



2º LUGAR - DEFESA DA CONCORRÊNCIA
AUTORA: GISELA FERREIRA MATION
SÃO PAULO - SP

**AS AÇÕES CIVIS PARA CESSAÇÃO E REPARAÇÃO DE DANOS
CAUSADOS POR CONDUTAS ANTICORRENCIAIS NO BRASIL**

RESUMO

O objeto desta monografia são as ações judiciais no Brasil que tenham como pedido a reparação de danos causados por condutas anticoncorrenciais ou fazer cessar tais práticas. Este procedimento é independente do processo administrativo no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), por infração à ordem econômica. A possibilidade de promover este tipo de ação é fundamentada na Constituição Federal, no Código Civil e na Lei 8.884 de 1994. A importância deste tema se deve, principalmente, ao seu potencial de dissuasão de condutas anticoncorrenciais e, portanto, de fazer valer o direito antitruste, e à falta de informações sobre o tema. Além disso, este tipo de ação permite a reparação dos danos causados, o que não ocorre com o procedimento administrativo. O objetivo deste trabalho foi realizar um mapeamento inicial da situação deste tipo de ação na jurisprudência brasileira e dos principais desafios e características do ambiente institucional brasileiro para estas ações.

Foi realizada pesquisa jurisprudencial nos Tribunais de Justiça Estaduais, Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal e foram selecionadas 396 decisões que tratavam do objeto deste trabalho. Estas decisões foram tabuladas, de acordo com critérios estabelecidos com o intuito de extrair as principais características destas decisões. Entre os vários dados produzidos, destacam-se a constatação da existência no Judiciário brasileiro de ações com pedido de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais ou de cessação destas condutas; a concentração destas ações nos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo e nos setores de

“Serviços e Produtos Financeiros” e “combustíveis”; o fato de o número de decisões ter crescido significativamente desde 2006; e de as ações judiciais que tratam das condutas anticoncorrenciais na esfera civil não estarem necessariamente fundamentadas nos dispositivos da Lei 8.884, especialmente no art. 29.

Além disso, a monografia apresenta duas conclusões principais a respeito das características do ambiente institucional brasileiro. A primeira é que existe, de forma geral, pouco conhecimento sobre a aplicação da Lei 8.884 na esfera civil. Este desconhecimento diz respeito tanto ao mérito do direito antitruste, ou seja, à caracterização das condutas anticoncorrenciais, quanto ao procedimento estabelecido pela Lei de Defesa da Concorrência nos seus artigos 29 e 89. Neste sentido, faz-se necessária a intensificação das políticas de advocacia da concorrência e da divulgação das próprias decisões do CADE. A segunda conclusão que é possível extrair dos dados produzidos diz respeito à importância da atuação do Ministério Público para a aplicação do direito anticoncorrencial no âmbito civil, tendo em vista, entre outros fatores, a abrangência geográfica de sua atuação; sua interação com a esfera administrativa e sua experiência institucional. Por fim, pretende-se apontar para a necessidade de estudo mais aprofundado sobre o tema, tendo em vista o potencial dissuasório e compensatório destas ações e sua contribuição para um ambiente concorrencial mais saudável, aumento do bem-estar social e defesa do interesse público.

ÍNDICE

Introdução.....	2
Fundamentação Legal.....	4
Relevância e Atualidade do Tema.....	6
Metodologia de Pesquisa.....	12
Resultados.....	29
Reflexões sobre o Contexto Institucional das Ações.....	55
Conclusões.....	67
Bibliografia.....	71

INTRODUÇÃO

O objeto desta pesquisa são as ações judiciais no Brasil que tenham como pedido a reparação de danos causados por condutas anticoncorrenciais ou a cessação de tais práticas. Como será exposto a seguir, os principais fundamentos da relevância da presente pesquisa são: (i) a previsão no artigo 29 da Lei 8.884 e em outros dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro e sua aparente não utilização pelos legitimados a fazê-lo; (ii) os possíveis efeitos positivos das referidas ações para o ambiente concorrencial brasileiro, tendo em vista seu potencial de dissuasão de condutas anticoncorrenciais e, portanto, de fazer valer o direito antitruste; e (iii) a falta de informações sobre o tema. Além disso, este tipo de ação permite a reparação dos danos causados, o que não ocorre com o procedimento administrativo.

Pretende, portanto, fazer um mapeamento inicial da situação destas ações no Brasil e dos principais desafios e características do ambiente institucional brasileiro, mais do que apresentar afirmações conclusivas. Ainda há muito a ser estudado sobre este tema e espera-se que o presente trabalho possa, de alguma forma, contribuir para este debate. Entende-se que esta pesquisa poderá fornecer uma base de dados para o debate do direito antitruste no Brasil e apontar possíveis tratamentos a questões jurídico-dogmáticas relevantes e, indiretamente, potencializar a aplicação da lei 8.884 e a dissuasão de condutas anticoncorrenciais.

Primeiramente, serão apresentadas a fundamentação legal destas ações no ordenamento jurídico brasileiro e a relevância e atualidade deste tema. Em seguida,

será explicada a metodologia e apresentados dos resultados da pesquisa de jurisprudência destas ações nos tribunais brasileiros. Posteriormente, serão discutidos as características e os desafios que as ações de cessação ou ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais enfrentam no ambiente institucional brasileiro. Por fim, serão apresentadas as principais conclusões sobre a situação destas ações no Brasil e sobre as medidas necessárias para a sua promoção.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Os dispositivos legais que fundamentam as ações de que tratam este trabalho são diversos. O Art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 (CF 88) impõe a obrigação da apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário.

No âmbito infraconstitucional, destacam-se dois dispositivos: o art. 927¹ do Código Civil (CC), que estabelece a obrigação de reparação de danos causados por ato ilícito, e o artigo 29 da Lei 8.884, *in verbis*:

Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990², poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Além disso, a Lei 7.347 de 1985, que regula as ações civis públicas, tem o seguinte dispositivo:

¹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

² O artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990) estabelece que são legitimados para a defesa coletiva dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor; 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.

“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...)

V - por infração da ordem econômica e da economia popular,”

Cabe ressaltar que as ações que têm como objetivo a reparação de danos causados por condutas anticoncorrenciais ou a fazer cessar tais práticas são um procedimento independente do Processo Administrativo no SBDC. Afirma Jayme Vita Roso: *"A pretensão de receber indenização independe do processo na SDE ou no CADE"* ³.

Enquanto o Processo Administrativo tem como objeto a imposição de multa por infração administrativa, a ação judicial visa à reparação dos danos causados ou a cessação da conduta. *"Trata-se, aqui [o direito de ação previsto no artigo 29 da Lei 8.884], de responsabilidade civil do empresário em razão da mesma conduta caracterizada como ilícito administrativo pela lei."* ⁴ Existe, naturalmente, uma sobreposição dos efeitos destes dois processos. Nos dois, é possível obter a cessação da prática anticoncorrencial e que o agente infrator/causador do dano sofra prejuízo econômico, seja pelo pagamento de multa administrativa como pelo pagamento de indenização.

³ ROSO, Jayme Vita. "Novos Apontamentos à Lei Antitruste Brasileira". Editora LTr. São Paulo: 1998.

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. "Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei n. 8.884/94". Editora Saraiva. São Paulo : 1995.

RELEVÂNCIA E ATUALIDADE DO TEMA

Além de possibilitar a reparação de danos causados por condutas anticompetitivas e fazer cessar a conduta, as referidas ações judiciais podem ser importante fator de dissuasão, já que aumentam as conseqüências financeiras negativas impostas a um agente infrator. O pagamento de indenização em ações civis pode representar uma parcela significativa da “sanção total” imposta a um agente infrator. Por exemplo, de acordo com pesquisa realizada por Connor e Helmers⁵ analisando cartéis internacionais processados em diversas jurisdições no mundo entre 1990 e 2005, 38% das conseqüências econômicas impostas a participantes de cartéis internacionais foi proveniente de ações privadas. Com as ações judiciais de perdas e danos causados por práticas anticompetitivas o custo de oportunidade de praticar uma conduta muda; é mais vantajoso praticar uma conduta anticoncorrencial se não houver risco de pagamento de indenização, além do pagamento da multa administrativa. Estas ações civis podem, portanto, aumentar o cumprimento do direito antitruste. Ainda que este fator indique a relevância da pesquisa sobre este tipo de ação, não se pretende analisar os efeitos de dissuasão causados pelas ações judiciais que visam à indenização por danos causados por condutas anticompetitivas ou fazer cessar tais condutas. Esta análise seria muito mais complexa, não havendo dados disponíveis para realizá-la no momento.

O papel deste tema na política de defesa da concorrência, tendo em vista seus potenciais efeitos de dissuasão, tem sido crescentemente reconhecido na comunidade internacional, tanto acadêmica quanto das agências de política antitruste. No âmbito internacional, as ações judiciais movidas por particulares com

⁵ CONNOR, John e HELMERS, Gustav. “Statistics on Modern Private International Cartels, 1990 – 2005”. Working Paper No. 07-01 do “American Antitrust Institute”. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=944039#PaperDownload.

intuito de ressarcir danos causados por condutas anticoncorrenciais têm sido referidas com o termo "*private litigation*" e têm sido debatidas em muitos dos fóruns de direito antitruste e nos órgãos governamentais de diversos países⁶.

Além disso, organizações internacionais e transnacionais atuantes no direito antitruste também têm se mostrado preocupadas com o tema, inclusive nas suas recomendações ao SBDC. No documento "*Lei e Política de Concorrência no Brasil – Uma revisão pelos pares*", publicado em 2005 pela OECD e pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, a defesa da concorrência no Brasil é criticada e comentada por membros ou parceiros da OCDE. A "Recomendação 6.2.11"⁷, feita ao governo federal, atenta explicitamente para a necessidade de mapeamento deste tipo de ação no Judiciário brasileiro:

"As ações judiciais privadas de responsabilidade por danos podem ser iniciadas em qualquer tribunal de primeira instância no Brasil e não há informações disponíveis para determinar a frequência destes processos, ou quantas vezes elas resultam em indenização contra a conduta que não foi adequadamente considerada anticoncorrencial. Um método para confinar as ações

⁶ Os Estados da União Européia e os Estados Unidos são os países com maior produção acadêmica sobre este assunto. A bibliografia do tema "*private litigation*" utilizada neste trabalho é apenas uma pequena amostra desta produção. Além disso, as agências antitruste também têm se mostrado preocupadas com o tema. Com o objetivo de melhorar o aplicação da legislação de concorrência, a Comissão Européia, órgão responsável pela defesa da concorrência na União Européia, emitiu em 2005 um "Livro Verde" (documento de reflexão publicado pela Comissão Européia sobre um domínio de atividade específico destinados às partes interessadas, organizações e particulares, chamadas a participar num processo de consulta e debate que podem, em alguns casos, dar origem a textos legislativos) sobre ações de ressarcimento de danos causados por infração às suas regras de antitruste ("Damages actions for breach of the EC antitrust rule", disponível em http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0672en01.pdf) e em 2008 um "Livro Branco" (publicação da Comissão Européia que contém propostas para atuação da União Européia numa determinada área, pacote oficial de propostas em áreas políticas específicas), que será abordado mais adiante, na discussão dos desafios institucionais que este tipo de ação enfrenta.

⁷ "Lei e Política de Concorrência no Brasil – Uma revisão pelos pares". Inter-American Development Bank e Organisation for Economic Co-operation and Development. 2005. p. 120

*privadas a alegações legítimas seria fazer uma alteração na lei, de forma que as ações judiciais cíveis só possam ser interpostas contra partes cujas condutas tenham sido consideradas ilícitas pelo CADE. (...) Caso se entenda que essa recomendação não é apropriada, **ainda assim é necessário que se façam esforços para coletar informações sobre o volume, a natureza e o resultado das ações judiciais que tenham por objeto o ressarcimento de danos relativos à violação da lei antitruste.***" (os destaques não constam no original)

A "Recomendação 6.2.20"⁸ aconselha o CADE a "*Tratar os processos civis de ressarcimento de danos antitruste como uma oportunidade de advocacia da concorrência e disseminar informações sobre o impacto concorrencial destes litígios*" e aponta para a necessidade de mapeamento destas ações:

*"Neste sentido, **o CADE também deveria se comprometer a desenvolver uma base de dados que contenha informações sobre o volume, a natureza e o resultado das ações civis por danos antitruste**, movidas nos termos do Artigo 29 da Lei 8884 e outras leis, tais como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, que podem servir de parâmetro para alegações de dano antitruste. **Informações deste tipo são necessárias para avaliar se ações privadas antitruste estão contribuindo ou prejudicando a***

⁸ "Lei e Política de Concorrência no Brasil – Uma revisão pelos pares" . Inter-American Development Bank e Organisation for Economic Co-operation and Development. 2005. p. 124

aplicação da lei de concorrência.” ⁹ (os destaques não constam no original)

Além da dissuasão, outro potencial efeito positivo destas ações para a defesa da concorrência no Brasil é uma relativa descentralização da aplicação da lei antitruste como meio de fazer cessar e dissuadir a prática de condutas anticompetitivas, já que um particular poderia, para atingir estes fins, tanto oferecer uma representação na Secretaria de Direito Econômico (SDE) quanto propor uma ação judicial. Este fenômeno também poderia contribuir para fazer valer o direito antitruste, ainda que seja necessário discutir a competência técnica do juiz para analisar condutas.

Reconhecendo a importância deste tipo de ação e a baixa frequência de sua ocorrência, a SDE e a AGU recentemente passaram a incentivar tanto os agentes privados quanto a União a buscar no Judiciário reparação econômica por condutas anticoncorrenciais¹⁰. Nas palavras de José Antonio Tóffoli, advogado-geral da União, “É uma maneira de o Estado dissuadir, de dizer que a punição vai além da multa” ¹¹. A SDE passará a encaminhar à AGU os casos em que houver prejuízo aos cofres públicos.

Além do exposto, o estudo deste tipo de ação tem relevância para outros temas do direito antitruste. Em artigo na "*The Antitrust Review of the Americas 2007*", publicado pela Global Competition Review, intitulado "*Brazil: cartels and*

¹⁰ “Governo afirma que processará empresas – União cobrará na Justiça prejuízo em compras públicas causado por empresas condenadas pelo Cade por prática de cartel”. Folha de São Paulo. 11/11/2007. Dinheiro, B9.

¹¹ Idem anterior.

leniency", Barbara Rosenberg e José Carlos da Matta Berardo apontam para a relevância do assunto em relação aos programas de leniência:

*"Um tema que raramente é associado com a política de leniência no Brasil é o dos pedidos de ressarcimento de danos causados por infrações antitruste. Estes pedidos podem ser feitos por procedimentos judiciais específicos – como disposto no art. 927 do Código Civil Brasileiro e no art. 29 da Lei de Defesa da Concorrência – pelo Ministério Público ou associações de consumidores, ou pelos consumidores diretamente afetados pela conduta. **Ainda não se sabe se o Judiciário interpretará a execução de um acordo de leniência como uma confissão, já que nenhuma investigação de cartel iniciado por tais acordos foi concluída. Além disso, nenhum dos procedimentos iniciados por acordos de leniência foram publicizados (i.e., o acesso a eles é restrito aos aplicantes e às autoridades) e, portanto, não é possível dizer se eles poderiam ser utilizados em demandas de danos ajuizadas em outras jurisdições.** Os Estados Unidos adotaram medidas para reduzir a exposição do beneficiário a ações civis, como a limitação da multa e a exclusão da responsabilidade solidária, o que até o momento não foi considerado pelas autoridades brasileiras."* ¹² ¹³ (os destaques não constam no original)

¹² ROSENBERG, Barbara e BERARDO, José Carlos da Matta. "Brazil: cartels and leniency" in "The Antitrust Review of the Americas 2007" p. 122., Global Competition Review: 2007.

¹³ Tradução livre do trecho: "A topic which is rarely associated with the leniency policy in Brazil is the civil damage claims resulting from antitrust violations. These claims can be sought through specific judicial proceedings – as set out by article 927 of the Brazilian Civil Code and by article 29 of the Brazilian Competition Law – by the prosecutor's office or by consumer's associations, or by the directly affected consumers harmed by the practice. It is yet to be seen if the courts will interpret the execution of a leniency agreement as confession, as no cartel investigations initiated by means of such

A literatura brasileira sobre o tipo específico de ação de que trata o presente trabalho é bastante escassa. As obras de comentários à Lei 8.884 abordam brevemente o artigo 29, mas não foi encontrada literatura específica referente ao tema. Também não foi encontrado nenhum estudo que analise este tipo de ação judicial no Brasil. Ademais, existe pouco conhecimento da existência deste tipo de ação no Judiciário brasileiro.

METODOLOGIA DE PESQUISA

1. COLETA DE DECISÕES

1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

agreements has reached a conclusion. As a side note, none of the procedures started by means of leniency agreements were made public (i.e., their access is restricted to applicants and the authorities) and, therefore, it is not possible to say whether or not they could be used in damage suits brought on other jurisdictions. The United States adopts measures to reduce the beneficiary's exposure to civil actions, such as limiting the fine and excluding the joint and several liability, something that so far has not been considered by the Brazilian authorities."

O objetivo inicial da pesquisa de jurisprudência era mapear a situação das ações civis com pedido de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais ou de cessação destas condutas. Pretendia-se verificar, em primeiro lugar, a existência destas ações e, se existentes, as suas condições. Tendo em vista a preocupação em verificar a existência deste tipo de ação no Judiciário Brasileiro, desenvolveu-se inicialmente uma metodologia de busca que tentasse ser o mais abrangente possível e minimizar o risco de ações relacionadas ao objeto da pesquisa não serem contabilizadas. Por este motivo, foram incluídos todos os Tribunais de Justiça Estaduais, Tribunais Federais Regionais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal e escolhidos termos de busca amplos e em cujos resultados esperava-se encontrar muitas decisões não relacionadas ao objeto desta pesquisa.

Considerando o esforço em realizar pesquisa que fosse o mais representativa possível do Judiciário brasileiro, o ideal seria que ela fosse realizada em todos os tribunais, inclusive da primeira instância. Isto não só representaria um volume muito grande de trabalho para o período destinado à pesquisa como a necessidade de realizar coleta de casos presencialmente nestes tribunais, tendo em vista que a maioria deles não possui plataforma eletrônica. Além disso, a grande maioria das decisões de primeira instância sofre recursos e apelações, de maneira que a segunda instância é mais significativa para a análise dos efeitos práticos das ações tratadas nesta pesquisa.

A quantidade de casos encontrados nas buscas nos tribunais foi muito maior do que o inicialmente esperado e, portanto, a metodologia da pesquisa sofreu algumas modificações em relação ao projeto inicial ao longo da sua execução, conforme explicado adiante.

1.2. BASES DE DADOS UTILIZADAS

As decisões foram coletadas a partir dos bancos de dados disponíveis nas plataformas de busca dos seguintes tribunais: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e todos os Tribunais de Justiça estaduais. As decisões foram coletadas a partir dos bancos de dados disponíveis nas plataformas eletrônicas dos tribunais pesquisados. As plataformas que apresentaram erro em mais de três tentativas em intervalos de pelo menos uma semana foram desconsideradas. Por este motivo, não foram realizadas pesquisas nos Tribunais Estaduais de Piauí, Rio Grande do Norte, Alagoas e Paraíba.

1.3. BUSCA NAS BASES DE DADOS

Em cada uma das plataformas, foram analisados os acórdãos que resultaram das buscas livres com os seguintes termos:

- “Infração à ordem econômica”
- CADE
- 8884
- Cartel

- “venda casada”¹⁴
- “preço predatório”
- “preço abusivo”
- Dumping
- “elevação arbitrária de preços”
- “elevação arbitrária de lucros”
- Anticoncorrencial
- Anticompetitivo
- Anticompetitiva

Foi registrado o número de decisões que resulta da busca por cada termo em cada tribunal, conforme a Tabela 1. Cabe ressaltar que diversos acórdãos aparecem como resultados de mais de um dos termos acima. É importante lembrar também que os mecanismos de busca dos tribunais têm funcionamentos diferentes e trabalham sobre bancos de dados alimentados segundo metodologias diferentes. Por esta razão, a coleta não é uniforme entre os tribunais.

Tabela 1 – Resultados das buscas e decisões selecionadas

Resultado de pesquisa com o termo

¹⁴ Os resultados com este termo nos Tribunais de Justiça Estaduais não foram analisados, conforme explicado no item 1.3.2. abaixo.

TRIBUNAL	Infração à ordem econômica	Infração da ordem econômica	CADE	8884	8.884
STF	0	7	6	1	1
STJ	2	2	28	5	3
TRIBUNAIS FEDERAIS REGIONAIS					
TRF 1	38	38	77	4	99
TRF 2	1	0	6	0	0
TRF 3	8	0	12	2	0
TRF 4	1	2	16	17	17
TRF 5	3	1	4	0	0
Total TRFs	51	41	115	23	116
TRIBUNAIS ESTADUAIS					
Maranhão	3	3	0	0	1
Pernambuco	0	1	2	1	0
Sergipe	0	0	72	1	2
Bahia	1	1	0	1	0
Piauí	n/d	n/d	n/d	n/d	n/d
Ceará	1	1	1	0	0
Rio Grande do Norte	n/d	n/d	n/d	n/d	n/d
Alagoas	n/d	n/d	n/d	n/d	n/d
Paraíba	n/d	n/d	n/d	n/d	n/d
Acre	0	0	0	3	0
Amapá	0	0	85	0	0
Amazonas	1	1	0	0	0
Pará	0	0	0	5	0
Rondonia	0	0	0	0	0
Roraima	0	0	0	0	0
Tocantins	0	0	0	1	0
Rio de Janeiro	3	6	6	0	0
Sao Paulo	18	25	217	32	252
Espírito Santo	3	3	3	0	1
Minas Gerais	58	94	193	20	0
Mato Grosso	15	18	134	12	34
Mato Grosso do Sul	4	67	94	2	82
Distrito Federal	6	6	3	1	0
Paraná	1	1	1	11	8
Santa Catarina	29	54	24	2	138

Rio Grande do Sul	10	10	12	1	9
Total Tribunais Estaduais	153	291	847	93	527
Total Tribunais Pesquisados	206	341	996	122	647

Resultado de pesquisa com o termo						
TRIBUNAL	Cartel	Venda casada	Preço predatório	Preço abusivo	Dumping	Elevação arbitrária de preços
STF	4	12	0	7	9	0
STJ	17	6	0	1	9	1
TRIBUNAIS FEDERAIS REGIONAIS						
TRF 1	8	10	1	13	9	1
TRF 2	2	8	0	0	10	0
TRF 3	7	9	0	1	12	0
TRF 4	14	38	0	1	29	1
TRF 5	3	0	0	0	0	0
Total TRFs	34	65	1	15	60	2
TRIBUNAIS ESTADUAIS						
Maranhão	0	1	0	2	0	0
Pernambuco	3	2	0	0	0	0
Sergipe	0	11	0	0	0	0
Bahia	0	2	0	1	0	0
Piauí	n/d	n/d	n/d	n/d	n/d	n/d
Ceará	0	1	0	1	0	0
Rio Grande do Norte	n/d	n/d	n/d	n/d	n/d	n/d
Alagoas	n/d	n/d	n/d	n/d	n/d	n/d
Paraíba	n/d	n/d	n/d	n/d	n/d	n/d
Acre	3	0	0	0	0	0
Amapá	1	1	0	0	0	0
Amazonas	0	0	0	1	0	0
Pará	0	1	0	0	0	0
Rondonia	2	9	0	0	0	0
Roraima	1	0	0	0	0	1
Tocantins	0	0	0	0	0	0
Rio de Janeiro	2	126	0	2	2	0

Sao Paulo	46	2026	1	52	6	0
Espírito Santo	1	10	0	1	0	0
Minas Gerais	75	902	0	16	5	0
Mato Grosso	48	9	0	13	0	0
Mato Grosso do Sul	7	95	0	0	0	0
Distrito Federal	2	36	0	16	0	0
Paraná	3	50	0	4	3	0
Santa Catarina	11	81	0	4	2	1
Rio Grande do Sul	22	100	1	5	6	0
Total Tribunais Estaduais	227	3463	2	118	24	2
Total Tribunais Pesquisados	282	3546	3	141	102	5

Resultado de pesquisa com o termo						
TRIBUNAL	Elevação arbitrária de lucros	anticoncorrencial	anticompetitiva	anticompetitivo	Total de resultados	Número de decisões selecionadas
STF	0	1	0	0	48	1
STJ	0	0	0	0	74	6
TRIBUNAIS FEDERAIS REGIONAIS						
TRF 1	0	0	1	0	299	6
TRF 2	0	0	0	0	27	7
TRF 3	0	2	0	0	53	3
TRF 4	0	0	0	0	136	45
TRF 5	0	0	0	0	11	2
Total TRFs	0	2	1	0	526	63
TRIBUNAIS ESTADUAIS						
Maranhão	0	0	0	0	10	2
Pernambuco	0	0	0	0	9	0
Sergipe	0	0	0	0	86	3
Bahia	0	0	0	0	6	0
Piauí	n/d	n/d	n/d	n/d	0*	0*
Ceará	0	0	0	0	5	2
Rio Grande do	n/d	n/d	n/d	n/d	0*	0*

Norte						
Alagoas	n/d	n/d	n/d	n/d	0*	0*
Paraíba	n/d	n/d	n/d	n/d	0*	0*
Acre	0	0	0	0	6	0
Amapá	0	0	0	0	87	0
Amazonas	0	0	0	0	3	0
Pará	0	0	0	0	6	0
Rondonia	0	0	0	0	11	0
Roraima	0	0	0	0	2	0
Tocantins	0	0	0	0	1	0
Rio de Janeiro	0	0	0	0	147	14
Sao Paulo	0	3	0	0	2678	108
Espírito Santo	0	2	0	0	24	1
Minas Gerais	0	10	0	0	1373	112
Mato Grosso	0	0	0	0	283	13
Mato Grosso do Sul	0	2	0	0	353	11
Distrito Federal	0	0	0	0	70	3
Paraná	0	0	0	0	82	12
Santa Catarina	0	0	0	0	346	14
Rio Grande do Sul	0	1	0	0	177	31
Total Tribunais Estaduais	0	18	0	0	5765	326
Total Tribunais Pesquisados	0	21	1	0	6413	396

* A inexistência de resultados e de decisões recolhidas é devida à indisponibilidade da plataforma do tribunal.

1.4. SELEÇÃO DE DECISÕES

Para a seleção das decisões que seriam futuramente tabuladas e analisadas, dois métodos foram adotados em relação aos resultados iniciais. Em geral, foram

identificadas as ações que seriam objeto desta pesquisa, a partir da leitura da ementa das decisões e, quando a ementa não fornecia elementos suficientes para esta análise, o seu texto integral. Frequentemente as decisões selecionadas discutiam alegação de prática anticompetitiva ou anticoncorrencial ou questão processual referente a uma ação que envolva alegação de prática anticompetitiva ou anticoncorrenciais. De forma genérica, as decisões são referentes a uma ou mais das seguintes situações:

- Pedido de cessão da prática, inclusive por pedido de cumprimento de decisão do CADE
- Pedido de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais.
- Questionamentos de decisões do CADE
- Ações penais

Além disso, foram estabelecidos, para fins de rapidez da análise, critérios para a exclusão de decisões, explicados abaixo.

1.4.1. CRITÉRIOS GERAIS DE EXCLUSÃO DE DECISÕES

Foram imediatamente desconsideradas para os fins desta pesquisa as decisões que apresentavam uma das seguintes características:

- anteriores à promulgação da Lei 8.884;
- de matéria criminal;
- de matéria tributária;
- que questionam decisão de órgão do Sistema Brasileiro de Defesa na Concorrência;
- referentes a ações movidas por particulares contra entes estatais;
- referentes a ações movidas por órgão da Administração Pública.

1.4.2. A EXCLUSÃO DAS DECISÕES DE TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS RESULTANTES DE BUSCA COM O TERMO “VENDA CASADA”

Conforme a Tabela 1, os resultados do termo “venda casada” nos Tribunais de Justiça estaduais indicaram um número expressivo de ações, especialmente nos Tribunais de Minas Gerais e São Paulo. Tendo em vista a impossibilidade prática de analisar os milhares de casos referentes a este termo, tentou-se fazer corte temporal. No entanto, ainda que a busca fosse feita no intervalo dos últimos 6 meses, a impossibilidade prática permaneceria (no TJ SP, por exemplo, esta busca resultaria 1432 decisões). Ainda que nem todos os tribunais apresentassem resultados neste montante, pela uniformidade dos dados da pesquisa, optou-se por excluir os resultados do termo “venda casada” nos Tribunais estaduais. Nos

Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, as decisões resultantes de busca com o termo “venda casada” foram incluídas na pesquisa.

Como já mencionado, as decisões podem aparecer como resultado de mais de um dos termos de busca utilizados. Desta forma, parte das decisões resultantes de busca com o termo “venda casada” aparece também como resultado de outros termos, como “8.884”.

Ainda que esta decisão implique algum prejuízo para os resultados da pesquisa, e especialmente para a análise dos casos de venda casada, é possível extrair algumas conclusões dos próprios montantes dos resultados com estes termos, considerando a discrepância em relação aos resultados com outros termos. Em primeiro lugar, este tipo de ação, com o objetivo de reprimir ou ressarcir prejuízo causado por venda casada, obviamente se mostra muito mais comum do que os outros tipos de ação que são análise desta pesquisa. Em segundo lugar, e mais importante, imagina-se que o suporte legal destas ações não seja a lei 8.884 (tendo em vista que, em tese, as decisões que mencionam esta lei estão computadas). Pela leitura superficial de algumas das decisões excluídas e das decisões sobre venda casada que estão de fato incluídas na pesquisa, é possível afirmar que grande parte destas ações tem o Código de Defesa do Consumidor como suporte legal. Este fenômeno será abordado nos resultados da pesquisa, tendo em vista que ocorre analogamente nos demais tribunais em que foi utilizado este termo de busca.

2. TABELAMENTO DAS DECISÕES COLETADAS

Selecionadas as decisões, foi realizada breve leitura superficial e parcial das mesmas, a fim de estabelecer os critérios segundo os quais seriam tabuladas. Para fim de cruzamento de dados posterior, procurou-se estabelecer, para alguns critérios, grupos de respostas possíveis. Para outros, optou-se por dar respostas abertas. Os critérios correspondem, portanto, ao tipo de informação que se pretende extrair da decisão analisada, a pergunta que se coloca a ela, e se esta pergunta pode ter diversas respostas. A resposta a um critério pode ser escolhida entre alternativas, que é o que se denominou de “grupos de respostas possíveis”, ou pode ser aberta, ou seja, é uma informação preenchida livremente, sem grupo de alternativas possíveis.

Abaixo, apresentam-se os critérios, suas respostas possíveis (quando estabelecidas) e eventuais considerações sobre o tabulamento destes critérios.

Informações gerais sobre a decisão

1. Classe Processual (*resposta aberta*)
2. Número do Processo (*resposta aberta*)
3. Órgão Julgador (*resposta aberta*)
4. Data de Julgamento (*resposta aberta*)
5. Data de Publicação (*resposta aberta*)
6. Requerente (*resposta aberta*)

7. Requerido (*resposta aberta*)

8. Informações sobre a decisão de instância anterior

a. Classe Processual (*resposta aberta*)

b. Número do Processo (*resposta aberta*)

c. Data da Distribuição (*resposta aberta*)

d. Vara/Estado de Origem (*resposta aberta*)

9. Conduta Alegada

*Grupo de respostas possíveis*¹⁵:

a. Cartel

b. Venda casada

c. Abuso de posição dominante/abuso de poder econômico

d. Preço abusivo/preço arbitrário¹⁶

e. Preço predatório/Dumping

f. Concorrência desleal

¹⁵ Algumas das respostas possíveis não representam tecnicamente infrações à ordem econômica, especificamente “dumping” e “concorrência desleal”. No entanto, optou-se por incluir estes termos nas respostas possíveis por dois motivos. Em primeiro lugar, é sabido que a jurisprudência por vezes utiliza-se deste termo para referir-se a infração da ordem econômica. Garantindo maior objetividade na tabulação, procurou-se, no preenchimento da tabela, ater-se ao mencionado na decisão. Quando não havia, no entanto, menção a uma das respostas possíveis deste item, mas apenas descrição da conduta alegada, procurou-se enquadrar a descrição em um dos termos de respostas possíveis e, quando isto não era possível, enquadrava-se a conduta como “outra” e, em coluna subsequente, acrescentava-se breve descrição do comportamento alegado. Em segundo lugar, o próprio uso da lei 8.884 para eventos que não representam de fato infrações à ordem econômica é interessante e deve ser computado.

¹⁶ Os termos preço abusivo ou arbitrário foram entendidos como qualquer alegação de abusividade de obrigação pecuniária, incluindo, por exemplo, os encargos financeiros e as alegações de lucro abusivo. Não se deve entender, portanto, o termo “preço” em sentido estrito.

g. Infração à ordem econômica

h. Preço predatório

i. Outra

10. Outra (*resposta aberta, em complementação ao item anterior*)

11. Tipo de parte que alega a conduta

*Grupo de respostas possíveis*¹⁷:

a. Ministério Público

b. Consumidor direto e não final

c. Consumidor direto e final

d. Consumidor indireto e final

e. Consumidor indireto e não final

f. Concorrente

g. Outro

12. Outro (*resposta aberta, em complementação ao item anterior*)

13. Pedido de ressarcimento de danos

¹⁷ O termo “consumidor” não está sendo utilizado com o significado freqüentemente utilizado nos tribunais, muitas vezes relacionado ao Código de Defesa do Consumidor. A classificação dos consumidores desta pesquisa foi estabelecida a partir da análise de duas características. Em primeiro lugar, a localização do consumidor na cadeia de consumo. Os consumidores finais são os que de fato consomem o produto e, portanto, são na maioria das vezes pessoas físicas que utilizam o produto sem fins comerciais ou então empresas que o consomem na produção de um outro bem ou serviço (ainda que este segundo tipo tenha sido quase inexistente nos casos analisados). São considerados consumidores não finais todos os que estão entre o produtor e o consumidor final. A segunda característica analisada diz respeito à relação entre o consumidor que alega a conduta e o pretense agente que pratica a conduta. Se o consumidor adquire o produto diretamente do agente que alega praticar conduta anticoncorrencial, é consumidor direto. Senão, é consumidor indireto.

Grupo de respostas possíveis:

- a. SIM
- b. NÃO

14. Valor (*resposta aberta, em complementação ao item anterior*)

15. Pedido de ressarcimento de danos

Grupo de respostas possíveis:

- a. SIM
- b. NÃO

16. Setor

Grupo de respostas possíveis:

- a. Telecomunicações
- b. Combustíveis
- c. Laranjas
- d. Serviços e produtos médicos¹⁸
- e. Serviços e produtos financeiros¹⁹
- f. Bebidas
- g. Outro

¹⁸ Este item inclui serviços hospitalares, tratamento médico e remédios.

¹⁹ Incluindo, principalmente, serviços bancários, previdenciários e securitários.

17.Outro (*resposta aberta, em complementação ao item anterior*)

18.Pedido de Intimação do CADE

Grupo de respostas possíveis:

a. SIM

b. NÃO

19.Ocorrência de intimação do CADE

Grupo de respostas possíveis:

a. SIM

b. NÃO

c. Não disponível

Análise do mérito da decisão

20.Existência de decisão de mérito²⁰

Grupo de respostas possíveis:

a. SIM

b. NÃO

²⁰ Atente-se que este critério diz respeito à existência de decisão de mérito no próprio acórdão analisado, e não em decisões anteriores às quais se faz referência no acórdão, como a decisão de primeira instância.

21. Deferimento do pedido de ressarcimento

Grupo de respostas possíveis:

a. SIM

b. NÃO

22. Valor concedido (*resposta aberta, em complementação ao item anterior*)

23. Deferimento do pedido de cessação

Grupo de respostas possíveis:

a. SIM

b. NÃO

24. Imposição de obrigação de fazer

Grupo de respostas possíveis:

a. SIM

b. NÃO

25. Qual (*resposta aberta, em complementação ao item anterior*)

26. Resumo do fundamento (*resposta aberta*)

27. Referência à Lei 8.884²¹

Grupo de respostas possíveis:

²¹ Cabe ressaltar que, para os fins de mapeamento geral, consideraram-se as referências legislativas consideradas poderiam ter sido feitas tanto pelas partes quanto pelo magistrado.

a. SIM

b. NÃO

28. Artigos (*resposta aberta, em complementação ao item anterior*)

29. Referência ao Código de Defesa do Consumidor

Grupo de respostas possíveis:

a. SIM

b. NÃO

30. Artigos (*resposta aberta, em complementação ao item anterior*)

31. Referência ao Código Civil

Grupo de respostas possíveis:

a. SIM

b. NÃO

32. Artigos (*resposta aberta, em complementação ao item anterior*)

33. Outras referências legislativas (*resposta aberta*)

34. Menção a procedimento no CADE referente ao mesmo caso

Grupo de respostas possíveis:

a. SIM

b. NÃO

Análise da decisão processual

35.Existência de Decisão Procedimental

Grupo de respostas possíveis:

- a. SIM
- b. NÃO

36.Posicionamento em relação à intimação do CADE no caso em tela

Grupo de respostas possíveis:

- a. SIM
- b. NÃO

37.Posicionamento em relação à implicação de nulidade por falta de intimação do CADE

Grupo de respostas possíveis:

- a. SIM
- b. NÃO

38.Posicionamento em relação à competência da Justiça Estadual para julgar o caso em tela

Grupo de respostas possíveis:

- a. SIM

b. NÃO

39.Outras discussões processuais interessantes

40.Referência à Lei 8.884

Grupo de respostas possíveis:

c. SIM

d. NÃO

41.Artigos *(resposta aberta, em complementação ao item anterior)*

42.Referência ao Código de Defesa do Consumidor

Grupo de respostas possíveis:

c. SIM

d. NÃO

43.Artigos *(resposta aberta, em complementação ao item anterior)*

44.Referência ao Código de Processo Civil

Grupo de respostas possíveis:

c. SIM

d. NÃO

45.Artigos *(resposta aberta, em complementação ao item anterior)*

46.Outras referências legislativas *(resposta aberta)*

Observações

47.Observações gerais sobre o caso (*resposta aberta*)

RESULTADOS

Em primeiro lugar, as 396 decisões tabuladas indicam a existência, na jurisprudência brasileira, das ações civis com pedido de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais ou de cessação destas condutas, ainda que algumas das ações tabuladas não correspondam exatamente a este tipo de ação (por exemplo, por trataram erroneamente de concorrência desleal com referência à Lei 8.884). Comprovada a sua existência, tentou-se estabelecer um quadro geral deste tipo de ação no Judiciário brasileiro, apontando suas características principais, a partir dos seguintes eixos temáticos: distribuição geográfica, temporal e por tribunal; condutas alegadas; setores; partes que alegam a conduta; pedidos e resultados; referências legislativas; questões processuais. Dentro destes eixos procurou-se identificar características gerais e, ao mesmo tempo, apontar aspectos mais específicos a partir de análises cruzadas com outros

eixos. Assim, a divisão entre os eixos não pretende ser estanque, mas apenas organizar em linhas gerais a apresentação dos dados produzidos

Na interpretação dos dados produzidos, não podem ser esquecidos alguns aspectos da metodologia da pesquisa. É importante ressaltar que o preenchimento da tabela foi realizado a partir apenas das informações disponíveis na decisão analisada. Assim, por exemplo, a não referência à Lei 8.884 em uma decisão de segunda instância não significa que não houve referência na primeira instância, especialmente se a decisão de segunda instância for meramente processual. Desta forma, os dados produzidos e tabulados são conclusivos apenas nos aspectos em que forem afirmativos. Além disso, é possível que duas ou mais decisões sejam relativas a uma mesma decisão originária e isto também deve ser considerado na interpretação dos resultados do tabulamento. Não se deve esquecer também que foram pesquisadas as decisões julgadas até 31/03/2008, de modo que em todas as análises anuais deve-se considerar que o ano de 2008 não está completo, como indicado pelo asterisco que o segue (2008*).

DISTRIBUIÇÃO GEOGRÁFICA, TEMPORAL E POR TRIBUNAL

A análise da distribuição das decisões analisadas pelos Estados e regiões brasileiros, temporais e por tribunais oferecem um mapeamento inicial importante para a análise das ações judiciais de direito antitruste e estes dados estão apresentados na tabela 2.

TABELA 2 – Distribuição das decisões por tribunal

TRIBUNAL	Número de decisões selecionadas	Percentagem sobre o total de decisões
STF	1	0,25%
STJ	6	1,52%
TRIBUNAIS FEDERAIS REGIONAIS		
TRF 1	6	1,52%
TRF 2	7	1,77%
TRF 3	3	0,76%
TRF 4	45	11,36%
TRF 5	2	0,51%
Total TRFs	63	15,91%
TRIBUNAIS ESTADUAIS		
Maranhão	2	0,51%
Pernambuco	0	0,00%
Sergipe	3	0,76%
Bahia	0	0,00%
Piauí	0*	0,00%*
Ceará	2	0,51%
Alagoas	0*	0,00%*
Paraíba	0*	0,00%*
Total Tribunais Estaduais da Região Nordeste	7	1,77%

Acre	0	0,00%
Amapá	0	0,00%
Amazonas	0	0,00%
Pará	0	0,00%
Rondônia	0	0,00%
Roraima	0	0,00%
Tocantins	0	0,00%
Rio Grande do Norte	0*	0,00%*
Total Tribunais Estaduais da Região Norte	0	0,00%
Rio de Janeiro	14	3,54%
São Paulo	108	27,27%
Espírito Santo	1	0,25%
Minas Gerais	112	28,28%
Total Tribunais Estaduais da Região Sudeste	235	59,34%
Mato Grosso	13	3,28%
Mato Grosso do Sul	11	2,78%
Distrito Federal	3	0,76%
Total Tribunais Estaduais da Região Centro-oeste	27	6,82%
Paraná	12	3,03%

Santa Catarina	14	3,54%
Rio Grande do Sul	31	7,83%
Total Tribunais Estaduais da Região Sul	57	14,39%
Total Tribunais Estaduais	326	82,32%
Total Tribunais Pesquisados	396	100,00%

* A inexistência de decisões é devida à indisponibilidade da plataforma eletrônica do tribunal.

A tabela 3 apresenta a distribuição das decisões pelos Estados considerando o Tribunal de Justiça Estadual que proferiu a decisão e, quando não proferida por Tribunal de Justiça Estadual, o Estado onde foi ajuizada a ação originária.

Tabela 3 – Distribuição das ações por Estado

Estado	Decisões nos TJs	Decisões nos TRFs	Decisões no STJ	Decisões no STF	Total por Estado	Porcentagem sobre o total de casos
Maranhão	2	0	0	0	2	0,51%

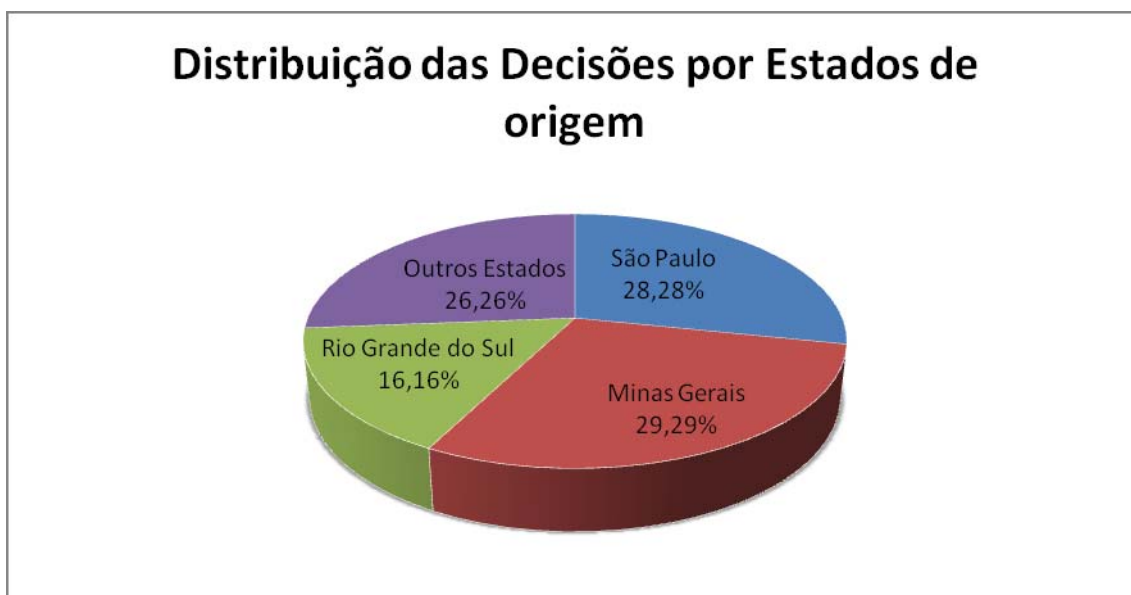
Pernambuco	0	1	0	0	1	0,25%
Sergipe	3	0	0	0	3	0,76%
Bahia	0	0	0	0	0	0,00%
Piauí	0*	0	0	0	0	0,00%
Ceará	2	1	0	0	3	0,76%
Rio Grande do Norte	0*	0	0	0	0	0,00%
Alagoas	0*	0	0	0	0	0,00%
Paraíba	0*	0	1	0	1	0,25%
Acre	0	0	0	0	0	0,00%
Amapá	0	0	0	0	0	0,00%
Amazonas	0	0	0	0	0	0,00%
Pará	0	0	0	0	0	0,00%
Rondônia	0	0	0	0	0	0,00%
Roraima	0	0	0	0	0	0,00%
Tocantins	0	0	0	0	0	0,00%
Rio de Janeiro	14	7	0	1	22	5,56%
São Paulo	108	2	2	0	112	28,28%
Espírito Santo	1	0	0	0	1	0,25%
Minas Gerais	112	4	0	0	116	29,29%
Mato Grosso	13	0	0	0	13	3,28%
Mato Grosso do Sul	11	1	0	0	12	3,03%
Distrito Federal	3	2	0	0	5	1,26%

Paraná	12	13	0	0	25	6,31%
Santa Catarina	14	2	0	0	16	4,04%
Rio Grande do Sul	31	30	3	0	64	16,16%

* A inexistência de decisões é devida à indisponibilidade da plataforma eletrônica do tribunal.

O Gráfico 1 apresenta a proporção entre os 3 Estados com maior número de decisões e o resto dos Estados, tendo em vista dos dados apresentados na tabela anterior. Juntos, eles são responsáveis por quase 75% das decisões analisadas.

Gráfico 1 – Distribuição das Decisões por Estados de origem



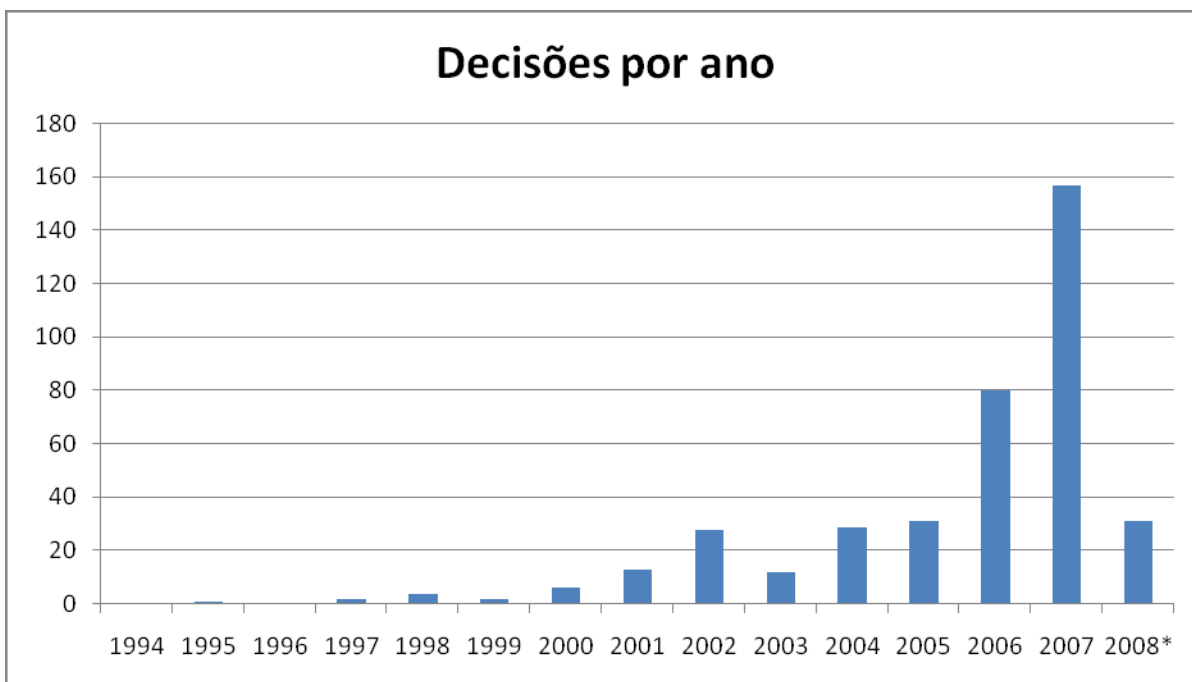
A tabela e o gráfico seguintes apresentam a distribuição das decisões analisadas entre os anos de 1994 e 2008. Nota-se um sensível aumento do número de decisões a partir de 2006.

TABELA 4 – Decisões por ano

Ano	Número de decisões
1994	0
1995	1
1996	0
1997	2
1998	4
1999	2
2000	6
2001	13
2002	28
2003	12
2004	29
2005	31
2006	80

2007	157
2008*	31

Gráfico 2



CONDUTAS

A Tabela 5 mostra as condutas alegadas nas decisões analisadas. É importante ressaltar que por vezes mais de uma conduta é alegada em uma mesma decisão. Por este motivo, o total de alegações (429) supera o número de decisões (396). Os percentuais foram calculados tendo em vista o total de condutas alegadas e não o número de decisões.

TABELA 5 – Conduitas alegadas

Conduta	Número de alegações	Porcentagem do total de alegações
Cartel	63	14,69%
venda casada	60	13,99%
Abuso de posição dominante/abuso de poder econômico	31	7,23%
Preço abusivo/preço arbitrário	150	34,97%
Preço predatório/Dumping	22	5,13%
Concorrência desleal	11	2,56%
Infração à ordem econômica	50	11,66%
Outra	42	9,79%
Total de alegações	429	100,00%

Conforme já mencionado, foram excluídas da pesquisa as decisões que resultassem de busca com o termo “venda casada” nos Tribunais de Justiça estaduais. Assim, a proporção entre as condutas teria sido significativamente diferente caso estas decisões tivessem sido incluídas (com muito mais casos de venda casada). A razão para a grande ocorrência da alegação da conduta “venda casada” me parece estar relacionada à sua previsão no Código de Defesa do Consumidor. Este ponto será abordado com maior profundidade adiante no eixo de referências legislativas.

TABELA 6 – Alegações de condutas por ano

Conduta alegada	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Preço abusivo/preço arbitrário	0	0	0	1	2	0	2
Cartel	0	1	0	0	0	0	0
venda casada	0	0	0	0	0	0	1
Infração à ordem econômica	0	0	0	0	0	1	0
Outra	0	0	0	0	0	1	1
Abuso de posição dominante/abuso de poder econômico	0	0	0	1	1	1	3
Preço predatório/Dumping	0	0	0	0	1	0	0
Concorrência desleal	0	0	0	0	0	0	0

Conduta alegada	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Preço abusivo/preço arbitrário	2	1	0	3	6	30	88
Cartel	2	14	4	7	5	6	23

venda casada	0	1	2	8	8	15	19
Infração à ordem econômica	2	6	2	5	5	13	13
Outra	2	0	3	4	3	10	12
Abuso de posição dominante/abuso de poder econômico	5	3	2	3	2	4	6
Preço predatório/Dumping	1	4	0	2	1	3	6
Concorrência desleal	1	0	0	2	3	1	1

Conduta alegada	2008*
Preço abusivo/preço arbitrário	15
Cartel	1
venda casada	6
Infração à ordem econômica	3
Outra	5
Abuso de posição dominante/abuso de poder econômico	0

Preço predatório/Dumping	4
Concorrência desleal	3

O gráfico 3 mostra a evolução do número de decisões referentes a ações em que foi alegada determinada conduta anticoncorrencial ao longo dos anos. Percebe-se que quase todos os tipos de conduta tiveram um aumento a partir do ano de 2005.

GRÁFICO 3



SETORES

A Tabela 7 e o Gráfico 4 (representação gráfica da Tabela 8) apresentam, respectivamente, a distribuição das 396 decisões analisadas entre os setores de atividade econômica e a sua evolução temporal das ações referentes aos setores entre 1994 e 2008.

Tabela 7 – Decisões por setor

Setor	Número de decisões	Porcentagem sobre o total de decisões
Telecomunicações	19	4,80%
Combustíveis	100	25,25%
Laranjas	7	1,77%
Serviços e produtos médicos	28	7,07%
Serviços e produtos financeiros	148	37,37%
Bebidas	20	5,05%
Outro	74	18,69%

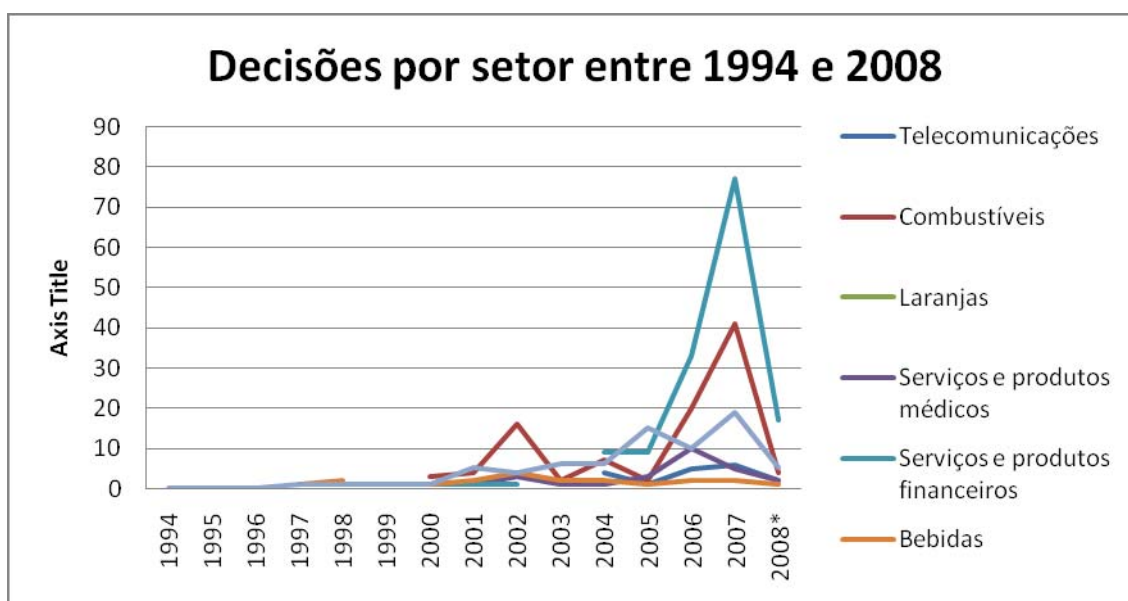
TABELA 8 – DECISÕES POR SETOR ENTRE 1994 E 2008*

Setor	1994	1995	1996	1997	1998
Telecomunicações	0	0	0	0	1
Combustíveis	0	0	0	0	0
Laranjas	0	0	0	0	0
Serviços e produtos médicos	0	1	0	0	0
Serviços e produtos financeiros	0	0	0	0	0
Bebidas	0	0	0	1	2
Outro	0	0	0	1	1

Setor	1999	2000	2001	2002
Telecomunicações	0	0	0	0
Combustíveis	0	3	4	16
Laranjas	0	0	0	0
Serviços e produtos médicos	1	0	1	3
Serviços e produtos financeiros	0	1	1	1
Bebidas	0	1	2	4
Outro	1	1	5	4

Setor	2003	2004	2005	2006	2007	2008*
Telecomunicações	0	4	1	5	6	2
Combustíveis	2	7	2	20	41	4
Laranjas	0	0	0	0	7	0
Serviços e produtos médicos	1	1	3	10	5	2
Serviços e produtos financeiros		9	9	33	77	17
Bebidas	2	2	1	2	2	1
Outro	6	6	15	10	19	5

GRÁFICO 4



Conforme a Tabela 7, os setores que apresentaram maior ocorrência de condutas alegadas foram “Serviços e Produtos Bancários” e “Combustíveis”. Neste eixo, cabem algumas considerações específicas sobre características peculiares de alguns setores.

No setor de laranjas, por exemplo, todas as decisões são do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 2007 e referem-se a alegações de cartel.

No setor de combustíveis, em 60 dos 100 casos é possível identificar claramente que se trata de conduta por postos de gasolina. Neste setor, a conduta de cartel é alegada em 40 dos casos e o Ministério Público é quem alega a conduta

em 55 das ações e, destas 55, 29 tiveram deferido o pedido cessação de conduta anticoncorrencial das ações.

Conforme já apresentado, o setor de serviços e produtos financeiros apresenta o maior número de decisões – 148, das quais 143 foram movidas por consumidores diretos e finais. Do total de decisões no setor, 91 tratam de alegações de preço abusivo ou arbitrário (freqüentemente referido nos autos como “encargos abusivos”) e 50 tratam de venda casada. Os Tribunais de Justiça Estaduais julgaram 101 dos 148 processos, com destaque para São Paulo, com 58 decisões, e Minas Gerais, com 32. Foi possível observar nestes dois Estados certa uniformidade nas decisões do setor (dentro de cada Estado) e na sua utilização da Lei 8.884. Na maioria das decisões do TJ MG, há indeferimento de pedido de cessação e referência, pelo magistrado, à Lei 8.884 para afirmar que o aumento arbitrário dos lucros constituiria infração à ordem econômica, nos termos da Lei 8.884. Não é possível, no entanto, verificar se a referência à Lei 8.884 foi feita pelo próprio consumidor na ação originária.

Semelhante situação ocorre no Tribunal de Justiça de São Paulo, em que apenas uma decisão deferiu pedido de cessação de conduta anticoncorrencial. Como no tribunal de Minas Gerais, a referência à Lei 8.884 é feita pelo magistrado para reconhecer que a abusividade na cobrança de encargos constituiria infração à ordem econômica. No entanto, o trecho abaixo, presente em dezenas das decisões²² (literalmente ou em texto muito semelhante), pode indicar que o tribunal

²² Apenas a título exemplificativo: APELAÇÃO N° 1.073.821-3 – BAURU; APELAÇÃO N. 1.076.119-0-ITAPOLIS; APELAÇÃO N° 1.078.476-6 – GUARULHOS; APELAÇÃO N° 1.082.978-6 - SÃO PAULO; APELAÇÃO 1.1M.SM-1 - São Paulo; APELAÇÃO N0 1.114.021-1 - SÃO JOSÉ DO RIO PRETO; APELAÇÃO N. 1.121.581-3 - SOROCABA; APELAÇÃO N: 1.124.883-4 - SÃO PAULO;

entende que as infrações à ordem econômica só poderiam ser tratadas no âmbito administrativo:

“A Lei 8884 resguarda a obtenção de lucro excessivo sem alteração do ato jurídico celebrado entre a instituição financeira e seus clientes, o que se tira do exame de seus arts. 23 a 27. Assim, abusividade em “spread” seria infração administrativa, a ser verificada no processo próprio, de competência do CADE (arts 20 a 51).”

No setor de “Serviços e Produtos Financeiros” merece destaque também a sua freqüência nos Tribunais Regionais Federais. Dos 63 casos dos TRFs, 43 são deste setor. Todas as 43 decisões têm na sua ação originária alegação de venda casada contra a Caixa Econômica Federal e a esmagadora maioria diz respeito a seguro obrigatório em financiamento de imóvel, nos termos do Sistema Financeiro de Habitação. Por tratar de obrigação legal, a obrigatoriedade da contratação do seguro para a obtenção do financiamento não constitui venda casada e este é o entendimento da maioria das decisões.

No setor de “Serviços e Produtos Médicos” é importante notar que dos 28 casos tratados, 16 tem como partes a UNIMED. As condutas anticoncorrenciais da UNIMED já foram tratadas pelo CADE em diversos momentos e se mostram também um problema na esfera civil.

PARTES

Em relação às partes que alegam as condutas relacionadas às decisões analisadas, cabe ressaltar, conforme exposto na Tabela 9, que não foram encontradas decisões referentes a ações movidas por consumidores indiretos. Cabe ressaltar que as categorias de consumidores utilizadas na pesquisa não são típicas

da prática jurisprudencial, conforme detalhadamente explicado no item “Metodologia”.

Tabela 9 – Decisões por tipo de parte que alega a conduta

Parte que alega a conduta	Número de Decisões	Porcentagem sobre o total de decisões
Ministério Público	73	18,43%
Consumidor direto e não final	62	15,66%
Consumidor direto e final	191	48,23%
Consumidor indireto e final	0	0,00%
Consumidor indireto e não final	0	0,00%
Concorrente	27	6,82%
Outro	43	10,86%

Considerando os pedidos feitos por cada tipo de parte e os deferimentos concedidos a estes pedidos, percebe-se que o Ministério Público tem uma taxa de sucesso nos seus pedidos significativamente superior às dos outros tipos de parte, conforme a Tabela 10:

Tabela 10 – Sucesso nos Pedidos por Tipos de Parte

	Ministério Público	Consumidor direto e não final	Consumidor direto e final	Conco- rrente	Outro
Pedidos de cessação	67	52	178	24	28
Pedidos de ressarcimento	11	24	106	16	11
Total de Pedidos	78	76	284	40	39
Deferimentos na cessação	36	10	32	4	9
Deferimentos no ressarcimento	5	5	18	2	2
Total de Deferimentos	41	15	50	6	11
Taxa de sucesso	52,56%	19,74%	17,61%	15,00%	28,21%

As decisões relacionadas a condutas alegadas pelo Ministério Público têm as suas ações originárias distribuídas geograficamente da seguinte maneira: 18 em Minas Gerais; 13 no Mato Grosso; 6 no Paraná; 28 no Rio Grande do Sul; 2 em Santa Catarina; 1 no Ceará; 1 em São Paulo; 1 no Mato Grosso do Sul e 1 em Pernambuco. Este é um dado muito relevante do potencial de atuação do Ministério Público, que pode ser considerado significativamente mais descentralizado do que o SBDC, com maior possibilidade de atuação com condutas locais e que não tenham necessariamente repercussão no âmbito nacional.

PEDIDOS E RESULTADOS

Das decisões analisadas, 142 (35,86%) eram referentes a ações judiciais que tinham como pedido a cessação da conduta supostamente anticompetitiva e o ressarcimento dos danos causados. As decisões referentes a ações que tinham como pedido somente a cessação da conduta somaram 208 (52,23%) e as que pediam somente o ressarcimento somaram 26 (6,57%). Em 20 das decisões (5,05%), não foi possível identificar o pedido da ação inicial. Assim, as ações com pedido de cessação (contabilizando as que têm este pedido somado ao de ressarcimento e as que não têm) somam 350, das quais 90 foram deferidas. As ações com pedidos de ressarcimento (as que têm este pedido somado ao de cessação e as que não têm) são 168, das quais 32 foram deferidas. Cabe ressaltar que, nos dois casos, o deferimento pode ser um julgamento definitivo ou cautelar. Além disso, é importante notar que dos pedidos que não constarem como deferidos obviamente não significa que foram indeferidos. Isto porque a tabulação dos pedidos

diz respeito à ação originária e o deferimento diz respeito à decisão analisada, que pode ou não tratar do mérito.

Em 14 das decisões analisadas houve pedido de ressarcimento por danos morais na ação originária. Destas, 12 tiveram decisões que trataram do mérito e houve deferimento do pedido em uma delas. A Apelação Cível 70018714857, julgada em 2007 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, trata de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público contra cartel de postos de gasolina na cidade de Guaporé. Além dos danos patrimoniais, o Ministério Público requer ressarcimento por dano moral coletivo. O voto vencedor explicita o entendimento de que a afetação do bem “ordem econômica” poderia ensejar dano difuso e que para a demonstração do dano moral coletivo seria necessária somente a comprovação da conduta ilícita, conforme trechos abaixo:

“No caso em espécie, posto que passível de individualização os prejuízos materiais, a prática ilícita dos apelantes acarretou também uma ofensa difusa, na medida que afetou um bem abstrato (“ordem econômica”), que se direge (sic) ao próprio do indivíduo enquanto pertencente a uma sociedade consumerista.

(...)

Com essas considerações, a demonstração do dano moral coletivo deve limitar-se à verificação da antijuridicidade da conduta, conjugada com a ofensa ao bem jurídico por ela protegido, exurgindo a constatação do dano moral a partir dessa lesão, porquanto é da ofensa ao bem jurídico (“coletivo”) que se detecta o dano moral coletivo.

In casu, é espoliação sofrida pelos consumidores locais, que se infere a afetação do psiquismo coletivo, sendo desnecessária a averiguação da efetiva ocorrência dano na esfera moral de cada indivíduo, na medida em que a prática abusiva infligiu a toda uma coletividade de pessoas em sua vulnerabilidade.”

Na maioria dos casos, não foi possível identificar o valor do pedido de ressarcimento. Cabe ressaltar, no entanto, que a sentença que deferiu o maior valor a título de ressarcimento de dano causado por conduta foi a Apelação Cível 2006.001.02659 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que é apelante Viação Aérea São Paulo S/A – VASP e apelada Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRÁS, de 25/04/2006. Neste acórdão, a Petrobrás é condenada ao pagamento de R\$ 241.123.838,63 por discriminação de preço. Após a decisão, as partes firmaram acordo. Esta decisão é de extrema relevância para o estudo das ações civis antitruste tendo em vista o seu objetivo de dissuasão das condutas anticoncorrenciais. Além de fazer menção expressa à Lei 8.884, este parece ser o caso mais significativo, em termos quantitativos, de condenação a pagamento de indenização de dano causado por conduta anticoncorrencial e, de todos os casos da pesquisa.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

Das 396 decisões trabalhadas, 231 (58,33%) fazem alguma referência à Lei 8.884, sendo os artigos 20 e 21 os mais citados. Cabe ressaltar que estes casos incluem utilização errônea da Lei, por exemplo, para os casos de concorrencial

desleal. Uma das percepções gerais obtidas da leitura dos casos foi a de que, freqüentemente, uma conduta anticoncorrencial é alegada em meio a uma disputa contratual. O artigo 29, supostamente principal fundamentação legal do tipo de ação estudado, foi mencionado em apenas 17 decisões e o artigo 89 em apenas 19. O abuso de poder econômico é, em alguns casos, confundido com onerosidade excessiva ou lesão. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, é mencionado em 200 decisões (50,50%) e o Código Civil em 39 (0,98%).

A utilização do CDC merece destaque nas alegações de venda casada, em comparação à Lei 8.884. Ainda que as duas descrevam a conduta de forma semelhante²³, o CDC é muito mais utilizado. Do total de decisões relacionadas à alegação de venda casada (57), 47 fazem referência ao CDC e apenas 8 referem-se à Lei 8.884. O CDC mostra-se muito mais conhecido na cultura jurídica nacional e a advocacia brasileira parece muito mais habituada a utilizá-lo.

23

Código de Defesa do Consumidor, Art. 39, I:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

Lei 8.884:

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

DISCUSSÕES PROCESSUAIS

As principais discussões processuais que parecem ser peculiares às ações analisadas são decorrentes do artigo 89 da Lei 8.884. Em primeiro lugar, ainda que a redação do art. 89 seja clara, a necessidade de intimação do CADE, nos termos do dispositivo, ainda não é ponto pacífico na jurisprudência. Dos casos analisados, apenas 14 manifestaram-se a este respeito, sendo todos eles de Tribunais de Justiça Estaduais. A diferença entre os 14 acórdãos diz respeito, basicamente, a considerarem ou não que uma questão entre dois particulares é uma questão de defesa da concorrência e que exige intimação do CADE. Neste sentido, cito o Agravo de Instrumento nº 1.131.381-0/2, de São Paulo (29/11/2007):

“A intenção do legislador foi admitir a assistência do CADE nos processos em que se discuta a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, não se inserindo aí o caso dos autos - Ação que visa a revisão e declaração de nulidade de cláusulas contratuais consideradas leoninas, decorrente de relação comercial havida entre as partes, não implicando em qualquer interesse da coletividade.”

A segunda discussão processual importante que se coloca especificamente para as ações de ressarcimento de danos ou cessação de condutas causadas por condutas anticoncorrenciais diz respeito aos efeitos da intimação do CADE. Neste sentido, trata-se do efeito para a validade do processo judicial e do efeito sobre a competência para julgamento do caso, entre as justiças federal e estadual. Cabe ressaltar que, de todos os casos analisados, foi possível identificar a ocorrência de intimação do CADE em apenas 8.

Ainda que se discuta, nos tribunais estaduais, o deslocamento da competência para a Justiça Federal em todos os casos que tratem de condutas anticoncorrenciais pela mera possibilidade de participação do CADE, o STJ decidiu que a transferência de competência só acontece se o CADE manifestar interesse em participar do processo (CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 34.977 - SP (2002/0045067-0), RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ).

Em relação à validade de processo relacionado a práticas anticoncorrenciais em que não houve intimação do CADE, apenas 4 acórdãos, de Tribunais Estaduais, afirmaram que a falta de intimação do CADE implica nulidade. A única referência a este tema no STJ é o RECURSO ESPECIAL Nº 453.658 - PB (2002/0097383-5), RELATOR: MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR, de 25/11/2002, no qual o tribunal afirma que não é causa de nulidade processual a falta de intimação do CADE no processo em que proprietários de laboratórios se julgam prejudicados com novo serviço a ser instalado na cidade:

“A falta de intimação do CADE para intervir no processo não é causa de nulidade. Em primeiro lugar, porque não há previsão na lei para essa grave consequência processual. Em segundo, porque a situação dos autos não configura hipótese de violação a interesses que cabe àquele Conselho preservar.”

A participação do CADE como assistente foi identificada em somente 5 das decisões, todas dos Tribunais Regionais Federais. Para melhor compreender a situação dos casos em que o CADE figura como assistente nos termos do artigo 89 da Lei 8.884, a agenda de pesquisa futura sobre o tema inclui a verificação no

próprio CADE das ações em que ele figura como assistente e como ocorre a decisão pela sua participação.

REFLEXÕES SOBRE O CONTEXTO INSTITUCIONAL DAS AÇÕES

Além de verificar a existência de ações antitruste na esfera civil, o intuito deste trabalho é apontar as características gerais destas ações e, a partir destes

dados, apresentar hipóteses sobre o ambiente institucional em que elas se inserem no contexto brasileiro, ou seja, sobre as regras e o funcionamento das instituições relacionadas ao tipo de ação estudado neste trabalho. O debate acerca dos desafios institucionais enfrentados pelas ações de cessação ou ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais no Brasil, assim como de mudanças que beneficiem estas ações, é imprescindível para o desenvolvimento das mesmas e os resultados da pesquisa podem ser indicativos destes desafios. Além disso, este tema tem sido discutido no âmbito internacional e, ainda que não se pretenda transplantar indiscriminadamente instituições ou dispositivos estrangeiros para o contexto brasileiro, é possível aprender com a experiência de outros países com ações semelhantes.

Nesta seção, primeiramente serão indicadas superficialmente as principais questões discutidas nos Estados Unidos, na União Européia e na América Latina em relação aos obstáculos e mudanças necessárias para a promoção das ações civis de direito antitruste. A limitação a estes países foi feita apenas em função da literatura disponível sobre o tema. Em seguida, será apresentada reflexão sobre o contexto brasileiro, tendo em vista os resultados da pesquisa e, complementarmente, os principais problemas levantados em outros países.

O debate acerca de como estabelecer um quadro normativo eficaz que permita o exercício das ações que são objeto desta pesquisa tem se intensificado no âmbito internacional. A Comissão Européia, a partir da conclusão de que as vítimas de infrações às regras comunitárias no domínio do antitruste só raramente são indenizados pelos danos sofridos devido a inúmeros obstáculos legais e

processuais, publicou um “Livro Branco”²⁴, com propostas de medidas a ser tomadas simultaneamente no nível comunitário e no nacional, com vista a garantir uma proteção mínima e efetiva do direito das vítimas a obterem indenização, nos termos dos artigos 81 e 82 do Tratado da Comunidade Européia, em cada Estado-Membro e condições mais eqüitativas e uma maior segurança jurídica no âmbito da União Européia. Este documento é especialmente importante, pois sintetiza grande parte do debate europeu. Além disso, a situação da União Européia se assemelha muito mais ao estágio inicial da utilização destas ações no Brasil do que os Estados Unidos. Por estas razões, a sua análise se mostra especialmente útil para o desenvolvimento deste trabalho.

O Livro Branco²⁵ apresenta sugestões institucionais em relação às ações privadas de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais, especificamente referentes a (i) legitimidade de agir; (ii) acesso aos elementos de prova; (iii) efeito vinculante das decisões das autoridades nacionais de concorrência; (iv) requisito de culpa; (v) indenizações; (vi) repercussão dos custos adicionais²⁶; (vii) prazos de prescrição; (viii) custos das ações de indenização e (ix) interação entre os programas de leniência e as ações de indenização. A Comissão sugere aos Estados-Membros, por exemplo:

²⁴ De acordo com o Glossário da União Européia, disponível em http://europa.eu/scadplus/glossary/index_pt.htm, “os Livros Brancos publicados pela Comissão são documentos que contêm propostas de acção comunitária em domínios específicos. Surgem, por vezes, na sequência de Livros Verdes, cuja finalidade consiste em lançar um processo de consulta a nível europeu. Quando o Conselho dispensa acolhimento favorável a um Livro Branco, este pode dar origem a um programa de acção da União Europeia no domínio em causa.”

²⁵ Comissão das Comunidades Europeias – “Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*”. Disponível em http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/citizen_pt.pdf

²⁶ O termo “custos adicionais” é utilizado pela Comissão Européia para fazer referências às situações em que adquirentes diretos repassam total ou parcialmente os custos causados pela conduta anticoncorrencial aos consumidores subseqüentes. Esta questão é importante para que não haja enriquecimento sem causa do consumidor intermediário e, ao mesmo tempo, para a determinação da legitimidade dos consumidores indiretos.

- que os tribunais nacionais devem, em determinadas condições, ter o poder de ordenar às partes no processo ou a terceiros que divulguem certos elementos de prova relevantes;
- que os tribunais devem dispor de poderes para impor sanções suficientemente dissuasivas a fim de evitar a destruição de provas relevantes ou a recusa de cumprimento de uma injunção de divulgação;
- que os tribunais nacionais que devem decidir sobre as ações de indenização relativas a uma prática anticoncorrencial sobre a qual uma autoridade nacional de concorrência tenha já tomado uma decisão definitiva que declara verificada uma infração;
- que estabeleçam um quadro de orientações pragmáticas e não vinculativas para o estabelecimento do montante da indenização nos processos antitruste;
- que todas as declarações de empresas apresentadas por qualquer candidato à leniência permaneçam confidenciais;
- que seja examinada de forma mais aprofundada a possibilidade de limitar a responsabilidade civil das empresas beneficiárias de programas de leniência face aos pedidos de indenização.

Nos Estados Unidos, freqüentemente se discute o abuso da chamada “private litigation” e de seus eventuais efeitos anticompetitivos. Alega-se que as empresas utilizariam as ações civis de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais como estratégia anticompetitiva em relação a seus concorrentes.²⁷

27 MCAFEE, Preston; MIALON, Hugo M. e MIALON, Sue H. "Private V. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis " Emory Law and Economics Research Paper No. 05-20, Emory Public Law Research Paper No. 06-4.

No âmbito da América Latina, destaca-se artigo recentemente apresentado por Daniel Crane sob o título “*Private Enforcement Against International Cartels in Latin America: A U.S. Perspective*”²⁸. Para o autor, as características do ambiente latino-americano que mais afetariam as ações movidas por agentes privados com pedido de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais são (i) agregação de demandas, (ii) acesso à informação e (iii) competências administrativas e judiciais.

Estas são as principais questões levantadas, no âmbito internacional, na discussão dos mecanismos de promoção das ações civis de cessação ou ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais. No Brasil, considerando os resultados da pesquisa de jurisprudência e o que é possível observar em outros países, as mais importantes questões referentes ao ambiente institucional em que se inserem estas ações são: (i) efetividade da ação dos agentes legitimados a propor ações e (ii) acesso a informação, ainda que outros aspectos que não serão abordados a fundo neste trabalho também sejam relevantes para o desenvolvimento das ações civis de cessação ou ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais no Brasil.

Efetividade da ação dos agentes legitimados a propor ações

Os agentes legitimados a propor ações civis de direito antitruste foram classificados, para os fins da pesquisa de jurisprudência, nas seguintes categorias:

(i) Ministério Público; (ii) consumidor direto e não final; (iii) consumidor direto e final; (iv) consumidor indireto e final; (v) consumidor indireto e não final; (vi) concorrente e

28 CRANE, Daniel A., “Private Enforcement Against International Cartels in Latin America: A U.S. Perspective” (Abril 2008). Cardozo Legal Studies Research Paper No. 231. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1120069>

(vii) outros. Na discussão da efetividade de cada um destes grupos de demandantes, dois merecem especial destaque: as categorias (iv) e (v), dos consumidores indiretos, e o Ministério Público.

Conforme já mencionado, não foram encontrados casos que envolvam demandas feitas por consumidores indiretos. No âmbito internacional, a legitimidade destes consumidores tem sido freqüentemente discutida. No contexto nacional, parece-me não haver impedimento normativo à sua legitimidade de agir, tendo em vista que sofreram dano. A falta de ações movidas por este tipo de consumidores pode estar relacionada à falta de ciência da possibilidade jurídica ou então da dificuldade de visualização da relação causal entre a conduta anticoncorrencial e prejuízo econômico incorrido pelo consumidor indireto.

Aparentemente, o contexto brasileiro mostra-se bastante vantajoso no que diz respeito às possibilidades jurídicas de agregação de demandas e de mecanismos coletivos de promoção destas ações. Esta parece ser uma questão delicada mesmo em países em que o chamado “*private enforcement*” é considerado muito mais desenvolvido. O “Livro Branco” da Comissão Europeia, por exemplo, sugere aos Estados-Membros que tomem medidas para promover :

“ - **ações representativas**, intentadas por **entidades qualificadas**, tais como associações de consumidores, organismos estatais ou associações profissionais, em nome de vítimas identificadas ou, num número relativamente limitado de casos, identificáveis. (...)

- **ações coletivas por adesão**, nas quais as vítimas **decidem expressamente** agregar os seus pedidos individuais de indemnização numa única ação.”²⁹

²⁹ Comissão das Comunidades Europeias – “Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*”. Disponível em http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/citizen_pt.pdf. 4 - 5.

De forma geral, estes mecanismos já estão disponíveis no direito brasileiro. Os mecanismos de tutela coletiva da livre concorrência no Judiciário brasileiro são a ação civil pública e a ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, em virtude de lesão a direitos por conduta anticoncorrencial.

Para Roberto Pfeiffer³⁰, 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, pode-se concluir pela possibilidade de sua tutela ser efetivada por intermédio de ação civil pública.”*³¹

No âmbito da tutela coletiva da livre concorrência, é necessário enfatizar o papel do Ministério Público. Os danos causados por uma mesma conduta aos consumidores podem ser muito pequenos se contabilizados individualmente, não havendo incentivos para ações judiciais. O Livro Branco da Comissão Européia, ao tratar da questão da legitimidade de agir, ressalta este mesmo ponto:

³⁰ PFEIFFER, Roberto. “Tutela Coletiva da Livre Concorrência” . Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Janeiro/Dezembro de 2003.

³¹ PFEIFFER, Roberto. “Tutela Coletiva da Livre Concorrência” . Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Janeiro/Dezembro de 2003. p. 243

*“Os consumidores individuais, e também as pequenas empresas, em especial os que sofreram **esporadicamente danos cujo valor é relativamente baixo**, inibem-se frequentemente de intentar uma acção individual por danos devido aos custos, aos atrasos, às incertezas, aos riscos e ao peso administrativo que esta implica. Consequentemente, muitas destas vítimas actualmente **não são indemnizadas**. Nas raras ocasiões em que é intentado um grande número de acções individuais contra uma mesma infracção, surgem **complicações processuais** para os requerentes, para os requeridos e até para o próprio sistema judicial.”³²*

Ainda que muitos consumidores finais e individuais sejam legitimados a propor ações judiciais, existe uma dificuldade tanto de proposição de demandas de consumidores finais e individuais quanto de articulação dos mesmos. É justamente na agregação destas diferentes demandas que pode atuar no Ministério Público.

Além disso, em comparação aos outros tipos de proponentes de ações para cessação ou ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais, o Ministério Público tem tido maior sucesso nos seus pedidos, ainda que os motivos para este fato não sejam explícitos. Em parte, o sucesso do Ministério Público pode ser explicado pelo fato de que este é um demandante judicial freqüente, que adquire experiência institucional e para quem os incentivos em demandar não estão diretamente relacionados à superação dos danos causados e custos com o processo pelo montante recebido na ação judicial; em oposição, por exemplo, aos

³² Comissão das Comunidades Europeias – “Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*”. Disponível em http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/citizen_pt.pdf P.5

consumidores finais, que normalmente são demandantes ocasionais, não tem experiência institucional e para quem os incentivos para demandar judicialmente estão limitados pela relação entre montante que potencialmente receberiam no Judiciário e os custos do processo e danos causados³³.

O Ministério Público tem também potencial de agir tanto na esfera civil quanto na administrativa, já que por vezes age em conjunto com os órgãos do SBDC no processo instrutório de condutas anticoncorrenciais, o que pode gerar inúmeras vantagens para o problema de acesso à informação tem freqüentemente mencionado na literatura internacional. Ademais, enquanto a atuação do SBDC costuma priorizar condutas com impacto no âmbito nacional, o Ministério Público tem a possibilidade de atuar de forma mais regional, como mostram os resultados da pesquisa.

Acesso à Informação

Uma das grandes dificuldades das ações de antitruste na esfera civil é o acesso às informações necessárias para comprovação da conduta e do dano. Este problema reflete-se tanto na falta de ciência da existência de uma conduta por indivíduos ou entidades legitimados a propor uma ação judicial contra o causador da conduta quanto na dificuldade de cálculo do dano causado.

Os resultados da pesquisa de jurisprudência referentes às referências legislativas mostram que a Lei 8.884 ainda é bastante menos utilizada do que outros diplomas, como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, mesmo em

³³ Esta é a distinção que Marc Galanter (GALANTER, Marc. "Why the "Haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change". Law and Society Review. Pp. 165-230) faz entre "*repeat players*" e "*one-shooters*".

casos em que se utiliza termos referentes diretamente a condutas anticoncorrenciais, como “venda casada” e “cartel”. Além disso, a Lei 8.884 também é utilizada para fundamentar pedidos referentes a condutas que não são do âmbito do direito da concorrência, como “concorrência desleal” ou “dumping”. Estes dados indicam tanto um certo grau de desconhecimento em relação a Lei de Defesa da Concorrência quanto que a cultura jurídica brasileira ainda não utiliza este diploma da forma mais adequada possível.

Um dos pontos mais delicados no tema estudado diz respeito ao cálculo das indenizações. Não foi possível identificar, nas decisões analisadas, métodos de cálculo das indenizações, mas este certamente é um dos grandes desafios para a utilização destas ações como fator de dissuasão de condutas anticoncorrenciais, tendo em vista os obstáculos para obtenção de informações confidenciais das empresas réis e a falta de conhecimento técnico econômico necessário para o cálculo.

A quantificação do dano apresenta diversas dificuldades, especialmente quando se trata de ação para indenização de dano difuso. Para Roberto Pfeiffer:

“há que se ressaltar que a extrema dificuldade em computar o montante do dano produzido à sociedade como um todo, devido à sua complexa apuração. Assim, creio que as dificuldades na obtenção do montante do dano, somadas à necessidade de se evitar bis in idem com as ações individuais (o que demanda retirar-se do cálculo do dano dos prejuízos individualmente sofridos) tornam menos propícia a utilização da condenação

*em dinheiro do que a condenação na obrigação de fazer ou não fazer na ação civil pública para tutela da livre concorrência*³⁴

Neste âmbito, o CADE tem um papel importante na publicização das condutas condenadas na esfera administrativa e, ao mesmo tempo, de fornecer conhecimento técnico do direito da concorrência, amenizando desta forma tanto a questão do acesso à informação quanto a falta de familiaridade com o direito concorrencial dos indivíduos e instituições envolvidos.

Cabe destacar que a participação do CADE, nos casos analisados, tem sido sempre posterior à condenação na conduta na esfera administrativa. A esse respeito, o ex-Conselheiro do CADE Roberto Pfeiffer afirma:

“se tal requerimento de manifestação para integrar a ação [intimação do CADE nos termos do artigo 89 da Lei 8.884] encerra aspectos positivos, há um problema que não pode deixar de ser salientado. Com efeito, pode ocorrer que tais práticas já estejam sendo objeto de investigação em processo administrativo previamente instaurado. Nesta hipótese, a intervenção do CADE no pólo ativo poderia ser interpretada como um reconhecimento do caráter ilícito da prática investigada, o que equivaleria a um prejulgamento da matéria. Em virtude desse específico aspecto deletério, é que o Conselho tem sistematicamente optado por não intervir no feito na qualidade de co-

³⁴ PFEIFFER, Roberto. “Tutela Coletiva da Livre Concorrência”. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Janeiro/Dezembro de 2003. p.242-243.

autor ou assistente do autor enquanto não houver julgado o eventual processo administrativo correlato.”³⁵

Neste sentido, a colaboração do CADE estaria restrita aos casos por ele já julgados.

Tendo em vista o exposto, parece-me que a legislação brasileira contém diversos dispositivos favoráveis às ações civis com pedido de cessação ou ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais, conforme exposto no item “Fundamentação Legal”. Obviamente, a reflexão sobre este tema pode levar a sugestões de mudanças legislativas que beneficiem este tipo de ação. No entanto, o ponto mais crítico para o desenvolvimento destas ações parece ser a própria prática dos potenciais requerentes, advogados, magistrados e autoridades de concorrência. A advocacia da concorrência, portanto, exerce um papel fundamental na promoção das ações civis de cessação ou ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais.

³⁵ PFEIFFER, Roberto. “Tutela Coletiva da Livre Concorrência” . Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Janeiro/Dezembro de 2003. p.235

CONCLUSÕES

Tendo em vista amplitude dos dados coletados, diversas poderiam ser as conclusões deste trabalho. Entre os vários dados produzidos, destacam-se a constatação da existência no Judiciário brasileiro de ações com pedido de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais ou de cessação destas condutas; a concentração destas ações nos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo e nos setores de “Serviços e Produtos Financeiros” e “combustíveis”; o fato de o número de decisões ter crescido significativamente desde 2006; e de as ações judiciais que tratam das condutas anticoncorrenciais na esfera civil não estarem necessariamente fundamentadas nos dispositivos da Lei 8.884, especialmente no art. 29. Sem dúvida, tendo em vista o número de variáveis tabuladas, ainda existe a possibilidade de analisar diversas outras características das ações coletadas a partir do banco de dados construído nesta pesquisa.

A partir dos dados até agora levantados, considero que as conclusões mais importantes a respeito do ambiente institucional em que se inserem as ações civis de direito antitruste no contexto brasileiro são duas.

A primeira é que existe, de forma geral, pouco conhecimento sobre a aplicação da Lei 8.884 na esfera civil. Este desconhecimento diz respeito tanto ao mérito do direito antitruste, ou seja, à caracterização das condutas anticoncorrenciais, quanto ao procedimento estabelecido pela Lei de Defesa da Concorrência nos seus artigos 29 e 89. Conforme demonstrado, existem tribunais que entendem que a aplicação da Lei 8.884 está restrita ao âmbito administrativo ou então que não reconhecem a necessidade de intimação do CADE para os casos que tratem de matéria antitruste.

Neste sentido, faz-se necessária a intensificação das políticas de advocacia da concorrência e da divulgação das próprias decisões do CADE. As decisões dos processos administrativos do CADE podem (i) aumentar a compreensão, de forma genérica, sobre que tipo de comportamento configura uma conduta anticoncorrencial e (ii) indicar a existência de um comportamento anticoncorrencial específico, fazendo com que os legitimados a propor ação judicial tenham ciência da conduta.

A segunda conclusão que é possível extrair dos dados produzidos diz respeito à importância da atuação do Ministério Público para a aplicação do direito anticoncorrencial no âmbito civil e, portanto, para a dissuasão das condutas anticoncorrenciais.

Em primeiro lugar, os danos causados por uma mesma conduta aos consumidores podem ser muito pequenos se contabilizados individualmente, não havendo incentivos para ações judiciais. Estes consumidores, ainda que legitimados a propor ações judiciais, têm grande dificuldade de coordenação de suas demandas.

O Ministério Público, além de coordenador destas demandas, atua no Judiciário de maneira muito mais freqüente do que os consumidores, adquirindo ganhos de escala, experiência e memória institucional. Entre os diferentes tipos de partes que poderiam iniciar ações judiciais contra condutas anticoncorrenciais, o Ministério Público é o que obteve a maior taxa de sucesso nos seus pedidos, ou seja, o maior número de deferimentos proporcionalmente ao número de pedidos.

Ademais, o Ministério Público freqüentemente age em conjunto com o SBDC no processo instrutório e combate de condutas anticoncorrenciais. A faculdade do Ministério Público de atuar tanto na esfera civil quanto em conjunto com a esfera administrativa permite uma maior comunicação entre as duas esferas e potencializa a defesa da concorrência nestes dois âmbitos. Além disso, a atuação do Ministério Público parece ser geograficamente mais abrangente do que a do SBDC, em consequência em parte do desenho institucional e funções destes dois organismos.

A pesquisa realizada aponta diversos campos que poderiam contribuir para o estudo das ações civis de direito antitruste no Brasil. Em primeiro lugar, os diversos critérios de tabulamento utilizados permitiriam diversos outros cruzamentos de dados, obtendo ainda mais informações acerca das características deste tipo de ação. Num segundo momento, seria interessante cruzar os dados obtidos com os processos administrativos do CADE, de forma investigar a existência de uma relação entre as ações judiciais e os julgamentos do CADE, tendo em vista o potencial facilitador que poderia ter o julgamento administrativo na instrução probatória de um caso judicial, já que as provas obtidas no processo administrativo poderiam ser utilizadas no civil³⁶. Para tanto, seria realizada pesquisa nas decisões do CADE, de forma a verificar se existem agentes que figuram como partes em processo

³⁶ Considerando que muitos dos documentos que constam dos autos dos processos administrativos do CADE são confidenciais, cabe indagar de que forma este fato limita a contribuição dos autos administrativos para a instrução civil.

administrativo e ao mesmo tempo em uma das decisões judiciais analisadas e estabelecer uma relação entre as duas esferas.

Além disso, seria interessante analisar empiricamente a participação do CADE nos processos judiciais nos termos do art. 89 da Lei 8.884, especialmente tendo em vista o pequeno número de decisões encontradas em que o CADE figura como assistente. Seria necessária a verificação no próprio CADE das ações em que figura como assistente e como ocorre a decisão pela sua participação

Posteriormente, faz-se necessário desenvolver, a partir da dogmática, questões processuais específicas deste tipo de ação judicial levantadas ao longo da pesquisa: a intimação do CADE e seus efeitos para a validade do processo e para a determinação do foro competente. Outra iniciativa importante seria realizar estudo empírico para verificar os valores a que foram condenados os réus das ações de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais.

Por fim, e mais importante, é necessário pensar soluções, dogmáticas e legislativas, que poderiam aumentar a dissuasão das condutas anticoncorrenciais a partir das ações judiciais que são objeto desta pesquisa.

Acima de tudo, esta pesquisa pretende ser um mapeamento inicial das ações civis de cessação ou ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais, fornecendo um quadro geral da sua situação, e fomentar o estudo mais aprofundado sobre o tema. Especificamente, espera-se que a pesquisa possa, de alguma forma, aumentar o número de ações civis de direito antitruste, tendo em vista o potencial de dissuasão de condutas anticoncorrenciais destas ações, contribuir para um ambiente concorrencial mais saudável, aumento do bem-estar social e defesa do interesse público.

BIBLIOGRAFIA

COELHO, Fábio Ulhoa. "*Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei n. 8.884/94*". Editora Saraiva. São Paulo : 1995.

CONNOR, John e HELMERS, Gustav. "*Statistics on Modern Private International Cartels, 1990 – 2005*". Working Paper No. 07-01 do "American Antitrust Institute". Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=944039#PaperDownload.

CRANE, Daniel A., "*Private Enforcement Against International Cartels in Latin America: A U.S. Perspective*" (Abril 2008). Cardozo Legal Studies Research Paper No. 231. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1120069> .

GALANTER, Marc. "Why the "Haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change". Law and Society Review. Pp. 165-230

LANDE, Robert H. and DAVIS, Josh Paul, "*Benefits from Antitrust Private Antitrust Enforcement: Forty Individual Case Studies*" (Março, 2008). Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1105523>

MCAFEE, Preston; MIALON, Hugo M. e MIALON, Sue H. "*Private V. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis*" Emory Law and Economics Research Paper No. 05-20, Emory Public Law Research Paper No. 06-4.

PEREIRA, Fabio Queiroz. "*Judicialização das lides concorrenciais no Brasil: limites e possibilidades*". Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, Volume 14, nº 2.

PFEIFFER, Roberto. "Tutela Coletiva da Livre Concorrência" . Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Janeiro/Dezembro de 2003. p.227 – 268

POLVERINO, Fabio. "*A Class Action Model for Antitrust Damages Litigation in the European Union*" Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927001

ROSO, Jayme Vita. "*Novos Apontamentos à Lei Antitruste Brasileira*". Editora LTr. São Paulo: 1998.

ROSENBERG, David e SULLIVAN, James P. "Coordinating Private Class Action and Public Agency Enforcement of Antitrust Law". Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 523 08/2005. The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series. Disponível em http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/

SEGAL, Ilya R. E WHINSTON, Michael D. “*Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey*” .John M. Olin Program in Law and Economics. Stanford Law School. Working Paper No. 335. December 2006. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=952067>.

.

WALLER, Spencer W. “Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law” *Law and Economics Review*, Vol. 29, No. 6, 2006.

Comissão das Comunidades Europeias. “Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*”. Bruxelas, 2.4.2008. Disponível em http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/citizen_pt.pdf

International Competition Network.Cartels Working Group, Subgroup 1 – General Framework. “Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases”. Relatório apresentado na Conferência Anual da ICN em 2007. Disponível em http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_6th_moscow_2007/20ReportonInteractionofPublicandPrivateEnforcementinCartelCases.pdf.