

AÇÃO CIVIL COLETIVA E RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL

CLASS ACTION AND COMPETITION CIVIL LIABILITY

Luiz Carlos Buchain*

RESUMO: Os métodos tradicionais para solução de conflitos tornaram-se inaptos frente aos novos conflitos e a configurações sociais de direitos e interesses jurídicos que extrapolam a esfera individual. O direito concorrencial, por sua vez, revela um caráter transindividual, exigindo que o processo deixe de ser uma controvérsia entre particulares, passando a representar direitos pertencentes ao grupo, ao público em geral ou a um determinado segmento social. A substituição processual dos legitimados ativos ao pedido de indenização por danos concorrenciais permite que os particulares sejam representados judicialmente na defesa de direitos transindividuais ou individuais homogêneos. A coisa julgada vinculativa a todos os membros do grupo tem especial relevância no sistema.

PALAVRAS-CHAVE: Concorrência. Dano. Direitos individuais coletivos. Ação coletiva.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A tutela coletiva de direitos. 1.1 A tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos individuais. 1.2 Os interesses sociais como direitos coletivos. 1.3 Direitos individuais homogêneos como direitos coletivos. 1.4 O processo coletivo estrutural. 2 A responsabilidade civil concorrencial. 2.1 A Responsabilidade civil objetiva concorrencial – pressupostos. 2.2 Legitimação indenizatória concorrencial e substituição processual. Conclusão. Referências.

ABSTRACT: Traditional methods for conflict resolution have become unfit for new conflicts and social configurations of rights and legal interests that go beyond the individual sphere. Competition law, on the other hand, reveals a transindividual character, requiring that the process cease to be a controversy between individuals, and to represent rights belonging to the group, the public in general or a certain social segment. The procedural substitution of legitimized citizen to claim for compensation for competitive damages allows individuals to be represented in court in the defense of transindividual or homogeneous individual rights. The judgement binding on all members of the group has special relevance in the system.

KEYWORDS: Competition. Damage. Collective individual rights. Class action.

126

INTRODUÇÃO

A busca pela proteção do Estado diante de um determinado conflito de interesses sempre teve como viés a defesa de um interesse ou direito individual. Era o direito individual que fundamentava o pedido para a prestação da tutela jurisdicional estatal.

Dessa forma, para exercer o direito de ação e obter a tutela do Estado, o indivíduo deveria demonstrar a violação a um direito material pessoal e individual. Entretanto, ao longo do século XX esse paradigma do direito foi sendo substituído por novos parâmetros nos quais tornou possível pleitear a tutela jurisdicional ainda que não existisse direito material individual que o fundamentasse.

Conforme a sociedade moderna evoluiu de uma sociedade individual para uma sociedade de massa, o paradigma de tutela jurisdicional individual foi superado, pois a nova sociedade

* Doutor em Direito Econômico pela UFRGS.

apresentou o fenômeno das lesões em massa, atingindo a coletividade ou determinados grupos sociais.

Destarte, uma sociedade massificada passou a exigir igualmente um processo judicial que atendesse as massas. O processo, que até então era visto como defesa de direito material individual, passou a conceber métodos que abarcassem as repercussões sociais e transindividuais decorrentes da sociedade de massa. Essas novas instrumentos processuais tornaram-se instrumentos necessários para a defesa dos *direitos coletivos* derivados dessa nova realidade social.

Essa nova concepção do exercício do direito vem auxiliar, cada vez mais, na tutela de direitos que deixam de ser meramente individuais, adquirindo reflexos sociais como aqueles ligados à defesa da economia, saúde, educação, cultura, segurança e meio ambiente sadio, direitos esses de natureza fluida, atribuindo-se sua titularidade a todo o grupo social. Pode-se dizer que a tutela coletiva de direitos amplia o próprio acesso do cidadão à justiça.

A tutela coletiva de direitos busca proteger os interesses/direitos de seus titulares, que podem ser um grupo determinável ou indeterminável de indivíduos, possuindo vantagens sobre a tutela individual exatamente porque além de proporcionar a própria tutela coletiva para o grupo social titular do interesse ou direito, também colabora com o Estado para uma melhor administração da Justiça.

O objetivo do trabalho é analisar a tutela coletiva de direitos e sua aplicação no campo do direito da concorrência.

1 A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS

A regra de que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico” (art. 18 do CPC) tem aplicação geral no sistema brasileiro, mas há exceções lançadas na própria lei.¹

Além do tradicional sistema de litisconsórcio ativo (art. 113 do CPC) para defesa de lides que apresentem comunhão de direitos ou obrigações, conexão pelo pedido ou causa de pedir ou afinidade por ponto comum de fato ou de direito, o sistema legal prevê vários instrumentos para

¹ ALVIN, Arruda. *Ação civil pública*. Processo coletivo. São Paulo: RT. 2014, p. 127.

a tutela de direitos e interesses transindividuais, de titularidade indeterminada e determinada, com são os chamados, respectivamente, os “interesses difusos e coletivos”².

A partir da introdução no sistema jurídico da possibilidade de demanda coletiva para a tutela de direitos e interesses transindividuais pela chamada “ação civil pública” (Lei 7.347, de 24/07/1985), sobrevieram diversas outras normas estendendo essa mesma tutela processual para outros grupos sociais³. Os direitos e interesses transindividuais⁴ se caracterizam por sua indivisibilidade, sua titularidade ser subjetivamente indeterminada (difusos) ou pertencente a pessoas indeterminadas, certos grupos de classes e pessoas (coletivos), além de terem como legitimados ativos um substituto processual (art. 82 do CDC): o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público ou entidades ou associações que tenham por finalidade institucional a defesa e a proteção dos bens e valores ofendidos⁵.

A ação civil pública foi sagrada como ação constitucional para tutela de direitos e interesses difusos e coletivos, a ser promovida pelo Ministério Público (art. 129, III da CF/88), sem prejuízo da legitimidade conferida por lei ordinária a outras entidades. Quanto à ação popular⁶, ainda que reste prevista constitucionalmente (art. 5º, LXXIII da CF/88) e preste-se à defesa de direitos transindividuais, sua legitimidade é de “qualquer cidadão”, sem previsão para a substituição processual e a defesa coletiva de direitos.

Além da tutela dos direitos transindividuais, o CDC⁷ criou instrumentos para a tutela coletiva de direitos subjetivos individuais (ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos) sob o conceito de “direitos individuais homogêneos”, assim compreendido como o conjunto de diversos direitos subjetivos individuais, pertencentes a

² ALVIN, Arruda. *Processo coletivo*. Do surgimento a atualidade. São Paulo: RT. 2014, p. 121.

³ Entre outras, cita-se: lei 7.853, de 24/10/1989 para pessoas portadoras de deficiências; lei 8.069, de 13/07/1990 para crianças e adolescentes; lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para defesa dos consumidores; lei 8.429, de 02/06/1992 da probidade na administração pública; lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 para defesa da ordem econômica; lei 10.741, de 01/10/2003 para defesa das pessoas idosas e lei 13.300, de 23/06/2016 disciplinadora do processo e julgamento dos mandados de injunção individuais e coletivos.

⁴ BENJAMIN, Antonio Herman. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico*. Processo Coletivo. São Paulo: RT. 2014, p. 323.

⁵ Lei 7.347/85, art. 5º e CDC art. 82.

⁶ Aqui a legitimidade é de “qualquer cidadão”, não há direito a substituição processual. Ademais, embora a lei 4.717, de 29/06/1965, art. 1º, §1º fale em “bens e direitos de valor econômico”, o disposto no art. 5º, LXXIII da CF/88 refere a “anular ato lesivo ao patrimônio público ... à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”, inexistindo previsão constitucional para utilização da ação popular à defesa da “ordem econômica”.

⁷ Para a defesa coletiva de direitos se admite a substituição processual, tanto para direitos transindividuais (coletivos ou difusos) quanto para direitos individuais homogêneos. (art. 82 e art. 91 do CDC).

peças distintas, os quais se assemelham pela origem em comum, permitindo um grau de homogeneidade suficiente para defesa em conjunto.⁸

Já a própria Constituição Federal de 1988 consagrara entre os direitos e garantias individuais e sociais nela arrolados a legitimação das associações de classe e das entidades sindicais para promoverem em juízo a defesa dos direitos e interesses dos respectivos associados e filiados (art. 5º, XXI, e art. 8º, III). Previu-se, também, que o mandado de segurança poderia ser impetrado, em regime de substituição processual, por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, ou por organização sindical, ou por associação ou entidade de classe, em defesa de interesses dos seus associados. É o que se denominou de mandado de segurança coletivo (art. 5ª, LXX da CF/88).

Todos esses instrumentos jurídico-processuais, além da ação civil pública, potencializaram a viabilidade da tutela coletiva de direitos individuais de tal forma que, atualmente, pode-se classificar os mecanismos de tutela jurisdicional em três grupos: a) tutela de direitos subjetivos individuais, subdivididos em a.1) tutela individual pelo próprio titular, a.2) tutela coletiva de direitos individuais, em regime de substituição processual (ações civis coletivas, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção coletivo); b) mecanismos para tutela de direitos transindividuais, isto é, direitos pertencentes a grupos ou classes de pessoas indeterminadas (ação popular, ação civil pública e ação de improbidade administrativa; e c) instrumentos para a tutela da ordem jurídica, representada pelos instrumentos de controle de constitucionalidade dos preceitos normativos e das omissões legislativas.⁹

É clara a ênfase dada pelo legislador constitucional e infraconstitucional à solução coletiva de conflitos. Trata-se da evolução da sociedade para relações jurídicas menos pessoalizadas e de dimensões coletivas. O subsistema de processo coletivo tem por objetivo tanto a tutela de direitos coletivos quanto a tutela coletiva de direitos individuais que são alcançados por instrumentos próprios (as ações civis públicas, ações civis coletivas e pelo controle concentrado de constitucionalidade, em suas várias modalidades).

⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT. 7ª ed. 2017, p. 19.

⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT. 7ª ed. 2017, p. 26.

Verificado que tanto a norma constitucional quando diversas normas infraconstitucionais do sistema jurídico acolheram a defesa coletiva de direitos, é preciso adentrar no conceito de tutela coletiva de direitos.

1.1 A TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS E TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS

Os métodos tradicionais para solução de conflitos não mais satisfazem os anseios sociais por eficiência jurisdicional. Assim, a defesa coletiva de direitos veio fazer frente aos novos conflitos e suas novas configurações exatamente porque os direitos e interesses ameaçados extrapolam a esfera individual, passando a ter interação transindividual. O processo deixou de ser uma controvérsia entre duas ou mais partes visando a solução de interesses próprios, passando a ser a busca de direitos pertencentes ao grupo, ao público em geral ou a um determinado segmento social. Nesse sentido, houve a modificação do sistema para permitir a ampliação da legitimidade de parte e modernizar as normas de atuação judicial visando a melhor instrumentalização da defesa dos direitos coletivos, difusos e direitos individuais homogêneos.

A legitimação ativa a determinados indivíduos ou grupos permite sua atuação em representação dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Também a nova conceituação de coisa julgada^{10 11}, que passa a vincular os membros do grupo, ainda que nem todos tenham participado individualmente do processo, tem especial relevância no sistema.

A defesa de direitos transindividuais está fortemente marcada na Constituição Federal, como direito ao meio ambiente sadio (art. 225), manutenção do patrimônio cultural (art. 216), preservação da probidade administrativa (art. 37 parágrafo quarto), e a proteção do consumidor (art. 5º, XXXII). Na mesma linha legislativa, a Constituição alargou o âmbito da ação popular (art. 5º, LXXXIII) para a defesa de diversos direitos transindividuais (moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural), além de permitir ao Ministério

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das Ações Coletivas*. Processo Coletivo. São Paulo: RT. 2014, p. 488-489.

¹¹ ALVIN, Teresa Arruda. *Apontamentos sobre as ações coletivas*. Processo coletivo. São Paulo: RT. 2014, p. 108-109.

Público promover o inquérito civil e ação civil pública¹² destinados a tutelar direitos interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

A fórmula adotada foi a técnica da substituição processual. Passa-se a outorgar legitimação a certas instituições e entidades para, em nome próprio, defender em juízo direitos de outrem. São exemplos dessa substituição processual aquelas previstas no art. 5º, XXI da CF (entidades associativas) e art. 8º, III da CF (entidades sindicais), às quais foi conferida legitimação ativa para defender em juízo os direitos dos seus associados e filiados. O mesmo aconteceu com os partidos políticos, as organizações sindicais, entidades de classe e associações, as quais receberam legitimação para impetrar mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, LXX, b da CF).

Paralelamente à criação de mecanismos para tutelar direitos transindividuais, foram também criados meios para a tutela coletiva de direitos individuais¹³, em conceito que supera a simples hipótese de litisconsórcio facultativo ativo. Foi o CDC que disciplinou, no âmbito das relações de consumo, o procedimento denominado de ação civil coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, (art. 91) pela aplicação do instituto da substituição processual.

Importa distinguir *direitos coletivos* da *defesa coletiva de direitos individuais*, pois os direitos subjetivos individuais, ainda que tutelados coletivamente, não recebem o mesmo tratamento que se dá aos direitos de natureza transindividual (direitos coletivos). Direito Coletivo é a designação genérica para duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e coletivo *stricto sensu*. É direito que não pertence nem a administração pública nem a indivíduos em particular mas, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou a própria sociedade em sentido amplo.

¹² Nesse sentido ação coletiva do MP para barrar a cobrança de preços abusivos de combustíveis: “Ementa: Ação civil pública proposta pelo Ministério Público com o fim de impedir comercialização de combustível a preços supostamente abusivos. R. despacho saneador que indeferiu a pleiteada denúncia da lide à Distribuidora, bem como a expedição de ofício ao CADE. Não vislumbradas as hipóteses previstas no art. 125, do CPC, tampouco a relevância da relação comercial havida entre o posto de combustíveis revendedor e a Distribuidora Ipiranga para o deslinde da questão. Quanto ao indeferimento de expedição de ofício ao CADE, melhor sorte não assiste à recorrente, uma vez que tal providência poderia ser tomada pela própria parte, independente da intervenção do Poder Judiciário. Nega-se provimento ao agravo instrumental do Posto requerido, tudo nos estreitos limites do recurso”. Agravo de Instrumento n. 2201945-14.2017.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Ribeirão Preto. Relator: Campos Petroni. Data do julgamento: 09/04/2019. Data de publicação: 10/04/2019.

¹³ TARTUCE, Flavio. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Método. 2013, p. 561.

Já os direitos individuais homogêneos são simples direitos subjetivos individuais qualificados como homogêneos, sem que isso altere a sua natureza ou os transforme em direitos coletivos ou difusos. Trata-se de um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade e semelhança, de homogeneidade, o que permite sua defesa coletiva. A pluralidade de direitos individuais homogêneos¹⁴ implica na individualidade do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, como titularidade própria, o que não ocorre em se tratando de direitos transindividuais. Os direitos individuais homogêneos são aqueles mesmos que o disposto no artigo 113 do CPC permite a defesa em litisconsórcio ativo, sendo que sua coletivização, em ação própria, possui um sentido instrumental, visando a facilitação de sua defesa em juízo.

Depois da análise do conceito de defesa coletiva de direitos, passamos à ideia de interesses sociais como direito coletivo.

1.2 OS INTERESSES SOCIAIS COMO DIREITOS COLETIVOS

132

A Constituição Federal instituiu uma nova categoria jurídica como suscetível de tutela jurisdicional. São os *interesses sociais* que o disposto no art. 127 da Carta Magna atribui ao Ministério Público em incumbência da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Aqui é preciso identificar a natureza dessa categoria jurídica denominada genericamente de *interesses sociais*, além de conhecer as pessoas legitimadas ativas para sua defesa.

Interesses sociais são uma categoria jurídica própria a qual é suscetível de defesa jurisdicional autônoma, a ser promovida essencialmente pelo Ministério Público, mas também pelos demais legitimados ativos por força de lei.

A definição de *interesses sociais* é de conceito jurídico indeterminado, devendo ser aplicado pelo juiz ao julgar o caso concreto. Costuma-se afirmar que o interesse social se contrapõe ao interesse particular, ou seja, aquele interesse tem âmbito de abrangência maior do que este. É o que se chama de *supremacia do interesse público*. É preciso, entretanto, delimitar esse interesse público a medida em que interesse social, ou público, não se confunde com

¹⁴ TARTUCE, Flavio. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Método. 2013, p. 580-581.

interesse de entidades públicas. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos¹⁵, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoas. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito.

Os interesses sociais não comportam definições genéricas, pois a atividade de interpretação de atos, fatos e normas jurídicas deverá ser objeto de valoração da realidade por parte do juiz, submetidos aos demais princípios da administração pública, adaptados ao caso concreto. São exemplos de interesses sociais a moralidade administrativa ou o direito ao meio ambiente ou a manutenção da ordem econômica, entre outros. São direitos que pertencem a toda a sociedade e não apenas a uma outra pessoa de direito público.

Muito embora não se confundam interesses sociais com interesses dos entes públicos, é possível que os interesses dos entes públicos sejam defendidos sob o pálio de interesses sociais como, por exemplo, quando é pleiteada a reparação de danos causados ao patrimônio público, mas a restituição dos valores é feita em favor de um ente público específico.

Assim, os *interesses sociais*, exatamente por pertencerem à sociedade como um todo (e não a um ente determinado), estão incluídos na categoria de direitos transindividuais (*coletivos lato senso*). Os interesses sociais diferem, portanto, dos direitos individuais homogêneos.

1.3 DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS COMO DIREITOS COLETIVOS

Embora não sejam direitos essencialmente coletivos, os direitos individuais homogêneos podem, algumas vezes, travestir-se de direitos coletivos, por isso sendo chamados de *acidentalmente coletivos* ou como subespécie dos interesses coletivos¹⁶.

¹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros. 29ª ed., p. 57.

¹⁶ Sobre o tema analisa Teori Albino Zavaski. “Também a afirmação segundo a qual os direitos individuais homogêneos assumem, às vezes, roupagem de direito coletivo e, como tal, podem ser classificados como acidentalmente coletivos”, ou, ainda, como “subespécie dos interesses coletivos”, deve ser entendida com reservas. Na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais.” *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. São Paulo: RT. 2017, p. 52-53.

O fato é que os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados coletivamente, embora não deixem de ser direitos subjetivos individuais¹⁷. Dessa forma, a sua defesa coletiva diz respeito a uma questão de *interesse social* a ela subjacente. Trata-se da preservação de valores relevantes para a sociedade, tratadas sob a forma coletiva, ainda que o meio processual coletivo empregado não altere sua natureza material de direito subjetivo individual.¹⁸

Isto se dá quando certos interesses individuais, considerados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera pessoal, passando a representar aqueles da comunidade como um todo, como o somatório dos interesses individuais em questão. Nesse sentido está a violação do direito ao meio ambiente (art. 225 da CF) e o dever de reparar danos, sejam eles difusamente causados, sejam eles causados a pessoas individualizadas.

Já o direito da concorrência, por ser um bem público¹⁹ de interesse de toda a comunidade, admite sua defesa ao nível de direito individual homogêneo porquanto a lesão de direito poderá atingir importante escala social. Nesse caso, a lesão à concorrência e ao princípio da livre empresa representaria uma hipótese de defesa coletiva de direitos individuais homogêneos sob a forma coletiva.

É o que ocorre, por exemplo, quando empresas dominantes ou cartelizadas obtenham lucros artificiais decorrentes de sua capacidade de majorar os preços de seus produtos e serviços de forma artificial, assim lesando economicamente outras empresas na cadeia econômica ou mesmo ao consumidor final. Nesse caso, além das penalidades administrativas que os infratores estão sujeitos (lei 12.529/11), vislumbra-se, também, o direito individual homogêneo à indenização dos cidadãos diretamente afetados pela conduta anticoncorrencial do agente econômico, a ser defendido pela via da ação civil coletiva.

Gize-se que a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, conquanto representem instrumentos de tutela dos direitos individuais homogêneos, não são o meio mais adequado para a defesa desses direitos (individuais homogêneos) porque sua natureza está afeta à defesa de direitos transindividuais, os quais se caracterizam por terem sujeitos indeterminados e objeto indivisível. “Como é cediço, na ação coletiva²⁰ para defesa de direitos individuais

¹⁷ Nesse sentido o REsp 1.570.698 julgado pela 3ª T do STJ em 11/09/98, admitiu a possibilidade do ajuizamento da ação coletiva de consumo para a defesa de direitos individuais homogêneos.

¹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT. 7ª ed. 2017, p. 53.

¹⁹ Art. 1o. parágrafo único da Lei 12.529/11.

²⁰ Nesse sentido o STJ: “Ementa. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO DA 12ª VARA CÍVEL

homogêneos, embora o pedido seja certo, a sentença, em regra, será genérica, de modo a permitir a cada vítima lesada demonstrar e quantificar o dano experimentado (art. 81, parágrafo único, II, e art. 91, CDC).”

1.4 PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL

Deve-se abordar a vigência do CPC/15, o qual trouxe novas técnicas processuais. A nova lei implantou instrumentos jurídicos que permitem a análise do “Processo Estrutural”, o qual representa uma outra forma na implementação de políticas públicas.

DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF NA AÇÃO CIVIL COLETIVA N. 1998.01.1.016798-9 (IDEC X BANCO DO BRASIL). EXPURGOS INFLACIONÁRIOS OCORRIDOS EM JANEIRO DE 1989 (PLANO VERÃO). EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE E ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. OBSERVÂNCIA À COISA JULGADA. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva n. 1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal; b) Os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa - também por força da coisa julgada -, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do Idec, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública n. 1998.01.1.016798-9, pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF. 2. Recurso especial não provido. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, Prosseguindo o julgamento, após afirmação de impedimento pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que cancelou seu pedido de vista nos autos, a Seção retomou o julgamento e, por unanimidade, no caso concreto, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Para os efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foram definidas as seguintes teses: a) a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva nº 1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal. b) os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa - também por força da coisa julgada -, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do IDEC, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na ação civil pública nº 1998.01.1.016798-9 pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedidos os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e João Otávio de Noronha. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo”. REsp 1391198 / RS - 2013/0199129-0. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140). SEGUNDA SEÇÃO - 13/08/2014. DJe 02/09/2014, REVPRO vol. 237 p. 354.

O Processo Estrutural parte da análise das “structural injunctions estado-unidenses”²¹, que propõem uma lógica processual diversa da tradicional, a qual é representada como um modelo a ser construído com base na negociação, na flexibilidade e nos resultados. Sua aplicação é voltada para casos de “litígios estruturais” os quais envolvem interesses de toda (ou parte significativa) da sociedade, analisando eventual decisão sob as diversas perspectivas sociais que podem por eles ser afetados. O processo estrutura prioriza o diálogo.

O Processo Estrutural tem por fundamento o princípio de que a atividade jurisdicional deve partir do diálogo entre as partes, lógica essa que é consentânea com aquela disposta no art. 3º do Novo Código de Processo Civil, que incentiva a que juízes, advogados, promotores e defensores estimulem a composição dos litigantes.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL

O direito da concorrência visa a defesa e manutenção da ordem econômica bem como a busca do bem-estar do consumidor. É pela existência do livre mercado e da concorrência que os agentes econômicos são incentivados a criarem bens e serviços cada vez mais satisfatórios e mais baratos, produzindo o bem-estar social dos consumidores.

A violação à ordem econômica concorrencial acarreta consequências civis, penais e administrativas. *In casu* analisaremos a questão da responsabilidade civil concorrencial.

2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CONCORRENCIAL – PRESSUPOSTO

²¹ Processo Estrutural surgiu nos Estados Unidos nos anos 1950, e que um caso emblemático de decisão estrutural foi a solução dada ao caso Brown Board of Education, por meio de um pacote de medidas de combate à segregação racial. Quando um grupo de pais ajuizou uma ação coletiva contra a política de segregação racial permitida nas escolas da cidade de Topeka, no estado do Kansas, a Suprema Corte, por unanimidade, decidiu pela inconstitucionalidade da cultura do racismo e pôs fim à prática até então autorizada da doutrina dos “separados mais iguais” - que separava negros e brancos nos ônibus e nas escolas. Como muitos estados resistiam a adotar a decisão, um ano depois a Suprema Corte autorizou a criação de um pacote de medidas a serem aplicadas com acompanhamento do Poder Judiciário, visando eliminar a discriminação racial.

Sendo a ordem econômica um valor social coletivo (art. 170²² da Carta Magna e art. 1º parágrafo único da Lei 12.529/11), naturalmente se admitirá sua defesa coletiva, a qual é expressamente admitida pelo disposto no art. 47 da LDC.

A conduta lesiva à ordem econômica concorrencial, objetivamente considerada, se caracteriza pela prática do ato do agente que efetiva ou potencialmente²³ produza violação à concorrência, sendo possível sua verificação em face à prova do dano sofrido pela vítima, em decorrência daquele ato, independentemente da culpa do agente. Trata-se de responsabilidade civil objetiva na qual a configuração do dano e do nexo causal²⁴, ou casualidade, são suficientes para sua caracterização.

Já os efeitos da infração da concorrência devem ser distinguidos em duas ordens: a) efeitos de ordem estritamente pública, cuja penalização é administrativa e cargo do CADE (multas e demais cominações) e, b) efeitos privados que recaem sobre indivíduos e empresas e que os legitima para ingresso em juízo, visando a cessação de práticas anticoncorrenciais e/ou indenização pelas respectivas perdas e danos sofridas.

137

²² Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]”.

²³ ELEMENTO SUBJETIVO – PRETENDIDA INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO – REJEIÇÃO – SUFICIÊNCIA DOS EFEITOS DA CONDUTA SOBRE O MERCADO – RECONHECIMENTO. A infração à ordem econômica, iminente, tentada ou consumada, não exige prova da intenção, mas do resultado ou efeito sobre o mercado. Referência: Votos no Ato de Concentração no 54/95, de 11 de fevereiro de 1998, Requerentes: Cia. Petroquímica do Sul – Copesul, OPP Petroquímica S.A., OPP Polietileno S.A. e Ipiranga Petroquímica S.A. *DOU* 3 mar. 1998, Seção I, p. 5. FRANCESCHINI, *Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2000, p. 480.

²⁴ Causa é o acontecimento fático, capaz de produzir um resultado danoso. Situa-se entre a ação ou a omissão do causador do acidente e o próprio dano. Sem a causa o dano inexistiria. Por sua vez, concausas (que podem ser preexistentes) ou supervenientes, são outras causas que têm a capacidade de influenciar o processo de relação de causalidade já em andamento. Assim, a concausa superveniente poderá interromper o desencadeamento do nexo causal, assumindo, ela própria o resultado. Já a concausa preexistente não tem o poder de substituir a causa do acidente, embora possa interferir no resultado.

8. Teorias. São inúmeras as teorias que se propõem a demonstrar como ocorre a relação de causalidade. ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. São Paulo: Saraiva, [s.d.], p. 373) identifica três teorias, a saber: equivalência das condições, via da qual todas as causas antecedentes ao evento danoso são consideradas como eficientes para produzir o resultado. Causa adequada, que elege apenas a causa efetivamente necessária para produzir o resultado e, finalmente, a teoria do dano direto e imediato. Segundo esse civilista só esta última teria sido acolhida pelo nosso Código Civil, afeiçoada, pois, ao comando do artigo 1.060 do mencionado estatuto. (atual art. 403 do CC/02). Mas, com a devida vênia, afigura-se inaceitável essa posição do ilustre mestre, uma vez que o art. 1060 do CC, quando limita os danos aos prejuízos efetivos e aos lucros cessantes por efeitos diretos e mediato da inexecução, assim o faz precisamente apoiando-se na teoria da causa adequada. De igual modo pensam Aguiar Dias (loc. Cit. P. 695), Martinho Garcez Neto (Práticas da Responsabilidade Civil, 4, ed. Saraiva, p. 30), Antunes Varella (Obrigações, Forense, p. 251-252), Caio Mário da Silva Pereira (loc. Cit., p. 91-92) e a maioria da jurisprudência dos tribunais brasileiros.” BARROS, Raimundo Gomes de. Relação de causalidade e o dever de indenizar. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 34, abr./jun. 2000, p. 140-141.

É pressuposto do direito à indenização civil concorrencial, não obstante sua natureza objetiva, a prova dos atos "sob qualquer forma manifestados" que "tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos [...]" anticoncorrecionais, tanto quanto o dano efetivamente sofrido e o respectivo nexo de causalidade. Ainda que a vítima do dano decorrente da infração à ordem econômica não esteja obrigada a evidenciar elementos culposos na conduta do agente (a qual é presumida), deverá provar, isto sim, os elementos fixados no caput do art. 47²⁵ da LDC, a saber: a) os atos de desvio de finalidade concorrencial (abusividade econômica) sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir efeitos concorrecionais; b) Dano efetivo ou potencial pelo desvio de finalidade - o ato produziu (ou poderia produzir) um dos efeitos dispostos no art. 36 da LDC, quais sejam: b.1) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b.2) dominar mercado relevante de bens ou serviços; b.3) aumentar arbitrariamente os lucros; b.4) exercer de forma abusiva posição dominante e, c) o nexo causal entre o ato e o efeito danoso.

Sem a prova do dano sofrido pela vítima, o ato ilícito concorrencial permanecerá na esfera exclusiva do interesse da Administração pública, competindo ao CADE, enquanto órgão autárquico e judicante, investigá-lo e aplicar as penalidades administrativas previstas em lei, em defesa da ordem concorrencial pública.²⁶

138

²⁵ Embora se adote a tese de que a LDC só se aplica em face da existência do poder de mercado por parte do agente dominante, sendo que seu abuso gera o dever de indenizar, há decisões do CADE asseverando que a mera tentativa de dominação de mercado poderá causar conduta infrativa. Referência: Votos na Consulta no . 31/99, de 31 de março de 1999. Consulente: Ministério da Saúde. Votos vencidos dos Conselheiros, Relator e João Bosco Leopoldino da Fonseca. In DOU de 11 de maio de 1999, Seção 1, pg. 1. Em sentido diverso: Referência: Voto no Processo Administrativo no. 0800.001586/97-74, de 6 de outubro de 1999, Representante: Empresa de Transportes Marítimos Transturmar Ltda. e Representada: Interocean Agências Marítimas Ltda., Palangana transportes Marítimos Ltda. Cargonave – Agência Marítima Ltda., Tibalgi – serviços Marítimos Ltda., Sindaparb – Sindicato das Agências de Navegação Marítima do Estado do Paraná. DOU 22 out. 1999. Seção a, p. 3. FRANCESCHINI, *Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2000, p. 542 e 545.

²⁶ Nesse sentido decide o TJSP: “Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – Danos que, segundo a inicial, decorrem da prática de cartel atribuída às rés (acarretando sobre preço na venda de cimento no mercado no período de 1987 a 2007) – Inicial indeferida – Da narrativa dos fatos não decorrem logicamente os pedidos – Embora a decisão administrativa do CADE tenha confirmado a formação do cartel, caberia à autora indicar e especificar o dano alegado e a correlação com os fatos – Danos que sequer foram discriminados, embora oportunizada emenda - Precedentes envolvendo casos idênticos - Acolhimento da tese da prescrição, sem concessão de oportunidade à parte de apresentar manifestação a respeito dessa matéria, implicaria em caracterização de julgamento surpresa - Claro o artigo 10 do CPC ao impor a necessidade de concessão de oportunidade à parte de apresentar manifestação a respeito de matéria não discutida no processo – Vedado ao juiz decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício - E mesmo que decisão surpresa não houvesse, a prescrição não teria ocorrido – Tratando-se de reparatória de danos por ato ilícito, o prazo prescricional é de 10 anos, contados a partir da ciência inequívoca do ato ensejador da compensação. Sentença mantida – Recurso improvido”. Apelação Cível, 5ª Câmara de Direito Privado, São Paulo. Relator Moreira Viegas. Data do julgamento: 25/09/2019. Data de publicação: 03/10/2019.

É a partir da prova do ato ilícito e do efetivo prejuízo sofrido pela vítima como consequência da conduta do agente econômico imputado, que o prejudicado poderá requerer judicialmente a cessação das práticas anticoncorrenciais cumulativamente com as perdas e danos, independentemente da existência de processo administrativo no CADE.

Nas ações de indenização fundadas na violação da concorrência, o autor deverá provar que o dano sofrido resulta de ato abusivo e violador da concorrência²⁷ praticado pelo agente econômico dominante no mercado. Esse dano não será necessária ou exclusivamente derivado da conduta do demandado, mas sim por ele causado, ainda que haja outros agentes no mercado ou outras situações que tenham contribuído para o dano. O exemplo típico é a existência de vários agentes econômicos partilhando o mesmo mercado, os quais representam forças múltiplas e complexas que causam o dano ao prejudicado, sem que possam ser convenientemente isolados.

O disposto no artigo 47 da LDC (lei 12.529/11) exige da vítima a demonstração do prejuízo (perdas e danos)^{28 29} para que se legitime seu direito ao pedido indenizatório

²⁷ “Partindo da definição legal do exercício abusivo de um direito como ato ilícito (art. 187), teremos o seguintes requisitos como necessários à sua configuração: a) conduta humana; b) existência de um direito subjetivo; c) exercício desse direito de forma emulativa (ou, pelo menos, culposa); d) danos para outrem; e) ofensa aos bons costumes e à boa-fé; ou f) prática em desacordo com o fim social ou econômico do direito subjetivo. THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 119.

²⁸ Nesse sentido julgado do TJSP o qual anulou a sentença de improcedência de pedido indenizatório concorrencial prolatada em I grau para determinar fossem realizadas provas sobre os prejuízos sofridos. (danos oriundos do cartel de cimento julgado pelo CADE): “COMARCA DE SÃO PAULO – 39ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL. APELANTE: MECANORTE CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA (autora). APELADAS: HOLCIM BRASIL S/A, VOTORANTIM CIMENTOS S/A, ITABIRA AGRO INDUSTRIAL S/A, INTERCEMENT BRASIL S/A e COMPANHIA DE CIMENTO ITAMBÉ (litisconsortes passivas) SENTENÇA: JUÍZA DE DIREITO DANIELA PAZZETO MENECHINE. Apelação Cível no 1077205-89.2017.8.26.0100 EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. Supostos prejuízos relacionados à aquisição de material de construção (cimento), com sobrepreço, na circunstância de prática de cartel. Abordagem reparatória. Juízo de improcedência. Recurso da autora. Parcial provimento. São Paulo, 27 de novembro de 2019. Carlos Russo RELATOR DESIGNADO Assinatura Eletrônica”. TJSP. Apelação Cível n. 1077205-89.2017.8.26.0100. Relator: Carlos Russo. Data do julgamento: 27/11/2019.

²⁹ Nesse sentido o TJSP: “RESPONSABILIDADE CIVIL Ação Civil Pública Obrigação de Fazer e Indenização por danos morais Formação de cartel. Paralelismo dos preços de venda do álcool e gasolina Improcedência do pedido Recurso ex officio Parecer da Procuradoria Geral de Justiça Decisão ultra petita Inocorrência Sentença lançada em consonância à perícia realizada Cartelização dos preços dos combustíveis em ofensa à legislação concorrencial e prejuízo à coletividade de consumidores Não configurado Alinhamento de preços decorrente da acirrada concorrência no mercado de combustíveis Insuficiência de provas Ônus probatório Autor que não demonstrou os fatos constitutivos do seu direito Artigo 333, I, CPC Inversão prevista na norma consumerista Impossibilidade Legitimação extraordinária Ministério Público Ausentes os pressupostos da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor Sentença mantida Recurso desprovido”. Apelação Cível n. 0010500-24.1999.8.26.0047, 2ª Câmara de Direito Privado, Assis. Relator Marcia Tessitore. Data do julgamento: 24/02/2015. Data de publicação: 25/02/2015.

concorrencial, o que nos remete ao necessário exame da vinculação direta entre a conduta anticoncorrencial do agente dominante e o "prejuízo" sofrido pela vítima.³⁰

A própria natureza do direito econômico e a violação ao mercado concorrencial trazem em si a noção de que os danos provocados no mercado afetam todo um segmento econômico ou até mesmo toda a economia. Se, por exemplo, o cartel dos distribuidores de petróleo manipula o preço do produto, afetará não somente os adquirentes institucionais, mas também as diversas categorias de consumidores econômicos, em toda a cadeia econômica, que tenham seus custos de produção aumentados.

Numa menor escala, uma determinada violação ao mercado poderá refletir perniciosamente em muitos aspectos da economia, por vezes causando prejuízos maiores a vítimas indiretas do que a vítimas diretas do ato abusivo. Entretanto, e a despeito da linguagem abrangente da LDC, o direito a indenização concorrencial não se estende a todo e qualquer prejudicado ou aos consumidores³¹ de produtos acabados, mas somente aqueles diretamente prejudicados no mercado concorrencial (agentes econômicos concorrentes).

As limitações impostas à obtenção de indenização privada concorrencial apontam para a necessidade de se estabelecer uma causalção efetiva entre a violação concorrencial e o dano sofrido pela vítima. Sem a satisfação mínima desse requisito, não há possibilidade de se avançar na decisão, sendo claro que danos indiretos são uma barreira para se estabelecer a própria legitimidade ao pedido indenizatório concorrencial privado.

Assim como em qualquer ação indenizatória, a vítima deverá provar que o dano sofrido resulta de atos do acusado em violação a legislação concorrencial. Nas situações em que possa haver concausas pelos danos sofridos, sendo uma ou mais derivadas de ilícito concorrencial, e outras não, caberá ao prejudicado demonstrar a causalidade material e provável de que sofreria o dano suportado como efeito exclusivo da conduta anticoncorrencial do acusado. Se as concausas se revelarem complexas e múltiplas e não puderem ser delimitadas e separadas, a vítima não terá condições de provar que a violação concorrencial é a causa material do dano sofrido. Haverá falta de suporte fático para ensejar o pedido indenizatório concorrencial.

³⁰ No caso *Loeb v Eastman Kodak Co.* a Corte Suprema Norte Americana rejeitou o pedido de uma acionista da corporação que alegou ter sido vítima pessoal da conduta anticoncorrencial. 183 F 704 (3d Cir. 1910).

³¹ Os consumidores finais dispõem de sistema jurídico próprio – CDC – para a defesa de seus direitos e interesses jurídicos.

A infinita casuística e o elevado grau de sofisticação das práticas econômicas e comerciais verificadas nos *usus de trafego* desafiam os aplicadores da lei ao emprego das normas jurídicas concorrenciais, exigindo a busca e integração dos princípios gerais norteadores do sistema constitucional e infraconstitucional.

Frise-se que o objetivo da ação concorrencial indenizatória, seja individual ou coletiva, não será apenas de punir o ofensor e compensar a vítima, mas também impedir a continuidade da violação da ordem econômica.^{32 33}

2.2 LEGITIMAÇÃO INDENIZATÓRIA CONCORRENCIAL E SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

Primeiramente, é preciso delimitar os sujeitos da relação jurídica concorrencial para daí extrair os legitimados ativos³⁴ à ação indenizatória³⁵. Essa ação poderá ser tanto uma ação individual quanto ação civil coletiva, o que se dará pela substituição processual (legitimidade

141

³² “O objetivo imediato da lei de defesa da concorrência é evitar o abuso do poder econômico cometido pelas empresas cuja conduta, independentemente de sua forma, possa ter por efeito – ainda que esses não sejam alcançados – restringir ou eliminar a concorrência. O abuso de poder econômico desdobra-se por várias formas, havendo o legislador brasileiro enumerado várias delas; essencial, todavia, é que se constate haver a) abuso do poder econômico e que b) a concorrência seja, ou possa ser, restrita ou eliminada.” DUTRA, Pedro. *A livre concorrência*, p. 85.

³³ Para os casos em que o valor das multas previstas na LDC é convertido ao fundo de que trata a Lei 7.347/85 - Ação Civil Pública.

³⁴ Neste artigo somente analisaremos a legitimidade ativa para a ação de responsabilidade civil concorrencial.

³⁵ Acerca do prazo prescricional à propositura da ação de indenização, decide o TJSP: “*Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação indenizatória – Ato ilícito – Formação e participação de cartel, para a majoração do preço do cimento – Agravo de instrumento – Insurgência contra decisão que reconheceu a ocorrência da prescrição quanto a parte da pretensão da demandante, determinou a suspensão do processo, até o julgamento das ações anulatórias propostas contra decisão do CADE - na qual se funda a pretensão indenizatória - e consignou que a necessidade de produção de outras provas será examinada após a cessação da suspensão do feito e a conclusão da prova pericial determinada – PRAZO PRESCRICIONAL – Aplicação da regra prevista no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, e não daquela prevista no art. 205 do mesmo diploma – Precedentes – TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL – “Dies a quo” do prazo prescricional que corresponde à data da decisão do CADE, ao ensejo do julgamento de embargos de declaração – Somente se pode falar em violação do direito, no caso concreto, a partir do momento em que se reconheceu, na esfera administrativa, a prática de ato ilícito, por parte das demandadas, ao ensejo do julgamento dos embargos de declaração opostos contra a decisão do CADE, dado que, a rigor, foi somente nessa ocasião que a agravada, titular do direito subjetivo violado, passou a conhecer o fato e a extensão de suas consequências, de acordo com o princípio da “actio nata” – Precedentes – INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO – Ação indenizatória proposta antes do término do prazo prescricional de 3 anos, previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil – Inocorrência de prescrição, quer total, quer parcial, da pretensão da agravada – PROVA PERICIAL – Insurgência contra a produção de prova técnica – Requisito de admissibilidade do recurso – Cabimento – Ausência – Decisão recorrida, que, em tal ponto, não versa sobre nenhum das hipóteses previstas na lei processual civil – conhecimento obstado no tópico – Recurso provido, em parte, na parcela conhecida”. Agravo de Instrumento, 32ª Câmara de Direito Privado, São Paulo. Relator Caio Marcelo Mendes de Oliveira. Data do julgamento: 11/10/2018. Data de publicação: 11/10/2018.*

concorrente) atribuída às pessoas enumeradas no art. 82 do CDC para a defesa de interesses individuais e individuais homogêneos.

A chave da questão está na própria concepção da LDC e na ideia subjacente de dotar o sistema jurídico de um instrumento eficaz, lastreado tanto na atribuição à autoridade administrativa do poder de impor ao agente econômico pesadas multas e penalidades, na criminalização das condutas anticoncorrenciais bem como na atribuição de legitimidade ativa substituta para a defesa dos direitos subjetivos individuais ou coletivos.

A legitimidade ativa para pretender o provimento administrativo ou judicial para a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica não se confunde com a legitimação para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos (art. 47 da LDC), a qual exige danos diretamente suportados pelo prejudicado no mercado.

Embora a lei se refira aos titulares dos direitos protegidos pela LDC como os *prejudicados*, empregando um conceito indeterminado para o vocábulo, é certo que nele não estão abarcados todo e qualquer consumidor final de mercadorias e serviços *lato sensu*, conforme definição do CODECON. Os consumidores, em seu sentido amplo, são um grupo social que está ao abrigo de lei própria que lhes confere ampla garantia à defesa de seus direitos, em esfera peculiar e bem circunscrita pelo sistema jurídico.

Os prejudicados legitimados a ingressar em juízo para o recebimento de indenização por dano concorrencial – por si ou seus substitutos processuais previstos no art. 47 da lei 12.519/11³⁶ - são os *consumidores concorrenciais*, ou seja, os agentes econômicos que operam no mercado concorrencial e que interagem economicamente com o agente causador do dano. Trata-se da figura do consumidor final econômico.

Assim, na hipótese de abuso de preços contra o consumidor final econômico que primeiramente pagou a mercadoria, a transferência do preço para o mercado por meio da cadeia econômica não retira sua legitimidade para defesa de seu direito individual ou individual homogêneo. Os demais integrantes da cadeia econômica que sofrem o dano originalmente cometido por um agente remoto na cadeia econômica também possuem a legitimidade ativa

³⁶ Os substitutos processuais detentores de legitimidade processual são o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público interno, as entidades e órgãos da administração pública de defesa do consumidor e as associações legalmente constituídas para tal fim, a defesa da ordem econômica em nome dos prejudicados, como substitutos processuais ativos. A defesa coletiva dos direitos concorrenciais exige a demonstração da existência de direitos individuais homogêneos, ou seja, aqueles decorrentes de origem comum.

contra aquele, mas não contra os demais intermediários que também foram vítimas da mesma prática infracional da concorrência.

Necessário distinguir o consumidor final de bens e serviços da acepção do termo como *agente econômico intermediário*. Este último, mantendo sua posição de agente econômico, é consumidor de bens e serviços num dos elos da cadeia produtiva, ou seja, os agentes econômicos cuja atividade está, de alguma forma, submetida ao poder do agente dominante e exposto aos efeitos de suas práticas ilícitas.

Assim, a legitimidade para o direito de ação conferido ao particular e respectivos substitutos processuais³⁷ à promoção da defesa dos interesses concorrenciais individuais e individuais homogêneos,³⁸ pressupõe a existência de uma relação jurídica concorrencial entabulada entre agentes econômicos, num determinado mercado concorrencial.

A admissão da substituição processual concorrencial pressupõe que o legislador atribuiu uma relativa incapacidade do particular em observar e reagir ao mercado e às condutas anticoncorrenciais desposadas pelos agentes econômicos dominantes.

De fato, a complexidade da matéria econômica, aliada ao poder econômico das empresas dominantes no mercado, implica em violações aos direitos e interesses individuais que são muitas vezes imperceptíveis pelos cidadãos e mesmo pelos demais agentes econômicos, exigindo-lhes conhecimento específico sobre a matéria, violações essas que são mais facilmente visualizadas pelos substitutos processuais.

Uma segunda justificativa para se atribuir caráter público e coletivo à legitimação ativa para o pedido indenizatório concorrencial decorre da clara dificuldade que se apresenta aos particulares para a efetiva demonstração dos prejuízos concorrenciais sofridos. Mais ainda, há situações em que o dano pessoalmente considerado não será grande o suficiente para justificar ao particular o acionamento da máquina administrativa ou judiciária, ao passo que coletivamente considerado, os danos infligidos à comunidade são de grande significação econômica e social. A legitimação substituta aliada à ação coletiva têm o condão de agregar e

³⁷ Segundo o art. 47 da LDC, são também legitimados ativos para a defesa da concorrência e pedido indenizatório os entes descritos no art. 82 do CDC: I) Ministério Público; II) União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III) as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; IV) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.”

³⁸ Conforme o disposto no art. 81, III do CDC, os interesses ou direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum.

dar eficácia a uma multiplicidade de pequenos direitos e interesses jurídicos os quais, isoladamente, não teriam significação econômica suficiente para ensejar uma ação indenizatória mas que, no seu conjunto, podem representar importante meio de combate à violação à ordem econômica.³⁹

CONCLUSÃO

A legislação processual brasileira apresenta um grau de evolução a partir da década de 80, passando a valorizar a efetividade do processo, princípio esse que pressupõe a facilitação do acesso à justiça e à prestação de tutela jurisdicional específica e em tempo razoável. Daí resulta um abandono ao antigo sistema que visava atender demandas entre partes determinadas e identificadas, em lides individuais, passando a vigor um novo sistema destinado à tutela de direitos coletivos e à tutela coletiva de direitos individuais. Criou-se um subsistema processual próprio ao processo coletivo.

No campo do processo coletivo vislumbra-se sua divisão entre a tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Por direitos coletivos entende-se aqueles subjetivamente transindividuais (sem titularidade determinada) e materialmente indivisíveis (direitos cuja recomposição deverá se dar em sua globalidade); os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais, de titularidade determinada, e materialmente divisíveis (sua satisfação poderá se dar individualmente a cada lesado), favorecendo tanto a busca da tutela jurisdicional coletiva quanto individual.

Assim, resta clara a distinção entre direitos coletivos *lato sensu* (transindividuais, ou seja, difusos e coletivos *strictu sensu*) e os direitos individuais homogêneos. Para os primeiros, aplica-se, por regra, a ação civil pública⁴⁰, além da ação popular e a ação de improbidade administrativa; e a ação civil coletiva e o mandado de segurança coletivo são instrumentos para a tutela coletiva de direitos individuais.

O grande campo de aplicação do processo coletivo é exatamente o da tutela coletiva de direitos subjetivos individuais homogêneos. São homogêneos os direitos pertencentes a diversos titulares, mas oriundos da mesma causa fática ou jurídica que lhes confere grau de homogeneidade. Essa tutela se dará pela ação civil coletiva conforme prevista em lei (art. 91 a

³⁹ MARQUES, Cláudia. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo. RT., 2ª ed. p. 1053.

⁴⁰ Lei 7.247/85.



100 do CDC). A ação coletiva, *a*) não inibe nem prejudica a propositura da ação individual com o mesmo objeto (o autor individual ficará sujeito ao resultado da própria demanda, ainda que improcedente sua demanda e procedente a coletiva), *b*) a sentença da ação coletiva fará coisa julgada em caso de procedência do pedido, *c*) a sentença genérica de procedência servirá de título para a propositura de ação individual de cumprimento, pelo regime de representação (liquidação e cumprimento da sentença pelas regras do CPC).

Observe-se o entendimento de que o Ministério Público só é legitimado ativo para propositura de ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos quando esses direitos individuais forem *indisponíveis*. Isto porque sua atribuição constitucional tem como limite a defesa de direitos individuais *indisponíveis* (o que nem sempre é a hipótese de direitos individuais homogêneos). Todavia, nas hipóteses em que há lesão coletiva de direitos individuais homogêneos em larga escala, cujas consequências afetem bens e valores jurídicos de interesse da própria sociedade e representem interesse social considerando-se a extensão da lesão à toda a comunidade, a tutela dos interesses individuais lesados coletivamente passa a ser de interesse social, legitimando a ação do Ministério Público nessas situações pela incidência da cláusula geral disposta no art. 127 da CF.

Tendo em vista que a ordem econômica opera sobre o conceito de mercado, assim definido como o ambiente social no qual os produtos e serviços são postos em concorrência recíproca, esse conceito passou a ser um bem juridicamente protegido, pelo qual se garante efetividade ao direito do cidadão e à livre iniciativa no campo econômico.⁴¹ Assim, em havendo ato ilícito concorrencial e prejuízo sofrido pela vítima, o lesado (desde que legitimado ativamente pela demonstração do prejuízo sofrido) poderá se valer de ação individual tanto para requerer judicialmente a cessação de práticas anticoncorrencias quanto requerer indenização por perdas e danos, independentemente da existência de processo administrativo no CADE.⁴² Nessas mesmas situações de ilícito concorrencial, o disposto no art. 47 de LDC atribui aos legitimados previstos no art. 82 do CDC o direito de defesa de seus direitos individuais homogêneos, em ação coletiva.⁴³

⁴¹ Art. 170 caput e demais incisos da Constituição Federal.

⁴² Lei 12.529 art. 36, § 1º.

⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 46.



As técnicas do processo coletivo e seus objetivos de facilitação do acesso à justiça e a prestação de tutela jurisdicional específica são amplamente aplicáveis no campo do direito econômico da concorrência.

Assim, a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos concorrenciais se afirma no ordenamento jurídico nacional como instrumento efetivo de prevenção e reparação do abuso do poder econômico e como instrumento de implementação e renovação da ordem econômica constitucional.

REFERÊNCIAS

ALVIN, Arruda. *Ação Civil Pública*. Processo Coletivo. São Paulo: RT. 2014.

ALVIN, Arruda. *Processo Coletivo*. Do Surgimento a Atualidade. São Paulo: RT. 2014.

ALVIN, Teresa Arruda. *Apontamentos sobre as ações coletivas*. Processo coletivo. São Paulo: RT. 2014.

AVERITT, Neil W. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 45, jan./mar. 2003, p. 26-50.

BARROS, Raimundo Gomes de. Relação de causalidade e o dever de indenizar. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 34, abr./jun. 2000.

BARROSO, Luiz Roberto. Ação popular e ação civil pública: Aspectos Comuns e Distintivos. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. I, n. 4, São Paulo, 1993, p.233-241.

BENJAMIM, Antônio Herman V. *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

BENJAMIN, Antonio Herman. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico*. Processo Coletivo. São Paulo: RT. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trd. J. Guimarães Menegale. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Class action e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUTRA, Pedro. A livre concorrência e sua defesa. *Revista de Direito Econômico*, São Paulo, jan/mar. 1996.

FERREIRA, Rony. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Porto Alegre: Fabris, 2004.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito da concorrência: case law*. São Paulo: Singular, 2000.

GOMES JR., Luiz Manoel. *Ação popular: aspectos polêmicos*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Ação Civil Pública no STJ. In: *STJ – 10 anos. Obra comemorativa, 1989-1000*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do ante-projeto*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Processo coletivo*. Ed. RT. SP-SP, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas*. Processo Coletivo. São Paulo: RT. 2014.

LANDE, Robert H. *Consumer choice as the best way to recenter the mission of competition law*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1624885>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª. Ed. São Paulo: ed. RT, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 3ª. Ed. São Paulo: Damásio de Jesus Ed., 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos direitos difusos em juízo*. 17ª. Ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*, 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros. 29ª ed.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: ed. RT, 2002.

MORAES, Voltaire de Lima. Ação civil pública e a tutela do meio ambiente. *Ajuris*, v. 13, n 37, Porto Alegre, 1986.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. In: MILARÉ, Édís (coord). *Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição de 1988. *Revista de Processo*, v. 16, n. 61, São Paulo: Ed. RT, jan-mar. 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista e Processo*, v. 10, n.39, São Paulo: Ed. RT, 1985.

NERY JR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor* Comentado pelos Autores do Ante-projeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

OLIVEIRA JR. Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: ed. RT, 1971

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PINTO, Maria Hilda Marsiaj. *Ação civil pública: fundamentos da legitimidade ativa do ministério público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 1987.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Motauri Ciochtti. *Ação civil pública: competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.



TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: ed. RT, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT. 7ª ed. 2017.

JURISPRUDÊNCIA:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – DF - REsp 1.570.698 julgado pela 3ª T do STJ em 11/09/28.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA- DF - REsp 1391198 / RS - RECURSO ESPECIAL - 2013/0199129-0. Relator - Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140). S2 - SEGUNDA SEÇÃO - 13/08/2014.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA ECONOMIA – CADE - Referência: Votos no Ato de Concentração no 54/95, de 11 de fevereiro de 1998, Requerentes: Cia. Petroquímica do Sul – Copesul, OPP Petroquímica S.A., OPP Polietilíenos S.A. e Ipiranga Petroquímica S.A. *DOU* 3 mar. 1998.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA ECONOMIA – CADE -Processo Administrativo no. 0800.001586/97-74, de 6 de outubro de 1999, Representante: Empresa de Transportes Marítimos Transturmar Ltda. e Representada: Interocean Agências Marítimas Ltda., Palangana transportes Marítimos Ltda. Cargonave – Agência Marítima Ltda., Tibalgi – serviços Marítimos Ltda., Sindaparb – Sindicato das Agências de Navegação Marítima do Estado do Paraná. *DOU* 22 out. 1999. Seção a, p. 3.

149

Submissão: 17/09/2019

Aceito para Publicação: 10/12/2019

