro Fernando Furlan, relator do processo administrativo que ensejou a condenação das empresas envolvidas no Cartel dos Gases Industriais⁶¹, recomendou que cópia da decisão do Cartel Gases Industriais fosse enviada às partes potencialmente lesadas (Conselho Federal de Medicina, Confederação Nacional da Indústria, Associação Nacional de Hospitais Privados e Federação Brasileira de Hospitais) com o objetivo de habilitá-las e incentivá-las a buscar a recuperação dos danos causados pela conduta anticompetitiva. Nesse contexto, uma das ações civis públicas decorrentes desse esforço de divulgação por parte do CADE foi proposta pela Associação dos Hospitais de Minas Gerais⁶². Em outras palavras, a atuação do CADE colaborou e incentivou para a propositura da ação civil pública pela Associação dos Hospitais de Minas Gerais. Portanto, é possível identificar o movimento ativo, desde 2010, do CADE na promoção e incentivo das vítimas para entrarem com ações posteriores no judiciário civil para buscar a reparação por danos causados.

⁵⁹ Processo nº002406984815-8 – Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

⁶⁰ NOMAN, Gustavo Lage. **Das provas em processo concorrencial**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 197.

⁶¹ Ato de Concentração nº 08012.007085/1998-06. Requerentes: Air Products Gases Industriais Ltda. E Química da Bahia Indústria e Comércio S.A.

⁶² BRASIL. 28ª Vara Cível de Belo Horizonte. Ação Civil Coletiva nº 7099345-90.2009.8.13.0024 – MG. Autor: Associação dos Hospitais de Minas Gerais; Réu: White Martins Gases Industriais LTDA. e outros. Belo Horizonte, MG, 25 de setembro de 2009.

Em 2016, as discussões sobre a atividade contenciosa no antitruste privado cresceram quando uma decisão histórica do Supremo Tribunal de Justiça (STJ)⁶³, (decisão no Cartel de Compressores⁶⁴), ordenou que o CADE divulgasse documentos confidenciais originados de um acordo de leniência. A decisão no Cartel de Compressores possibilitou que os documentos oriundos do acordo de leniência subsidiassem os pedidos de indenização na medida em que o arcabouço legal dos programas de leniência previa apenas imunidade administrativa e criminal, e não civil. Além disso, foi fundamentada na regra de publicidade obrigatória para atos da administração pública brasileira. Assim, a justificativa do STJ foi manter os documentos obtidos no âmbito de um programa de leniência como sigilosos e estender tal *status* à esfera cível, mesmo após o encerramento da investigação do CADE, perpetuando o dano a terceiros e, por extensão, dando aos requerentes da leniência um benefício que não é respaldado por lei.

Após recursos interpostos pelo CADE em relação à decisão no Cartel de Compressores, em 2018 o tribunal esclareceu que, via de regra, os documentos obtidos no âmbito de um acordo de leniência só poderiam ser disponibilizados após uma decisão final do CADE e não podem incluir segredos comerciais e informações concorrencialmente sensíveis.

Continuando a evolução do *private enforcement* no Brasil, em 2018 entraram em vigor significativas mudanças. A Secretaria de Produtividade e Defesa da Concorrência (Seprac), uma entidade vinculada ao Ministério da Fazenda, emitiu diretrizes com métodos e ferramentas que poderiam ser usados para detectar cartéis, quantificar sobretaxas e quantificar a transferência de sobretaxas⁶⁵.

Em março de 2018, o CADE foi submetido a uma revisão por pares da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁶⁶, que consistiu em uma avaliação ampla e minuciosa da política e legislação concorrencial brasileira e sua adequação aos padrões definidos pela OCDE. Nessa oportunidade, a OCDE reconheceu os notáveis esforços que o CADE havia feito para a promoção *enforcement* privado, mas identificou alguns

⁶³ REsp nº 1554986/SP, Terceira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze.

⁶⁴ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.005069/2010-82. Representante Secretaria de Direito Econômico ("SDE") ex officio. Representados(as): Valter Taranzano, Lars Snitkjaer, Keishi Masuda.

⁶⁵ Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/calculo-de-danos-em-carteis/view>. Acesso em: 6.11.2021.

⁶⁶ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD). **OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil**. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-ENG-web.pdf>. Acesso em: 6.11.2021.

obstáculos que a autoridade brasileira deveria enfrentar para alcançar a eficácia de sua aplicação, quais sejam: (i) desafio na obtenção de provas; (ii) alto custo em entrar com ações no judiciário; e (iii) prazo de prescrição curto.

Ainda em 2018, com o objetivo de incentivar ainda mais a popularização das ações reparatórias de danos concorrenciais, o CADE editou a Resolução CADE nº 21/2018⁶⁷, que regulamentou o acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos como subsídio para fundamentar os pedidos de reparação de danos, estendendo-se, inclusive, aos documentos oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão. Tudo isso com o intuito de fomentar as ações de reparação de danos concorrenciais, explicitamente evidenciada na Seção III da Resolução 21/2018, que estabeleceu o ressarcimento judicial ou extrajudicial no âmbito de ações de reparação por danos concorrenciais como atenuante na dosimetria de multas e contribuições pecuniárias estipuladas pelo Tribunal do CADE.

Como um passo para superar o desafio de acesso às provas dos processos administrativos, em 2019, o CADE emitiu a Portaria nº 869/2019⁶⁸, que, no âmbito da Resolução CADE nº 21/2018, estabeleceu o procedimento para o acesso dos documentos produzidos por meio das investigações públicas. Ainda, instituiu que excepcionalmente, o pedido de concessão de acesso a documentos e as solicitações de acesso às informações de processos julgados antes da Resolução nº 21/2018 poderiam ser aceitos antes do julgamento do processo. Por fim, o normativo estabeleceu à obrigatoriedade da divulgação em campo próprio no site da autarquia a listagem dos processos julgados com documentos e informações disponibilizadas para colaborar com o fomento das ações civis de reparação por danos concorrenciais.

Enfim, considerando as diversas iniciativas do CADE, aliadas ao evidente benefício do incentivo de um sistema de *enforcement* privado para a dissuasão de condutas anticompetitivas, o Poder Legislativo, na forma de Projeto de Lei de iniciativa do Senado Federal, editou o PLS 283/2016, que hoje tramita na Câmara dos Deputados como PL 11.275/2018. Essa iniciativa normativa tem como objetivo engajar o fomento às ações de

⁶⁷ Disponível em: <http://en.cade.gov.br/cade/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-21-de-12-de-setembro-de-2018.pdf/view>. Acesso em: 6.11.2021.

⁶⁸ Disponível em: <https://portal.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-869-de-16-de-dezembro-de-2019-234051550>. Acesso em: 6.11.2021.

reparação de danos concorrenciais, introduzindo relevantes alterações processuais⁶⁹ e incluindo mecanismos de incentivo à execução privada. Dentre os incentivos, se propõe o duplo ressarcimento de prejuízos sofridos em decorrência de infrações à ordem econômica e o prazo de prescrição para ações privadas de defesa da concorrência, enquanto a investigação estiver em andamento no CADE.

O CADE visivelmente continua focado na prevenção de condutas anticompetitivas no Brasil e seus esforços já incluíram medidas relevantes para promoção do litígio privado como uma ferramenta complementar à aplicação pública.

O país ainda carece de uma forte cultura de contencioso privado⁷⁰ e existem desafios relevantes que ainda devem ser enfrentados. Dentre os desafios, destaca-se aqueles relacionados às custas, dificuldades processuais, complexidade econômica das discussões, falta de *expertise* do judiciário e potencial risco de retaliação, que serão discutidos no decorrer desta Tese de Láurea. No entanto, o CADE está claramente buscando se alinhar com outras jurisdições mais maduras no que diz respeito à aplicação da concorrência privada.

1.2.2 ESFERA CIVIL

Aliado ao disposto na Lei de Defesa da Concorrência, o Código Civil Brasileiro e o Código de Processo Civil também estabelecem normas gerais que regem os processos de litígios privados, em que tanto pessoas físicas quanto jurídicas podem ser processadas, individualmente ou coletivamente. As ações coletivas, por sua vez, são regidas por um regime jurídico específico que reúne diversas leis e regulamentos, como o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública⁷¹, conforme será melhor explorado adiante.

Dentro da esfera civil, como demonstrado acima, os prejudicados, independentemente de inquérito ou processo na esfera administrativa ou penal, podem ingressar em juízo em defesa de seus interesses para obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica e, por conta dela, o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos.

⁶⁹ PITTHAN, Job Mendes Coelho. **Alterações processuais do PL 11.275/2018**: sua relevância para o desenvolvimento das ações de reparação civil por danos decorrentes de condutas anticompetitivas. Tese de Conclusão de Curso (Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p.46.

⁷⁰ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD). **OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy**: Brazil. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-ENG-web.pdf>. Acesso em: 6.11.2021.

⁷¹ Lei nº 7.347/1985.

A propositura das demandas reparatórias por danos concorrenciais, assim como qualquer outro tipo de demanda judicial, encontra sua primeira justificativa na Constituição Federal, garantida pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, presente no artigo 5º, inciso XXXV, que preceitua “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Isso significa que é garantido a todo o cidadão brasileiro o livre acesso ao Poder Judiciário e o pleno poder para aplicar o direito antitruste na condenação daqueles que ofenderem a livre concorrência, podendo exigir indenização aos prejudicados.

Da mesma forma, o Código de Processo Civil, em seu artigo 3º também reflete o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição quando dispõe que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

O legislador antitruste, no Código Civil de 2002, prescreveu em dispositivo expresso o direito a reparação privada, independentemente da ação administrativa, mas não independente de seus próprios princípios. A existência de norma expressa garantindo o *enforcement* privado é um dado importante a ser considerado na presunção de que, diante do Código Civil vigente, existe a possibilidade de pedir indenização privada por perdas e danos, ou seja, nem precisaria ser particularmente regulamentada em lei própria⁷², muito embora seja.

Desse modo, a tarefa de reparar ou compensar os prejuízos sofridos pelos prejudicados fica a cargo das ações indenizatórias, sendo essas, naturalmente, um dos objetivos principais da responsabilidade civil em matéria antitruste.⁷³

Quanto à competência, como regra, as ações que envolvam demandas do CADE devem ser propostas na Justiça Federal, por conta da natureza jurídica de autarquia da autoridade, conforme preconiza o artigo 109º da Constituição Federal⁷⁴. São propostas na Justiça Estadual apenas nos casos em que a autarquia não possui participação, em virtude de

⁷² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, 2013, p. 21.

⁷³ Em documento da Comissão Europeia sobre a reparação de danos causados por infrações concorrenciais, destaca-se que —*compensation of the harm is fundamental so that companies who comply with the law do not suffer from a competitive disadvantage, and victims who are harmed do not bear the costs of the infringements: these costs must be borne by the infringers. Victims have a right to compensation, as confirmed by the ECJ, and it is fundamental that they can enforce it effectively* (Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, 2008, p. 10).

⁷⁴ Constituição Federal, artigo 109: “aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;”

sua competência residual. No entanto, este entendimento ainda não é pacífico na doutrina e na jurisprudência, com diversos casos considerando que o simples fato da lide versar sobre matéria concorrencial faria com que tais demandas fossem de competência exclusiva da Justiça Federal⁷⁵.

1.2.2.1 PREJUDICADOS

O artigo 47º da Lei de Defesa da Concorrência nomeia os sujeitos legitimados como “prejudicados”⁷⁶, isto é, aqueles que sofreram prejuízo pela violação de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, por força de práticas que constituam infração da ordem econômica, e prevê a tutela reparatória de danos causados a esses prejudicados, por si ou por meio de legitimados coletivos.

Não obstante, dado que o CADE não tutela interesses individuais, a Lei de Defesa da Concorrência busca disciplinar os interesses privados de forma que os prejudicados mencionados no texto sejam entendidos como qualquer pessoa, natural ou jurídica, que tenha sofrido dano decorrente da conduta anticompetitiva, direta ou indiretamente.⁷⁷

Sendo assim, a legitimidade *ad causam*, portanto, é usufruída por tais prejudicados, em interesses individuais, ou por intermédio dos sujeitos revestidos de legitimidade por força do artigo 82º do Código de Defesa do Consumidor, nos casos de tutela jurisdicional de interesse individual homogêneo⁷⁸.

Esses prejudicados podem ser classificados conforme (i) a posição ocupada pelo sujeito em relação ao agente infrator, podendo ser comprador direto ou indireto, vendedor direto ou indireto e competidor; e (ii) os tipos de sujeitos lesados, como as empresas,

⁷⁵ VERÍSSIMO, Levy Borges de Oliveira; MENDONÇA, Nayara. **A competência do Poder Judiciário na análise de demandas concorrenciais autônomas (ações stand alone)**. São Paulo, Editora Singular, 2018, p. 114.

⁷⁶ FERRAZ JUNIOR, **Direito da concorrência e enforcement privado...**, cit., p. 21.

⁷⁷ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. **Direito concorrencial**. Coleção tratado de direito empresarial. Vol. 7. Coordenação Modesto Carvalhosa. 2ª ed. São Paulo. Editora Thomsom Reuters Brasil. 2018, p. 1204.

⁷⁸ Código de Defesa do Consumidor, artigo 82º. Para os fins do artigo 81º, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Ministério Público Estadual e o consumidor⁷⁹. Normalmente, a empresa lesada é aquela, de médio ou grande porte, é capaz de suportar o custo das demandas reparatórias e de ser economicamente beneficiada de forma satisfatória em caso de sucesso.

Em contrapartida, normalmente, o consumidor é aquele com mais dificuldade de arcar com o prejuízo e que na maioria dos casos sofre dano tão pequeno e, por isso, não se sente financeiramente estimulado a buscar reparação. Enquanto a empresa pode ocupar qualquer posição em relação ao infrator, o consumidor é, necessariamente, um comprador direto ou indireto⁸⁰.

No sentido a jusante da cadeia produtiva, o prejudicado pode ser aquele que tenha absorvido uma parte do sobrepreço do insumo. Já no sentido montante, os fornecedores também podem ser prejudicados na medida em que o aumento do preço do produto pode gerar uma diminuição na quantidade de vendas, afetando também a quantidade de insumos comprados pelos agentes intermediários.

No caso de cartel, os agentes do mercado que competem nos mercados horizontalmente relacionados também podem ser prejudicados por enfrentarem uma assimetria de informação e pela potencial distorção artificial do mercado. Ainda, as práticas podem conduzir a um sobrepreço, gerando o chamado efeito guarda-chuva ou *umbrella effect*. Esse efeito ocorre quando um cartel bem-sucedido causa dano até mesmo aos consumidores que não comprem do cartel, mas de empresas não-cartelizadas no mesmo mercado relevante que acompanham o preço combinado do cartel. Isso ocorre porque estas empresas enfrentarão um aumento artificial dos preços e, conscientes ou não do cartel, acompanham o preço do mercado.

O consumidor, por sua vez, é aquele direta ou indiretamente afetado pela conduta anticompetitiva. É a ponta final da cadeia de prejudicados porque a conduta anticompetitiva, em geral, gera o aumento do custo do produto para o consumidor.

O pagamento de preço acima do valor normal de mercado em função das atividades é de fácil definição nos casos de cartel. Representa a diferença entre o preço pago pelo produto antes e o preço pago depois do início das atividades do cartel. Esse valor é um contraponto ao

⁷⁹ GOMES, *Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória...*, cit., p. 271.

⁸⁰ GOMES, *Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória...*, cit., p. 272.

ganho dos cartelistas decorrente do sobrepreço⁸¹, e demonstra que o principal prejudicado da cadeia é o consumidor final.

1.2.2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem papel protagonista para a pretensão indenizatória no exercício de pressão contrária às práticas anticompetitivas. A responsabilidade é alocada no direito civil dado que a busca pelo ressarcimento da vítima e a sua reintegração a situação anterior à violação⁸² apenas pode ocorrer no âmbito da ação de reparação civil, mesmo que o ato praticado também tenha violado obrigações previstas na legislação administrativa e penal.

A regra geral de responsabilidade civil é tratada no Livro I do Código Civil como uma fonte de obrigações e trata-se de uma reação provocada pela infração em que se tenha verificado um prejuízo a um dever preexistente que resulta em dano a terceiros⁸³.

Em outras palavras, a responsabilidade civil instituída pelo artigo 927º do Código Civil prevê que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Entretanto, essa responsabilização não é automática. Para que exista a responsabilidade, é preciso a demonstração de elementos essenciais, que variam conforme o ilícito praticado. Em regra, a responsabilidade civil tem como pressuposto a demonstração dos seguintes elementos: (i) ato ilícito, (ii) dano, (iii) culpa ou dolo e (iv) nexo de causalidade.

Nesse sentido, a pretensão à indenização e responsabilidade pelo dano privado concorrencial exige que sejam cumpridas três condições para a sua configuração: (i) a existência de uma violação da Lei de Defesa da Concorrência; (ii) o dano que causou o prejuízo na capacidade concorrencial do prejudicado; e (iii) nexo causal. Se preenchidas essas condições, segue a apuração econômica do dano⁸⁴, independente de culpa do agente.

⁸¹ MAGGI, **Cartel...**, cit., p. 92.

⁸² “Em verdade, a responsabilidade civil é a forma jurídica mais direta pela qual, no terreno do Direito Privado, viabiliza-se do princípio. É a única via – dado o caráter limitado do Direito Penal nessa matéria, pois é essencialmente expiatório – em que o juiz é o agente internacionalizador. Quando todos os outros mecanismos (prevenções, sanções administrativas, penais) mostraram-se insuficientes ou falharam por inteiro, pode se dizer que a responsabilidade civil é a ultima ratio do processo de internalização”. Cf. BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Revista de direito ambiental, São Paulo, v. 3, n. 9, jan./mar. 1998, p. 16.

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35

⁸⁴ FERRAZ JUNIOR, **Direito da concorrência e enforcement privado...**, cit., p. 21.

Assim que comprovada a existência da responsabilidade, cumpre-se suas funções, quais sejam: (i) função preventiva; (ii) função repressiva e (iii) função reparatória/compensatória⁸⁵ que, conforme será demonstrado adiante, também são aplicadas no contexto da responsabilidade civil em matéria concorrencial⁸⁶.

A partir descrição acima, é preciso destacar que a responsabilidade civil pela prática de infração à ordem econômica configura duas hipóteses de responsabilidade, a objetiva ou a subjetiva⁸⁷.

O parágrafo único do artigo 927º do Código Civil prevê a responsabilidade sem culpa, nos casos especificados em lei. Não obstante, o artigo 36º da Lei de Defesa da Concorrência dispõe expressamente que a infração à ordem econômica ocorre independentemente de culpa e, ao mesmo tempo, assegura o direito dos prejudicados por referidas infrações ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes. A conjugação desses dispositivos permite sustentar que a responsabilidade civil por danos decorrentes de infrações à ordem econômica prescinde da demonstração do elemento culpa, bastando a demonstração da existência do ato ilícito, do dano e do nexo causal⁸⁸.

O ato ilícito é a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viole direito e cause dano a outrem⁸⁹, ou, ainda, o exercício de direito que exceda manifestamente os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes⁹⁰.

⁸⁵ TERESA ANCONA LOPEZ escreve que —na doutrina estrangeira, divergem os autores sobre o elenco das funções da responsabilidade civil, mas em todas elas há sempre duas funções que são primordiais: a) a função reparatória ou compensatória; b) a função preventiva, (Princípio da Precaução..., cit., pp. 72- 73). Sobre a função preventiva da responsabilidade civil, cf. MENDONÇA, Diego Naves. **Análise Econômica da Responsabilidade Civil: O Dano e sua Quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012.

⁸⁶ MAGGI, **Cartel**., cit., p. 93..

⁸⁷ CASELTA, **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**, cit., p. 102.

⁸⁸ Também se poderia cogitar da existência de responsabilidade objetiva em decorrência da teoria do risco, expressa na parte final do parágrafo único do art. 927º (—quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem). Nesse ponto, embora haja certa divergência na doutrina sobre a interpretação do dispositivo, a responsabilidade objetiva nesses casos decorre de um risco que seja inerente à natureza da atividade desenvolvida (cf. VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Obrigações e Responsabilidade Civil**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 10-11). Tal descrição não se amolda à responsabilidade civil pela prática de cartel, que decorre de um ilícito cometido pelos infratores com o objetivo de aumentar os lucros, não guardando qualquer relação com a natureza da atividade normalmente desenvolvida pelas empresas cartelizadas. Por esse motivo, entende-se que a teoria do risco não constitui fundamento adequado para justificar o caráter objetivo da responsabilidade civil por cartel.

⁸⁹ Código Civil, artigo 186º.

⁹⁰ Código Civil, artigo 187º.

Especificamente em relação às demandas movidas por consumidores, diretamente ou mediante substituição processual na tutela coletiva, a responsabilidade objetiva também pode ser sustentada com base nos artigos 12º e 14º do Código de Defesa do Consumidor, que preveem a responsabilidade objetiva do fornecedor por danos causados aos consumidores em decorrência da relação de consumo⁹¹. Do ponto de vista da responsabilidade civil, incide a obrigação da empresa reparar os danos morais e materiais que tenham sido gerados aos consumidores⁹².

É interessante destacar que, em matéria concorrencial, como esclarece o professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a responsabilidade civil tem por objeto o ressarcimento de prejuízos cujo núcleo causal está não na propriedade, no sentido da reparação civil individual, mas sim, na atmosfera competitiva, em linha com o interesse difuso, individual ou individual homogêneo. Ou seja, o principal prejudicado por um dano concorrencial é a própria concorrência, como instituição⁹³, mas que, para fins de reparação, é personificada e individualizada no agente econômico que o sofre⁹⁴.

1.2.2.3 DANO

O dano é um dos elementos fundamentais indispensáveis para caracterizar a responsabilidade civil por dano concorrencial. Representa a lesão à esfera jurídica da vítima com reflexos patrimoniais ou morais que, observados os demais requisitos, ensejam a responsabilidade civil.

⁹¹ NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY defendem que —não havendo, na norma comentada, exigência da demonstração da conduta (dolo ou culpa) do agente para que ocorra o dever de indenizar, a conclusão é de que foi adotada a responsabilidade objetiva como sendo o sistema geral da responsabilidade do CDC. Assim, toda indenização derivada da relação de consumo sujeita-se ao regime de responsabilidade objetiva, salvo quando o Código expressamente disponha em contrário, como fez, v.g., no CDC, 14 § 4º (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis Civis Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 269). A respeito da responsabilidade objetiva no âmbito das relações de consumo, ver também: LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 15-43.

⁹² STJ - AgRg no Ag 1045667 – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - 4ª T.- DJe 06/04/2009.

⁹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2021, p. 75-81.

⁹⁴ FERRAZ JUNIOR, **Direito da concorrência e enforcement privado...**, cit., p. 22.

Na concepção clássica, o dano era definido como toda e qualquer diminuição patrimonial, material ou moral⁹⁵. Já sob a ótica de uma concepção mais abrangente, é todo prejuízo que alguém sofre pela violação de seus bens jurídicos⁹⁶.

Atualmente, o dano é usualmente definido como a lesão de um interesse juridicamente protegido, podendo consistir na perda ou danificação de uma coisa, ou na ofensa a integridade física, moral ou psíquica de uma pessoa⁹⁷.

O legislador, por sua vez, definiu o dano no Código Civil como toda e qualquer lesão que cause um prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial, sendo que toda lesão gera o dever de indenizar, ou seja, todo o dano deve ser reparado⁹⁸.

A precisão das espécies de danos causados por infrações à ordem econômica dependerá do caso concreto e a análise dos efeitos da conduta é essencial para isso. Independentemente das diferentes posições ocupadas pelos prejudicados em relação às infrações⁹⁹, os danos individuais patrimoniais que estão sujeitos indenização podem ser divididos, fundamentalmente, em duas espécies típicas¹⁰⁰, os danos emergentes e os lucros cessantes¹⁰¹.

⁹⁵ “O conceito clássico de dano, aquele que se encontra na maioria dos autores que tratam do assunto, sendo por isso o mais divulgado, é o que se entende o dano como uma diminuição do patrimônio, tanto material quanto moral” (LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 3ª ed. rev. São Paulo: RT, 2004, p. 23).

⁹⁶ “Todo o prejuízo que o sujeito de direitos sofra através da violação dos seus bens jurídicos, com exceção única daquele que a si mesmo tenha inferido o próprio lesado: êsse é juridicamente irrelevante” (FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Trad. de António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 7). No mesmo sentido, para Atilio Aníbal Alterini o dano pode ser compreendido de duas formas: “em sentido amplo, há dano toda vez que é lesado um direito subjetivo. Por outro lado, para que haja dano em sentido estrito, a lesão deve recair sobre certos direitos subjetivos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, cujo desrespeito gera, em determinadas circunstâncias, uma sanção patrimonial”. Tradução livre de: “en sentido amplio hay daño toda vez que se lesiona un derecho subjetivo. En cambio, para que haya daño en sentido estricto la lesión debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera – en determinadas circunstancias – una sanción patrimonial” (ALTERINI, Atilio Aníbal. **Responsabilidad civil: límites de la reparación civil**. Vol. 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974, p. 123).

⁹⁷ BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria Geral do Dano**. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 43-44.

⁹⁸ Código Civil brasileiro, artigo 159.

⁹⁹ GOMES, **Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos individuais...**, cit., p. 336.

¹⁰⁰ Para uma outra classificação quanto às espécies de danos causados por infrações à ordem econômica, ver KOMNINOS, Assimakis (Coord.). **Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts**. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 13

¹⁰¹ GOMES, **Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos individuais...**, cit., p. 336.

Os *danos emergentes* podem ser definidos como as perdas efetivas sofridas pela vítima em razão da lesão, reduzindo o valor econômico de seus bens¹⁰². Assim, são eles os prejuízos diretos decorrentes da lesão e que efetivamente causam perda à vítima.

Leciona Pontes de Miranda que os danos emergentes consistem na diminuição patrimonial sofrida pela vítima.¹⁰³ É a diminuição efetiva do patrimônio daquele que sofreu os efeitos do ato ilícito caracterizado pelo impacto direto e imediato do ilícito sobre o patrimônio da vítima.

No direito concorrencial, provocada à infração, os danos emergentes são vistos como a consequência da alteração artificial do mercado, como a distorção do preço ou da qualidade do produto¹⁰⁴. Essa distorção configura-se a partir de ambas as modalidades de condutas anticompetitivas, colusivas e unilaterais, que, como efeito, provocam a alteração artificial do preço ou produto. No caso dos cartéis, um dano emergente que pode ser identificado é o valor pago a mais pelo comprador pelo produto cujo preço foi aumentado em razão da combinação de preços¹⁰⁵.

Os *lucros cessantes*, por sua vez, são tratados pelo Código Civil como sendo a perda do ganho esperável. Tudo aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar¹⁰⁶ pela conduta do infrator. Em outras palavras, são os valores que deixarão de ser acrescidos aos bens jurídicos da vítima, ou seja, tudo aquilo que ela deixará de ganhar¹⁰⁷.

Nesse sentido, Rui Stoco argumenta que o critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto¹⁰⁸.

A ocorrência dos lucros cessantes é independente dos danos emergentes, pois a vítima pode sofrer apenas perdas ou deixar de ganhar, mesmo sem perder nada, mas as duas situações também podem se cumular.¹⁰⁹

¹⁰² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. Vol. 4. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 328.

¹⁰³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado Direito Privado**. Parte especial, Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies; Fontes e espécies de obrigações. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958, p. 213.

¹⁰⁴ FRANCISCO, André Marques. **Responsabilidade civil por infração da ordem econômica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 81

¹⁰⁵ MAGGI, **Cartel...**, cit., p. 147.

¹⁰⁶ Código Civil, artigo 402.

¹⁰⁷ MONTEIRO, **Curso de direito civil...**, cit., p. 328.

¹⁰⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1236.

Em matéria antitruste, o lucro cessante corresponde ao lucro que a vítima deixou de aferir em razão da redução de seu volume de vendas, seja porque a infração tornou seus produtos muito custosos (reduzindo sua demanda), seja porque a infração o excluiu ou gerou altas barreiras à entrada em determinado mercado¹¹⁰.

No exemplo dos cartéis, a diferença entre o preço do produto sob a influência do cartel e o preço menor que poderia custar em ambiente concorrencial, decorrente da diminuição do custo de produção atingida pela evolução normal do mercado, é um exemplo de lucro cessante. Assim, enquanto o dano emergente é o valor que o comprador paga acima do preço normal de mercado, o lucro cessante é o que poderia pagar abaixo do valor normal de mercado por decorrência do desenvolvimento da produção e redução de custos¹¹¹.

De maneira sintética, ensina o jurista António Menezes Cordeiro que o dano emergente é o que resulta da frustração de uma vantagem já existente e o lucro cessante advém da não concretização de uma vantagem que, doutra forma, operaria¹¹².

1.2.2.4 OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Partindo para a obrigação de indenizar, tem-se que o pressuposto da indenização é a efetiva ocorrência do dano, tanto na esfera patrimonial como na moral¹¹³. A partir da demonstração do dano, surge o dever e a obrigação de indenizar. Nesse sentido, ensina Pontes de Miranda que: “*quem indeniza torna indene o que foi danificado, o que algum fato atingiu, diminuindo o valor, ou extinguindo-o. Quem danificou há de indenizar*”¹¹⁴.

Na mesma linha, nos ensina Orlando Gomes:

As obrigações provenientes de atos ilícitos não possuem conteúdo diverso das demais, oriundas de fontes diversas; a obrigação de reparar danos tem como objeto prestação especial, que consiste no ressarcimento dos prejuízos causados a uma pessoa por outra ao descumprir obrigação contratual ou praticar ato ilícito. Ao objeto dessa obrigação dá-se o nome de “indenização”¹¹⁵.

¹⁰⁹ MAGGI, **Cartel...**, cit., p. 149.

¹¹⁰ FRANCISCO, **Responsabilidade civil por infração da ordem econômica**, cit., p. 82.

¹¹¹ MAGGI, **Cartel...**, cit., p. 149.

¹¹² CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 552.

¹¹³ GONÇALVES, **Responsabilidade civil**, cit., p. 545.

¹¹⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. T. XXVI. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 49.

¹¹⁵ GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33 e p. 50.

Nesse sentido, a indenização pode ser definida como o ressarcimento do prejuízo que foi gerado ao lesado, que deve ser suficiente para ressarcir completamente o prejuízo resultante da lesão sofrida pela vítima.

Conforme dispõe o artigo 944º do Código Civil¹¹⁶, a apuração do valor devido para indenização deve ser feita de acordo com a extensão do dano gerado à vítima.

Pontes de Miranda ainda ensina que:

(...) a reparação pecuniária é um caminho; se não se tomou esse caminho, elimina previamente a tutela dos interesses mais relevantes. Não só no campo de direito penal se deve reagir a ofensa à honra, à integridade física e moral, a reputação e a tranquilidade psíquica¹¹⁷.

Assim, a fixação da indenização varia muito de acordo com o caso concreto e depende do dano gerado e de todas as circunstâncias que o cercam. Para os casos de prejuízos materiais, a quantificação do valor da indenização reflete a reconstituição do *status quo ante*, sendo um parâmetro concreto. De outro lado, a indenização para casos de prejuízos morais é mais complexa porque depende de critérios subjetivos para se alcançar um parâmetro. Continuando nas palavras de Pontes de Miranda, “a indenização não é segundo o valor comum, mas pelo valor que em verdade tem para o lesado o bem que se destruiu ou a perda que sofreu”¹¹⁸.

Nesse sentido, a sentença de procedência na ação civil pública¹¹⁹ tem como efeito secundário “tornar certa a obrigação do réu de indenizar os danos individuais decorrentes do ilícito civil objeto da demanda, permitindo aos respectivos titulares do direito à reparação (vítimas e seus sucessores) a imediata liquidação e execução, independentemente de nova sentença condenatória”¹²⁰.

¹¹⁶ Código Civil Brasileiro, artigo 944: A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

¹¹⁷ MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado. Parte especial. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966, p. 182.

¹¹⁸ MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. Parte especial. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966, p. 183.

¹¹⁹ Lei nº 8.078/1990, artigo 103, §3º.

¹²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 66.

A partir da definição acima, a indenização cumpre importante papel em dissuadir os agentes do mercado de novas práticas infrativas, sejam por impedir a reincidência, em seu caráter punitivo, ou por desestimular o surgimento de novos infratores preventivamente¹²¹.

Quanto aos danos decorrentes de condutas anticompetitivas, sabendo do potencial dissuasório das indenizações, o Projeto de Lei 11.275/2018 que foi editado e hoje tramita na Câmara dos Deputados, prevê que terão direito a ressarcimento em dobro, os prejudicados por infrações previstas no art. 36º, §3º, I e II da Lei de Defesa da Concorrência, sendo incluídas nessa classificação as condutas comerciais uniformes ou concertadas entre concorrentes, bem como qualquer ajuste, combinação ou manipulação de mercado realizado entre eles.

No entanto, existem obstáculos que podem dificultar a indenização e desencorajar os reclamantes de buscarem reparação em tribunal, como as dificuldades em obter provas, em fornecer análises econômicas e legais complexas que comprovem o nexo causal entre a conduta e o dano sofrido, assim como as dificuldades no cálculo dos danos e indenizações.

Muito embora o CADE faça questão de encorajar ações judiciais porque as enxerga como um mecanismo poderoso para combater esses ilícitos, devido a esses obstáculos, ainda faltam incentivos para que as vítimas busquem indenização por danos decorrentes de condutas anticompetitivas.

1.3 COOPERAÇÃO ENTRE O *ENFORCEMENT* PÚBLICO E PRIVADO

A aplicação do *enforcement* público e privado deve ser vista como ferramenta complementar, uma vez que ambos servem ao mesmo objetivo final: garantir o cumprimento ideal das regras de concorrência. A interação entre o *enforcement* público e privado, se estruturada de forma eficiente, reflete em sinergia e cooperação muito positiva entre as duas esferas.

¹²¹ “Mas o simples facto de a obrigação de indenizar se basear, e, regra, na culpa do agente, não pode deixar de levar ao reconhecimento de que a responsabilidade meramente civil exerce, ainda que em plano secundário ou indirecto, uma função punitiva e preventiva. Aliás, verifica-se a tendência para tomar em conta, na graduação da responsabilidade meramente civil, a maior ou menor culpabilidade do agente e, como veremos adiante, essa tendência não é estranha ao nosso direito” (cf. JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1972, p. 52); Ainda, “Essa [função reparatória], não é a única função reconhecida à responsabilidade civil. Atualmente reconhece-se que, a par delas, a responsabilidade civil desempenha outras importantes funções, uma sancionatória (ou punitiva) e outra preventiva (ou dissuasória)” (cf. NORONHA, Fernando. Desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 761, n. 88, mar. 1999, p. 40).

Assimakis Komninos¹²² ensina que um sistema eficaz de *enforcement* privado não altera o objetivo basilar das regras de concorrência fundamentadas no interesse público, sendo elas a salvaguarda da livre concorrência e não distorção do mercado. Também ensina que a existência de ações privadas é perfeitamente consistente com o interesse público e de forma alguma deve ser pensada como antagônica ao modelo do *enforcement* público.

Idealmente, os dois modelos devem funcionar de forma complementar. Para isso, as esferas administrativas, penais e civis devem se servir do mesmo objetivo principal, qual seja, criar e sustentar uma economia competitiva, alicerçadas no interesse público.

O *enforcement* privado complementa a aplicação pública na medida em que a reparação do prejuízo funciona como importante fator de prevenção de práticas anticompetitivas (“*deterrence*”), quando a sanção se torna superior ao benefício esperado pela prática dos infratores¹²³. Do contrário, não tendo que indenizar diretamente os atingidos, o custo-benefício do ilícito concorrencial fica bem mais atraente para os ofensores.

Uma das formas que o *enforcement* público pode facilitar a execução privada é a partir das demandas *follow-on*, aquelas decorrentes da esfera administrativa que podem ser reaproveitadas esfera privada. Nessas ações, o acesso ao material utilizado pelo CADE para instruir os processos administrativos, tal como os documentos obtidos durante a investigação, torna mais fácil à propositura ação civil, cabendo ao prejudicado apenas concentrar os esforços no levantamento de provas para o dano específico¹²⁴.

A aplicação pública, por ter uma grande visibilidade na mídia, também contribui para a conscientização social sobre a lei da concorrência e para a repercussão da possibilidade de reparação dos danos decorrentes de ilícitos concorrenciais. Essa conscientização social tem

¹²² KOMNINOS, A. P. The relationship between public and private enforcement: quod dei deo, quod caesaris caesari, 2014, p. 142-157, Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228246060_Relationship_between_Public_and_Private_Enforcement_Quod_Dei_Deo_Quod_Caesaris_Caesari] Acessado em: 6.11.2021.

¹²³ Para uma discussão sobre a aplicação do modelo de prevenção ótima de infrações às práticas anticompetitivas, vide: LANDES, William M. Optimal Sanctions for Antitrust Violation. **University of Chicago Law Review**, v. 50, p. 652-678, 1983. Sobre o assunto, MASSIMO MOTTA sustenta que uma efetiva política de prevenção de cartéis depende da existência de instituições que aumentem a probabilidade de identificação e punição de cartéis e da aplicação de sanções que levem os agentes a concluir que os benefícios decorrentes do cartel não compensam a sanção esperada caso a prática seja descoberta.

¹²⁴ WILS, Wouter P.J. The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages. **World Competition**, v. 32, n. 1, pp. 4-32, mar. 2009, p.19-20.

potencial de promover uma cultura litigiosa¹²⁵ em busca da indenização por ofensas concorrenciais e estimular a propositura de mais ações privadas.

A *inexistência* de uma cultura de indenização baseada em ofensas concorrenciais gera um ciclo vicioso perverso. A ausência de difusão da prática torna a matéria antitruste adstrita ao pequeno universo que circunda o órgão regulador e os juristas. Como consequência, abre espaço para que as empresas precifiquem suas ofensas unicamente com base nos cálculos relacionados às multas e política de acordos. Mais do que isso, não havendo ações indenizatórias, não há difusão do conhecimento entre os operadores do direito, o que passa a ser ao mesmo tempo causa e efeito da ausência das indenizações¹²⁶.

Uma das soluções para essa problemática é promoção da judicialização das questões concorrenciais que provocará duas reações. A primeira é o aumento da pressão ao infrator que, além de lidar com possíveis multas administrativas, também ponderará o risco da responsabilização pelo ressarcimento dos danos causados no judiciário, com a construção de uma cultura de defesa do direito concorrencial pelos próprios atingidos. A segunda fará com que a matéria antitruste deixe de ser objeto de uma parte pequena da comunidade de operadores do direito para ampliar sua abrangência profissional e acadêmica¹²⁷.

Nesse sentido, a função educativa depende não apenas do valor das multas impostas aos infratores, mas também da clara difusão acerca do ordenamento e da jurisprudência em matéria antitruste¹²⁸.

Assim, com a união dessas medidas, poder-se-ia vislumbrar a consolidação da cultura da concorrência na medida em que a sociedade teria mais ferramentas e, consequentemente, estaria mais apta para reconhecer e denunciar condutas anticompetitivas; e o legislador, mais apto para julgar.

¹²⁵ WAISBERG, Ivo. Responsabilidade Civil e Direito da Concorrência. In: **Seminário Evolução do antitruste no Brasil – IBRAC**, 2017, São Paulo.

¹²⁶ WAISBERG, Responsabilidade Civil e Direito da Concorrência, cit.

¹²⁷ “Aparentemente, houve preocupação em esclarecer que a tutela administrativa pelo Estado não esgota as ações em face dos infratores, especialmente para ressarcimento de cada indivíduo lesado. O artigo é relevante sob o prisma de despertar o surgimento dessas ações paralelas em função de danos à concorrência, as quais hoje inexistem, na prática, e somente decorrerão da paulatina educação dos cidadãos pela advocacia da concorrência – a qual é importantíssimo instrumental de desincentivo ao cometimento de ilícitos concorrenciais (*deterrence*)” (TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 293).

¹²⁸ FRANCISCO, **Responsabilidade civil por infração da ordem econômica**, cit., p. 50.

Como será aprofundado no capítulo 2.1 desta Tese de Láurea, nos Estados Unidos, a maioria esmagadora de ações e acordos antitrustes se dão no âmbito privado¹²⁹, o que mostra o poderio do instrumento da ação indenizatória no reflexo social da política antitruste.

Dessa forma, a aplicação privada, em colaboração com o CADE, no exercício de sua função dissuasória das ações, colabora com o desencorajamento do agente a praticar condutas anticompetitivas e fortalece o funcionamento da concorrência. É um caso em que o interesse privado contribui de forma significativa para a manutenção de uma concorrência efetiva no país como salvaguarda do interesse público¹³⁰.

¹²⁹ “A litigância privada é mais comum nos Estados Unidos e também, mesmo que em menor grau, em outros países de tradição de common law, como é o caso do Reino Unido. Já nações de direito mais fortemente baseado no civil law, como a Europa Continental e mesmo o Brasil, têm menor grau de litigância privada, apoiando-se na atuação de agentes públicos. [...]. No direito norte-americano, o § 4o do Clayton Act estatui que qualquer pessoa prejudicada em seus negócios ou propriedade em virtude de qualquer pessoa prejudicada em seus negócios ou propriedade em virtude de qualquer evento proibido na legislação antitruste deve recobrar três vezes os danos sofridos e as custas razoáveis com advogado. Neste contexto, as class actions têm função dissuasora e punitiva dos ilícitos antitruste, em que se destaca a aplicação de treble damages (indenização em triplo). [...] Estima-se que, na realidade norte americana, 95% das ações com matéria antitruste sejam ajuizadas por demandantes privados. [...] Os acordos privados anunciados nos Estados Unidos até o momento totalizaram, ainda, quatro vezes as multas impostas pelo governo norte-americano a cartéis internacionais” (FREITAS, **Tutela Coletiva da Responsabilidade Civil...**, cit., p. 5).

¹³⁰ KOMNINOS, **The relationship between public and private enforcement...**, cit., p. 144.

2 TUTELA COLETIVA PARA REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS

O fenômeno das ações coletivas no Brasil manifesta-se na Constituição Federal sob diversas formas. O sistema constitucional brasileiro comporta figuras processuais específicas de ações coletivas, sendo elas: o mandado de segurança coletivo¹³¹, a ação popular¹³², e a ação civil pública¹³³.

Essas disposições mostram que, já em 1988, eram evidentes as transformações sociais que levaram à massificação das relações e à consequente necessidade do instrumental coletivo.

A modernização da sociedade, a urbanização, a industrialização, a burocratização e o incremento das relações bancárias e de consumo acarretaram o aumento da demanda por justiça. Ainda, o crescimento da população, das taxas de escolaridade, da conscientização de direitos, do número de advogados, a democratização do país e o surgimento de novos direitos¹³⁴ também foram fundamentais neste processo.

Interesses de massa, segundo Ada Pellegrini Grinover, comportam ofensas “*que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas*”¹³⁵.

Como resultado desse movimento, a litigiosidade passou a assumir, frequentemente, um caráter repetitivo, por decorrer da massificação das relações econômicas e sociais. Nesse contexto, a ação coletiva, em princípio, assumiu um espaço como solução mais eficiente do que a ação individual, por, ao menos potencialmente, (i) beneficiar todas as pessoas interessadas no resultado de um litígio, inclusive os grupos sistematicamente excluídos de direitos; (ii) evitar a concorrência entre diferentes grupos sociais por recursos escassos; (iii) produzir maior efeito dissuasório das condutas ilícitas; e (iv) permitir a economia de recursos públicos e julgamentos mais céleres, ao congregar demandas¹³⁶.

¹³¹ Constituição Federal, artigo 5º, LXIX.

¹³² Constituição Federal, artigo 5º, LXXIII.

¹³³ Constituição Federal, artigo 129, III.

¹³⁴ GALANTER, M. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law & Society Review**, Amherst, v. 9, n. 1, 1974, p. 95.

¹³⁵ GRINOVER, A. P. et al. (Ed.). **Processo coletivo**: do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 226

¹³⁶ REFOSCO, Helena Campos. **Ação coletiva e democratização do acesso à justiça**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 33.

Especialmente para reparação de danos causados aos consumidores que tenham sofrido por condutas anticoncorrenciais, a ação coletiva é capaz de oferecer respostas justas e eficientes por dois principais motivos. *Primeiro*, o prejuízo sofrido muitas vezes não é elevado o suficiente para compensar os custos de uma ação individual. *Segundo*, a complexidade do tema e o acesso a informações também são obstáculos para as ações individuais, aumentando a importância das ações coletivas para reparação de danos decorrentes de infração contra a ordem econômica.

Diante desse contexto, o sistema de ações coletivas desenvolvido nos Estados Unidos é uma fonte de inspiração no tema, pois trouxe importantes contribuições para as ações coletivas a partir do instituto chamado *class actions*.

Os Estados Unidos são a nação que apresenta senão o maior, um dos maiores níveis de desenvolvimento no uso do processo coletivo, não somente pelo tempo de experiência que possuem nesse segmento, como também pela intensidade de demandas ajuizadas e julgadas nesse formato, produzindo resultados efetivos, com significativas transformações sociais ligadas aos *civil rights* e aos direitos do consumidor.

Muito embora seja uma faceta da defesa da concorrência muito explorada nos Estados Unidos, ainda é pouco explorada no direito brasileiro. A quantidade de demandas desse tipo em tramitação no Brasil é ínfima em comparação com outros países onde o direito concorrencial se desenvolveu há mais tempo, como os Estados Unidos¹³⁷.

Assim, cumpre analisar quais os pontos da legislação que devem ser aprimorados para que o Poder Judiciário seja capaz de oferecer respostas justas e eficientes para situações em que uma grande coletividade seja atingida por violações a seus direitos concorrenciais.

2.1 APONTAMENTOS SOBRE A EXPERIÊNCIA NORTE AMERICANA

Por muitas décadas, a jurisdição dos Estados Unidos foi a única a promover a aplicação privada do direito antitruste. Por ser um país que possui uma antiga tradição em

¹³⁷ JOHN M. CONNOR, escrevendo sobre a reparação dos danos decorrentes de cartéis nos Estados Unidos, estima que —in the United States, private parties recovered at least \$19.7 billion from defendants in international cartels during 1990-2008| (CONNOR, John M.; FOER, Albert A; CUNEO, Jonathan W. (orgs.). **The International Handbook of Private Enforcement of Competition Law**. Cheltenham (Inglaterra): Edward Elgar Publishing, 2010, p. 22).

matéria de ações indenizatórias por infrações concorrenciais, a aplicação do direito antitruste se dá, predominantemente, por meio de ações movidas por particulares.

No sistema jurídico estadunidense, o *enforcement* das normas de concorrência é feito de forma complementar a nível federal, estadual ou por iniciativa dos particulares lesados¹³⁸. Por isso, a aplicação do direito da concorrência nos Estados Unidos assume uma elevada complexidade dada à multiplicidade de grupos que podem atuar como *enforcers*.

O *Department of Justice* (“DOJ”) é responsável pela aplicação federal da lei antitruste e atua no campo das ações penais. Enquanto isso, a *Federal Trade Commission* (“FTC”), concentra-se na proteção dos indivíduos lesados pela conduta anticoncorrencial e podem apresentar ações de reparação civil perante o Judiciário¹³⁹. Já a aplicação estadual é conduzida pelos *Attorneys General* de cada Estado. Paralelamente, os particulares também atuam no seu próprio interesse, ou no interesse do grupo ao qual pertencem¹⁴⁰.

A lei federal antitruste nos Estados Unidos rege tanto condutas coordenadas quanto unilaterais. Também rege as operações de fusões e aquisições que possam incorrer em efeitos sobre a concorrência e, caso detectem que a combinação diminuirá substancialmente a concorrência nos mercados¹⁴¹, o DOJ e a FTC podem instaurar processos para impedir que as operações sejam realizadas.

A possibilidade de ações de indenização por violação do direito da concorrência teve início nos Estados Unidos a partir da adoção do *Sherman Act*, em 1890. A Seção 7 do *Sherman Act* dispôs que:

(...) qualquer pessoa que sofra prejuízos em seus negócios ou propriedade em razão de qualquer conduta proibida pelas leis antitruste poderá processar em qualquer Corte dos Estados Unidos, no distrito em que o réu resida ou em que se encontre seu representante, independente do valor da causa, e deverá receber três vezes os danos suportados, bem como os custos do processo, inclusos honorários advocatícios despendidos¹⁴².

¹³⁸ BRODER, Douglas. Chapter 8: Antitrust Enforcement. In: BRODER, Douglas. **U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010, p. 177-206.

¹³⁹ STENERSON, Todd; SHORES, Ryan; MOSSMAN, Rachel. USA. **International Comparative Legal Guides: Competition Litigation**. 12^a ed. Global Legal Group, 2020, p. 271.

¹⁴⁰ “Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement”, contribution from the United States submitted for Item III of the 121st meeting of the Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, 15 de junho de 2015, p. 1.

¹⁴¹ STENERSON, **International Comparative Legal Guides...**, cit., p. 271.

¹⁴² Tradução livre do original: “any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which

Essa disposição foi sucedida pelo *Clayton Act*, em 1914, que tornou ainda mais evidente a reserva do papel da defesa da ordem concorrencial à iniciativa privada. A regra básica referente à reparação de danos por práticas anticompetitivas no direito federal norte-americano é estabelecida pelo § 4º do *Clayton Act*, que dispõe que:

(...) qualquer pessoa que tenha sofrido danos em seus negócios ou propriedade em razão de qualquer prática proibida pela legislação antitruste pode ajuizar ação e deve ser restituída pelo triplo dos prejuízos sofridos, além dos custos do processo, incluindo honorários de advogado em patamares razoáveis¹⁴³.

Um dos principais dispositivos trazidos pelo *Clayton Act*, que constitui importante incentivo à aplicação privada de reparação de danos por práticas anticompetitivas, é a previsão da condenação ao pagamento de valor equivalente ao triplo dos prejuízos sofridos pelos prejudicados, os chamados *treble damages*. Isto é, o particular prejudicado por uma infração antitruste tem a prerrogativa de pleitear em juízo uma indenização correspondente: (i) ao valor do prejuízo, (ii) aos gastos despendidos com o processo, bem como (iii) uma multa correspondente a 200% do valor dos prejuízos apurados.

A ideia do legislador norte americano com a adoção do instituto do *treble damage* foi reverter em favor do prejudicado, autor da ação, a integralidade do valor da multa imposta ao infrator, que corresponderá a duas vezes o prejuízo sofrido, como forma de incentivar os agentes privados a fiscalizar a conduta de seus concorrentes e demais agentes do mercado. A partir desse incentivo, o legislador mirou na multiplicação do número de agentes fiscalizadores do mercado, os consumidores, suprindo eventuais deficiências da atuação do Poder Público.

Somam-se a isso as demais normas consagradas pelo *Clayton Act* que também promovem o *enforcement* privado. A Seção 16 do *Clayton Act* garante um conjunto de tutelas de urgência à disposição do agente privado para impedir ou fazer cessar os danos advindos de uma conduta contrária à legislação antitruste, em que “qualquer pessoa, sociedade, corporação ou associação poderá acionar e obter tutela de urgência, em qualquer corte dos

the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee”.

¹⁴³ Tradução livre do original: —Except as provided in subsection (b) of this section, any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue (...) and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.

Estados Unidos com jurisdição sobre as partes, contra ameaças de perdas ou danos em razão de infrações às leis antitruste”¹⁴⁴.

Como será melhor explorado no capítulo 2.2.1 desta Tese de Láurea, um dos principais mecanismos que proporcionou a disseminação da aplicação privada do direito da concorrência nos Estados Unidos é modelo de ajuizamento de ações coletivas, as chamadas *class action*. A partir das *class actions*, um único prejudicado pela conduta pode liderar a demanda reparatória, em nome próprio ou de todos as outras vítimas que tenham sido igualmente afetadas, unificando os interesses individuais homogêneos.

Com o passar do tempo, combinado com outros elementos e desenvolvimentos do sistema de *class action* americano, estima-se que cerca de 90% da aplicação da legislação antitruste nos Estados Unidos seja feita por meio de ações individuais movidas por particulares¹⁴⁵, e não da aplicação pública.

Resta claro que tais ações desempenham função crucial na democratização da política antitruste, descentralizando a tomada de decisões das autoridades antitrustes e asseguram que as vítimas obtenham indenização pelos danos sofridos¹⁴⁶. Ainda, a facilidade e a popularização da propositura das ações privadas promoveram uma atmosfera fiscalizadora que emana voluntariamente do povo e atua em favor do *enforcement* público.

A participação dos agentes privados é alçada a uma posição de destaque, tornando-se um dos pilares da defesa da concorrência no país. Segundo a própria *Federal Trade Commission*, encarregada de fiscalizar eventuais infrações à legislação concorrencial, muitas vezes a utilização das ações privadas tornam até mesmo desnecessária a atuação do ente público.

Todas estas ferramentas foram responsáveis por desenvolver um forte sistema de *enforcement* privado no direito da concorrência nos Estados Unidos, ajudando a conduzir o

¹⁴⁴ No original: “Any person, firm, corporation, or association shall be entitled to sue for and have injunctive relief, in any court of the United States having jurisdiction over the parties, against threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws”

¹⁴⁵ HOVENKAMP, Herbert “Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United States University of Iowa Legal”, Studies Research Paper, “the private antitrust action continues to be the principal mechanism by which antitrust laws are enforced. As many as 90% of antitrust cases are brought by private plaintiffs” Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1758751. Acessado em: 6.11.2021. p. 593.

¹⁴⁶ JONES, Alison. Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US. In: BERGSTRÖM, M.; IACOVIDES, M.; STRAND, M. (eds.). **Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond**. Londres: Hart Publishing, 2016, p. 29.

país ao contexto atual em que o *enforcement* privado é mais expressivo do que o público no valor total das condenações¹⁴⁷.

2.1.1 CLASS ACTIONS

Atribui-se à experiência inglesa, no sistema da *common law*, a origem dos instrumentos do processo coletivo e, mais especificamente, da tutela coletiva de direitos¹⁴⁸. Desde o século XVII, os tribunais de equidade, chamados *Courts of Chancery*, admitiam, no direito inglês, o *bill of peace*, um modelo de demanda que rompia com a lógica na qual todos os sujeitos interessados deveriam, necessariamente, participar do processo. Nesse momento, passou-se a permitir que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando por interesses dos seus representados, ou, sendo demandados por conta dos mesmos interesses¹⁴⁹.

O instituto teve aplicação restrita até o final do século XIX, limitação esta motivada pela ausência de definição de contornos quanto à sua utilização. Em 1873, o advento do *Court of Judicature Act* deu a este instrumento processual definição mais clara, mas sua aplicação continuou restrita, grande parte em virtude de interpretações jurisprudenciais restritivas quanto ao seu cabimento¹⁵⁰.

Da antiga experiência das cortes inglesas originou-se a moderna *class actions*, que foi aperfeiçoada e difundida no sistema norte-americano. Especialmente a partir de 1938, com a criação da *Rule 23* e das *Federal Rules of Civil Procedure*, reformada em 1966, as *class actions* se tornaram um importante método de tutela coletiva.

O instituto da *class action* revolucionou a tutela coletiva ao permitir que um ou mais membros de uma classe ajuizassem ação para a defesa dos interesses de todos os seus membros, desde que atendam os pré-requisitos gerais de cabimento de qualquer ação de classe, quais sejam: (i) seja inviável a prática o litisconsórcio ativo dos interessados, (ii) estejam em debate questões de fato ou de direito comuns a toda a classe, (iii) tipicidade, em que as pretensões e as defesas sejam tipicamente de classe; e (iv) representação adequada, em

¹⁴⁷ Cf. LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. Toward an empirical and theoretical assessment of private antitrust enforcement. **Seattle University Law Review**, v. 36, n. 3, 2013, p. 1269-1335.

¹⁴⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.43.

¹⁴⁹ ZAVASCKI, **Processo Coletivo...**, cit., p. 15.

¹⁵⁰ ZAVASCKI, **Processo Coletivo...**, cit., p. 16.

que os demandantes estejam em condições de defender de forma eficaz os interesses comuns¹⁵¹.

Dessa forma, as *class actions* do direito norte-americano são definidas como o procedimento em que uma pessoa ou um pequeno grupo de pessoas representam um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem entre si um interesse e pretensão de direito comum. Com efeito, em se tratando de *class action*, somente o autor ou o grupo representante tem obrigação de preencher os requisitos da competência jurisdicional.

Na propositura da ação, o autor ou os autores das *class actions* devem demonstrar que são representantes típicos da classe. Isso porque ocorre a aferição de que aquela pessoa que se apresenta perante a Corte deve ser tida como um representante adequado de toda a classe para defender da melhor maneira possível os direitos da classe e não somente os seus próprios interesses.

As pretensões movidas mediante as *class actions* são divididas em duas grandes categorias. A primeira delas é a das *injunctions class actions*, que são pretensões de natureza declaratória ou relacionadas com direito cuja tutela se efetiva mediante provimentos com ordens de fazer ou não fazer, geralmente no âmbito dos direitos civis.¹⁵² A segunda são as *class actions for damages*, pretensões de natureza indenizatória de danos materiais individualmente sofridos.

As *class action for damages* possuem ainda dois requisitos adicionais, da prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as individuais e da superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença¹⁵³.

Destaca-se que nas ações de classe, o Juiz possui papel decisivo, seja para o exame das condições de admissibilidade das demandas, da adequada representação dos demandantes, seja para o controle dos pressupostos de desenvolvimento e instrução.

Atendidos os requisitos de admissibilidade e de desenvolvimento do processo, a sentença fará coisa julgada com eficácia geral, vinculando todos os membros da classe,

¹⁵¹ ZAVASCKI, **Processo Coletivo...**, cit., p. 24-26.

¹⁵² ZAVASCKI, **Processo Coletivo...**, cit., p. 26-27.

¹⁵³ TESHEINER, José Maria, PORTO, Guilherme Athayde. **Ações de classe nos Estados Unidos da América do Norte: histórico, características**, o Cafa (Class Action Fairness Act of 2005) e a ação ajuizada contra a Petrobras na Corte de New York. Revista dos Tribunais. Ano 2016, RT Vol 971, Setembro de 2016.

inclusive os que não foram notificados, desde que tenha ficado reconhecida a sua adequada representação¹⁵⁴, ressalvado o direito de autoexclusão, ou *opt-out*, quando cabível.

2.1.2 SISTEMA DE VINCULAÇÃO *OPT-OUT*

A questão dos efeitos e da vinculação das decisões em ações coletivas merece atenção especial no ordenamento estadunidense. Especificamente em relação às demandas voltadas à indenização de prejuízos coletivamente sofridos, as *class actions for damages*.

Nessa modalidade de *class action*, as decisões atingem todos os integrantes do grupo lesados, mas esses podem requerer a expressa exclusão do grupo por meio do instituto *opt-out*. Esse direito consiste na possibilidade de o prejudicado escolher ficar de fora do alcance da coisa julgada na ação coletiva. Nesse caso, o silêncio significa a vinculação ao processo coletivo, pois somente se manifestada à vontade de autoexclusão, restará preservado o direito ao ajuizamento de uma demanda individual¹⁵⁵.

O direito de autoexclusão do interessado, *right to opt-out*, quando exercido, retira desse indivíduo qualquer possibilidade de subsunção à coisa julgada formada no processo coletivo de que se retirou. Em vista disso, esse tipo de ação denomina-se *not mandatory class actions*.

Se o indivíduo optar por excluir-se da demandada não poderá, em eventual julgamento favorável ao grupo, aproveitar-se da decisão, devendo, para tanto, ingressar com sua ação individual autônoma, que não necessariamente terá os mesmos resultados daquela coletiva.

A questão que se coloca como ponto central da análise da coisa julgada em relação às *not mandatory class actions* toca à forma pela qual se dará a ciência aos indivíduos interessados para que exerçam seu direito de exclusão. Para tanto, prevê a *Rule 23* que, nessas ações, deve o juiz realizar notificação a toda classe interessada.

Em geral, a notificação acontece na fase inicial, logo após a certificação da *class action*, com o objetivo de efetivamente informar os membros ausentes a respeito da propositura e da certificação da ação coletiva, oportunizando que compareçam em juízo e intervenham na ação e, caso requeiram, a sua autoexclusão do grupo.

¹⁵⁴ ZAVASCKI, **Processo Coletivo...**, cit., p. 26-27.

¹⁵⁵ DODSON, Scott. An opt-in option for class action. **Michigan Law Review**, Ann Arbor (University of Michigan Law School), v. 115, n. 2, nov. 2016, p. 172.

Caso seja observado o devido processo legal com a representação adequada, notificação dos membros ausentes, garantia do direito de intervir no processo, bem como o exercício de autoexclusão, a coisa julgada produzirá efeitos *erga omnes*, independentemente de seu resultado. Dessa forma, no sistema norte-americano, a decisão irá repercutir sobre todos os membros da classe, salvo àqueles que optaram pela exclusão.

Todavia, a maior problemática se encontra na dificuldade em realizar a melhor notificação possível a seus membros. A notificação ocorre por meio de contatos diretos com cada potencial membro do grupo, quando for possível, ou por contato indireto, com anúncios na internet, jornal, revista ou rádio¹⁵⁶, que devem esclarecer o significado do *opt-out* e a consequência de se estar vinculado a um julgamento¹⁵⁷.

Dessa forma, o modelo *opt-out* possibilita o equilíbrio entre as ações coletivas e a autonomia individual¹⁵⁸, na medida em que dá a oportunidade de o indivíduo escolher o que é mais vantajoso considerando seus interesses individuais. Sua sistemática permite, portanto, a partir da inércia, manter a maioria das vítimas vinculadas, promovendo a prevalência do processo coletivo em detrimento de demandas individuais¹⁵⁹, com o maior alcance do papel central das ações coletivas¹⁶⁰. Consequentemente, promove a inibição de muitas demandas individuais sobre a mesma questão¹⁶¹ e a redução dos custos do litígio, que passam a ser suportado por um maior número de vítimas¹⁶².

Para os danos de pequena monta é considerado um modelo atrativo¹⁶³, dado o alto custo para o ajuizamento de demandas individuais e o fato de mais cidadãos serem

¹⁵⁶ FRANKEL, Richard. The disappearing opt-out right in punitive damages class actions. **Wisconsin Law Review**, Madison (Wisconsin College of Law), v. 2011, n. 32011, p. 563- 624.

¹⁵⁷ WOLFF, Tobias Barrington. Preclusion in class action litigation. **Columbia Law Review**, New York (Columbia Law School), v. 105, 2005, p. 775.

¹⁵⁸ EPSTEIN, Richard A. Class actions: aggregation, amplification and distortion. **University of Chicago Legal Forum**, v. 2003, n. 1, 2003, p. 475-518..

¹⁵⁹ ERVO, Laura. Opt-in is out and opt-out is in: dimensions based on nordic options and the comission's recommendation. In: HESS, Burkhard; STORSKRUBB, Eva; BERGSTRÖM, Maria. **EU Civil Justice: current issues and future outlook**. New York: Bloomsbury, 2016, pp. 185-200.

¹⁶⁰ NAGAREDA, Richard. The preexistence principle and the structure of preclusion. **Columbia Law Review**, New York (Columbia Law School), v. 103, n. 2, mar. 2003, p.154.

¹⁶¹ COFFEE JR., John. Litigation governance: taking accountability seriously. **Columbia Law Review**, New York (Columbia Law School), v. 110, n. 2, 2010, p. 298.

¹⁶² BAS BASSETT, Debra Lyn. Implied "consent" to personal jurisdiction in transnational class action litigation. **Michigan State Law Review**, n. 619, 2004, p. 222.

¹⁶³ NAGAREDA, Richard. Autonomy, peace and put options in the mass tort claims. **Harvard Law School**, Cambridge, v. 115, n. 2, 2002, p. 805.

beneficiados pela via da ação coletiva.¹⁶⁴ Também é um modelo atraente quando há não residentes afetados, que dificilmente teriam informações suficientes para ingressar ou não em uma ação coletiva.¹⁶⁵

Portanto, o sistema de vinculação exercido pelo sistema norte-americano nas *class actions for damages* confere a liberdade ao membro da classe em se vincular a uma demanda coletiva apenas se sua pretensão nela estiver retratada e se lhe for vantajoso¹⁶⁶.

2.2 APONTAMENTOS SOBRE A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

O sistema de proteção coletiva dos direitos foi, primordialmente, delineado na Constituição Federal e sua implementação deu-se por via de duas importantes leis. A primeira, a Lei da Ação Civil Pública¹⁶⁷, e a segunda, o Código de Defesa do Consumidor¹⁶⁸. Da combinação desses dois diplomas legais é possível compreender as diferentes situações jurídicas que comportam tutela coletiva na ordem jurídica brasileira. Não obstante, esses dispositivos legais bebem da aplicação subsidiária do Código de Processo¹⁶⁹.

Devido à incerteza doutrinária quanto ao sentido e alcance dos conceitos que circundam a tutela coletiva, o legislador optou por definir no Código de Defesa do Consumidor cada um dos direitos, conforme transcrito a seguir:

Art. 81º. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – **interesses ou direitos difusos**, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – **interesses ou direitos coletivos**, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – **interesses ou direitos individuais homôgeneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum (grifos próprios)

¹⁶⁴ COX, Jeannette. Information famine, due process, and the revised class action rule: when should courts provide a second opportunity to opt out? **Notre Dame Law Review**, Notre Dame (Notre Dame School of Law), v. 80, 2015, p. 378.

¹⁶⁵ Suprema Corte norte-americana; processo Phillips Petroleum Co. v. Shutts - 4 472 US 797 (1985).

¹⁶⁶ SZALAI, A. Beyond opt-in and opt-out: the law and economics of group litigation. In: HÁRSAGI, V.; VAN RHEE, C. H. **Multi-party redress mechanisms in Europe**: squeaking mice? Cambridge: Intersentia, 2014, p. 76.

¹⁶⁷ Lei nº7.347/1985.

¹⁶⁸ Lei nº8.078/1990.

¹⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Ação Popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55.

Uma ação coletiva, por definição, envolve a tutela de interesses compartilhados por outras pessoas, que não atuam formalmente no processo¹⁷⁰.

Em qualquer ação de natureza coletiva, a pretensão deduzida estará vinculada a uma coletividade, categoria, classe ou grupo, bem como a indivíduos, não pertencendo o bem tutelado, com exclusividade, às partes formais do processo. Diferencia-se o instituto em questão do litisconsórcio, na medida em que tal fenômeno seria incapaz de tutelar de forma eficiente e adequada os interesses de milhares ou até mesmo de milhões de pessoas em um único processo, sem comprometer seu bom andamento e sua razoável duração.

Nesse sentido, sendo a ordem econômica um valor social coletivo – artigo 170º da Constituição Federal e artigo 1º, parágrafo único, da Lei de Defesa da Concorrência - naturalmente se admite a defesa coletiva do direito, a qual é expressamente admitida pelo disposto no artigo 47º da Lei de Defesa da Concorrência.

A própria natureza do direito econômico e a violação ao mercado concorrencial trazem em si a noção de que os danos provocados afetam todo um segmento econômico ou até mesmo toda a economia. Se, hipoteticamente um cartel de caminhões manipula o preço do transporte, afetará não somente os revendedores, mas também as diversas categorias de consumidores, em toda a cadeia econômica, que tenham seus custos modificados.

Assim, o direito da concorrência, por ser um bem público¹⁷¹ de interesse de toda a comunidade, admite sua defesa ao nível de direito individual homogêneo sob forma coletiva, porquanto a lesão de direito poderá atingir importante escala social.

Muito embora exista a previsão legal da tutela coletiva para defesa dos danos decorrentes de ilícitos concorrenciais, no ordenamento brasileiro, esse instrumento é pouco utilizado, o que pode ser explicado pelas especificidades atinentes ao regramento da matéria nas ações coletivas e pela demora na resolução dos litígios desta natureza¹⁷².

¹⁷⁰ MENDES, *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, cit., p. 30

¹⁷¹ Lei de Defesa da Concorrência, artigo 1º, parágrafo único.

¹⁷² MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. **Elementos das ações reparatorias por danos concorrenciais decorrentes de cartel**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021, p. 151.

As ações coletivas encontram dificuldades latentes quanto à alta complexidade de sua aplicação e baixa celeridade, mas ainda assim, como será demonstrado adiante, é uma ferramenta muito vantajosa quando da tutela de danos decorrentes de ilícitos concorrenciais.

2.2.1 TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS

O direito brasileiro admite diversas formas pelas quais é possível tutelar coletivamente os direitos e interesses¹⁷³. O principal instrumento de defesa coletiva de direitos no ordenamento jurídico brasileiro é a ação civil pública criada pela Lei de Ação Civil Pública e complementada pelo Código de Defesa do Consumidor, ambos já referidos.

Ao longo dos anos, a ação civil pública tem se prestado à tutela de bens jurídicos como o meio ambiente, direito do consumidor, patrimônio público, bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem urbanística, a moralidade administrativa, a economia popular, entre outros.¹⁷⁴ É um instrumento utilizado para defender os direitos transindividuais, sendo estes os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Nos ensinamentos de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

Denominam-se direitos coletivos lato sensu os direitos coletivos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos stricto sensu e os direitos/interesses individuais homogêneos¹⁷⁵.

Primeiro, os *direitos difusos* caracterizam-se por terem titulares indeterminados, isto é, não se pode precisar quem são os sujeitos do direito a ser tutelado e, entre esses, inexistem sequer relação jurídica base, uma vez que se conectam por uma relação fática, nos termos do artigo 81º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, caracteriza-se por sua natureza indivisível, vez que só é considerado como um todo, não sendo possível individualizar a pessoa atingida pela lesão gerada da violação desse direito, o qual nasce de uma circunstância de fato, comum a toda comunidade.

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana. **B. Cient. ESMPU**, Brasília, v. 4, n. 16, jul./set. 2005, p. 111-140.

¹⁷⁴ Outros exemplos: a Lei n. 7.913, de 7.12.1989, autoriza o Ministério Público a propor ação civil pública por danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado por operações fraudulentas e similares, sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado (a condenação deve reverter para os investidores lesados, na proporção de seu prejuízo); a Lei n. 8.069, de 13.7.1990 (ECA), prevê a utilização da ação civil pública para proteção dos direitos relacionados à infância e adolescência;

¹⁷⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: Processo Coletivo**. 3. ed. Salvador (BA): Podivm, 2008, p. 78.

Segundo, os direitos coletivos, igualmente transindividuais e indivisíveis, são titularizados por “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”¹⁷⁶. Os direitos coletivos assemelham-se aos difusos quanto à indivisibilidade, mas se diferenciam quanto à origem da lesão e abrangência do grupo. Isso porque os direitos difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por uma circunstância de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, classe ou categoria de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica base. Ou seja, o traço distintivo em relação aos direitos difusos é a determinabilidade do titular do direito, a coletividade, em razão do caráter mais restrito das pessoas afetadas.¹⁷⁷

Terceiro, os direitos individuais homogêneos são aqueles cujo objeto pode ser dividido e cujos titulares são perfeitamente identificáveis. Não importa se existe relação jurídica anterior ou vínculo que una os titulares entre si ou com a parte contrária, como ocorre com os direitos coletivos em sentido estrito. Aqui, o que caracteriza o direito como individual homogêneo é a origem comum e a relação decorre somente da lesão sofrida. De forma semelhante, a proteção coletiva desses direitos corresponde à *class action for damages* do direito norte-americano¹⁷⁸.

Cumprе salientar que a doutrina ressalta que determinadas condutas podem causar simultaneamente lesão a interesses difusos e de interesses individuais. Neste contexto, ensina Nelson Nery Junior¹⁷⁹ que “na verdade, o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial”. O mesmo raciocínio pode ser utilizado em relação à livre concorrência em que uma determinada conduta pode lesioná-la em sua dimensão difusa e, ao mesmo tempo, trazer prejuízos à esfera individual de várias pessoas¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Lei nº 8.079/1990, art. 81, II.

¹⁷⁷ BARROSO, A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana, cit., p. 115

¹⁷⁸ BARROSO, A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana, cit., p. 116

¹⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 157.

¹⁸⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 49, n. 50, 2004, p. 4.

A Lei de Defesa da Concorrência, especificamente, em seu 47º artigo, dispõe sobre a possibilidade de os prejudicados, por si ou pelos legitimados¹⁸¹, ingressarem em juízo para defesa de *seus interesses individuais ou individuais homogêneos*, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos.

Muito embora esteja prevista a defesa dos interesses individuais homogêneos na redação, a partir de uma interpretação sistemática, também estaria presente nesse artigo a defesa dos direitos difusos e coletivos na esfera concorrencial, dada a sua finalidade de defesa da coletividade na cessação da prática, com vistas ao restabelecimento da higidez da livre concorrência e, conseqüentemente, no bem-estar do consumidor.

No mesmo sentido, Franceschini e Bagnoli ensinam que:

(...) a lei não se refere aos interesses ou direitos difusos, nem aos interesses ou direitos coletivos conceituados no parágrafo único do art. 81 desse diploma legal. Não obstante a omissão legislativa não se vê motivo para isentá-los de seu alcance, quando a conduta lesiva se fundar, por nexo causal, no risco inerente à atividade econômica ao amparo do art. 927 do Código Civil. Seria incongruente reconhecer a legitimidade ativa aos legitimados no caso de interesses individuais homogêneos e negá-los quando se trate de interesses difusos ou coletivos¹⁸².

A proteção da livre concorrência pode ser considerada um direito de natureza difusa, uma vez que a sua proteção beneficia a toda a sociedade proporcionando um mercado competitivo, preços e qualidades variadas, enfim, uma economia sólida. Entretanto, o fato de um direito ser difuso não impede que alguém que tenha sofrido uma lesão individual vá a juízo por conta própria. No mesmo sentido, para o Professor Roberto Pfeiffer:

(...) a natureza difusa da proteção da livre concorrência está caracterizada pelo artigo 1º da Lei 8.884, que estabelece ser a coletividade a titular dos bens jurídicos por ela protegidos. O direito à livre concorrência possui características de um direito difuso na medida em que a sociedade dela se beneficia e que a competição promove o bem-estar geral. Para o autor: “quando se limita artificialmente a concorrência em um determinado mercado, ocorre prejuízo à sociedade como um todo, motivo pelo qual fica caracterizada a titularidade indeterminada e o caráter indivisível de tal direito. Assentada, assim, a natureza difusa do direito à livre concorrência,

¹⁸¹ Artigo 82º da Lei nº 8.078/1990, inciso IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

¹⁸² FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. **Direito concorrencial**. Coleção tratado de direito empresarial. Vol. 7. Coordenação Modesto Carvalhosa. 2ª ed. São Paulo. Editora Thomsom Reuters Brasil. 2018, p. 1204.

pode-se concluir pela possibilidade de sua tutela ser efetivada por intermédio de ação civil pública¹⁸³.

O legislador foi ainda mais específico ao incluir o art. 1º, V, da Lei de Ação Civil Pública, com expressa possibilidade de ser proposta ação civil pública em decorrência de "*infração da ordem econômica*". A lei é clara quanto à utilização da ação civil pública para a defesa da livre concorrência.

Soma-se a esta exposição o fato de que o artigo 117º da Lei de Defesa da Concorrência inclui as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados por infração à ordem econômica nas hipóteses regidas pela Lei da Ação Civil Pública.

Cumprir pontuar que a legitimação ativa para atuar nas ações civis públicas é conferida a pessoas jurídicas, públicas e privadas, ou a órgãos públicos dotados de autonomia, a saber: (i) o Ministério Público, (ii) as associações constituídas há mais de um ano e cujo objeto tenha pertinência com o direito tutelado e (iii) entidades e órgãos da Administração Pública, incluídos a União, os Estados e os Municípios¹⁸⁴.

2.2.2 TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O Código de Defesa do Consumidor¹⁸⁵ trouxe a responsabilidade pelos danos individualmente sofridos sob o conceito de direitos individuais homogêneos que tutela de forma coletiva os direitos subjetivos individuais. Essa tutela se dará pela ação civil coletiva conforme prevista em lei, artigos 91º a 100º do Código de Defesa do Consumidor. Do ponto de vista concorrencial, como visto, o artigo 47º da Lei de Defesa da Concorrência tutela os direitos individuais homogêneos.

O instituto dos direitos individuais homogêneos é compreendido como o conjunto de diversos direitos subjetivos individuais, pertencentes a pessoas distintas, os quais se

¹⁸³ PFEIFFER, Tutela Coletiva da Livre Concorrência, cit., p. 3.

¹⁸⁴ Lei n. 7.347, de 1985, art. 5º, e Lei n. 8.078, de 1990, art. 82, onde se lê: "Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – O Ministério Público; II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses protegidos por este Código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear". O § 1º do mesmo art. 82 permite a dispensa pelo juiz do requisito da pré-constituição, no caso de defesa dos direitos individuais homogêneos, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

¹⁸⁵ Para a defesa coletiva de direitos se admite a substituição processual, tanto para direitos transindividuais (coletivos ou difusos) quanto para direitos individuais homogêneos. (art. 82 e art. 91 do CDC).

assemelham pela origem em comum, permitindo um grau de homogeneidade suficiente para defesa em conjunto¹⁸⁶.

A proteção dos direitos individuais homogêneos possui duas principais características, a origem comum e a homogeneidade. A origem comum refere-se à causa que serve de fundamento para a pretensão veiculada¹⁸⁷ e a homogeneidade refere-se à identidade ou proximidade de situações entre as pessoas integrantes da classe, de modo a justificar sua reunião no polo ativo de uma única ação¹⁸⁸.

Em outras palavras, os direitos individuais homogêneos são um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade e semelhança que permite sua defesa coletiva.

A pluralidade de direitos individuais homogêneos¹⁸⁹ implica na individualidade do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, como titularidade própria, o que não ocorre em se tratando de direitos transindividuais. Consequentemente, os benefícios decorrentes de sua tutela serão individualmente atribuíveis¹⁹⁰.

Cumprido destacar que, nos termos do artigo 99º do Código de Defesa do Consumidor, as ações individuais e as ações coletivas para a tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos terão preferência de pagamento sobre créditos decorrentes de condenação prevista na Lei da Ação Civil Pública pelo mesmo evento danoso. Isso demonstra que, de certa forma, a lei privilegiou as demandas individuais nesse aspecto, ainda que propostas sob a forma coletiva, em detrimento daquelas veiculando direitos difusos¹⁹¹.

Quanto à legitimidade para a propositura das ações coletivas, aplica-se a mesma regra estabelecida pela Lei de Ação Civil Pública¹⁹².

¹⁸⁶ ZAVASCKI, **Processo Coletivo...**, cit., p. 19.

¹⁸⁷ A origem comum pode ser de fato ou de direito (Ada Pellegrini Grinover) e, como observado em Watanabe, Nery Júnior e Denari (Código de Defesa do Consumidor... cit., p. 724), “não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publici-

¹⁸⁸ BARROSO, A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana, cit., p. 117.

¹⁸⁹ TARTUCE, Flavio. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Método. 2013, p. 580-581.

¹⁹⁰ PFEIFFER, Tutela coletiva da livre concorrência. Revista de Direito do Consumidor, cit., p. 4.

¹⁹¹ MAIA, Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel, cit., p. 151.

¹⁹² Lei nº 7.347/85, artigo 5º.

Como a defesa da concorrência é uma das hipóteses em que há lesão coletiva de direitos individuais homogêneos em larga escala, cujas consequências afetam bens e valores jurídicos de interesse da própria sociedade, o Ministério Público é legitimado nessas situações pela incidência da cláusula geral disposta no artigo 127º da Constituição Federal¹⁹³.

Cumpra aqui fazer o paralelo com o sistema das *class actions* estadunidenses em que cabe ao juiz a aferição da representação adequada para garantir um processo que efetivamente tutele os interesses coletivos, sendo o controle em *ope iudicis* nas ações coletivas.

Já no sistema brasileiro, a legitimidade para agir é daqueles elencados no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, conjuntamente com o artigo 82º do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, o controle decorre da lei.

À vista do exposto, lembra-se que a ação coletiva não inibe nem prejudica a propositura da ação individual com o mesmo objeto. O autor individual ficará sujeito ao resultado da própria demanda, ainda que improcedente sua demanda e procedente a coletiva. Por outro lado, a sentença genérica de procedência poderá servir de título executivo para a propositura de ação individual de cumprimento, pelo regime de representação, liquidação e cumprimento da sentença pelas regras do Código de Processo Civil.

2.3 SISTEMA DE VINCULAÇÃO DA DECISÃO DE AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

O ordenamento jurídico brasileiro trata de maneira semelhante o sistema de vinculação da decisão nas ações de tutela de direitos difusos e coletivos, mas institui um regime diverso em relação às decisões proferidas no âmbito da proteção dos direitos individuais homogêneos.

Nos casos de direitos difusos, os efeitos subjetivos da coisa julgada se produzirão em relação a todos, *erga omnes*, tendo em vista a indivisibilidade de seu objeto e a pluralidade indeterminada de titulares. Em se tratando de direitos coletivos, os efeitos atingirão apenas os integrantes do grupo, categoria ou classe de pessoas que estejam ligados entre si ou com a outra parte por uma relação jurídica base¹⁹⁴. Nos casos de direitos individuais homogêneos,

¹⁹³ BUCHAIN, Luiz Carlos. Ação Civil Coletiva e Responsabilidade Civil Concorrencial. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito UFRGS**, v. 14, n. 2, p. 126-150, 2019, p. 23.

¹⁹⁴ Os efeitos da decisão em matéria de direitos difusos e coletivos vêm previstos no art. 103, incisos I e II, da Lei n. 8.078/1990, que têm a seguinte redação: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I – erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de

em suma, a decisão fará coisa julgada contra todos apenas no caso de procedência do pedido e para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, sem afetá-los se for desfavorável.

A regra no direito brasileiro é a de que a ação coletiva não deve afetar negativamente os direitos individuais de quem não foi parte. Em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização individual¹⁹⁵. Quanto às decisões versando sobre direitos difusos e coletivos, se o pedido for julgado improcedente por falta de provas, qualquer legitimado poderá propor outra ação, valendo-se de nova prova¹⁹⁶.

A possibilidade de simultaneamente tramitarem ação coletiva e ação individual é assegurada pelo legislador na medida em que os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, não prejudicarão os direitos individuais eventualmente existentes. Mais que isso, sequer haverá litispendência entre ação coletiva e ação individual, que poderão tramitar ao mesmo tempo, caso o autor individual assim deseje.

Neste contexto, os *efeitos das decisões em ações coletivas* destinadas à proteção dos direitos individuais homogêneos merecem análise especial, principalmente pelas dificuldades em abarcar todos os potenciais interessados em figurar no polo ativo da ação.

Dois são os modelos de vinculação daqueles que são tutelados pela ação coletiva, o sistema *opt-in* e o sistema *opt-out*. O primeiro ocorre quando todas as supostas vítimas, após serem notificadas¹⁹⁷, se desejarem ter a sua pretensão tutelada pela ação coletiva¹⁹⁸, devem

nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81 [interesses ou direitos difusos]; II – ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81 [interesses ou direitos coletivos]”

¹⁹⁵ Lei n. 8.078/1990, art. 103, inciso III e §2º: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: [...] III – erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81 [interesses ou direitos individuais homogêneos]. [...] §2º. Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”.

¹⁹⁶ Previsão análoga já existia no direito brasileiro desde a Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, que regulou a ação popular. A finalidade de tal comando é impedir que a tutela coletiva de determinado direito fique comprometida pela má atuação processual de um dos legitimados.

¹⁹⁷ GERADIN, Damien. Collective redress for antitrust damages in the European Union: is this a reality now? **George Mason Law Review**. Arlington, p. 12. Disponível em: https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/1516.pdf. Acesso em: 6.11.2021.

¹⁹⁸ DODSON, An opt-in option for class action, cit., p. 172.

fazer isso manifestando expressamente sua vontade¹⁹⁹. O segundo se configura na possibilidade do tutelado em optar por não se submeter ao resultado da demanda coletiva e continuar a pretender seu direito por ação individual.

No sistema de vinculação *opt-in* há três características relevantes.

Primeira, a avaliação se pretensão individual será ou não veiculada por meio da ação coletiva somente ocorre após a o conhecimento da demanda. O comunicado sobre a existência da ação coletiva ajuizada já deve trazer as informações necessárias, fixando o prazo para a decisão sobre se será ou não exercido o direito de integrar a classe tutelada pela via da ação coletiva²⁰⁰.

Segunda, o silêncio é interpretado como o desejo de não se vincular ao processo²⁰¹ e, portanto, não impede o ajuizamento de demandas individuais²⁰².

Terceira, para a vinculação, o sistema pode exigir que sejam preenchidos alguns formulários sobre o caso e que sejam apresentadas provas sobre a lesão, de forma a demonstrar que quem pretende vincular-se à demanda possui a mesma situação fática debatida na demanda coletiva²⁰³, ou até mesmo que consintam em contribuir financeiramente para o litígio²⁰⁴, sem que isso descaracterize o modelo como de *opt-in*.

Cabe aqui traçar uma breve comparação com o sistema norte-americano de vinculação das *class actions*.

No Brasil, a ação civil pública para a reparação de danos individuais pode ter seu procedimento dividido em duas etapas: na primeira, postula-se uma decisão de caráter genérico, que fixe a responsabilidade do réu pelos danos causados e na segunda, cada vítima, ou seus sucessores, individualmente promoverá a quantificação e execução de seus danos. A

¹⁹⁹ DIJCK, Gijs van. **When do individuals participate in class actions?** TISCO Working Paper Series on Civil Law and Conflict Resolution Systems: n. 007/2010. Tilburg: Tilburg Law School, 2010, p. 2.

²⁰⁰ MARSON, James; FERRIS, Kate. Collective redress: broadening EU enforcement through state liability? **European Business Law Review**, n. 27, p. 10.

²⁰¹ VALGUARNERA, Filippo. Legal tradition as an obstacle: Europe's difficult journey to class actions. **Global Jurist. Berkeley: BEP**, v. 10, 2010, p.8.

²⁰² BASSETT, Just go away: representation, due process, and preclusion in class, cit, p. 1.120.

²⁰³ ENGSTROM, Carl. What have I opted myself into? Resolving the uncertain status of opt-in plaintiffs prior to conditional certification in fair labor standards act litigation. **Minnesota Law Review**, Minneapolis (University of Minnesota Law School), v. 96, 1996, p. 1.556.

²⁰⁴ KESKE, Sonja E. **Group litigation in European competition law: a law and economic perspective**. Tübingen: Erasmus, 2009, p. 66.

notificação de todos os interessados se faz por publicação na imprensa oficial e a decisão não afetará negativamente quem não tenha sido parte no processo, mas sim, positivamente.²⁰⁵

Já nos Estados Unidos, a *class action* exige a notificação de todos os interessados e, ao menos no caso de *class action for damages*, tal notificação deverá ser individual e pelo correio. A decisão proferida na *class action* irá afetar todos os membros da classe, seja ela favorável ou não, salvo em relação a quem tenha requerido expressamente sua exclusão. O sistema norte-americano de notificação é mais complexo e oneroso e o direito de exclusão precisa ser exercido expressamente, enquanto no Brasil, quem não tenha participado do processo não sofre prejuízo.²⁰⁶

Tanto o sistema *opt-in* quanto *opt-out* para vinculação de ações coletivas possuem vantagens e desvantagens.

Primeiro, as vantagens.

O modelo *opt-in* mina qualquer forma impeditiva de propositura de uma ação individual, ao passo que permite que as pretensões individuais não estejam vinculadas a um processo coletivo por quem não autorizou expressamente sua participação. A manifestação da vontade de vinculação ao processo coletivo proporciona uma maior autonomia individual, conferindo a liberdade de cada vítima avaliar se vale a pena, ou não, sua vinculação. Ainda, tal sistema facilita a determinação do pedido de reparação pecuniária, pois só integrarão a reparação aqueles que se manifestarem nesse sentido, sendo possível chegar a um número exato dos prejudicados.

A grande vantagem do modelo *opt-out* é a possibilidade de todos os integrantes da classe estarem abrangidos pela ação coletiva, salvo se manifestassem vontade expressa em sentido contrário. Isso proporciona uma economia da atuação do agente, que mesmo na inércia, pode se beneficiar da decisão porque, caso não declare a pretensão, ninguém é excluído da proteção coletiva. Isso proporciona a prevalência do processo coletivo em detrimento de demandas individuais, a inibição de muitas demandas individuais sobre a mesma questão e a redução dos custos do litúgio, que passa a ser suportado por um maior

²⁰⁵ BARROSO, A *proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana*, cit., p. 128.

²⁰⁶ BARROSO, A *proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana*, cit., p. 137.

número de vítimas. É um modelo muito atraente, principalmente para os pedidos de pequena monta, que não geram estímulos para a propositura de uma ação individual²⁰⁷.

Por outro lado, é possível traçar argumentos contrários à aplicação de ambos os modelos.

No sistema *opt-in*, corre-se o risco de a vítima, por desinformação, receio de represália ou até mesmo desinteresse, não ser beneficiada pela tutela da ação coletiva, diante da necessidade de manifestação expressa. Com exceção dos casos de repercussão na mídia, é provável que as vítimas nunca tomem ciência da ação civil pública e jamais se habilitem para liquidar individualmente a condenação genérica, em caso de procedência do pedido, artigo 97º do Código de Defesa do Consumidor²⁰⁸. Uma consequência desse movimento é a diminuição dos grupos abrangidos pela ação coletiva e, quanto menor a classe, menor o incentivo para entrar com uma ação coletiva. Ao mesmo tempo, as vítimas também não se preocupariam em buscar reparação na esfera individual, havendo uma subutilização do acesso à justiça.

Ainda, quanto menor a quantidade de vítimas vinculadas, menor a capacidade de produção probatória, o que limita as chances de ganho das demandas. Nesse sentido, o próprio sistema é desvantajoso pela difícil identificação de todas as vítimas, além do dispêndio de remeter uma notificação para cada uma delas.²⁰⁹

O modelo de *opt-out*, por sua vez, possui um grau de complexidade elevado na elaboração do sistema de notificação em que dificilmente todos os membros da classe são notificados para exercer o direito de exclusão. Sendo assim, há a concepção que o membro do grupo que, por alguma razão, não tenha expressamente se tirado do processo, não poderia mais discutir sua pretensão em relação ao ilícito fora do objeto da ação coletiva, situação agravada quando há riscos de improcedência da ação.

²⁰⁷ SILVA, Larissa Clare Pochmann. Sistema de vinculação das pretensões individuais ao julgamento coletivo. **Revista de Processo (RePro)**, v. 279, mai. 2018, p. 980.

²⁰⁸ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 328-329.

²⁰⁹ SILVA, Sistema de vinculação das pretensões individuais ao julgamento coletivo, cit., p. 986.

Ademais, esse mecanismo poderia levar à proliferação de demandas individuais com o mesmo objeto da demanda coletiva, revelando-se um verdadeiro combustível para aumentar a quantidade de processos e prejudicando a eficiência do judiciário²¹⁰.

A partir das vantagens e desvantagens discutidas acima é possível concluir que não existe apenas um modelo correto para a vinculação de decisões de ações coletivas. Como o sistema brasileiro não adota o sistema de inclusão (*opt-in*), nem de exclusão (*opt-out*), existe a possibilidade de adoção de cada um dos modelos, a depender da quantidade de pessoas envolvidas, do grau de informação que as pessoas detêm e do sucesso, ou não, da demanda. Propõe-se que um sistema de vinculação misto das pretensões coletivas que, além de democrático, possibilita uma melhor adequação a cada caso concreto.

2.4 BENEFÍCIOS E DIFICULDADES DA TUTELA COLETIVA PARA A EFETIVA REPARAÇÃO POR ILÍCITO ANTITRUSTE

Dados os apontamentos do sistema norte-americano e brasileiro referente à tutela coletiva para reparação de dano concorrencial, cumpre agora concluir as vantagens e alguns problemas práticos a serem enfrentados pelos operadores do direito na aplicação do instituto.

A propositura da ação coletiva para a tutela de interesses direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos é uma solução muito interessante para a reparação de danos concorrenciais. Isso porque ela possibilita: (i) o alcance da economia processual em razão de uma causa de pedir idêntica²¹¹, (ii) a potencial redução do custo processual, e (iii) a facilidade de ingressar como interveniente em processo administrativo em curso no CADE e, com isso, ter acesso a informações relevantes ainda durante o seu andamento²¹². É ainda mais vantajosa quando os danos sofridos pelos prejudicados têm origem comum, mas estes não têm estímulos para demandar individualmente.

O Professor Roberto Augusto Pfeiffer resume essa situação no direito antitruste da seguinte forma:

A via mais efetiva para a reparação dos consumidores que tenham sofrido danos decorrentes de condutas anticoncorrenciais é a ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos. Isso porque normalmente o prejuízo sofrido não é elevado o suficiente para compensar os custos de uma

²¹⁰ SILVA, Sistema de vinculação das pretensões individuais ao julgamento coletivo, cit., p. 1007.

²¹¹ MAIA, Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel, cit., p. 147.

²¹² MAIA, Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel, cit., p. 147.

ação individual. Ademais, a complexidade do tema e o acesso a informações também são obstáculos [...] ²¹³.

No mesmo sentido, as ações coletivas são instrumento para a economia judicial e processual porque concentram a lides. Com isso, promovem a igualdade da lei e a segurança jurídica por evitarem decisões contraditórias como instrumento efetivo para coibir a reiteração da prática de atos ilícitos.

Ademais, a persecução conjunta facilita a concretização da norma inscrita no artigo 47º da Lei de Defesa da Concorrência ao diminuir dois óbices já apontados: os custos da ação, custas judiciais, despesas com advogados e sucumbência em caso de derrota, e as dificuldades de um particular provar a prática anticompetitiva. ²¹⁴

A desnecessidade de adiantamento de custas, honorários periciais e quaisquer outras despesas nas ações coletivas ²¹⁵ é um estímulo extra para que os prejudicados procurem a reparação coletiva, a fim de se beneficiar e poupar do risco de abandono da causa por conta de interesses individuais. ²¹⁶

Além disso, como já destacado, é evidente a dificuldade que se apresenta aos particulares para a efetiva demonstração dos prejuízos concorrenciais sofridos. Quando a tutela se dá de forma coletiva, essas dificuldades são diluídas entre todos os prejudicados, seja porque as instituições legitimadas tenham maior estrutura para produzir provas, seja porque os custos das provas técnicas necessárias são diluídos entre todos os representados. ²¹⁷

Conforme já referido, os interesses individuais homogêneos são interesses individuais, que, todavia, são tratados coletivamente porque têm origem num mesmo fato danoso. ²¹⁸ A judicialização da indenização pelos danos individuais sofridos pela prática do ilícito antitruste ganha relevância justamente quando se aumenta o número de indivíduos lesados, considerados coletivamente. Assim, são conflitos em que grandes massas estão envolvidas, sendo que o processo deve se adaptar a tal realidade. ²¹⁹

No mesmo sentido, ensina Luís Daniel Pereira Cintra:

²¹³ PFEIFFER, **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**, cit., p. 249

²¹⁴ CONNOR, **The international handbook on private enforcement of competition law**, cit., p. 441.

²¹⁵ Código de Defesa do Consumidor, artigo 87º e Lei de Ação Civil Pública, artigo 18º.

²¹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 224.

²¹⁷ FREITAS, **Tutela Coletiva da Responsabilidade Civil por Infração à ordem econômica**, cit., p. 60.

²¹⁸ FREITAS, **Tutela Coletiva da Responsabilidade Civil por Infração à ordem econômica**, cit., p. 83.

²¹⁹ MOREIRA, **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988**, cit., p. 363.

No que tange à postulação indenizatória, vale lembrar que os efeitos lesivos da atuação contrária à ordem econômica repercutirão, via de regra, em número considerável de pessoas. Disso resulta que, além de terem os danos dela decorrentes origem comum, alcançados por eles restarão pessoas inidentificadas e quiçá inidentificáveis, de sorte a impossibilitar a reunião delas no pólo ativo de uma mesma ação. Tanto numa como noutra hipótese, adequada se apresenta a defesa coletiva, consoante prescreve o parágrafo único, do art. 81, do CDC, para cujo fim está legitimado o Ministério Público²²⁰.

Muito embora existam muitas vantagens na utilização dessa ferramenta, ainda hoje as limitações impostas à tutela coletiva são latentes. Essas limitações envolvem importantes pontos processuais, desde a legitimidade para agir, como também aspectos relativos aos efeitos e à vinculação da decisão.²²¹ Essas limitações fazem com que possa ser pouco racional, para o demandante cuja demanda individual é viável, provocar a atuação de um legitimado coletivo ou requerer a suspensão da sua demanda com o intuito de se beneficiar de decisão na via coletiva.

Especificamente em casos de cartel, é importante considerar a possibilidade de compradores ou vendedores diretos, vítimas de infrações à ordem econômica, encontrarem dificuldades para propor demanda contra um infrator pelo risco de sofrerem retaliações. Nesses casos, a vantagem da atuação de um legitimado coletivo é a reserva da exposição ou participação mais ativa no conflito desses agentes, que pode facilitar uma posterior solução consensual. Além disso, por meio de uma demanda proposta por entidade associativa, é possível que se consiga reunir os interesses de concorrentes prejudicados suficientes para reduzir a capacidade do infrator de retaliá-los.²²²

Como analisado anteriormente, como o sistema de vinculação na lei brasileira não adota nem o sistema de inclusão (*opt-in*), nem o de exclusão (*opt-out*), o prazo de trinta dias previsto no artigo 104º do Código de Processo Civil para que o autor requeira a suspensão de sua demanda individual passa a ser ilusório²²³. Ainda que se entenda que a publicação do edital no Diário Oficial da União é de livre acesso a todos, provavelmente poucas pessoas terão conhecimento efetivo da demanda coletiva e menos indivíduos ainda suspenderiam seus processos. O resultado dessa situação é o surgimento de várias ações civis públicas e

²²⁰ CINTRA, Luís Daniel Pereira. Os Ministérios Públicos Estaduais e a Lei Antitruste. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 12, p. 63-67, out./dez. 1994, p. 65.

²²¹ ARENHART, A tutela coletiva de interesses individuais..., cit., p. 240.

²²² GOMES, **Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos individuais**, cit., p. 336.

²²³ MENDES, **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**, cit., p. 30.

individuais sobre a mesma questão tramitando ao mesmo tempo em diversos juízos, comprometendo seriamente o judiciário e opondo-se aos objetivos da tutela coletiva.

Por outro lado, ao permitirem a agregação de pretensões ínfimas em um só processo, do ponto de vista individual, incrementam o acesso à justiça. Isso ocorre quando há um dano individualmente ínfimo, mas que, unido com os demais, assumem significativa proporção global. Por exemplo, no caso em que uma fábrica comercialize cem gramas a menos do que consta em embalagens de barras de chocolate, somente as ações coletivas funcionarão como instrumento eficaz de tutela.

Por isso, diante da escolha de um sistema, seja ele *opt-in* ou *opt-out*, o sistema *opt-out* proporciona maior acesso à justiça dado que supera as dificuldades de notificação da classe.

Isto posto, conclui-se que as técnicas do processo coletivo e seus objetivos de facilitação do acesso à justiça e a prestação de tutela jurisdicional específica são amplamente aplicáveis no campo do direito econômico da concorrência. A defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos concorrenciais afirma-se no ordenamento jurídico nacional como instrumento efetivo de prevenção e reparação do abuso do poder econômico e como instrumento de implementação e renovação da ordem econômica constitucional.

Portanto, as ações coletivas mostram-se capazes de romper com a força inercial dos litigantes individuais, ante a possibilidade de ampla tutela de direitos difusos, bem como pela relevância social de seu ressarcimento apontada quando discutida anteriormente a necessidade de fortalecimento do *enforcement* privado do Direito Antitruste no Brasil.

3 CONCLUSÃO

Para a adequada proteção da concorrência, não basta apenas à atuação pública do Estado como repressor, mas sim, a atuação conjunta do *enforcement* privado como potencializador da proteção da concorrência como bem jurídico de interesse coletivo.

O Direito da Concorrência é construído e alicerçado em princípios constitucionais que visam proteger a liberdade de concorrer, a livre iniciativa, o desenvolvimento econômico, a inovação e a proteção e bem-estar do consumidor. Para que todos esses elementos sejam amparados, é de extrema relevância que o *enforcement* público e privado, em colaboração, se desenvolvam a ponto que consigam cessar e reparar todos, ou quase, os danos que a infração à ordem econômica possa causar. Para isso, muito além de defender os concorrentes do mercado, é de igual importância reparar os danos causados aos consumidores finais e à concorrência como instituição.

No Brasil, o principal defensor da concorrência é o Estado, que atua na esfera administrativa por meio do CADE. A conjuntura atual permite entender que o CADE é o grande responsável pelo forte *enforcement* público no Brasil, mas não cabe à autarquia promover a reparação dos danos ao consumidor. A atuação da autarquia cobre grande parte do exercício em prol da defesa da concorrência, por meio de suas funções preventivas e repressivas e com a missão de zelar pela livre concorrência do mercado.

O *enforcement* público desempenha importante papel na repressão dos agentes do mercado que incorrem em práticas colusivas e unilaterais ilícitas dispostas a Lei de Defesa da Concorrência. Por ser mais consolidado, o *enforcement* público é protagonista na defesa da concorrência, mas a atividade contenciosa do antitruste privado ainda é incipiente no Brasil.

O *enforcement* privado é a possibilidade de que as partes lesadas dispõem de recorrer ao Judiciário para defender seus interesses individuais difusos, assim como as partes elegíveis de defender direitos individuais coletivos ou homogêneos em juízo, com objetivo de cessar as práticas anticompetitivas e buscar reparação por perdas e danos.

A cooperação entre o *enforcement* público e privado é fundamental na medida em que ambas são ferramentas complementares e servem ao mesmo objetivo final: garantir o cumprimento ideal das regras de concorrência. Assim, a atuação conjunta do *enforcement* público e privado tem potencial de aumentar a repressão dos agentes que incorrem em ilícitos concorrenciais e fortalecer o funcionamento da concorrência.

Entretanto, restam muitos desafios que precisam ser enfrentados, dado que, apesar da lei expressamente prever a reparação do dano concorrencial na esfera privada, artigo 47º da Lei de Defesa da Concorrência, a experiência brasileira nas ações reparatórias antitruste ainda não foi muito explorada.

A experiência norte-americana demonstra que as ações coletivas são importantes ferramentas para o fortalecimento do *enforcement* privado da defesa da concorrência. O instituto das *class actions* foi um dos principais mecanismos que proporcionou a disseminação da aplicação privada do direito da concorrência nos Estados Unidos e hoje, é o modelo mais eficaz e utilizado na pretensão reparatória dos danos por condutas anticompetitivas.

Nesse sentido, a partir dos apontamentos da experiência norte-americana e da análise do contexto brasileiro, defendeu-se que a tutela coletiva para a reparação de danos concorrenciais é a solução mais vantajosa para garantir a efetividade da tutela reparatória.

Nesse sentido, muito embora o Brasil adote um sistema misto de vinculação das ações coletivas, sendo eles o sistema *opt-in* e *opt-out*, as vantagens que o sistema *opt-out* proporciona de acesso à justiça superam as dificuldades de notificação da classe. A ideia de representar o maior número de interessados em um mesmo processo é favorável à economia processual e promove o maior acesso à justiça daqueles que tenham sido prejudicados.

A propositura da ação coletiva para a tutela de interesses direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos é a solução mais eficiente para a reparação de danos concorrenciais porque ela possibilita: (i) economia processual; (ii) ampliação do espaço amostral para a produção de provas; (iii) incentiva o maior acesso à justiça a um grupo maior de prejudicados; (iv) a redução do custo processual; e (v) a potencialização do caráter dissuasório, quando acrescido o risco de reparação do dano ao particular no judiciário, além do pagamento de multas no âmbito administrativo.

Não somente, o incentivo, e consequente aumento das ações indenizatórias, promovem a difusão do conhecimento de reparação pelos danos concorrenciais tanto entre os operadores do direito quanto pela sociedade como consumidora final. A função educativa depende não apenas do valor das multas impostas aos infratores, mas também da clara difusão acerca da reparação do dano. O impulso da sociedade em conjunto com uma rede especializada de

juristas, pela luta em prol do direito da concorrência e do consumidor, é capaz de gerar grande potencial transformador.

Com isso, a construção de uma cultura de defesa do direito concorrencial é fortalecida como um todo, por meio dos esforços públicos, dos operadores do direito e pela sociedade consumidora.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTERINI, Atilio Aníbal. **Responsabilidad civil**: limites de la reparacion civil. Vol. 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista do Serviço Público**, v. 39, n. 4, p. 63-78, 1982.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria Geral do Dano**. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana. **B. Cient. ESMPU**, Brasília, v. 4, n. 16, p. 111-140, jul./set. 2005.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo, Saraiva, 1999.

BASSETT, Debra Lyn. Implied “consent” to personal jurisdiction in transnational class action litigation. **Michigan State Law Review**, n. 619, p. 222, 2004.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 16, jan./mar. 1998.

BERGSTRÖM, Maria. **EU Civil Justice**: current issues and future outlook. New York: Bloomsbury, 2016.

BORK, Robert H. The role of the courts in applying economics. **Antitrust Law Journal**, v. 54, n. 1, p. 21-26, mar. 1985.

BRASIL. 28ª Vara Cível de Belo Horizonte. Ação Civil Coletiva nº 7099345-90.2009.8.13.0024 – MG. Autor: Associação dos Hospitais de Minas Gerais; Réu: White Martins Gases Industriais LTDA. e outros. Belo Horizonte, MG, 25 set. 2009.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração nº 08012.007085/1998-06. Requerentes: Air Products Gases Industriais Ltda. E Química da Bahia Indústria e Comércio S.A. Brasília, DF, 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08012.005069/2010-82. Representante Secretaria de Direito Econômico ("SDE") ex officio. Representados(as): Valter Taranzano, Lars Snitkjaer, Keishi Masuda. Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 5 out. 1998.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 25 jul. 1985.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 12 set. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 28 dez. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 6 jul. 1994.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 1 fev. 1999.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 2 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Agravo Regimental no Agravo nº 1.045.667**. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Brasília, DF, 06 abr. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial nº 1.181.643 – RS (2010/00289274)**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 20 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial nº 1.554.986 – SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Brasília, DF, 12 mar. 2006.

BRODER, Douglas. Chapter 8: Antitrust Enforcement. In: BRODER, Douglas. **U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

BUCHAIN, Luiz Carlos. Ação Civil Coletiva e Responsabilidade Civil Concorrencial. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito UFRGS**, v. 14, n. 2, p. 126-150, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: Pontos para uma Reflexão Conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 82, p. 92-151, 1996.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte especial. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CINTRA, Luís Daniel Pereira. Os Ministérios Públicos Estaduais e a Lei Antitruste. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 12, p. 63-67, out./dez. 1994.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à Lei nº 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995.

COFFEE JR., John. Litigation governance: taking accountability seriously. **Columbia Law Review**, New York (Columbia Law School), v. 110, n. 2, p. 298, 2010.

CONNOR, John M.; FOER, Albert A; CUNEO, Jonathan W. (orgs.). **The International Handbook of Private Enforcement of Competition Law**. Cheltenham (Inglaterra): Edward Elgar Publishing, 2010.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Brasília, Distrito Federal). Portaria CADE nº 869, de 1 de novembro de 2019. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 04 nov. 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Brasília, Distrito Federal). Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 19 set. 2018.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015.

COX, Jeannette. Information famine, due process, and the revised class action rule: when should courts provide a second opportunity to opt out? **Notre Dame Law Review**, Notre Dame (Notre Dame School of Law), v. 80, p. 378, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: Processo Coletivo**. 3. ed. Salvador (BA): Podivm, 2008.

DIJCK, Gijs van. **When do individuals participate in class actions?** TISCO Working Paper Series on Civil Law and Conflict Resolution Systems: n. 007/2010. Tilburg: Tilburg Law School, 2010.

DODSON, Scott. An opt-in option for class action. **Michigan Law Review**, Ann Arbor (University of Michigan Law School), v. 115, n. 2, p. 172, nov. 2016.

ENGSTROM, Carl. What have I opted myself into? Resolving the uncertain status of opt-in plaintiffs prior to conditional certification in fair labor standards act litigation. **Minnesota Law Review**, Minneapolis (University of Minnesota Law School), v. 96, p. 1.556, 1996.

EPSTEIN, Richard A. Class actions: aggregation, amplification and distortion. **University of Chicago Legal Forum**, v. 2003, n. 1, p. 475-518, 2003.

ERVO, Laura. Opt-in is out and opt-out is in: dimensions based on nordic options and the comission's recommendation. In: HESS, Burkhard; STORSKRUBB, Eva;

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 21, 2013.

FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Trad. de Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. A Ação Privada para Ressarcimento de Danos no Direito da Concorrência. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (orgs.). **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 509-538.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. **Direito concorrencial**. Coleção tratado de direito empresarial. Vol. 7. Coordenação Modesto Carvalhosa. 2ª ed. São Paulo. Editora Thomsom Reuters Brasil. 2018.

FRANCISCO, André Marques. **Responsabilidade civil por infração da ordem econômica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FRANKEL, Richard. The disappearing opt-out right in punitive damages class actions. **Wisconsin Law Review**, Madison (Wisconsin College of Law), v. 2011, n. 3, p. 563-, 624, 2011.

FREITAS, Paulo Felipe Carneiro de. **Tutela Coletiva da Responsabilidade Civil por Infração à ordem econômica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

GALANTER, M. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law & Society Review**, Amherst, v. 9, n. 1, p. 95, 1974.

GASPARINI, Diógenes. **Crimes na Licitação**. 2ª ed. São Paulo: NDJ, 2001.

GERADIN, Damien. Collective redress for antitrust damages in the European Union: is this a reality now? **George Mason Law Review**. Arlington, n. 15-16, p. 12, 2015.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A livre concorrência como garantia do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOMES, Adriano Camargo. **Técnicas processuais adequadas à tutela reparatoria dos danos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica**. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, A. P. et al. (Ed.). **Processo coletivo**: do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust's protected classes. **Michigan Law Review**, v. 88, n. 1, pp. 1989-1990.

_____. **Federal Antitrust Policy**: the Law of competition and its practice. 3ª ed. Minnesota: Thomson/West, 2005.

JONES, Alison. Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US. In: BERGSTRÖM, M.; IACOVIDES, M.; STRAND, M. (eds.). **Harmonising EU Competition Litigation**: The New Directive and Beyond. Londres: Hart Publishing, 2016.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1972.

KESKE, Sonja E. **Group litigation in European competition law: a law and economic perspective**. Tübingen: Erasmus, 2009.

KOMNINOS, A. P. (coord.). **Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts**. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009.

KOMNINOS, A. P. The relationship between public and private enforcement: quod dei deo, quod caesaris caesari, 2014, p. 142-157.

_____. **EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts.** Oxford/Portland: Hart Publishing, 2008.

LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. Toward an empirical and theoretical assessment of private antitrust enforcement. **Seattle University Law Review**, v. 36, n. 3, p. 1269-1335, 2013. Disponível em: <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/sulr/vol36/iss3/12/>. Acesso em: 6.11.2021.

LANDES, William M. Optimal Sanctions for Antitrust Violation. **University of Chicago Law Review**, v. 50, p. 652-678, 1983.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil.** 3ª ed. rev. São Paulo: RT, 2004.

MAGGI, Bruno Oliveira. **Cartel: responsabilidade civil concorrencial.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. **Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

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

MARSON, James; FERRIS, Kate. Collective redress: broadening EU enforcement through state liability? **European Business Law Review**, n. 27, p. 10, 2016.

MATION, Gisela Ferreira. **As Ações Cíveis para Cessação e Repara o de Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil.** III Pr mio Seae de Monografias em Defesa da Concorrência e Regula o Econômica Monografia – Escola de Administra o Fazendária do Ministério da Fazenda, Brasília, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional.** 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENDONÇA, Diego Naves. **Análise Econômica da Responsabilidade Civil: O Dano e sua Quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado Direito Privado**. Parte especial, Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies; Fontes e espécies de obrigações. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958.

_____. **Tratado de Direito privado**. Parte especial. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966

_____. **Tratado de Direito privado**. Parte especial. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. Vol. 4. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Ação Popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”**. São Paulo: Saraiva, 1977.

NAGAREDA, Richard. Autonomy, peace and put options in the mass tort claims. **Harvard Law School**, Cambridge, v. 115, n. 2, p. 205], 2002.

_____. The preexistence principle and the structure of preclusion. **Columbia Law Review**, New York (Columbia Law School), v. 103, n. 2, p. 154, mar. 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis Civis Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NOMAN, Gustavo Lage. **Das provas em processo concorrencial**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp136669.pdf. Acesso em: 6.11.2021.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 761, n. 88, p. 40, mar. 1999.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD). **OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil**. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-ENG-web.pdf>. Acesso em: 6.11.2021.

PEIXOTO, Bruno Lanna (coord). **A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros**: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial. São Paulo. Editora Singular, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Concorrencial**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2016.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Tutela coletiva da livre concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 49, n. 50, p. 4, 2004.

PITTHAN, Job Mendes Coelho. **Alterações processuais do PL 11.275/2018**: sua relevância para o desenvolvimento das ações de reparação civil por danos decorrentes de condutas anticompetitivas. Tese de Conclusão de Curso (Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus. Evolução do combate à corrupção no Reino Unido. In: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; MOHALLEM, Michael (orgs.). **Diagnóstico institucional**: primeiros passos para a construção de um plano nacional anticorrupção. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017.

REFOSCO, Helena Campos. **Ação coletiva e democratização do acesso à justiça**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

Roteiro de Atuação. Combate a Cartéis. Terceira Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao/combate-a-carteis>. Acesso em 22.11.2021.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **Processo administrativo de investigação de cartel**. São Paulo. Editora Singular. 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2021.

SILVA, Larissa Clare Pochmann. Sistema de vinculação das pretensões individuais ao julgamento coletivo. **Revista de Processo (RePro)**, v. 279, p. 980, mai. 2018.

SOUSA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SPULBER, Daniel. Innovation economics: the interplay among technology standards, competitive conduct, and economic performance. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 9, n. 4, p. 777-825, dez. 2013.

STENERSON, Todd; SHORES, Ryan; MOSSMAN, Rachel. USA. **International Comparative Legal Guides: Competition Litigation**. 12ª ed. Global Legal Group, 2020.

STOCCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2007.

SZALAI, A. Beyond opt-in and opt-out: the law and economics of group litigation. In: HÁRSAGI, V.; VAN RHEE, C. H. **Multi-party redress mechanisms in Europe: squeaking mice?** Cambridge: Intersentia, 2014.

TARIF ROQUE, Marcela Ali. A Nova Lei do CADE e a Ação de Indenização Civil Contida em seu Artigo 47. **Publicações da Escola da AGU: Escola da Advocacia-Geral da União**, v. IV, n.19, p. 233-251, jul./2012.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Método. 2013.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TESHEINER, José Maria, PORTO, Guilherme Athayde. **Ações de classe nos Estados Unidos da América do Norte: histórico, características**, o Cafa (Class Action Fairness Act of 2005) e a ação ajuizada contra a Petrobras na Corte de New York. *Revista dos Tribunais*. Ano 2016, RT Vol 971, Setembro de 2016.

VALGUARNERA, Filippo. Legal tradition as an obstacle: Europe's difficult journey to class actions. **Global Jurist. Berkeley: BEP**, v. 10, p. 8, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Obrigações e Responsabilidade Civil. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

VERÍSSIMO, Levy Borges de Oliveira; MENDONÇA, Nayara. **A competência do Poder Judiciário na análise de demandas concorrenciais autônomas (ações stand alone)**. São Paulo, Editora Singular, 2018, p. 114.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAISBERG, Ivo. Responsabilidade Civil e Direito da Concorrência. In: **Seminário Evolução do antitruste no Brasil – IBRAC**, 2017, São Paulo.

WILS, Wouter P.J. The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages. **World Competition**, v. 32, n. 1, p. 4-32, mar. 2009.

WOLFF, Tobias Barrington. Preclusion in class action litigation. **Columbia Law Review**, New York (Columbia Law School), v. 105, p. 775, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.