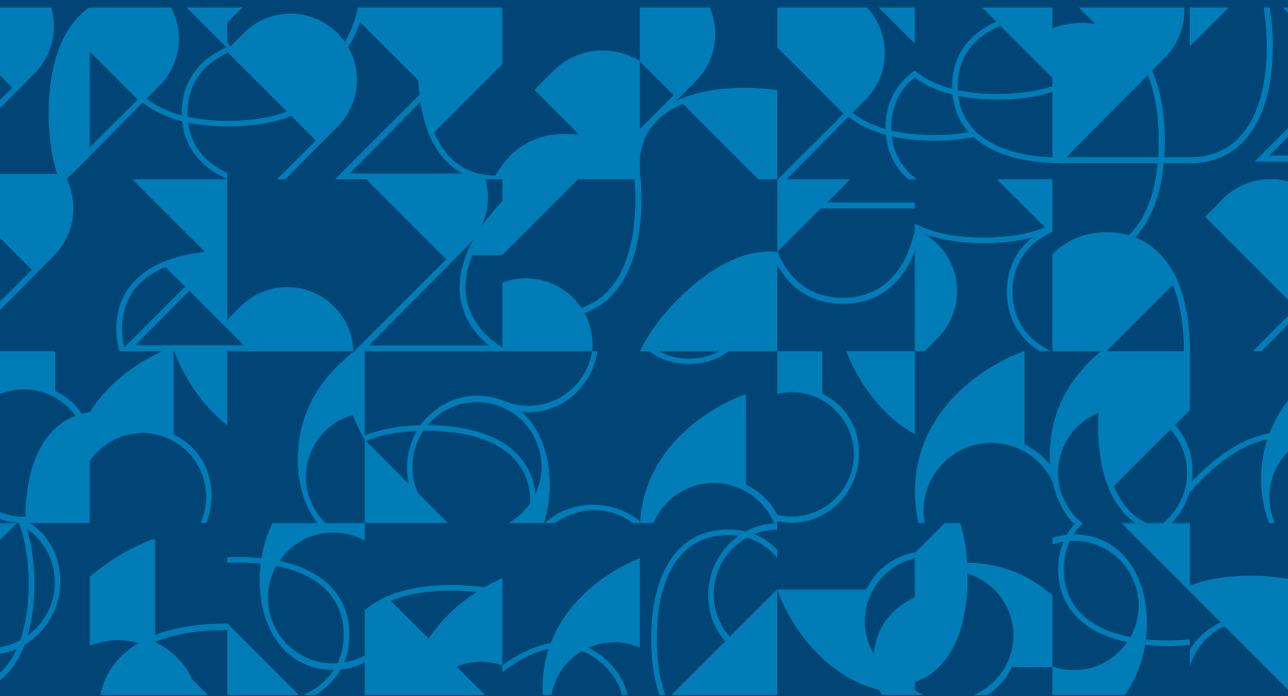




ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

Revista de Informação Legislativa



ano 61

241

janeiro a março de 2024



O *private enforcement* como paradigma de controle social da concorrência: sua potencialidade no ordenamento jurídico brasileiro após a Lei nº 14.470/2022

Private enforcement as paradigm of competition social control: its capabilities to the Brazilian legislation post Law n. 14.470/2022

Bruno Leonardo Câmara Carrá¹

Lívia Oliveira Lemos²

Resumo

Este artigo objetiva fazer inicialmente uma exposição do estado da arte do *private enforcement* no Direito Antitruste, sob a perspectiva da responsabilidade civil, para depois discutir a respeito da interface dos controles estatal e social da concorrência. Na seção seguinte, examina-se a experiência dos EUA, reconhecida como a mais consistente e duradoura nesse âmbito. A despeito das eventuais lacunas, considera-se que o modelo norte-americano de jurisdição da litigância concorrencial pode ser um parâmetro para uma mudança cultural na prática jurídica e empresarial brasileira de controle estatal e social da concorrência. A temática ingressou na agenda jurídica devido à mudança introduzida no sistema de defesa da concorrência pela Lei nº 14.470/2022. Essa inovação tem potencial para converter-se no ponto de inflexão dessa subárea, dado que a prática jurídica brasileira quase não tem familiaridade institucional com o *private enforcement*. Por fim, enfatizam-se os obstáculos à aplicação do modelo estadunidense, como a cultura do próprio Judiciário e a do empresariado em geral – sem conhecimento ou acesso equânime aos meios de composição judicial –, dentre outras dificuldades de ordem normativa e administrativa inerentes ao sistema processual do País.

¹ Bruno Leonardo Câmara Carrá é doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor em Direito Civil pela Universidade de Bolonha, Bolonha, Itália; professor dos programas de graduação e pós-graduação *stricto sensu* do Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil; juiz federal no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Recife, PE, Brasil. E-mail: brunolccarra@gmail.com

² Lívia Oliveira Lemos é mestra em Direito Privado pelo Centro Universitário 7 de Setembro (Uni7), Fortaleza, CE, Brasil; bacharela em Direito pelo Uni7, Fortaleza, CE, Brasil; bacharela em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; assessora no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Recife, PE, Brasil. E-mail: livialemos@hotmail.com

Palavras-chave: Direito Antitruste; livre concorrência; controle social da concorrência; responsabilidade civil.

Abstract

This article aims to initially present the state of the art of private enforcement in Antitrust Law, from the perspective of civil liability, and then discuss the interface of state and social competition controls. Next, the US experience is examined, recognized as the most consistent and lasting in this field. Despite possible gaps, it is considered that the North American model of competition litigation jurisdiction can be a parameter for a cultural change in Brazilian legal and business practice of state and social control of competition. The topic entered the legal agenda due to the change introduced by Law n. 14,470/2022 in the competition defense system. This innovation has the potential to become the inflection point in this subarea, given that Brazilian legal practice has almost no institutional familiarity with private enforcement. Finally, obstacles to the application of the North American model are emphasized, such as the culture of the Judiciary itself and the culture of the business community in general – without knowledge or equal access to the means of judicial composition –, among other normative and administrative difficulties inherent to the Brazilian's procedural system.

Keywords: Antitrust Law; free competition; private enforcement; civil liability.

Recebido em 15/8/23

Aprovado em 7/2/24

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

Um Direito essencialmente capitalista. Na realidade, um direito que nasce em refluxo ao que talvez tenha sido o momento mais disruptivo do sistema capitalista, mas ainda assim

³ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; LEMOS, Lívia Oliveira. O *private enforcement* como paradigma de controle social da concorrência: sua potencialidade no ordenamento jurídico brasileiro após a Lei nº 14.470/2022. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 61, n. 241, p. 117-138, jan./mar. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p117

⁴ Carrá, B. L. C., & Lemos, L. O. (2024). O *private enforcement* como paradigma de controle social da concorrência: sua potencialidade no ordenamento jurídico brasileiro após a Lei nº 14.470/2022. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 61(241), 117-138. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p117

dele tributário. Talvez, desse modo, seja possível rapidamente pontuar, numa perspectiva sobretudo valorativa, o que é o Direito Antitruste.

As primeiras normas antitruste nasceram nos EUA com base numa tríade institucional constituída pela edição do *Sherman Antitrust Act* em 1890 e do *Clayton Antitrust Act* em 1914 e pela criação da Federal Trade Commission (FTC ou simplesmente *Comission*), também em 1914. O objetivo dessas leis estava inequivocamente imbuído do mesmo espírito de outras tantas invenções jurídicas do final do século XIX: defender o capitalismo de si próprio.

O estabelecimento ainda rudimentar de uma legislação trabalhista e, em especial, a criação de um sistema de previdência social na Prússia de Otto von Bismarck são os exemplos mais comumente citados dessa nova ordem de coisas, que será definitivamente fincada ao longo do século XX. Nesse cenário, as leis antitruste – bem como a progressista legislação social que começava a efetivar-se – representavam um movimento de retenção, mas também de redefinição das linhas estruturantes do capitalismo. Em ambos os casos, teve início a atividade intervencionista do Estado na economia; e ela depois teria nas ideias de John Maynard Keynes seu mais primoroso arranjo teórico. Buscou-se corrigir as profundas desigualdades geradas com a fase industrial do capitalismo, que produziu os primeiros magnatas da era contemporânea e, com eles, a extrema concentração de renda.

Distintamente das leis trabalhistas, as normas antitruste visaram à proteção dos capitalistas e não à dos trabalhadores sem condições de seguir produzindo. Em razão disso, divisam-se diferenças estruturais entre elas. As primeiras constituem o que muitos denominam *Direito social*. E as segundas, embora se fundem em mecanismos de controle da autonomia da vontade e de intervenção estatal na atividade empresária, aspiram a desconcentrar a economia em favor da diversificação do mercado para assegurar a participação de outros empreendedores em segmentos econômico-financeiros concentrados ou com tendência de concentração. Por outras palavras, ocuparam-se os Estados ocidentais capitalistas em delinear políticas de controle da formação de oligopólios ou monopólios com natural tendência ao abuso do poder econômico. O viés mesclado do Direito Antitruste, que amalgama componentes tanto do Direito Privado quanto do Público, acompanha-o desde a origem, e aumentou progressivamente no século XX.

Não é necessário estudo algum mais amplo para, por exemplo, demonstrar como em diversos segmentos econômicos cresceu a influência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) nos últimos vinte anos. Criado pela Lei nº 4.137/1962 como simples órgão do Ministério da Justiça, o Cade foi convertido em autarquia federal pela Lei nº 8.884/1994, a fim de dispor de autonomia administrativa e, dessa forma, estar teoricamente menos sujeito a ingerências de caráter político. Por fim, com a Lei nº 12.529/2011 (*Lei de defesa da concorrência*), adquiriu relevo maior com a responsabilidade de “instruir os processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica, assim como os processos de análise de atos de concentração” (Histórico [...], [201-]).

No entanto, essa ampliação da atuação do Cade no cenário econômico não lhe é privativa, pois não se deve desconsiderar a atuação do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e

Tecnologia (Inmetro), que tem na “prevenção de práticas enganosas de comércio” uma de suas finalidades previstas em norma (entre outras, no art. 1º, IV, d, do Anexo da Portaria nº 2, de 4/1/2017) (Brasil, 2017) Assim, o Inmetro também desempenha função relevante para o desenvolvimento de um ambiente econômico de salutar concorrência.

É inquestionável o papel da vigilância sobre a adoção de procedimentos básicos de segurança na produção e na comercialização para compor um ecossistema confiável tanto para empreendedores quanto para consumidores. Contudo, além dos órgãos administrativos mencionados, cuja missão é garantir a manutenção de um mercado competitivo, os próprios particulares podem atuar na preservação da concorrência, mediante a autorregulação do mercado.

Essa participação da esfera privada ocorre por meio do que nos EUA se chama *private enforcement*; e o instituto a desempenhar um papel prioritário é a antiga e maleável responsabilidade civil. Todavia, no Brasil e em vários países europeus, historicamente a efetivação de medidas antitruste tem ficado mais a cargo de instituições públicas, embora uma alteração no sistema de defesa da concorrência levada a cabo pela Lei nº 14.470/2022 possa representar um divisor de águas num ordenamento jurídico ainda pouco familiarizado com seu uso.

O presente artigo expõe o estado da arte do *private enforcement* no Direito Antitruste, enfocando os resultados sobretudo na experiência estadunidense, que de longe é a mais versada no seu emprego. Com isso, busca-se mensurar-lhes as potencialidades para sua futura e mais ampla aplicação no País, e iniciar um giro copernicano. Além desta introdução e da conclusão, o trabalho tem seu desenvolvimento dividido em outras quatro seções. Na seção 2, ele delimita conceitualmente a expressão nominal *private enforcement* sob o prisma da responsabilidade civil. Na seguinte, aborda a relação quase simbiótica entre o uso das normas antitruste para fins de reparação civil entre particulares e a atuação dos tribunais administrativos voltados a impedir a concorrência desleal, com descrição de suas implicações positivas. Na seção 4, o trabalho procede a uma sumária apresentação crítica do Direito Antitruste no ordenamento norte-americano. E, na última, analisa as principais alterações decorrentes da Lei nº 14.470/2022.

2 O *private enforcement* e o Direito Antitruste sob a perspectiva da responsabilidade civil

O Direito Antitruste direciona seu interesse aos mercados mais propícios à concretização de atos anticoncorrenciais (Hovenkamp, 2022, p. 167). A ideia é impor limites à atuação empresarial para coibir tais práticas. O *enforcement* concorrencial segue esta premissa: afastar, por meio de normas, condutas que causem efeitos negativos à livre concorrência.

Também podem ser indicados três objetivos específicos do *enforcement* concorrencial. O primeiro é restabelecer o equilíbrio da concorrência, para que as atividades empresariais

voltem a competir livremente no mercado. O segundo é compensar, por meio de indenizações, os prejudicados pela ilicitude concorrencial. O terceiro objetivo é prevenir a concretização do ato anticoncorrencial mediante a ameaça de uma ação eficaz e punitiva contra os infratores, tanto os de fato quanto os potenciais (Fernandes, 2012, p. 4-6). Dentre os três objetivos prepondera o primeiro sobre o segundo, sendo o terceiro nitidamente consecutivo à atuação da autoridade antitruste, tanto preventivamente, com o uso de mecanismos jurídicos capazes de atuar *ex ante* para impedir a prática desleal, quanto pelo efeito dissuasório que as punições possam gerar no meio empresarial.

Com efeito, no Brasil a proteção antitruste comumente é associada à atuação de instâncias administrativas do Cade, pois em geral se relaciona a defesa da concorrência à atuação da autoridade estatal criada para essa finalidade. Frequentemente, a doutrina norte-americana menciona que a aplicação da legislação antitruste envolve três estágios fundamentais: primeiro, a autoridade administrativa toma conhecimento do possível ato anticoncorrencial; depois, por assumir que é plausível a violação da concorrência, inicia o processo investigatório; por fim, impõe uma penalidade quando constata a efetiva ilicitude concorrencial.

Os particulares também podem desempenhar papel significativo na concreção de um adequado ambiente concorrencial. A isso, a prática jurídica estrangeira convencionou denominar *private enforcement*, que se caracteriza precisamente pelo aforamento de litígios individuais perante o Poder Judiciário com o objetivo de reparar os prejuízos decorrentes da violação da lei antitruste (Hüschelrath; Peyer, 2013, p. 6). No fundo, trata-se apenas de demandas de responsabilidade civil com o escopo de indenizar os particulares lesados pela conduta anticompetitiva; em outras palavras, é o sistema de responsabilidade civil propriamente dito, resultante de infrações concorrenciais (Salpico, 2021, p. 105).

Na verdade, tanto o *public* quanto o *private enforcement* são faces da mesma moeda, duas abordagens distintas na busca de um ambiente competitivo ideal; complementam-se, como testemunhas de longa data da experiência norte-americana. A grande questão que justamente motiva este estudo é que, apesar de ambos integrarem o *enforcement* da concorrência, diferentemente da prática estadunidense, no Direito da Concorrência brasileiro o *private enforcement* nunca alcançou proeminência; não vingou o controle puramente privado, uma espécie de autorregulação contra práticas antieconômicas, de modo que a rigor a tutela estatal se tornou a única referência em termos administrativos e judiciais.

Estudos sobre o Direito Antitruste dos EUA revelam que, desde sua origem, os atos que ensejam um ambiente competitivo deletério podem ser sindicados tanto por autoridades públicas como pelos particulares por eles afetados. Na realidade, seu diploma instituidor, o *Sherman Antitrust Act*, põe em evidência muito mais a litigância privada que a administrativa, ao passo que a atuação do Estado – como agente regulador e, sobretudo, como polícia administrativa para conter abusos econômicos – somente em 1914 se consubstanciou,

de forma sistemática e organizada, por meio da FTC, seguida da *Antitrust Division* do Departamento de Justiça⁵.

Enviesaram-se, pois, esses dois mundos: um, constituído pelos órgãos administrativos antitruste e com atuação mais *macro*, que visa impedir e punir a prática de condutas deletérias para a economia do país ou que afetem de forma expressiva seus setores produtivos, comerciais e de consumo; e outro, com função *micro*, que consiste na atuação dos afetados pelos atos anticompetitivos ao lhes permitir demandar judicialmente a indenização.

Com isso, pretende o *public enforcement* reprimir a conduta concorrencial nociva, considerando seu impacto não apenas sobre um, mas sobre todos os *players*, restabelecendo o equilíbrio do mercado. Ou seja: tenciona cessar os atos anticompetitivos e desencorajar a prática de futuros ilícitos concorrenciais. Seu objetivo precípua é proteger o interesse público, que integra a defesa da concorrência (Fernandes, 2012, p. 2), o que é possível observar no efeito dissuasório das sanções aplicadas pela autoridade antitruste (OECD, 2015), que tem poderes e procedimentos especiais para investigar e, diante de material probatório que ateste a ilicitude, sancionar as infrações concorrenciais (Hüschelrath; Peyer, 2013, p. 2). São alguns desses instrumentos: a imposição de multas, a chancela administrativa prévia para a realização de determinados atos empresariais e a abertura de procedimentos de natureza criminal.

Desse modo, o *public enforcement* compõe um sistema de prevenção de ilícitos concorrenciais e reforça a aplicação da legislação antitruste para coibir práticas anticompetitivas. Num raciocínio conciso: o ilícito continuará a ser perpetrado enquanto existir vantagem para o infrator. Ao elevar os custos devidos às penas e adotar outras medidas contra os infratores, esvaziar-se-iam as possíveis vantagens decorrentes do abuso do poder econômico, o que naturalmente serviria para desestimulá-los (Salpico, 2021, p. 107-108).

Todavia, é necessário um esclarecimento para que se possam compreender as distinções entre *public* e *private enforcement*, em especial diante de uma perspectiva que leva em consideração o contexto norte-americano que lhe serve de base. Em sua conformação originária, não havia qualquer contencioso de natureza administrativa como hoje existe para fins de *public enforcement*. As disposições do *Sherman Antitrust Act* conferiam poderes ao advogado-geral e aos advogados nas cortes distritais para atuarem como legitimados

⁵ O *Sherman Antitrust Act*, de 1890, estipulava a atuação do advogado-geral (*solicitor general*), bem como dos demais advogados dos EUA, com o propósito de implantar seus aspectos de Direito Público (*public enforcement*), como consta da Seção 4 de seu texto. Foi somente durante a presidência de Theodore Roosevelt (1901-1909) que o então advogado-geral Philander Knox obteve do Congresso em 1903 o primeiro cargo de natureza administrativa propriamente dito para cuidar do *enforcement* do Direito Antitruste (History [...], 2018).

ativos nos processos judiciais perante as cortes federais encarregadas de julgar disputas envolvendo atos anticompetitivos⁶.

Em virtude disso, observa-se uma intensa participação dos tribunais federais (US Courts of Appeals) e da Suprema Corte nessa primeira fase de consolidação do Direito Antitruste. Contudo, hoje desse papel se incumbem autoridades administrativas específicas, com especial destaque para a FTC. A mudança teve seu ponto de partida em 1914 com a lei federal que a criou e, mais que isso, empoderou-a com a capacidade de realizar procedimentos investigatórios e expedir ordens para prevenir práticas anticompetitivas, cuja exigibilidade, porém, deveria ser obtida por meio de determinação judicial em caso de descumprimento (United States, [2023b], § 44-45).

Atualmente, a FTC possui natureza típica de agência reguladora, com poderes regulamentares e de polícia (*law enforcement and rulemaking authority*). Age sob as mais diversas formas e visa ao nivelamento dos interesses de produtores, de distribuidores e de consumidores, bem como à configuração de um ambiente competitivo que promova o crescimento do livre mercado. Com o tempo, vários setores da economia foram incorporados entre suas atribuições, em especial nas áreas de fusão de empresas e de acordos no setor farmacêutico, nas quais atua conjuntamente com o Departamento de Justiça (A brief [...], 2021).

Países da Europa e de outros continentes incorporaram a seus ordenamentos jurídicos órgãos semelhantes com poderes e procedimentos especiais para investigar e sancionar as infrações concorrenciais. Além de gozarem de amplo poder regulamentar e de polícia, atuam por meio de contencioso administrativo (Hüschelrath; Peyer, 2013, p. 2). Contudo, o *public enforcement* não objetiva reparar individualmente os prejudicados pelas práticas restritivas da concorrência. Na verdade, seu fim é proteger a sociedade dos atos anticoncorrenciais, em vez de compensar especificamente a situação de dado indivíduo ou empresa lesados.

Exatamente nesse ponto ganha terreno o *private enforcement*, representado pelas ações indenizatórias (Girão, 2019, p. 39-41). Trata-se essencialmente de demandas de caráter reparatório dos danos gerados pelo ato anticoncorrencial (International Competition Network, 2007, p. 33). Consabidamente, um dos princípios basilares do Direito Privado é o de que ninguém pode lesar a outrem (*neminem laedere*). De uma conduta competitivamente deletéria nasce a obrigação de indenizar pelo dano causado. Especialmente no Brasil e noutros países que adotam o sistema francês de cláusula geral, torna-se ainda mais fácil deduzir esse raciocínio; paralelamente à atuação das autoridades públicas, autorizam-se os particulares a também postulare a *sanção* (no sentido amplo do termo) privada por tais atos.

⁶ A leitura da Seção 4^a do *Sherman Act* deixa claro que sua aplicação era restrita ao âmbito jurisdicional, não havendo qualquer atribuição - pelo advogado-geral e pelos demais advogados dos EUA - de contencioso administrativo com poderes regulamentar e de polícia próprios: "Os vários juízos federais dos Estados Unidos são investidos com jurisdição para prevenir e reprimir violações das seções 1 a 7 deste título; e será dever dos vários advogados dos EUA, nos seus respectivos juízos, sob a direção do advogado-geral, instituir procedimentos por equidade para prevenir e reprimir essas violações. Tais procedimentos podem ser realizados mediante petição em que se descreva o caso e se postule que essa violação seja evitada ou de algum modo proibida" (United States, [2023a], § 4^a, tradução nossa).

Como demanda típica de responsabilidade civil do Direito Antitruste, o particular precisa demonstrar a existência de um dano específico para ser ressarcido. Desse modo, a fim de se concretizar o *private enforcement*, é necessário preencher todos os requisitos inerentes às indenizações civis, notadamente o *dano antijurídico*, como consagra a sistematização formulada pela doutrina italiana na segunda metade do século XX⁷. Em suma: o *public enforcement* relaciona-se com a existência de um ato ilícito, ao passo que o *private enforcement* visa reparar aos lesados os danos causados por atos de concorrência desleal.

Como em qualquer ação indenizatória, também é imprescindível que o demandante demonstre que a ilicitude concorrencial lhe causou efetivo prejuízo (Pfeiffer, 2010, p. 251). Por isso, os conteúdos de ambos os *enforcements* não se confundem; sem incorrer em *bis in idem*, é possível cumular as penalidades decorrentes de *public* e de *private enforcements*. Para a aplicação da penalidade administrativa, à autoridade encarregada basta reconhecer a ilicitude concorrencial, e o infrator será punido por atentar contra o mercado e por violar o equilíbrio concorrencial.

Entretanto, além da sanção administrativa pecuniária, é possível que o consumidor, um concorrente rival ou a própria Administração⁸, prejudicados pela ilicitude concorrencial, demandem judicialmente o infrator para que os indenize pelos danos gerados. Diferentemente da lógica do *public enforcement*, a versão privada da efetivação das normas antitruste baseia-se na obtenção de “significativas indenizações em nome das vítimas de suas violações”, como explicam Lande e Davis (2010, p. 31, tradução nossa), dois reconhecidos especialistas na matéria.

Sobretudo a prática estadunidense apresenta um número impressionante de litígios ao longo de mais de cem anos de experiência com o *private enforcement*, revelando o alto potencial do instituto para reparar – e dessa maneira sancionar – empresas envolvidas em práticas concorrenciais ilegais e geradoras de prejuízos em razão de *dumping*, de cartelização e de monopólio. Mais recentemente, a utilização de ações coletivas (*class actions*) por consumidores vitimados pelo tabelamento vedado de preços ou pela distribuição de cotas de produção e de mercado tem-se revelado um instrumento econômico de máxima utilidade, alcançando 27 bilhões de dólares entre 2009 e 2020 (Davis; Kohles, 2021).

Conquanto se trate de instituto quase desconhecido no País, a utilização de demandas indenizatórias encontra plena aceitação no sistema brasileiro de defesa da concorrência. O art. 47 da *Lei de defesa da concorrência* (Brasil, [2022a]) dispõe sobre a dualidade complementar do *public* e do *private enforcements*. Nos termos do art. 36, as condutas tipificadas como infrações contra a ordem econômica podem ser alvos de demandas indenizatórias

⁷ Por todos, ver De Cupis (1970, p. 6-7), o qual destacava que, como categoria jurídica, o dano conteria dois elementos estruturais: o *material* (ou substancial) e o *formal*. Obviamente, material é o fato físico representativo do prejuízo, ao passo que formal é a qualificação jurídica atribuída ao prejuízo como passível de merecer a proteção do ordenamento jurídico em sua dimensão civil. Também denominada *injustiça do dano*, a antijuridicidade ingressa no contexto formal da definição e compreende a agressão ao Direito vigente, a qual, a depender da situação, exigirá ou não a presença do elemento subjetivo (a culpa).

⁸ Nos EUA é bem comum o *public litigation*: o ente público litiga com um particular como se particular também fosse.

com esteio nos institutos jurídicos da responsabilidade civil. Dessa forma, o ordenamento jurídico apresenta dispositivos que *mutatis mutandis* se equiparam aos controles público e privado judiciais e extrajudiciais, com a previsão de tipicidade de conduta e a correlata ação civil *ex delicto*. Contudo, a inovação normativa apresenta a possibilidade de reparação na *Lei de defesa da concorrência*; em outros termos, especializou-se a reparação no sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Antes de avançar e tratar mais profundamente do que já se pode chamar *dano concorrencial*, convém melhor aclarar as relações entre o *public* e o *private enforcements*, que são complementares não contraditórios e podem ser utilizados em conjunto para aplicar sanções eficazes.

3 A interface do controle estatal com o controle social da concorrência

A existência de dois sistemas sancionadores no âmbito do Direito da Concorrência traz à baila a discussão sobre a legitimidade das demandas privadas; se é indubitável que ao Estado cabe a tarefa de impedir comportamentos anticoncorrenciais, fica a dúvida sobre se as demandas civis seriam um “bom caminho” para igualmente atingir esse objetivo. Mesmo nos EUA, a relação revela-se de “amor e ódio”; Glover (2012, p. 1.210) comenta não terem os norte-americanos grande apreço por essa forma de litigância, pois resultaria em mais vantagens para os advogados que a patrocinam do que em benefícios sociais propriamente ditos.

Malgrado as distorções episódicas do sistema, há consenso entre os especialistas de que o *private enforcement* não é antagonista nem coadjuvante do *public enforcement*, senão que verdadeiro “parceiro” na implantação de um sistema ótimo de sanções, em que não tenham qualquer lucro com seus atos os violadores das regras da livre e justa concorrência. Lande e Davis (2010, p. 6) chegam a afirmar que, se o *private enforcement* tem suas fragilidades e inflexões, a atuação da autoridade administrativa também os enfrenta. Por exemplo: a depender dos ganhos envolvidos, os violadores poderiam perfeitamente submeter-se ao risco de serem presos ou de pagarem multa administrativa.

Essa complementaridade tem origem no fato – não tão perceptível de imediato – de que o *private enforcement* se institui num paradigma *ex post*, como qualquer demanda de responsabilidade civil, ao passo que no *public enforcement* a lógica é *ex ante*; e nisso consiste tanto o motivo das limitações de um e de outro quanto a inevitabilidade da convivência entre ambos. O privado tem função eminentemente compensatória dos danos, mas permite fluidez para que alguém seja condenado; ao contrário, o público é menos dinâmico, mas aporta sanções mais pesadas.

Por isso Wils (2003), entre outros, defende a denominada *separate-tasks approach*, em que o *public* e o *private enforcements* detêm cada qual funções específicas para representar o interesse público. Deve-se ter o cuidado, entretanto, com o falacioso raciocínio de que,

por representar o interesse público, o *public enforcement* seria axiologicamente superior ao *private enforcement*, já que àquele é possível atribuir, além da função compensatória dos danos, a função dissuasória sobre as práticas anticoncorrenciais, justamente por ter aptidão para agravar as consequências financeiras da condenação (Nazzini; Nikpay, 2008, p. 111). Aliás, essa é a lógica da prática norte-americana de *treble damages*, que parecem ter sido acolhidos – apenas em certa medida – pelo legislador brasileiro nas alterações promovidas pela Lei nº 14.470/2022 no sistema de defesa da concorrência.

No desempenho do *public enforcement*, a atividade da autoridade antitruste é complementada pelo *private enforcement*. Combinado com uma atuação pública eficaz, ele pode servir para elevar o efeito dissuasor do Direito Antitruste e, conseqüentemente, evitar atos anticompetitivos (*deterrence*). O usual é considerar que não o façam de maneira imediata, senão que a reboque da ação levada a efeito pelas autoridades públicas; ainda assim, podem desempenhar papel bem valioso no Direito Antitruste. Em decorrência das dificuldades procedimentais – sobretudo quanto à instrução probatória inerente a esse tipo de demandas –, a primeira consideração que se costuma fazer é que, ao menos pragmaticamente, o *private enforcement* depende das conclusões a que chegue a autoridade administrativa encarregada de combater a concorrência desleal.

Entretanto, nada impede – seria, antes, desejável – que os particulares se antecipem à atuação dos órgãos administrativos. Há riscos na empreitada – como o pagamento de custas e demais efeitos da sucumbência caso não logrem sucesso na demanda –, mas eles podem ser confrontados com os benefícios diretos proporcionados ao fim do litígio. De fato, os objetivos da autoridade pública e do particular derivam de perspectivas distintas, embora se encontrem no meio do caminho: para ela, inicialmente a questão é considerada no plano *macro*; para ele, no plano *micro*.

Em sua atuação, a autoridade administrativa considera a contenção da conduta indevida segundo o Direito Antitruste, em vista de razões econômicas, ou mesmo políticas, para a sociedade. Por isso, atua munida de instrumentos típicos do Direito Administrativo – com as multas e os comandos de interdição em sentido genérico entre os principais. Caso siga diretamente nesse caminho, o particular tem o propósito inicial de compensar-se dos prejuízos sofridos em razão de uma ilicitude concorrencial.

Após as conclusões tomadas no contencioso realizado perante tais órgãos, o particular poderá também utilizá-las em seus litígios. Contudo, esse trinco não existe apenas num dos lados da porta: as demandas dos particulares também podem motivar a atuação dos conselhos de combate à concorrência desleal. Desse modo, o *private enforcement* não deve ser considerado secundário para a atuação dos órgãos administrativos antitruste, mas visto sob uma perspectiva mutualista a gerar resultados vantajosos tanto para o indivíduo quanto para a sociedade.

Como a autoridade antitruste dispõe de recursos limitados, ponderam-se os casos a serem privilegiados com a destinação de tempo e de capital. Ou seja, a autoridade antitruste pode decidir por postergar os casos que tenham proporção reduzida nessa ponderação

(International Competition Network, 2007, p. 33). Independentemente da magnitude do caso, com o *private enforcement* o particular não precisa aguardar a atuação do Estado, pois ele próprio pode ajuizar uma ação indenizatória autônoma para ser ressarcido do prejuízo. O *private enforcement* também contribui para o fornecimento de indicadores relativos à aplicação da legislação antitruste. Mais ainda: considerando a atuação dos tribunais, a autoridade antitruste pode ser alertada sobre a frequência de ilícitos concorrenciais em determinadas áreas e segmentos, o que colabora para a seleção dos casos que demandem maior fiscalização (International Competition Network, 2007, p. 33).

Em última análise, o *private enforcement* fomenta a cultura da liberdade de concorrência (International Competition Network, 2007, p. 33-34), pois as ações indenizatórias ajudam a inculcar nos atores do mercado a noção de que as regras antitruste devem ser respeitadas e de que eventuais violações podem ser reprimidas tanto pela atuação pública quanto pela iniciativa eminentemente privada. Além disso, os próprios consumidores prejudicados tomam conhecimento de uma medida específica a ser utilizada na defesa de seus interesses.

Em resumo, as ações indenizatórias movidas por particulares contra eventuais práticas anticompetitivas favorecem o ambiente concorrencial desejável; assim, auxiliam a própria autoridade pública antitruste, visto que, espontaneamente iniciadas pelos cidadãos lesados, permitem que a Administração identifique melhor esses ilícitos, além de se poupar do desembolso de consideráveis somas de recursos para o seu combate. A conjunção de sanções patrimoniais – indenizações e multas – atua de forma dissuasória e em tese impede que os ofensores obtenham qualquer benefício econômico com seus atos (Caselta, 2015, p. 56).

4 A experiência estadunidense como referência do controle social da concorrência

Os EUA são de longe o país com a mais forte tradição no âmbito do Direito Antitruste, bem como no uso do *private enforcement*, majoritariamente por meio de ações aforadas por particulares (Caselta, 2015, p. 59). Ou seja, privilegia-se a aplicação privada do Direito Antitruste.

O *Clayton Act* em 1914 já estabelecia as bases disso: seu § 4º dispõe que qualquer prejudicado por ilícitos concorrenciais pode ajuizar ação indenizatória e deve recuperar o triplo (*treble*)⁹ dos danos sofridos e as custas processuais, o que inclui os honorários advocatícios¹⁰.

⁹ Hovenkamp (2011) defende que a referência aos *treble damages* não é novidade: em 1623 o *English statute of monopolies* já determinava que o prejudicado podia recuperar em três vezes o valor dos danos que suportara. Nas palavras do autor, “poucas regras legais estão mais firmemente enraizadas na história que os *treble damages* para vítimas de infrações concorrenciais” (Hovenkamp, 2011, p. 21, tradução nossa).

¹⁰ O texto original do § 4º do *Clayton Act* estabelecia: “any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee” (United States, 2020, p. 3-4).

O *Clayton Act* não comporta sanção de ordem criminal, mas tão somente civil; nesse aspecto, difere do *Sherman Act*, que criminaliza a monopolização de comércio interestadual.

É possível identificar de imediato uma diferença entre o sistema estadunidense e o da União Europeia: nesta o instrumento regulador dispõe que o *quantum* indenizatório deve corresponder estritamente aos danos sofridos, ao passo que os EUA autorizam aos tribunais *triplicar* o valor dos danos a serem fixados como montante indenizatório, o que origina os *treble damages*, para cuja adoção em ações indenizatórias no âmbito do Direito Antitruste há diversas justificativas. A mais antiga é a de que o infrator deve ser adequadamente punido pelo ato anticoncorrencial e, por esse motivo, a imposição de danos simples não seria uma punição efetiva (Hovenkamp, 2011, p. 21).

Tal fundamento, que apresenta elevada carga moral, foi gradualmente substituído por um argumento baseado na dissuasão geral. Como nem todas as infrações concorrenciais são detectadas, caso fosse adotada a reparação com danos simples, ao fim e ao cabo a conduta anticompetitiva tornar-se-ia vantajosa (Hovenkamp, 2011, p. 21). Adota-se o raciocínio de que é possível o infrator não sofrer punição; a intenção é evitar que, na hipótese de ele ser descoberto, a penalidade não seja diminuta e tenha caráter educativo.

Desse modo, a finalidade dos *treble damages* é desestimular a prática de violações de concorrência: a um só tempo priva os infratores dos lucros provenientes do ato ilícito e compensa as vítimas pelos prejuízos sofridos (McCarthy; Maltas; Bay; Ruiz-Calzado, 2007, p. 38). Martins (2017, p. 81) defende que os *treble damages* são os responsáveis por estabelecer nos EUA a cultura de *private enforcement*. Na Seção 4 do *Clayton Act* consta a premissa de que, independentemente da infração concorrenciais praticada, o valor do dano será multiplicado por três:

Sec. 4. (a) Exceto com relação ao provido na subseção (b), qualquer pessoa que for prejudicada em seu empreendimento ou patrimônio por causa de qualquer prática proibida na legislação antitruste pode processar em qualquer corte judicial dos EUA na jurisdição em que o réu reside ou se encontra, ou tem representante legal, desconsiderada a quantia da controvérsia, e *será compensado em três vezes o prejuízo por ele suportado*, e o custo do processo, inclusive os honorários advocatícios (United States, 2020, p. 3-4, grifo nosso, tradução nossa).

De certa maneira, essa uniformização do multiplicador desconsidera as particularidades que podem resultar de cada ato anticompetitivo, pois não diferencia a gravidade da conduta nem seus efeitos. De acordo com Hovenkamp (2011), é possível pensar em diferentes multiplicadores de dano a depender da ilicitude concorrenciais praticada. O autor separa os ilícitos em *clandestinos* e em *públicos*. As condutas de fixação de preços, violação de patentes, preços predatórios e outras práticas de exclusão classificam-se como *clandestinas*; e as fusões, *joint ventures* e outras restrições verticais qualificam-se como *públicas* (Hovenkamp, 2011, p. 23). No caso das violações clandestinas, considerada tanto

a gravidade das condutas quanto o sigilo de que muitas vezes se revestem, o mais indicado seria adotar os *treble damages*; em contrapartida, na hipótese de violações públicas (mais facilmente detectadas), seriam recomendáveis os danos simples (Hovenkamp, 2011, p. 23).

Em 2004 entrou em vigor o *Antitrust criminal penalty enhancement and reform Act* (Acpera), cujo objetivo é fornecer incentivos aos cartelizados a delatarem as práticas anticoncorrenciais e cooperarem com a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça. O Acpera prevê que os infratores beneficiários de acordo de leniência têm responsabilidade limitada apenas aos danos a que efetivamente deram causa, ou seja, arcam tão somente com danos simples, e eliminam-se os *treble damages* nesse caso específico¹¹. Assim, se o infrator celebra acordo de leniência e posteriormente o particular o processa pelo comportamento anticoncorrencial, pleiteando a compensação pelos prejuízos sofridos, o tribunal determinará que o infrator arque apenas com os danos simples em razão de sua conduta lesiva. Para a exclusão dos *treble damages*, deve-se evidenciar que o infrator de fato cooperou com as investigações da autoridade concorrencial, fornecendo-lhe documentos e informações relevantes.

Outra determinação significativa para o *private enforcement* está na Seção 5 do *Clayton Act*: num processo de apuração de ilícitos concorrenciais, a decisão que conclui que o réu realmente violou o regramento antitruste será evidência *prima facie* contra o infrator em eventuais ações indenizatórias (United States, 2020). O § 5º do *Clayton Act* tem o fim de isentar as vítimas de algumas dificuldades e despesas para provar tanto a violação das normas concorrenciais quanto os danos dela decorrentes. Nesse cenário, as vítimas podem simplesmente apresentar como prova *prima facie* a decisão de um processo bem-sucedido contra o infrator (Section [...], 1955, p. 514). Caselta (2015) sustenta que a justificativa desse dispositivo é que, caso se exigisse uma prova muito robusta para a demonstração e a quantificação dos danos, estar-se-ia autorizando que os infratores se beneficiassem da natureza sigilosa da conduta anticompetitiva. Por isso, o Direito Antitruste estadunidense admite nas ações indenizatórias a utilização de estimativas razoáveis, desde que tais inferências não resultem em danos puramente especulativos (Caselta, 2015, p. 70).

Examinadas suas disposições, constata-se que o *Clayton Act*: a) incentiva a aplicação privada do Direito Antitruste justamente porque estabelece os *treble damages*; b) possibilita que as decisões proferidas contra o réu sejam utilizadas nas ações indenizatórias; c) define com clareza o prazo prescricional; e d) permite a recuperação das custas processuais, o que inclui os honorários advocatícios (Jones, 2016, p. 6). Nos EUA, o *private enforcement* prevalece sobre o *public enforcement*, pois os litígios são majoritariamente privados (Jones, 2016, p. 4). Com efeito, as ações indenizatórias são de extrema importância, porque estimulam a função democratizante do Direito Antitruste, além de concomitantemente desencorajarem as violações concorrenciais e garantirem que as vítimas sejam compensadas pelos danos.

¹¹ A princípio, o Acpera era um regramento temporário, com data específica para perder a vigência. Porém, ao revogar sua cláusula de caducidade por meio de uma lei sancionada em 2020, o então presidente Donald Trump reautorizou o Acpera (Department [...], 2020).

Em relação ao programa de controle estatal sobre as grandes corporações do mundo digital, os EUA não têm tido uma atuação anticoncorrencial equiparável à da União Europeia, que editou o *Digital markets Act* com o propósito de exercer maior regulação sobre os serviços das *big techs*. No sítio eletrônico da Comissão Europeia, relacionam-se os principais benefícios pretendidos com essa norma, os quais visam proteger tanto o ambiente negocial quanto os consumidores:

Usuários negociais que dependam de controladores de acesso para oferecer seus serviços no mercado comum *terão um ambiente de negócios mais justo*; [...] Inovadores e startups de tecnologia *terão novas oportunidades de competir e inovar* no ambiente de plataforma on-line *sem ter de cumprir com termos abusivos e condições que limitem o seu desenvolvimento*; [...] Consumidores *terão mais e melhores serviços* para escolher, *mais oportunidades de permuta* de provedor se assim o desejarem, *acesso direto aos serviços e preços mais justos*; [...] Controladores de acesso *manterão todas as oportunidades de inovar e de oferecer novos serviços*. *Não se lhes permitirá valer-se de práticas abusivas* em relação a usuários de empreendimentos e consumidores *que dependam deles para ganhar vantagem indevida* (The Digital [...], [201-], grifos nossos, tradução nossa).

Em contraste, apesar da longa tradição de controle jurisdicional – e, em alguma medida, de controle autorregulatório de práticas anticoncorrenciais –, ainda não há nos EUA uma norma similar nesse segmento relevante da economia atual. À guisa de ilustração, considere-se o caso da redução das taxas cobradas pela Apple de empreendedores de pequeno porte, considerada mera artimanha para contornar a regulamentação estatal:

A Apple anunciou um grande desconto para alguns dos desenvolvedores de pequeno porte nessa quarta, mostrando-se disposta a cortar taxas de acesso em 50% para empresas que tenham menos de um milhão de dólares de receita. Porém, críticos da Apple dizem que esse movimento não implicará grande melhora para a competição e para a inovação na App Store. A Apple recolhe um pagamento de 30% ao processar taxas de receita digital faturadas na App Store. Cortará 15% para pequenos desenvolvedores. Críticos, incluso muitos desenvolvedores, consideram essa taxa exorbitante em comparação com os 2% cobrados por processadores de pagamento concorrentes. Os próprios aplicativos e serviços da Apple ficam isentos dessa taxa e desfrutam de outros benefícios de propaganda. O corte da taxa visa a um projeto mais amplo promovido por desenvolvedores e por operadores do Direito de investigar a Apple por práticas alegadamente anticompetitivas (Albergotti, 2020, tradução nossa).

Assim, a despeito de serem uma referência em matéria de Direito Concorrencial, no segmento das *big techs* os EUA ainda parecem distantes tanto da regulação estatal quanto do desenvolvimento pelos próprios empreendedores de instrumentos de controle social mais eficazes.

5 As alterações da Lei nº 14.470/2022 e o (novo) sistema de defesa da concorrência

A *Lei de defesa da concorrência* (Brasil, [2022a]) é a base normativa da aplicação privada do Direito Antitruste, pois estabelece a possibilidade de os prejudicados por um ato anticoncorrencial movimentarem o Poder Judiciário em busca de indenização por perdas e danos (art. 47 da Lei nº 12.529/2011). Tal dispositivo foi objeto de alterações pela Lei nº 14.470/2022, cujo intuito é conferir maior concretude ao *private enforcement*, um quase desconhecido no ordenamento jurídico do País.

A principal mudança foi incluir a previsão de ressarcimento *em dobro* para determinadas condutas anticompetitivas (Brasil, 2022b, art. 1^a). Não há como negar a semelhança da regra – que institui um multiplicador sobre o valor do dano – com os *treble damages* utilizados nos EUA. Contudo, diferentemente desse modelo, que triplica o valor do ressarcimento, o Direito brasileiro preferiu manter o padrão de duplicar o valor da indenização, tomando como base os danos efetivamente apurados. Martins (2017) entende que os *treble damages* são os responsáveis por estabelecer a cultura do *private enforcement* no Direito Antitruste dos EUA e que a intenção do legislador brasileiro foi exatamente a mesma. O aumento do valor da indenização torna possível considerar, numa análise de custo-benefício, ser mais vantajoso aforar uma ação judicial do que meramente assimilar o dano.

A análise do Projeto de Lei nº 11.275/2018, que deu origem à Lei nº 14.470/2022, permite verificar que a justificativa para a indenização em dobro é a que a regra não seria inédita no Brasil, se se considerarem especialmente dois dispositivos (Brasil, 2018): o primeiro é o art. 940 da Lei nº 10.406/2002 (*Código civil* ou CC), o qual dispõe que aquele que demanda dívida já paga deve ressarcir o suposto devedor com o dobro do que foi cobrado (Brasil, [2023a]); o segundo é o art. 42, parágrafo único, da Lei nº 8.078/1990 (*Código de defesa do consumidor*), o qual estabelece que o consumidor cobrado em quantia indevida tem o direito à repetição do indébito no dobro do que pagou, acrescido de juros e de correção monetária (Brasil, [2021]).

Desse modo, evidencia-se na alteração legal que a intenção do legislador foi dar uma resposta efetiva ao agente que causou o dano anticompetitivo, pois não raro o prejudicado opta por suportar a ofensa e os seus efeitos sobre a atividade desenvolvida, devido tanto à complexidade da ação indenizatória quanto à dificuldade de se descobrir que de fato houve um dano. Assim, além da função puramente reparatória, é flagrante a finalidade preventiva da regra que instituiu o multiplicador sobre o valor do dano: por meio de uma sanção rigorosa em termos pecuniários, pretende-se evitar que sejam praticadas condutas semelhantes ou que causem efeitos similares. Como se busca agir sobre a “doença” antes mesmo do seu surgimento, o acréscimo econômico no valor da indenização confere à reparação uma natureza punitivo-pedagógica.

Essa regra é congruente com a noção de *dano punitivo*, pois busca compensar a ofensa causada pelo ato anticoncorrencial e punir o responsável pelo dano, seja ao dissuadi-lo de praticar condutas semelhantes, seja ao servir de exemplo à sociedade, para que outros não

se sintam encorajados a praticar atos danosos (Araújo Filho, 2014, p. 333). Não se está simplesmente desconsiderando a existência do dano, por se valer do *private enforcement* para aproximar-se de uma responsabilidade civil sem dano¹², o que não se admite; na realidade, a ideia tem outro fundamento, visto que o dano efetivamente ocorreu, mas não na exata extensão da indenização. Por isso, deixa-se de lado o texto literal do art. 944 do CC (Brasil, [2023a]), o qual dispõe que a indenização é medida – integralmente – pelo dano, para fixar valor indenizatório superior a ele, o que se justifica pelo caráter pedagógico de que se reveste o *enforcement* privado.

A legislação antitruste preocupou-se em manter atrativos os principais componentes do *public enforcement*, notadamente o acordo de leniência e o termo de compromisso; conforme o § 2º do art. 47 da Lei nº 12.529/2011 (Brasil, [2022a]), os signatários desses acordos são responsáveis tão somente pelos danos – simples – que causarem aos prejudicados. A lei objetivou dar concretude ao *private enforcement*, mas manteve a noção da necessária complementaridade com o *public enforcement*. Importa, pois, estimular o ajuizamento das ações indenizatórias, mas sem impactar a eficácia do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação, institutos que têm sido utilizados com sucesso pelo Cade em defesa da concorrência¹³.

Outra mudança relevante promovida pela Lei nº 14.470/2022 diz respeito ao prazo prescricional para o ajuizamento das ações indenizatórias. Anteriormente, a legislação antitruste somente abordava a prescrição das ações punitivas da Administração Pública federal no exercício do *public enforcement*; ou seja, limitava-se a estabelecer o prazo para a apuração de eventuais infrações contra a ordem econômica. Por outro lado, nada mencionava sobre o prazo aplicável às ações indenizatórias. Diante do silêncio legislativo, havia controvérsia sobre qual seria de fato o prazo prescricional aplicável àquelas ações; alguns defendiam a aplicação obrigatória da regra geral da reparação civil do art. 206, § 3º, do CC (prazo trienal) (Caselta, 2015, p. 160). Tal ideia, inclusive, chegou a ser encampada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial (REsp) nº 1.971.316/SP, julgado em 25/10/2022 – portanto, poucos dias antes da entrada em vigor da Lei nº 14.470/2022 em 16/11/2022¹⁴.

Somente com a promulgação dessa lei adveio o prazo prescricional para o ajuizamento das ações indenizatórias: ela acrescentou o art. 46-A, § 1º, à Lei nº 12.529/2011, o qual estabelece que “prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 desta Lei, iniciando-se sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito” (Brasil, [2022a]). Desse modo, essa norma específica sobre o tema deve ser aplicada aos casos levados à apreciação do Poder Judiciário, não havendo mais espaço para a aplicação supletiva do CC.

¹² Sobre o tema, ver Carrá (2015).

¹³ Segundo o Cade, assinaram-se 109 acordos de leniência entre 2003 e 2023 (Estatísticas [...], 2023).

¹⁴ O STJ firmou que, “[v]erificada a inexistência de decisão do CADE sobre a formação de cartel, o prazo prescricional é o estabelecido no art. 206, § 3º, V, do CC/2002 – três anos –, e o termo inicial de sua contagem é a data da ciência do fato danoso – no caso dos autos, o momento da celebração dos contratos” (Brasil, 2022c, p. 2).

Além disso, a legislação antitruste privilegiou o viés subjetivo do princípio da *actio nata*, que exige o efetivo conhecimento do titular do direito para o início da contagem do prazo prescricional, de modo que a inércia somente é verificada a partir do momento em que o lesado toma conhecimento do dano, da sua extensão e da sua autoria, mas nada faz para assegurar civilmente a responsabilização. O *dies a quo* do prazo prescricional não representou grande inovação à aplicação processual do Direito Antitruste. Mesmo antes da Lei nº 14.470/2022, tal raciocínio já fora utilizado pelo STJ no mencionado REsp nº 1.971.316/SP, no qual entendeu que “considerar o momento da lesão como termo inicial da prescrição tende a ser extremamente injusto” (Brasil, 2022c, p. 2), porquanto eventual inação do lesado pode ter decorrido da falta de conhecimento do dano.

Outro exemplo é o caso *Granel Química Ltda vs. Air Liquide Brasil Ltda*. Na origem, a Granel Química ajuizou ação indenizatória com a alegação de que a Air Liquide lhe causara inúmeros prejuízos em razão da prática abusiva e ilegal de ajustes contratuais em percentuais muito superiores aos inicialmente acordados. Diante disso, a autora não conseguira encontrar novo fornecedor, pois estava diante de um cartel que combinava os preços dos produtos. O juízo condenou a ré ao pagamento de indenização no valor de R\$ 654.785,18. Irresignada, ela apelou. Um dos argumentos deduzidos em recurso foi justamente a ocorrência da prescrição; porém, a 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que não ocorrera prescrição e que o termo inicial do prazo prescricional correspondia à data em que a autora tomara conhecimento da violação da lei antitruste (São Paulo, 2017).

Assim, desde antes da alteração legislativa, o Poder Judiciário já reproduzia adequadamente o viés subjetivo do princípio da *actio nata*. Obviamente, não é razoável esperar que o lesado movimente o aparato judiciário se não tem ciência alguma de ter sofrido danos anticoncorrenciais. O § 2º do art. 46-A estabelece: “considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito por ocasião da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade” (Brasil, [2022a]). Entende-se que a justificativa para essa determinação é o fato de que os ilícitos concorrenciais, sobretudo os cartéis, são acobertados pelo silêncio cúmplice dos responsáveis, de modo que normalmente as vítimas só descobrem a ocorrência de dano após a divulgação das apurações e as sanções dos órgãos de controle estatal de práticas anticoncorrenciais.

Como integrante da Administração Pública, a autoridade antitruste conta com ferramentas que tornam fácil identificar a infração, o que não ocorre com o particular se age de forma autônoma. Dessa maneira, embora as alterações legislativas tenham impactado especialmente a concretização do *private enforcement*, o texto legal também ressaltou a relação complementar entre os *enforcements*, pois um pode fomentar a aplicabilidade do outro, sobretudo se considerada a pouca tradição brasileira em termos de litigância privada. Mesmo que como manifestação concreta de um dano se pudesse cogitar de que o Direito brasileiro hipoteticamente já autorizava demandas de responsabilização civil com base em condutas concorrencialmente lesivas, isso nunca foi de fato uma realidade no País. Quase não há

registros jurisprudenciais em relação ao tema, inclusive durante a vigência das sucessivas leis antitruste¹⁵.

Com a alteração da Lei nº 12.529/2011 pela Lei nº 14.470/2022, pretendeu-se realizar uma guinada nesse cenário, seja por aportar esclarecimentos conceituais para destacar a diferença entre o *private* e o *public enforcements*, seja por implantar inovações que em tese são capazes de promover uma mudança cultural a favor da litigância privada na defesa da concorrência.

A despeito disso, o tema ainda carece de maiores debates, já que pode esbarrar em entraves relacionados à própria estrutura do Poder Judiciário. A esse respeito, Cappelletti e Garth (1988) sustentam que há óbices ao efetivo acesso à justiça, entre os quais estão as custas judiciais. Na maioria dos países, a solução dos litígios é dispendiosa, principalmente quando se considera a natural incerteza no processo judicial: em regra, não se sabe de imediato qual parte logrará êxito (Cappelletti; Garth, 1988, p. 15-17).

No caso das ações indenizatórias por danos concorrenciais, tal entrave revela-se mais enfaticamente, pois demandas que envolvem quantias vultosas podem acarretar desestímulo se se pondera o risco da sucumbência. Conquanto seja possível no Brasil conceder o benefício da justiça gratuita, deve-se considerar que ele é deferido com especial parcimônia às pessoas jurídicas e é necessária a comprovação específica da hipossuficiência¹⁶. Além disso, mesmo que se conceda a justiça gratuita, ela não pode isentar as despesas processuais, mas tão somente suspender a sua exigibilidade, de modo que o sucumbente pode vir a ser demandado caso se constatem condições de arcar com os ônus financeiros.

Em síntese: apesar de a Lei nº 14.470/2022 representar significativo avanço para o *enforcement* privado e, por conseguinte, para o sistema de defesa da concorrência, ainda existem obstáculos inerentes ao Poder Judiciário que também impactam a cultura das ações privadas (plano *micro*). Assim, apenas com o tempo se poderá confirmar se se realizou o desejo do legislador de garantir maior efetividade à aplicação privada do Direito Antitruste.

6 Conclusão

Este trabalho funda-se no pressuposto de que o Direito Antitruste funciona como limitação à atuação empresarial, dado que os agentes do mercado devem preservar o equilíbrio da concorrência. Além do *public enforcement*, atribui-se ao *private enforcement* a função de mecanismo de fomento à defesa da concorrência. E o ideal seria que ambos os *enforcements*

¹⁵ Para este estudo, realizou-se pesquisa jurisprudencial no âmbito do STJ, dos tribunais de Justiça e dos tribunais regionais federais, utilizando como critérios os termos: *ações indenizatórias e concorrenciais* e *cartel e danos materiais*. No total, obtiveram-se 34 resultados. Referiam-se especificamente à ação indenizatória do Direito Antitruste apenas 17 julgados, os quais foram classificados em grupos: 3 casos resultaram na improcedência do pedido por ausência de comprovação do dano, 6 abordaram unicamente matéria de prescrição, 6 efetivamente concluíram pela existência de dano material e/ou moral coletivo, 1 tratava da utilização de documentos da leniência como meio de prova na ação indenizatória e 1 não teve reconhecida a competência.

¹⁶ Enunciado da Súmula nº 481 do STJ: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais” (Brasil, 2023b, p. 1.624).

caminhassem juntos e atuassem de forma complementar, de forma a garantir a máxima efetividade na proteção da concorrência. Contudo, no Brasil ainda persiste o *enforcement* público, consubstanciado principalmente na atuação do Cade, como componente central de preservação da livre concorrência.

Com a Lei nº 14.470/2022, o ordenamento jurídico progrediu ao conferir maior concretude ao *private enforcement*. Essa norma contém duas inovações principais com o intuito de garantir maior previsibilidade e, até mesmo, atratividade ao instituto. A primeira, com clara inspiração nos *treble damages* estadunidenses, diz respeito ao efeito multiplicador sobre o valor dos danos anticompetitivos; a segunda é a fixação do prazo prescricional para o ajuizamento das ações indenizatórias, o que possibilita sanar (ou pelo menos reduzir substancialmente) as indefinições em torno do tema, bem como garantir maior segurança à utilização do instrumento.

Destinadas a assegurar maior efetividade ao *private enforcement*, as mudanças legislativas refletem também o cuidado em manter igualmente atrativo o *enforcement* público, considerando que ambos, embora com enfoques distintos, são duas faces da mesma moeda, e que apenas com uma atuação conjunta será possível maximizar os efeitos da proteção ao livre mercado.

Há um empecilho, porém, que deve ser objeto de maiores debates: os valores relativos às despesas judiciais, já que numa análise de custo-benefício o particular pode optar por não se submeter ao risco da sucumbência. Os custos de uma demanda judicial podem, de fato, embarçar o controle social da concorrência desleal. Se houver interesse em que essa espécie de controle prospere, será necessário desenvolver instrumentos de fundos privados para o enfrentamento paritário de empresas de grande porte, dotadas de capacidade econômica para suportar um processo judicial.

Com efeito, uma das características da concorrência predatória é precisamente a disparidade de armas, em especial no campo jurídico, por razões eminentemente econômicas. Como os processos judiciais são custosos, sem assistência jurídica ajustada à complexidade das demandas desse âmbito do Direito, os dispositivos de defesa da concorrência terão caráter meramente declaratório, sem efetividade para aprimorar o sistema de controle privado da concorrência por meio da adoção da reparação civil.

A despeito dessa insuficiência, os dispositivos da Lei nº 14.470/2022 são um passo relevante no Direito Antitruste brasileiro. A ela deve ser tributada a promoção do *enforcement* privado, ao positivar regras que proveem de maior previsibilidade e segurança o desempenho dos atores privados nesse campo.

Referências

A BRIEF overview of the Federal Trade Commission's investigative, law enforcement, and rulemaking authority. [Washington, DC]: Federal Trade Commission, May 2021. Disponível em: <https://www.ftc.gov/about-ftc/mission/enforcement-authority>. Acesso em: 8 fev. 2024.

ALBERGOTTI, Reed. Apple cuts some App Store fees, but critics call it a ploy to avoid regulation. *The Washington Post*, Washington, DC, Nov. 18, 2020. Technology. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/11/18/apple-app-store-small-business/>. Acesso em: 8 fev. 2024.

ARAÚJO FILHO, Raul. *Punitive damages e sua aplicabilidade no Brasil*. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Doutrina*: edição comemorativa – 25 anos. Brasília, DF: STJ, abr. 2014. p. 327-345. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/70/3811>. Acesso em: 8 fev. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 11.275, de 2018*. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190209>. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. *Lei nº 14.470, de 16 de novembro de 2022*. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Brasília, DF: Presidência da República, 2022b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14470.htm. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. *Portaria nº 2, de 4 de janeiro de 2017*. Aprova o Regimento Interno do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – Inmetro. [Brasília, DF]: Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/regimento-interno.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Inteiro teor das Súmulas*. Brasília, DF: STJ, Secretaria de Jurisprudência, 15 dez. 2023b. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Sumulas/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.971.316/SP*. Recurso especial. Processo civil. Concorrência e livre iniciativa. Condutas anticompetitivas. Infração contra a ordem econômica. Lei n. 12.529/2011. Ação de indenização por danos morais e materiais. Responsabilidade extracontratual. Não reconhecimento do cartel pelo Cade [...]. Recorrente: Antonio Claudemir Teles. Recorrida: Sucocitrico Cutrale Ltda. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 25 de outubro de 2022c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103482753&dt_publicacao=14/12/2022. Acesso em: 8 fev. 2024.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano*: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015.

CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-09112015-114806/pt-br.php>. Acesso em: 8 fev. 2024.

DAVIS, Joshua P.; KOHLES, Rose. *2020 Antitrust Annual Report*: class action filings in Federal Court. San Francisco, CA: University of San Francisco Law School; Columbus, OH: The Huntington National Bank, Aug. 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3898782>. Acesso em: 8 fev. 2024.

DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1970. v. 2.

DEPARTMENT of Justice applauds President Trump's authorization of the Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Permanent Extension Act. *Office of Public Affairs – Press release*, Washington, DC, Oct. 1, 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/department-justice-applauds-president-trump-s-authorization-antitrust-criminal-penalty>. Acesso em: 8 fev. 2024.

ESTATÍSTICAS do Programa de Leniência do Cade. [Brasília, DF]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 4 out. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas>. Acesso em: 8 fev. 2024.

FERNANDES, Pedro Rosa. *Enforcement da concorrência: enforcement privado na União Europeia*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito e Gestão) – Faculdade de Direito, Universidade Católica de Lisboa, Lisboa, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/10320>. Acesso em: 8 fev. 2024.

GIRÃO, Laura Isabel Oliveira Morais de Sousa. *O regime da clemência no direito da concorrência*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito e Prática Jurídica) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/44600>. Acesso em: 8 fev. 2024.

GLOVER, J. Maria. The structural role of private enforcement mechanisms in public law. *William and Mary Law Review*, [s. l.], v. 53, n. 4, p. 1.137-1.217, 2012. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2890&context=facpub>. Acesso em: 8 fev. 2024.

HISTÓRICO do Cade. [Brasília, DF]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, [201-]. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>. Acesso em: 8 fev. 2024.

HISTORY of the Antitrust Division. Washington, DC: U.S. Department of Justice, Antitrust Division, Dec. 13, 2018. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/history-antitrust-division>. Acesso em: 8 fev. 2024.

HOVENKAMP, Herbert. A primer on antitrust damages. *University of Iowa: legal studies research paper*, [s. l.], p. 1-59, Feb. 2011. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1685919>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1685919. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. The invention of antitrust. *Southern California Law Review*, [s. l.], v. 96, n. 1, p. 129-206, 2022. Disponível em: <https://southerncalifornialawreview.com/2023/04/12/the-invention-of-antitrust/>. Acesso em: 8 fev. 2024.

HÜSCHEL RATH, Kai; PEYER, Sebastian. Public and private enforcement of competition law: a differentiated approach. *ZEW: discussion paper*, [s. l.], n. 29, p. 1-27, Apr. 2013. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2278839>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2278839. Acesso em: 8 fev. 2024.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Interaction of public and private enforcement in cartel cases. In: ICN ANNUAL CONFERENCE, 2007, Moscow. [Proceedings]. [S. l.]: ICN, 2007. p. 1-64. Disponível em: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/ICN-2007-Interaction-of-Public-and-Private-Enforcement-in-Cartel-Cases.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2024.

JONES, Alison. Private enforcement of EU competition law: a comparison with, and lessons from, the US. *TLI: think! paper*, London, n. 10, 2016. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2715796>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2715796. Acesso em: 8 fev. 2024.

LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. Comparative deterrence from private enforcement and criminal enforcement of the U.S. antitrust laws. *University of San Francisco: law research paper*, San Francisco, CA, n. 17, p. 1-59, 2010. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1565693>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1565693. Acesso em: 8 fev. 2024.

MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. *Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18247>. Acesso em: 8 fev. 2024.

MCCARTHY, Eric; MALTAS, Allyson; BAY, Matteo; RUIZ-CALZADO, Javier. Litigation culture versus enforcement culture: a comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases. *The Antitrust Review of the Americas*, [s. l.], p. 38-42, 2007.

NAZZINI, Renato; NIKPAY, Ali. Private actions in EC competition law. *Competition Policy International*, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 107-141, Nov. 2008. Disponível em: https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/0d358061e11f2708ad9d62634c6c40ad/Nikpay_webwcover.pdf. Acesso em: 8 fev. 2024.

OECD. Relationship between public and private antitrust enforcement: Brazil. *Working Party on Co-operation and Enforcement*, [Paris], n. 3, p. 1-5, 15 June 2015. Disponível em: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En). Acesso em: 8 fev. 2024.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092011-104134/pt-br.php>. Acesso em: 8 fev. 2024.

SALPICO, Nuno Alexandre Pires. A operacionalidade do *private enforcement* do direito da concorrência: dissuasão, ações coletivas e *third-party litigation funding*. *Revista da Concorrência e Regulação*, Lisboa, n. 45, p. 103-141, jan./mar. 2021. Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/pt/revista/revista-da-concorrenca-e-regulacao-45>. Acesso em: 8 fev. 2024.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (32. Câmara de Direito Privado). *Apelação nº 0130316-15.2011.8.26.0100*. Ação indenizatória. Compra e venda de nitrogênio líquido e locação de equipamentos. Referência a suposto “cartel” do gás industrial, práticas abusivas de preços e reajustes contratuais indevidos. Causa de pedir fundada em decisão administrativa do Cade, anulada no âmbito da Justiça Federal, pois sustentada em provas ilícitas [...]. Apelante: Air Liquide Brasil Ltda. Apelada: Granel Química Ltda. Relatora: Des. Maria de Lourdes Lopez Gil, 22 de junho de 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em: 8 fev. 2024.

SECTION 5 of the Clayton Act - consent decrees and the statute of limitations. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 22, n. 2, p. 514-524, 1955. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol22/iss2/14/>. Acesso em: 8 fev. 2024.

THE DIGITAL Markets Act: ensuring fair and open digital markets. [S. l.]: European Commission, [201-]. Disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en. Acesso em: 8 fev. 2024.

UNITED STATES. *Clayton Act*. [S. l.]: GPO, Apr. 23, 2020. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-3049/pdf/COMPS-3049.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. *15 U.S. Code Chapter 1 - Monopolies and Combinations in Restraint of Trade*. [Ithaca, NY]: Cornell Law School, Legal Information Institute, [2023a]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-1>. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. *15 U.S. Code Subchapter I - Federal Trade Commission*. [Ithaca, NY]: Cornell Law School, Legal Information Institute, [2023b]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-2/subchapter-1>. Acesso em: 8 fev. 2024.

WILS, Wouter P. J. Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe? *World Competition*, [s. l.], v. 26, n. 3, p. 473-488, Sept. 2003. DOI: <http://dx.doi.org/10.54648/WOCO2003023>.

Licenciamento

Trabalho sob licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii