ADRIANO CAMARGO GOMES

Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Flávio Luiz Yarshell

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

ADRIANO CAMARGO GOMES

Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Titular Flávio Luiz Yarshell.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Camargo Gomes, Adriano
Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica / Adriano Camargo Gomes ; orientador Flávio Luiz Yarshell -- São Paulo, 2018.
594 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Processo civil. 2. Direito concorrencial. 3. Técnicas processuais. 4. Tutela reparatória. 5. Danos causados por infrações à ordem econômica. I. Yarshell, Flávio Luiz, orient. II. Título.

Nome: CAMARGO GOMES, Adriano.

Título: Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica.

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual Civil.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Professor(a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Dedico esta tese à memória de Alcides A. Munhoz da Cunha. Que os limites deste trabalho não diminuam a grandeza de seus ensinamentos, de seu exemplo e de seu legado.

AGRADECIMENTOS

O nome solitário na capa desta tese esconde a contribuição significativa de muitas pessoas. Sem elas, este trabalho não existiria. Os limites deste trabalho e do seu autor, não diminuem a enorme dívida com todos aqueles que auxiliaram na sua elaboração. Não estive sozinho e, diante do apoio que recebi, tenho a convicção de que nunca estarei.

Agradeço ao Professor Flávio Luiz Yarshell, não apenas pelos ensinamentos valiosos e pela orientação atenta da tese, mas também pela confiança e, sobretudo, pela amizade construída nesses cinco anos.

Agradeço ao meu pai, Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes, pelas contribuições geniais e pela decisiva ajuda no processo de redação desta tese.

Agradeço ao apoio do meu amigo-irmão, Bruno Hauer Doetzer, por ter lutado por esta tese tanto quanto eu, assumindo grande parte dos meus trabalhos no escritório (o que já seria muito), revisando atentamente o texto e debatendo todas as suas ideais.

Agradeço especialmente aos professores Eduardo Talamini e Sérgio Cruz Arenhart, que desde minha graduação na Universidade Federal do Paraná, com seus exemplos, estimularam-me ao estudo do processo civil, tendo sempre compartilhado generosamente seu conhecimento. Agradeço também aos demais professores com que tive o privilégio de ter aulas e que impactaram as ideias analisadas nesta tese: Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, Candido Rangel Dinamarco, Fábio Tabosa Pessoa, Fábio Peixinho Corrêa, Fernando da Silva Cais, Heitor Vitor Mendonça Sica, Luiz Guilherme Marinoni, José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque.

Agradeço ao meu amigo Elie Pierre Eid, pelos ricos debates sobre o processo civil e por todo o apoio desde o meu primeiro dia no Programa de Pós-Graduação.

Agradeço aos amigos e professores da Universidade de Oxford, onde as primeiras ideias desta tese foram lançadas e debatidas: Adrian Zuckerman, Andrew Higgins, Ariel Ezrachi, Demetrio Santander, Gerardo Solis, Hernán Panesso Mercado, Jack Willians, James Manwaring, Özgecan Korkmaz, Pedro Rubim Fortes, Rachel Clement e Rachel Hunter.

Agradeço aos amigos com quem tive o privilégio de discutir muitas das questões tratadas nesta tese: Mário André Cabral, Marcos Vinícius Pinto, Osny da Silva Filho e Rodrigo Ramina de Lucca. Agradeço também pelo apoio durante esse período aos amigos Aline Oliveira Dias, Ana Clara Viola Ladeira, Caroline Klamas, Daniel Colnago Rodrigues, Diego Franzoni, Gustavo Osna, Gustavo Roxo, Guilherme Recena Costa,

Heloisa Krüger, Isabella Andrade Vosgerau, Ivo de Paula Medaglia, Lia Carolina Batista Cintra, Lílian Cintra de Melo, Luiza Madia Lourenço, Mayara Roth Isfer, Paulo Amaral, Paulo Kroeff Baggio Silva, Ricardo Dalmaso Marques e, de modo especial, à Lana Drapier Albuquerque pela correção do primeiro manuscrito do capítulo 5.

Agradeço, ademais, às contribuições do Professor Altair Pivovar, da Fernanda Sostisso Rubert e dos demais colegas da Camargo e Gomes Advogados.

Por fim, agradeço, de modo muito especial, aos membros da minha família que me acompanharam em todos os momentos desta jornada, especialmente à minha admirável mãe Lucia Helena Sandy Gomes, à Sonia Guerreiro de Oliveira, ao Roberto Pinotti, ao meu irmão Lucas Camargo Gomes, com quem discuti as ideias afeitas à sociologia e de quem recebi preciosas lições, ao Guilherme Nasser e ao Pedro Nicz, pelo harmonioso e inesquecível convívio no Ap 12, da Rua Oscar Freire 1456.

Em uma época de especialização, todos os que trabalham no campo das ciências da cultura, tendo decidido lidar com uma determinada matéria, para lançar luzes sobre um determinado conjunto de problemas, e tendo elaborado os princípios metodológicos que deseja aplicar, considerará seu trabalho como um fim em si mesmo: ele não verificará constantemente e deliberadamente se cada fato, medido em relação às ideias de valor últimas, vale a pena ser conhecido, e pode até perder a consciência de que está ancorado nessas ideias de valor. E é assim que deve ser. Mas, um dia, a coloração muda: o significado desses pontos de vista que foram adotados irreflexivamente se torna incerto e o caminho se perde no crepúsculo. A luz dos grandes problemas culturais deslocou-se para mais além. Então a ciência, também, muda o seu cenário e o seu aparelho conceitual e fita o fluxo do devir das alturas do pensamento. Ela segue a rota das estrelas que, sozinhas, podem dar sentido e direção ao seu trabalho.

(Adaptado de Weber, 2006, 2012e)

RESUMO

CAMARGO GOMES, Adriano. **Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica**. 2018. 594 p. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Esta tese tem como objeto a análise da relação entre técnicas processuais e a tutela reparatória no âmbito do direito concorrencial. Ela tem como pressupostos a importância do *private enforcement* para uma política da concorrência equilibrada e sua insuficiência no direito brasileiro. A partir dessas premissas, a tese examina uma entre as múltiplas causas desse contexto de insuficiência: a inadequação das técnicas processuais atualmente vigentes. O objetivo deste exame é, primeiro, demonstrar os contornos dessa inadequação e, segundo, propor diretrizes e técnicas que sejam adequadas à tutela reparatória de danos causados por infrações à ordem econômica. Para tanto reconhecendo os limites das perspectivas jurídicas tradicionais (lógico-jurídica e axiológica) devido, fundamentalmente, à ausência de historicidade e ao risco de abuso de dedução, a tese propõe a adoção de uma abordagem que, partindo da obra de Max Weber, constrói uma tipologia para analisar a racionalidade do direito contemporâneo (capítulo 2). Nos capítulos 3 e 4, essa tipologia é aplicada para identificar, a partir das alterações normativas ocorridas no processo civil e no direito concorrencial, a racionalidade preponderante em cada um deles em diferentes momentos históricos. Revela-se, contemporaneamente, uma racionalidade de tipo instrumental em tensão com uma racionalidade participativa emergente. Na sequência, no capítulo 5, a tese realiza um diagnóstico das técnicas processuais aplicáveis ao *private enforcement* com a finalidade de compreender os incentivos e desincentivos criados para os prejudicados por infrações à ordem econômica. Por fim, no capítulo 6, a tese propõe diretrizes e técnicas adequadas à tutela reparatória de danos causados por violações ao direito concorrencial.

Palavras-chave: Processo Civil. Direito Concorrencial. Técnicas processuais. Tutela reparatória. Danos causados por infrações à ordem econômica. *Private enforcement*.

ABSTRACT

CAMARGO GOMES, Adriano. **Private enforcement of competition law in Brazil: the adequacy of procedural rules to compensatory damages**. 2018. 594 p. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

The purpose of this thesis is to analyse the relationship between procedural techniques and compensatory damages in competition law. On the one hand, the thesis assumes the importance of private enforcement for a balanced competition policy. On the other, the thesis acknowledges the current insufficiency of private enforcement of Brazilian competition law. The thesis examines one of the many causes of this insufficiency: the inadequacy of the procedural techniques currently in force. The purpose of this examination is, first, to outline this inadequacy and, secondly, to propose guidelines and techniques that are appropriate for compensatory damages in competition law. Recognizing the limits of traditional legal perspectives (legal-logic and axiological), the thesis proposes an approach that, starting from the work of Max Weber, constructs a typology to analyse the rationality of competition law and civil procedure using an inductive method (Chapter 2). In Chapters 3 and 4, this typology is applied to identify, from the normative changes occurred in both branches of law, the predominant rationality in each branch, at different historical moments. The thesis identifies the current tension between the predominant instrumental rationality and an emerging participatory rationality. Building on this, in Chapter 5, the thesis identifies current procedural techniques applicable to private enforcement in order to understand the incentives and disincentives created for the individuals harmed by anticompetitive infringements. Finally, in chapter 6, the thesis proposes guidelines and techniques appropriate for compensatory damages in Brazilian competition law.

Keywords: Civil Procedure. Competition Law. Procedural Techniques. Compensatory Damages. Losses caused by anticompetitive infringements.

RIASSUNTO

CAMARGO GOMES, Adriano. **Tecniche processuali adeguate per la tutela risarcitoria dei danni a causa di violazione di norme antitruste**. 2018. 594 p. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Lo scopo di questa tesi è di analizzare il rapporto tra tecniche processuali e la tutela risarcitoria nel diritto della concorrenza. Da un lato, questa tesi assume l'importanza del *private enforcement* per una politica di concorrenza equilibrata e, dall'altro, la sua attuale insufficienza nella legge brasiliana. Da questi presupposti, la tesi esamina una delle tante cause di questa insufficienza: l'inadeguatezza delle tecniche processuali attualmente in vigore. L'obiettivo di questo esame è innanzitutto quello di dimostrare i contorni di questa inadeguatezza e, in secondo luogo, di proporre direttive e tecniche che siano adeguate per la tutela risarcitoria dei danni per violazione di norme *antitrust*. Per fare ciò, riconoscendo i limiti delle soluzione giuridiche tradizionali (logico-giuridico e assiologica), fondamentalmente dovute all'assenza di storicità e al rischio di abuso di deduzione, la tesi propone l'adozione di un approccio che, partendo dal lavoro di Max Weber, costruisce una tipologia per analizzare la razionalità dello diritto contemporaneo usando un metodo induttivo (capitolo 2). Nei capitoli 3 e 4, questa tipologia è applicata per identificare, dai cambiamenti normativi avvenuti nel processo civile e nella legge della concorrenza, la razionalità preponderante in ciascuno di essi in diversi momenti storici. Contemporaneamente, è identificata una razionalità strumentale in tensione con una razionalità partecipativa emergente. Nel capitolo 5, la tesi fa una diagnosi delle tecniche processuali applicabili al *private enforcement* al fine di comprendere gli incentivi e i disincentivi creati per i soggetti danneggiati. Infine, nel capitolo 6, la tesi propone direttive e tecniche processuali adeguate per la tutela risarcitoria dei danni a causa di violazione di norme antitrust.

Parole Chiave: Processo civile. Diritto della concorrenza. Tecniche processuali. Tutela risarcitoria. Danni causati a causa di violazioni di norme antitrust. *Private enforcement*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACC	Acordo em Controle de Concentrações
ACCC	Autoridade Concorrencial Australiana
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADR	Alternative Dispute Resolution
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANTV	Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APRO	Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação
CAD	Comissão de Acompanhamento das Decisões
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CAT	Competition Appeal Tribunal
CC	Código Civil
CCJ	Comissão de Constituição e Justiça
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEE	Comunidade Econômica Europeia
CF	Constituição Federal
CFDD	Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
EU	União Europeia
FDD	Fundo de Direitos Difusos
HHI	Índice Herfindahl Hirschman
IBRAC	Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional
IRDR	Incidente de resolução de demandas repetitivas
LACP	Lei de Ação Civil Pública
LAI	Lei de Acesso à Informação
LDC	Lei de Defesa da Concorrência
LOA	Lei Orçamentária Anual

LPC	Lei de Pequenas Causas
MPE	Ministério Público Estadual
MPF	Ministério Público Federal
NCPC	Novo Código de Processo Civil
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
PND	Programa Nacional de Desestatização
SABESP	Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos
SG	Superintendência Geral do CADE
SNDE	Secretaria Nacional de Direito Econômico
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUNAB	Superintendência Nacional de Abastecimento
TCC	Termo de Compromisso de Cessação
TCD	Termo de Compromisso de Desempenho
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 25

2 PRESSUPOSTOS E INSTRUMENTOS METODOLÓGICOS 29

2.1 TIPO IDEAL 29

2.1.1 Definição e utilidade comparativa 31

2.1.2 Aplicabilidade ao direito 53

2.1.2.1 Processo civil 54

2.1.2.2 Direito concorrencial 59

2.2 TIPOLOGIA PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO 64

2.2.1 Tipos ideais de direito na teoria de Weber 67

2.2.2 Racionalidade formal e racionalidade material 73

2.2.3 Da tipologia de Weber a uma tipologia contemporânea 81

2.3 LIMITES DO MÉTODO ADOTADO 100

3 RACIONALIDADES PREPONDERANTES NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL 121

3.1 CÓDIGO BUZAID 123

3.2 DA LEI 7.244/1984 AO PRIMEIRO CICLO DE REFORMAS 149

3.3 DO SEGUNDO CICLO DE REFORMAS AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 173

4 RACIONALIDADES PREPONDERANTES NO DIREITO CONCORRENCIAL 211

4.1 DO DECRETO 92.323/1986 À LEI 8.884/1994 217

4.2 DA RESOLUÇÃO CADE 05/1996 À LEI 12.529/2011 235

5 TÉCNICAS PROCESSUAIS E TUTELA REPARATÓRIA NO DIREITO CONCORRENCIAL 267

5.1 PREJUDICADOS E MEIOS DE REPARAÇÃO 268

5.1.1 Perfil dos prejudicados 269

5.1.2 Conciliação e mediação 274

5.1.3 Arbitragem 281

5.1.4 Tutela coletiva 292

5.1.5 Participação de compradores indiretos e do Cade 300

5.1.5.1 Compradores indiretos: legitimidade 301

5.1.5.2 Cade: atuação como terceiro 305
5.2 DEMANDA REPARATÓRIA: PROCESSO ADMINISTRATIVO E PROCESSO PENAL 312
5.2.1 Demandas *follow-on* e *stand-alone* 314
5.2.2 Processo administrativo 321
5.2.3 Processo penal 329
5.3 DANOS 335
5.3.1 Espécies de dano 336
5.3.2 Quantificação do dano 342
5.3.3 Liquidação do dano e tutela coletiva 350
5.3.4 Execução e tutela coletiva: reparação direta e reparação fluida 361
5.4 PROVA 372
5.4.1 Objeto da prova 374
5.4.2 Acesso a prova 381
5.4.2.1 Publicidade como preceito geral 383
5.4.2.2 Sigilo como exceção 388
5.4.3 Acesso a prova e programa de leniência 397
5.4.4 Prova emprestada, exibição de documento e antecipação da prova 412
5.4.5 Prova econômica 423
5.4.6 Ônus da prova 434
5.4.7 Presunções 452
6 DIRETRIZES E TÉCNICAS PROCESSUAIS ADEQUADAS À TUTELA REPARATÓRIA 469
6.1 DESINCENTIVOS AOS PREJUDICADOS 471
6.2 SOLUÇÕES CONVENCIONAIS E METODOLOGIA PROPOSTA 485
6.3 DIRETRIZES E TÉCNICAS ADEQUADAS À REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS POR INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA 495
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS 525
REFERÊNCIAS 529

1 INTRODUÇÃO

O sistema concorrencial brasileiro se caracteriza por uma estrutura administrativa centralizada no *public enforcement*, realizado fundamentalmente pelo Cade, e por um modelo de *private enforcement* ainda incipiente e insuficiente.[1] Partindo desse diagnóstico e pressupondo os benefícios apontados pela doutrina em relação ao *private enforcement*,[2] esta tese analisa uma entre as múltiplas causas apontadas para esse quadro de insuficiência: as técnicas processuais aplicáveis ao direito antitruste. Procura-se demonstrar os contornos da inadequação dessas técnicas e propor diretrizes que sejam adequadas à tutela reparatória de danos causados por infrações à ordem econômica.

A inadequação das técnicas processuais existentes costuma ser enfrentada pela doutrina a partir de duas perspectivas: pela dedução de técnicas processuais específicas a partir de normas gerais do processo civil e do direito concorrencial (análise lógico-jurídica); e pela dedução dessas normas a partir de valores unilateralmente eleitos como representativos de todo o sistema processual (análise axiológica). Nenhuma dessas alternativas, porém, parece metodologicamente apropriada para os fins desta tese.

No primeiro caso, a abordagem ignora a historicidade presente nas alterações sofridas pelo direito positivo. Ademais, técnicas processuais muito específicas acabam sendo deduzidas a partir de normas excessivamente gerais, criando o risco de que as deduções feitas não sejam adequadas ao ordenamento jurídico. No segundo caso, a abordagem pressupõe um juízo moral pelo qual o valor eleito representa aquilo que o pesquisador considera desejável. Nesse sentido, por exemplo, quando se toma o acesso à justiça como um fim em si mesmo, a concepção de técnicas processuais pode desconsiderar não apenas as tendências do direito positivo, como também a conformidade lógico-jurídica ao ordenamento, o qual contempla outros valores além daquele eleito pelo pesquisador. Trata-se, pois, de uma perspectiva com elevado risco de anacronismo.

Diante das limitações dos métodos tradicionalmente utilizados, impõe-se um desafio de ordem metodológica: buscar instrumentos para identificar diretrizes e técnicas processuais que sejam compatíveis com o direito vigente (análise lógico-jurídica) e adequadas, histórica ou temporalmente, ao sentido das transformações recentemente

---

[1] MATION, Gisela Ferreira. As Ações Civis para Cessação e Reparação de. Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil. In: *III Prêmio Seae de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica.* Escola de Administração Fazendária do Ministério da Fazenda. p. 1-77, 2008.

[2] Ver DAVIS, Joshua P.; LANDE, Robert H. Defying conventional wisdom: the case for private antitrust enforcement. *University of San Francisco Law Research Paper*, nº 2013-08, p. 01-53, 2013.

implementadas no processo civil e no direito concorrencial. Evidentemente, seria reduzida a contribuição teórica que, partindo de uma adequação lógico-jurídica desprovida de considerações históricas, sugerisse técnicas incompatíveis com as tendências contemporâneas dos ramos do direito analisados. Para evitar esse risco, no capítulo 2 a tese procura construir uma abordagem metodológica que, sem prescindir da análise lógico-jurídica (perspectiva sincrônica), tenta contemplar e compreender o sentido presente nas tendências (i) do processo civil a partir do CPC/73 e (ii) do direito concorrencial a partir do Decreto 93.323/1986 (perspectiva diacrônica).

Para tanto, adotou-se como referente metodológico os estudos de Max Weber, em particular no que se refere às categorias "tipo ideal" e "racionalidade", acompanhados das reflexões de Jürgen Habermas (exclusivamente na qualidade de leitor de Weber) e de Claus Offe. Além desses autores, teve-se como referência o que se poderia denominar, em sentido amplo, de pensadores pós-weberianos, como Fritz Ringer, Guenther Roth, Thomas Burger e Wolfgang Schluchter.

Esse instrumental foi utilizado para (i) conceber uma nova tipologia aplicável ao processo civil e ao direito da concorrência contemporâneos (capítulo 2), (ii) identificando a racionalidade preponderante nesses ramos do direito em diferentes momentos históricos (capítulos 3 e 4) para, a partir de um diagnóstico das normas vigentes em relação ao *private enforcement* (capítulo 5), propor diretrizes e técnicas relativas à tutela reparatória de danos causados por infrações à ordem econômica (capítulo 6).

A adoção de um método indutivo e não dedutivo acaba por impor ao leitor um custo pouco comum na área do direito: o de ver sendo construídas, no decorrer da tese, conclusões gerais em vez de consequências normativas específicas a partir de premissas gerais preestabelecidas. Como forma de minimizar esse custo, e considerando que a identificação de racionalidades no processo civil e no direito concorrencial são o meio para que outros objetivos da tese sejam alcançados, optou-se por apresentar no tópico 2.2.3 a tipologia que é construída ao longo dos capítulos 3 e 4.

Ressalte-se, ademais, que os capítulos 3, 4 e 5 têm um propósito eminentemente descritivo. Nos dois primeiros, isso torna necessário o enfrentamento do extenso e, certamente, cansativo exame das alterações normativas realizadas no processo civil e no direito concorrencial. No capítulo 5, por sua vez, a abordagem descritiva decorre da tentativa de realizar um diagnóstico do *private enforcement*, reclamando o exame das disposições normativas pertinentes, da doutrina e, especialmente, de julgados dos tribunais superiores. Nesses capítulos, então, não se pretende fazer crítica das normas jurídicas

existentes ou da forma como elas são aplicadas pelas decisões judiciais. O caráter descritivo desses capítulos, ademais, recomenda um grande volume de citações diretas como forma de respeitar a literalidade dos textos normativos, dos julgados e dos entendimentos doutrinários – evidentemente, tomando-se o devido cuidado de articulá-las ao longo do texto.

Em relação à terminologia, optou-se por seguir o tratamento prevalecente na doutrina. Assim, como a prática e a doutrina do direito concorrencial brasileiro recepcionaram diversos anglicismos, a tese fará uso deles em relação aos termos que, por não serem traduzidos ou por serem traduzidos de diversas formas, são melhor identificados a partir do uso do vocábulo em língua inglesa. [3]

Importante considerar ainda que, não obstante os ganhos decorrentes desse percurso metodológico, trata-se de um campo de análise restrito em diversos aspectos: em primeiro lugar, as técnicas são examinadas apenas em relação à tutela reparatória, não sendo consideradas – senão incidentalmente – outras formas de tutela; em segundo lugar, a tutela reparatória considerada diz respeito exclusivamente a danos individuais, excluindo, portanto, danos relacionados a direitos de titularidade coletiva ou difusa. Ademais, são considerados apenas os danos sofridos por pessoas jurídicas ou pessoas físicas na condição de agentes prejudicados pelas infrações à ordem econômica, excluindo trabalhadores, sócios, acionistas e investidores.

---

[3] Diante disso, é oportuno esclarecer a opção pela utilização dos termos *private enforcement* e *public enforcement.* O termo *enforcement* é definido pelo Black's Law Dictionary como o ato ou processo de compelir ao cumprimento da lei, mandado, comando, decreto ou acordo. Tradução livre de: "the act or process of compelling compliance with a law, mandate, command, decree, or agreement" [ENFORCEMENT. In: GARNER, Bryan A (ed.). *Black's Law Dictionary.* St. Paul: West/Thomson Reuters, 2009, p. 608]. Esse termo é largamente utilizado no direito concorrencial e já foi incorporado ao léxico da doutrina especializada, que costuma se referir a *public enforcement* ou *enforcement* público e a *private enforcement* ou *enforcement* privado. Utilizando este último termo no âmbito do direito antitruste merecem destaque textos escritos pelos professores da USP Tércio Sampaio Ferraz Junior, Jean-Paul Veiga da Rocha e Diogo Rosenthal Coutinho [FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 1, n. 2, p. 11-31, nov. 2013; ROCHA, Jean-Paul Veiga da; COUTINHO, Diogo R. Para além do CADE: o enforcement privado do antitruste pelo Poder Judiciário. *Migalhas.* 28 de novembro de 2016. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI249542,81042-Para+alem+do+CADE+o+enforcement+privado +do+antitruste+ pelo+Poder]. A tese, porém, prefere o termo *private enforcement* (e seu par *public enforcement*) como forma de evitar que, a partir da definição de *enforcement* e de sua qualificação como privado, crie-se a falsa impressão de que, neste caso, as diversas atividade relacionadas ao processo pelo qual se compele ao cumprimento do direito concorrencial são realizadas de forma privada. Prefere-se, por isso, adotar a expressão completa *private enforcement*, tal como feito por Miguel Sousa Ferro em relação ao direito português [SOUSA FERRO, Miguel. *Jurisprudência de 'Private Enforcement' (Private Enforcement Case-Law)*. Jurisprudência Portuguesa de Direito da Concorrência. 2016. Mimeo. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3077488]. *Private enforcement*, então, tal como utilizado nesta tese, refere-se aos comportamentos, considerados em conjunto, realizados por agentes privados ou públicos em prol da promoção da tutela civil dirigida à infração à ordem econômica ou ao dano por ela causado. Ele se contrapõe à tutela administrativa e penal das normas de direito da concorrência promovidas pelo Cade e pelo Ministério Público (*public enforcement*).

Além desses limites, é preciso também reconhecer outro: a ausência de uma abordagem propriamente sociológica que permita uma análise da implicação das normas do direito concorrencial e do processo civil na realidade empírica. Apesar de sua inegável importância em relação ao *private enforcement*, esse tipo de análise não será realizado em função das limitações deste trabalho e do seu autor.

Deve-se considerar, por fim, que a opção metodológica adotada implica uma determinada perspectiva do objeto e que os resultados alcançados possuem limites decorrentes dessa própria perspectiva. A esse respeito, é bastante oportuna a menção ao conto do elefante e dos três homens cegos feita por J. W. Alison ao utilizar um referencial metodológico weberiano:

> A história do elefante e dos três homens cegos ilustra a relevância de múltiplos pontos de vista. Um homem tocou a tromba; um, as orelhas; e, um, a cauda. Eles estavam surpresos quando compararam suas anotações. [...] Cada uma das suas unilaterais e experimentais descrições é comparável com as características acentuadas em um modelo. Mesmo que um modelo estivesse descrevendo um todo orgânico e funcional, ele não poderia fazê-lo de modo plenamente abrangente.[4]

[4] ALLISON, J. W. F. *A continental distinction in the Common Law:* a historical and comparative perspective on English Public Law. New York: Oxford University Press, 1996, p. 41. Tradução livre de: "The story of the elephant and the three blind men illustrates the relevance of multiple viewpoints. One man touched the trunk; one, the ears; and, one, the tail. They were surprised when they compared notes. […] Each of their one-sided and tentative descriptions is comparable to the features accentuated in a model. Even if a model were describing an organic or functioning whole, it could not do so comprehensively".

2 PRESSUPOSTOS E INSTRUMENTOS METODOLÓGICOS

Weber reconhecia que a "metodologia nunca pode ser mais do que uma autorreflexão sobre os meios que se provaram úteis na prática científica; e [que] não é necessário conhecer explicitamente esses meios para produzir um trabalho útil".[1] Apesar disso, no caso desta tese, a reflexão acerca desses meios se impõe na medida em que o método adotado é distinto daqueles que se convencionou utilizar no âmbito do direito. Por isso, é preciso: (i) justificar a eleição do instrumental metodológico weberiano para analisar a relação entre o processo civil e o direito concorrencial no âmbito da tutela reparatória; e (ii) explicitar o método e as principais categorias adotados durante a pesquisa, facilitando a compreensão e o exame das conclusões alcançadas.

Assim, em apertada síntese, este capítulo procura explicar por que se entendeu necessário recorrer a um referente metodológico externo ao direito para examinar a adequação das técnicas processuais à tutela reparatória de danos causados por infrações à ordem econômica; e, ao fazê-lo, pretende expor, de maneira detalhada, as vicissitudes, as implicações e os limites do método escolhido nesta tese.

A partir disso, o capítulo é dividido em três partes. A primeira aborda a categoria "tipo ideal", principal instrumento metodológico weberiano, com o objetivo de indicar sua aplicabilidade ao direito e sua utilidade para uma melhor abordagem do objeto da tese (2.1). Na sequência, considerando os tipos ideais de direito propostos por Weber, constrói-se a tipologia que é utilizada nos capítulos 3 e 4 para investigar a racionalidade preponderante no processo civil e no direito concorrencial em determinados momentos históricos (2.2). Por fim, são analisados os métodos convencionais e seus limites para, na sequência, expor aquele que é adotado nesta tese (2.3).

2.1 TIPO IDEAL

O direito processual civil e o direito concorrencial são fenômenos complexos. Cada um deles reúne um conjunto de disposições normativas que têm a pretensão de regular uma plêiade bastante diversificada de condutas humanas. Essas normas podem ser

[1] WEBER, Max. Critical Studies in the logic of the cultural sciences. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 139-184, p. 140. Tradução livre de: "On the whole, I can agree with this: methodology can never be more than a self-reflection on the means that have *proved useful* in [scientific] practice; and one does not need to be made explicitly aware of those means in order to produce useful work".

analisadas no plano do dever-ser, como enunciados normativos; ou no plano do ser, como elementos da realidade empírica.

Nesse último caso, como lembra Weber, não deixa de ser fundamental a perspectiva dogmática, enquanto possibilidade descritiva das normas.[2] Tomá-las como dados da realidade não significa ignorar aquilo que se procurou regular com a norma; antes, o contrário: significa entendê-las como a tentativa empírica de regular determinado comportamento, tal como descrito normativamente. É nesse sentido que o direito concorrencial e o processo civil serão analisados nos capítulos 3 e 4 da tese, com vistas a identificar suas racionalidades preponderantes.

Para fazê-lo, em um primeiro momento, poderia parecer desejável analisá-los *in totum*. No entanto, isso implicaria uma dificuldade intransponível: descrevê-los em toda sua complexidade demandaria não apenas o conhecimento de todas as normas, mas, também, de toda a jurisprudência e doutrina. Essa tarefa envolveria um trabalho extenso, quiçá impossível, cujo resultado não poderia ser satisfatoriamente alcançado em uma tese. Como, então, seria possível compreender a racionalidade dos referidos âmbitos do direito?

Segundo Weber, os métodos empregados em uma pesquisa não passam de uma tentativa de, "[...] com base no estado do nosso conhecimento e por meio de constructos conceituais à disposição, trazer ordem ao caos dos fatos que temos em um dado caso escolhido para ser incorporado ao campo de nosso *interesse*".[3] Uma das formas de lidar com esse problema é a construção de tipologias.[4] Afinal, como explica McKinney:

> […] a função primária de tipos é identificar, simplificar e ordenar os dados concretos para que possam ser descritos em termos que os tornem comparáveis. Eles operam dessa forma em qualquer nível de abstração e, portanto, podem ser utilizados em problemas limitados ou naqueles de grande abrangência. De fato, um tipo constitui a redução do complexo para o simples; assim, a construção cuidadosa e o uso de tipos, como um procedimento intermediário, podem, potencialmente, transformar muitos problemas de larga escala em acessíveis à técnica e à metodologia mais refinadas".[5]

---

[2] WEBER, Max. Rudolf Stammler's "overcoming" of the materialist conception of history. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 185-226, p. 225.

[3] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 133-134. Tradução livre de: "[...] on the basis of the state of our knowledge and by means of the conceptual constructs at our disposal, to bring order to the chaos of those facts that we have in a given case chosen to include within the field of our *interest*".

[4] McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series.* New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 5.

[5] McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series.* New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 216. Tradução livre de: "[…] the primary function of types is to identify, simplify,

Este subcapítulo pretende demonstrar que o tipo ideal weberiano é um instrumental metodológico útil para permitir a compreensão das racionalidades do processo e do direito concorrencial prescindindo de conhecê-los em toda sua extensão. A partir disso, este subcapítulo se divide em dois tópicos: o primeiro se volta a situar o tipo ideal na metodologia weberiana, definindo-o e examinando sua utilidade comparativa (2.1.1); o segundo pretende demonstrar sua aplicabilidade ao estudo do direito, especificamente ao processo civil e ao antitruste (2.1.2).

2.1.1 Definição e utilidade comparativa

A noção weberiana de tipo ideal tem sua origem no direito, mais precisamente na obra "Teoria Geral do Estado", de Georg Jellinek.[6] Apesar de ter se inspirado em uma categoria forjada por outro autor, Weber lhe dotou de contornos próprios, conferindo-lhe lugar de destaque em sua perspectiva metodológica.[7]

Segundo Thomas Burger,[8] para compreender a concepção de tipo ideal não é útil afirmar que Weber o utilizava com diferentes acepções; é preciso tentar entender porque ele considerava natural tratar coisas distintas pelo mesmo nome.[9] Para tanto, é preciso

---

and order the concrete data so that they may be described in terms that make them comparable. They function in this way at any level of abstraction, and hence can be utilized with respect to problems varying from limited to great breadth of scope. In effect, a type constitutes a reduction from the complex to the simple; hence the careful construction and the use of types, as an intermediate procedure, can potentially make many large-scale problems accessible to more refined methodology and technique".

[6] WEBER, Max. Letters (excerpts): to Heinrich Rickert, 14 june 1904. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 375. Ver também RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 114-115. Weber afirma que adotou essa terminologia por que o termo "ideal" teria sido utilizado, pelo próprio Jellinek, "*sem* a implicação de um *dever-ser*". Tradução livre de: "[...] *without* the implication of an *ought* [...]" [WEBER, Max. Letters (excerpts): to Heinrich Rickert, 14 june 1904. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 375]. Na verdade, ainda que não seja seguido por Weber nesse ponto, Jellinek aparentemente atribui um dever-ser a sua noção de tipo ideal [BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). Introduction. In: _____. *Max Weber:* collected methodological writings. New York: Routledge, 2012, p. xi-xxviii, xxiv].

[7] Com certo exagero, apesar da inegável importância teórica da categoria, Raymond Aron chegou a proclamar que o tipo ideal seria uma síntese da doutrina epistemológica weberiana [ARON, Raymond. *Main currents in sociological thought.* Translated by Richard Howard and Helen Weaver. London: Penguin Books, 1967, v. 2, p. 244].

[8] A análise será feita, essencialmente, a partir das ideias de Thomas Burger, contemplando, na medida do possível, a perspectiva de outros autores e algumas reflexões voltadas ao objeto da pesquisa.

[9] Afinal, reconhece-se que Weber "[...] atribuía um traço típico-ideal comum a coisas com características muito distintas". Tradução livre de: "[Weber] attributed a common ideal-typical feature to things with otherwise very divergent characteristics" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 119-120].

analisar o problema que Weber quis resolver com seus estudos de metodologia e, particularmente, com a construção de tipos ideais.[10]

Burger sustenta a tese de que Weber recorreu aos tipos ideais para lidar com o fato de que, ao contrário do que ocorre nas ciências naturais, os "conceitos gerais" utilizados nas ciências humanas não correspondem a generalizações de fenômenos singulares idênticos entre si.[11] Em termos mais genéricos, Weber estava preocupado com uma justificativa válida para o estudo das ciências sociais, considerando que elas não operam com "leis" ou conceitos universalmente válidos.[12]

Para Burger, essa preocupação decorreria da adoção, por Weber, da quase totalidade dos argumentos sistemáticos de H. Rickert a respeito da filosofia da ciência.[13] Reconhecer essa filiação de Weber permitiria, então, que os posicionamentos adotados por ele em relação à metodologia fossem acomodados de maneira coerente.[14] Nesse sentido, Burger defende que Weber, em suas concepções metodológicas, não se apresentaria como um pensador independente,[15] tendo feito apenas duas contribuições originais às ideias de Rickert: uma delas seria justamente o "tipo ideal".[16]

---

[10] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. xi.

[11] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. xv.

[12] Nas palavras de Seneda, a questão que ocupava Weber era: "qual a validade das ciências empíricas discursivas?" [SENEDA, Marcos César. *Max Weber e o problema da evidência e da validade nas ciências empíricas da ação.* Campinas: Editora da UNICAMP, 2008, p. 103].

[13] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. xv. Nesse sentido, explica Burger: "Algumas dessas suposições são cruciais para o argumento de Rickert (por exemplo, o caráter imanente de todos os fenômenos empíricos, isto é, a suposição que a realidade enquanto tal é inacessível ao conhecimento humano, que tudo o que humanos podem saber são fenômenos tal como eles são percebidos; a ideia de que o conhecimento é uma imagem de fenômenos na mente humana; a convicção de que a abstração é o processo que fundamenta toda a aquisição de conhecimento científico). Sem levá-los em conta, o pensamento de Rickert (e de Weber) deve parecer incompreensível, se não sem sentido". Tradução livre de: "Some of these assumptions are quite crucial to Rickert's argument (e.g., the immanent character of all empirical phenomena, i.e., the assumption that reality as such is inaccessible to human knowledge, that all humans can know is *phenomena* as they are perceived; the idea that knowledge is a picture of phenomena in the human mind; the conviction that abstraction is the process underlying all acquisition of scientific knowledge). Without taken them into account, Rickert's (and Weber's) whole reasoning must appear incomprehensible, if not nonsensical. [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. xii]. Adotando uma perspectiva distinta e acentuando as diferenças entre Weber e Rickert, ver RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 58-60.

[14] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. xv.

[15] Trata-se de uma afirmação polêmica, contestada por diversas autores, apresentada neste trabalho apenas com a finalidade de demonstrar a perspectiva de Burger, não de sustentá-la enquanto tese. Seneda, por exemplo, afirma: "Seria um equívoco, no entanto, supor que o alcance da reflexão de Weber se restrinja à contribuição metodológica. Passo a passo torna-se claro que os ganhos metodológicos do modelo weberiano resultam do alcance epistemológico das soluções propostas" [SENEDA, Marcos César. *Max Weber e o*

O pressuposto mais fundamental da metodologia weberiana, que encontra amparo em Rickert, é o reconhecimento da infinidade do real e da finitude da mente humana:[17] seria impossível e sem sentido, fruto de uma "visão popular ingênua"[18], que a ciência (ou a história) tivesse como principal objetivo a reprodução da realidade empírica.[19] Daí a imprescindibilidade de um método que permitisse, dentre a totalidade de fatos, selecionar aqueles que efetivamente interessam ao pesquisador.[20]

Como os fatos não apresentam critérios para sua própria seleção, isso deve ser feito pelo cientista, a partir do objetivo de sua investigação: estabelecer leis da natureza (universais) ou conhecer as características únicas e peculiares de determinados fenômenos.[21] Cada um deles implicaria um standard de seleção dos fatos que são relevantes, dignos de interesse ou, na terminologia de Weber, "essenciais".[22] Como explica Burger:

---

problema da evidência e da validade nas ciências empíricas da ação. Campinas: Editora da UNICAMP, 2008, p. 352]. Ver também, BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). Introduction. In: _____. *Max Weber:* collected methodological writings. New York: Routledge, 2012, p. xi-xxviii, p. xvi.

[16] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 9.

[17] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138. Sobre o tema, ver também BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 20; RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 47-48.

[18] WEBER, Max. Critical Studies in the logic of the cultural sciences. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 139-184, p. 152. Tradução livre de: "[…] naïve popular view […]".

[19] Afinal, ainda que todo conhecimento científico seja conhecimento de fatos, "[...] conhecimento de fatos não é per se conhecimento científico (ainda que todo conhecimento científico seja conhecimento de fatos). Weber chama a afirmação contrária de uma "visão popular ingênua" baseada na crença falaciosa de que a ciência é uma tentativa de copiar fielmente a realidade". Tradução livre de: "[…] knowledge of facts per se is not scientific knowledge (although all scientific knowledge is knowledge of facts). Weber calls the opposite assumption a 'naïve popular idea' based on the fallacious belief that science is an attempt to faithfully copy reality" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 65].

[20] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 66. Como explica Ringer, "investigar o mundo cultural é selecionar na multiplicidade infinita da realidade, tendo em vista os interesses humanos. [...] A atribuição de significado cultural é uma *pressuposição* e não um resultado da pesquisa nesse campo [...]" [RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 56].

[21] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 66.

[22] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 67. Conforme explica Seneda: "Rickert designa como 'essência' o que vincula método e objeto; é uma referência interna do que *é o trabalho científico* e não uma propriedade da coisa em questão. Essência é o *suporte* do conhecimento de um *objeto*, o vínculo a que se reduz a constituição de uma regra que o apreende. A essência científica define então a construção de um determinado objeto; ela assim não faz parte da ontologia, mas da metodologia. Por isso, na incursão na tradição, tanto Rickert quanto Weber evitam o termo substância, porque ele radica a discussão no campo da ontologia, enquanto a discussão acerca da essência, podendo ser conduzida a partir do intelecto, pode ser situada no

> Se o objetivo é o conhecimento da singularidade da lei geral que governa todos os fenômenos empíricos, apenas valem a pena ser conhecidos aqueles elementos da realidade que são comuns a todos os fenômenos, isto é, as suas características genéricas (*gattungsmaessig*). Se o objetivo é o conhecimento da singularidade dos fenômenos concretos, então apenas valem a pena ser conhecidas aquelas coisas em que a 'particularidade individual' dos fenômenos em questão se manifestam, aquelas partes que são 'características', ou 'historicamente essenciais', ou 'significativas' para os pesquisadores científicos.[23]

Para Rickert, esse processo de seleção é um processo de formação conceitual: [24] "dependendo do standard usado, o seu resultado é um conceito 'geral' ou 'individual'".[25] Ainda que isso não signifique que, concretamente, cada ciência utilize apenas um dos standards,[26] o primeiro conceito estaria mais associado às ciências naturais, e o segundo, às ciências históricas.[27] Os cientistas fariam uso de determinado standard com o propósito de

---

campo da metodologia" [SENEDA, Marcos César. *Max Weber e o problema da evidência e da validade nas ciências empíricas da ação.* Campinas: Editora da UNICAMP, 2008, p. 104]. É nesse sentido que deve ser entendida a afirmação de Burger, tomando-se essência por substância (sentido ontológico): "Weber não acredita que essências – se é que existem – possam ser conhecidas". Tradução livre de: "Weber does not think that essences – if there are any – can be known" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 132]. Ademais, "Qualquer conhecimento da realidade infinita adquirido pela mente humana finita é, então, baseado na suposição tácita de que, em qualquer contexto, apenas uma parte finita [desta realidade] deveria ser objeto de compreensão científica – deveria ser 'importante' [essencial] (no sentido de 'merecer ser conhecido')". Tradução livre de: "Any knowledge of infinite reality acquired by the finite human mind is therefore based on the tacit assumption that, in any given instance, only a finite part of [that reality] should be the object of scientific comprehension – should be 'important' (in the sense of 'worth knowing about')" [WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 114].

[23] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 67. Tradução livre de: "If the goal is knowledge of the uniqueness of the general law governing all empirical phenomena, only those elements of reality are worth knowing which are common to all phenomena, i.e., their *generic* (*gattungsmaessig*) features. If the goal is knowledge of the uniqueness of concrete phenomena, then only those things are worth knowing in which the 'individual particularity' of the phenomena in question manifests itself, those parts which are 'characteristic', or 'historically essential', or 'significant' for scientific researchers".

[24] Como explica Burger: "Explicar o status lógico de um conceito para ele [Weber] significava analisar o relacionamento entre conteúdo conceitual e a parte da realidade empírica a qual se refere o conceito, i.e., estabelecendo um princípio em concordância com o qual o conceito foi abstraído a partir da realidade". Tradução livre de: "Clarifying the logical status of a concept for him meant analyzing the relationship between conceptual content and that part of empirical reality to which the concept refers, i.e., establishing a principle in accordance with which the concept has been abstracted from reality". [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 154].

[25] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 73. Tradução livre de: "The process of selection is a process of concept formation. Depending on the standard used, its outcome is either a 'general' or an 'individual' concept".

[26] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 73.

[27] É interessante notar que Weber frequentemente utiliza os termos ciências culturais, história e ciências sociais como sinônimos: "[...] todos eles denotam ciências históricas cujo processo de formação de conceitos é individualizante". Tradução livre de: "[…] they all denote historical sciences whose concept formation is

identificar os elementos relevantes ("essenciais") e irrelevantes ("não essenciais") ao conhecimento.[28] Essa seria a forma de a mente humana, cientificamente engajada, superar de maneira válida o problema da infinidade do real:[29] "[...] reduzindo a massa de fatos a serem conhecidos a proporções com as quais a mente humana consegue lidar".[30]

No caso das ciências naturais, o princípio de abstração por meio do qual os conceitos são formulados implica a desconsideração de todas as características que não são comuns aos fenômenos examinados.[31] Esse método permite a formulação de "leis universais".[32] Exemplificativamente, quando se pensa na lei da gravidade em sua formulação clássica, o que interessa basicamente é o fato de que corpos com massa se atraem: para determinar o peso de um objeto, não importa se estamos diante de frutas ou pianos, se esse fenômeno ocorreu hoje ou há um milênio, se no Brasil ou na China – a solução será a mesma.[33]

No caso das ciências históricas, o interesse em termos de conhecimento repousa sobre aquilo que é característico, peculiar, em determinados fenômenos, a ponto de consistirem em uma "constelação única", tomada como um todo, cuja descrição é feita a partir de um conceito individual ou histórico.[34] O princípio para sua formação pressupõe a abstração "[...] a partir de todas as características de uma multiplicidade de fenômenos

---

individualizing". Assim, "Nessa terminologia, sociologia e economia não são 'ciências sociais' ('ciências culturais' 'ciências históricas'), mas ciências naturais, já que sua formação conceitual é generalizante". Tradução livre de: "In this terminology, sociology and economy are *not* 'social sciences' ('cultural sciences', 'historical sciences'), but natural sciences, since their concept formation is generalizing". [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 68].

[28] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 49.

[29] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 49.

[30] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 73. Tradução livre de: "[…] reducing the amounts of facts to be known to proportions which can be handled by the human mind".

[31] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 49. Note-se apenas que, conforme afirma Ringer, "[...] Weber não levou tão a sério quanto Rickert a divisão entre 'ciências da lei' e ciências da realidade. Considerava essa distinção um esclarecimento teórico importante, mas também tinha consciência de suas limitações na prática" [RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 56].

[32] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 49.

[33] Em verdade, sabe-se que novas teorias "relativizaram" as conclusões da teoria newtoniana da gravidade. Obviamente, isso não tem relevância para o trabalho: aqui, só interessa demonstrar o princípio de abstração distinto que Weber e Rickert entendiam estar associado às ciências naturais.

[34] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 118-119. Ver também BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 115.

concretos causalmente inter-relacionados, exceto aqueles em que a singularidade de sua combinação representa uma estrutura unificada culturalmente significativa [...]".[35]

A partir dessa distinção entre conceitos gerais e individuais, o problema metodológico enfrentado por Weber decorreu da posição de Rickert segundo a qual "[...] os elementos conceituais dos conceitos históricos são conceitos *gerais*".[36] Ainda que Weber em princípio concordasse com tal posição, ao analisar esses elementos, teve grande dificuldade em reconhecê-los como conceitos propriamente gerais.[37] Afinal, como visto acima, um conceito geral é formado pela seleção de elementos que fenômenos concretos têm em comum entre si,[38] algo que não se aplica a muitos dos conceitos históricos.

Como explica Burger, termos como "burocracia" ou "católico" têm uma forma geral, na medida em que se referem a diversos fenômenos, mas "[...] seu conteúdo não contém elementos que todos esses fenômenos têm estritamente em comum. Na verdade, algumas das características que os definem estão presentes em *diferentes graus* em diferentes instâncias".[39] Por essa razão, na concepção adotada por Weber, seria "[...] impossível formar conceitos propriamente gerais a partir de tais fenômenos".[40] Contudo, tampouco se estaria diante de conceitos individuais, uma vez que esses elementos conceituais não se referem a um fenômeno isolado, mas a uma pluralidade de fenômenos concretos.[41]

---

[35] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 49. Tradução livre de: "In the historical sciences, it is the principle to form individual concepts by abstracting from all features of a multitude of causally interrelated concrete phenomena but those which in the uniqueness of their combination represent a culturally significant unified structure; this method results in the presentation of individual historical developments".

[36] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 115. Tradução livre de: "He [Rickert] said that the conceptual elements of historical concepts are *general* concepts".

[37] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 115. De fato, Rickert acreditava na existência de apenas dois "standards de seleção", o dos conceitos individuais e dos conceitos gerais [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 50].

[38] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 115.

[39] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 116. Tradução livre de: "These are concepts like 'bureaucracy', 'conflict', 'Catholic', etc. For although their *form* is general, i.e., although they refer to many phenomena, their contents do not contain elements which all these phenomena have *strictly* in common. Rather, some of the definition characteristics are present *in different degrees* in different instances".

[40] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 116. Tradução livre de: "Thus it seems that is impossible to form properly general concepts of these phenomena".

[41] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 121.

O principal exemplo desse dilema foi a controvérsia metodológica existente na época de Weber entre a teoria econômica clássica, capitaneada por Menger, e a Escola Histórica Alemã, de Schmoller.[42] Resumidamente, os dois principais pontos da polêmica eram (i) a relação entre as construções da teoria clássica e a realidade empírica; e (ii) se o princípio de abstração utilizado para compreender a realidade era cientificamente justificável e útil.[43] Com o desenvolvimento de argumentos sistemáticos e premissas claras, Weber, sem a pretensão de realizar uma composição entre as correntes, acabou incorporando conclusões de ambas.[44]

De um lado, Weber aceitou a posição de Menger, para quem a realidade pode ser analisada tanto sob uma perspectiva histórica (individualizante) quanto sob uma perspectiva teórica (generalizante).[45] Nessa linha, aceitou as críticas dirigidas à Escola Histórica no sentido de que (i) a "[...] teoria econômica não pode ser substituída pela história econômica",[46] e que (ii) "[...] a adequação da teoria econômica não deve ser analisada a partir de standards que são aplicados apenas à pesquisa histórica".[47]

Por outro lado, Weber concordou com a Escola Histórica quanto ao equívoco de Menger em relação ao status metodológico dos conceitos formulados em sua teoria.[48] Segundo Weber, esse equívoco decorreria de uma concepção naturalista,[49] segundo a qual

---

[42] Sobre o tema, ver WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 122-125. Weber inicia a discussão sobre tipo ideal em um dos seus textos ("Objetividade do conhecimento nas ciências sociais"), afirmando a existência de uma problemática relação, na ciência econômica, entre trabalhos teóricos ("teoria") e históricos ("história"); os primeiros utilizariam conceitos gerais, os segundos, conceitos individuais. Sobre o contexto intelectual no qual Weber estava inserido, ver RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 19-44.

[43] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 141.

[44] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 150.

[45] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 150. WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 122.

[46] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 151. Tradução livre de: "[…] economic theory cannot be replaced by economic history".

[47] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 151. Tradução livre de: "[…] the adequacy of economic theory must not be assessed by standards which are applicable to historical research only".

[48] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 151-152.

[49] Como explica Burger, entender as "leis" da ciência econômica como se fossem leis naturais, "[...] é [um erro] cometido como resultado de uma concepção equivocada sobre a relação entre 'lei e realidade' ou entre 'o conceito e o conceitualizado' na análise científica do processo histórico". Tradução livre de: "[…] it is [an error] committed as a result of a wrong conception of the relationship between 'law and reality' or 'the

"as leis da economia 'deveriam ser algo similar às formuladas nas ciências naturais'".[50] Para Weber, as proposições da teoria de Menger apenas aparentariam ser fruto de deduções dos motivos das ações individuais; mas, em verdade, seriam "[...]um caso especial de uma espécie de construção conceitual que é específica, e em certa medida indispensável, para as ciências da cultura humana".[51] Elas são tipos ideais:

> Os conceitos e "leis" da teoria econômica pura são exemplos de [...] tipos ideais. Eles afirmam que curso um dado tipo de ação humana teria tomado se ela fosse estritamente racional, não afetada por erros ou fatores emocionais e se, ademais, ela fosse completamente e inequivocamente dirigida a um único objetivo, a maximização dos benefícios econômicos. Em realidade, a ação toma exatamente esse curso apenas em casos incomuns [...].[52]

---

concept and the conceptualized' in the scientific analysis of the historical process" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 117].

[50] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 152. Tradução livre de: "[…] the 'laws' of economics 'were to be something similar to the ones formulated in the natural sciences'[...]". No meio jurídico, ideias originadas a partir das reflexões iniciais de Menger se popularizaram por meio da Análise Econômica do Direito (AED). Em apertada síntese, essa corrente procura "deduzir" consequências normativas a partir da concepção de "leis" que definem o comportamento humano desde uma perspectiva econômica. No âmbito do direito antitruste, ideias alinhadas com a AED têm em Richard Posner seu principal representante [POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2. ed. Chicago, EUA: The University of Chicago Press, 2011]. Essas ideias serão analisadas de modo incidental no curso da tese, mas suas premissas são, desde logo, refutadas nos termos das conclusões apresentadas nesse tópico.

[51] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 124. Tradução livre de: "[...] they are [propositions of abstract theory] rather a special case of a kind of conceptual construction that is specific, and to a certain extent indispensable, to the sciences of human culture".

[52] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 9. Tradução livre de: "The concepts and "laws" of pure economic theory are examples of […] ideal type[s]. They state what course a given type of human action would take if it were strictly rational, unaffected by errors or emotional factors and if, furthermore, it were completely and unequivocally directed to a single end, the maximization of economic advantage. In reality, action takes exactly this course only in unusual cases […]". Ver também WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 21. Além disso, como explica Weber: "A teoria econômica abstrata nos oferece um exemplo daquelas sínteses que são geralmente chamadas de 'ideias' de fenômenos históricos. Ela nos apresenta uma imagem ideal do que ocorre no mercado de bens quando a sociedade está organizada como uma economia de troca, a competição é livre, e a ação é estritamente racional. Esta imagem mental aproxima certas relações e eventos históricos para formar um cosmo internamente consistente de inter-relações imaginadas. A substância deste constructo tem o caráter de uma utopia obtida pela acentuação teorética de certos elementos da realidade. Sua única relação com os fatos empiricamente dados da vida [real] é a seguinte: se é determinado ou aceito que as inter-relações do mesmo tipo que aquelas representadas na forma abstrata de um constructo (isto é, ocorrências que dependem do "mercado") em certa medida operam na realidade, então podemos pragmaticamente aclarar o caráter distintivo daquela inter-relação e fazê-la compreensível, por meio de um tipo ideal". Tradução livre de: "The abstract economic theory offers us an example of those syntheses that are usually called "ideas" of historical phenomena. It presents us with an ideal image of what goes on in a market for goods when society is organized as an exchange economy, competition is free, and action is strictly rational. This mental image brings together certain relationships and events of historical life to form an internally consistent cosmos of imagined interrelations. The substance of this construct has the character of a utopia obtained by the theoretical accentuation of certain elements of reality. Its only relation to the empirically given facts of [real] life is the following: if it is established or assumed that interrelations of the same kind as those represented in

Os tipos ideais foram, portanto, a solução de Weber para definir determinadas formulações generalizantes encontradas no âmbito das ciências humanas que não correspondiam nem a conceitos individuais, nem a conceitos gerais.[53] Mas, afinal, o que são tipos ideais na concepção weberiana?

Weber nunca os definiu com precisão, mas não hesitou em dar diversos indicativos do que eles são (ou não são),[54] de sua utilidade ou do modo como são construídos. A formulação clássica, à qual a literatura costuma se referir, é a seguinte:

> [Um tipo ideal] é obtido por meio de uma *acentuação* unilateral de *um* ou *um número de* pontos de vista e por meio da síntese de diversos fenômenos *individuais* discretos e difusos (mais presentes em um caso, menos em outro, e ocasionalmente completamente ausentes), que estão em conformidade com aqueles pontos de vista unilaterais acentuados, formando uma imagem *mental* internamente consistente. [...] Na sua pureza conceitual, essa imagem mental não pode ser encontrada empiricamente em lugar algum da realidade. Ela é uma *utopia*, e a tarefa do *historiador* então se torna aquela de estabelecer, em cada caso *individual*, quão perto ou longe a realidade está dessa imagem ideal [...].[55]

No âmbito das ciências ditas sociais, muitos fenômenos interessam justamente na medida em que, em diferentes graus, compartilham características peculiares, não sendo suscetíveis de descrição na forma de "leis".[56] Ao acentuar unilateralmente um ou mais

---

abstract form in the construct (that is to say: occurrences that depend on the "market") to some extent operate in reality, then we can pragmatically clarify the distinctive character of that interrelation and make it understandable, by means of an ideal type" [WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 124-125].

[53] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 121.

[54] Ver McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series.* New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 14-15.

[55] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 125. Tradução livre de: "[An ideal type] is obtained by means of a one-sided accentuation of one or a number of viewpoints and through the synthesis of a great many diffuse and discrete individual phenomena (more present in one place, fewer in another, and occasionally completely absent), which are in conformity with those one-sided, accentuated viewpoints, into an internally consistent mental image. […] In its conceptual purity, this mental image cannot be found empirically anywhere in reality. It is a utopia, and the task of the historian then becomes that of establishing, in each individual case, how close reality is to, or how distant it is from, that ideal image […]".

[56] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 118. Como explica Burger, "[...] os fenômenos em questão não autorizam a formulação de conceitos de classe ['conceitos genuinamente gerais em princípio não podem descrever esses fenômenos']. Isto ocorre porque não apresentam, em mesmo grau, a combinação de características que devem ser mencionadas nas definições de tais conceitos". Tradução livre de: "[...] the phenomena in question do not allow the formulation of class concepts ['genuine general concepts in principle cannot describe these phenomena']. This is so because they do not exhibit to equal degrees the combination of characteristics which must be mentioned in the definitions of such concepts" [BURGER, Thomas. *Max*

pontos de vista, selecionando determinadas características de fenômenos individuais difusos e distintos, torna-se possível "descrevê-los"[57] por meio de um construto analítico único e ficcional,[58] uma vez que diferente dos fenômenos a que se refere.[59] Assim, ainda que o tipo ideal tenha por referência uma pluralidade de fenômenos e, nesse sentido, a pretensão de "descrevê-los" tenha uma forma geral,[60] não é possível afirmar a presença dos mesmos elementos, em mesmo grau, em todos eles (como ocorre com os conceitos gerais).[61]

Em contraste, quando se opera com um conceito propriamente geral – Burger usa "árvore" como exemplo – tem-se que ele "[...] consiste naqueles elementos empíricos que podem ser *igualmente* encontrados em todas as árvores como componentes idênticos": a

---

Weber's theory of conceptual formation: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 155-156].

[57] Em verdade, como afirma Burger, não se trata propriamente de descrever, nem explicar: os tipos ideais representam (de maneira imaginária) segmentos da realidade empírica [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 177].

[58] Como explica McKinney, os tipos são construídos e, por isso, são ficcionais – criados para um uso instrumental na pesquisa [McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series.* New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 201].

[59] De modo mais preciso, Burger sustenta que: "Se a análise da construção de tipos ideais tal como apresentada aqui é correta, então não pode haver dúvidas que, em sentido estrito, tipos ideais não fornecem uma descrição de qualquer fenômeno empírico; na verdade, descrevem constelações ou sequências de fenômenos que frequentemente existiriam se (1) as pessoas decidissem atuar de certos modos em determinados tipos de situação (embora, realmente, elas não o façam), e se (2) todas as instâncias empíricas desse tipo de situações tivessem as mesmas características (que elas realmente não possuem). Portanto, eles [tipos ideais] descrevem constelações de eventos hipotéticas, isto é, constructos mentais". Tradução livre de: "If the analysis of ideal-type construction as presented here is correct, then there can be no doubt that, strictly speaking, ideal types do not provide a description of any set of empirical phenomena; rather, they describe constellations or sequences of phenomena which would frequently exist if (1) people always decide to act in certain ways in certain kinds of situations (although actually they do not), and if (2) all empirical instances of these kinds of situations had the same features (which they actually have not). Thus, they describe hypothetical constellations of events, that is, mental constructs" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 164].

[60] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 116.

[61] Assim, explica Burger: "Tipos ideais são enunciados de forma geral sobre a existência de certas constelações de elementos que são empiricamente apenas aproximados pelas instâncias da classe de fenômenos a que cada tipo se refere [...]. De modo a possibilitar que retenham sua forma geral, esses conceitos são, portanto, interpretados como relatos de um mundo ideal no qual os fenômenos relevantes compartilham igualmente essas constelações de elementos. Por exemplo, as instâncias da classe particular de ações concretas chamadas 'ações tradicionais' não são, em mesmo grau, 'determinadas pelo hábito'".. Tradução livre de: "Ideal types are statements of general form asserting the existence of certain constellations of elements which are empirically only approximated by the instances of the class of phenomena to which each type refers [...]. To make it possible to retain their general form, these concepts are, therefore, interpreted as accounts of an ideal world in which the relevant phenomena equally share these constellations of elements. For example, the instances of the particular class of concrete actions called 'traditional action' are not to the same degree 'determined by habituation'" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 133-134].

falta desses elementos em um fenômeno faz com que ele não possa ser abarcado pelo conceito geral.[62]

Por outro lado, é preciso notar que, tal como os conceitos gerais, os tipos ideais se referem a uma pluralidade de fenômenos individuais. Contudo, enquanto no primeiro caso interessa o que os fenômenos têm em comum entre si, no segundo, apenas o que eles teriam em comum não fosse "[...] aquilo que – *para os fins de formação conceitual* – são consideradas influências perturbadoras [...] que [...] desautorizam a construção de conceitos gerais genuínos".[63] Eliminando essas "influências perturbadoras" por meio da "acentuação unilateral" de determinadas características, é possível construir uma imagem mental que, à semelhança dos conceitos gerais, é internamente coerente].

A partir disso, pode-se perceber porque Weber trata coisas distintas pelo mesmo nome de tipo ideal: em sua perspectiva, tipos ideais individuais e genéricos não se distinguem quanto à forma como são concebidos e quanto ao seu "status lógico" – ambos são gerais na medida em que se reportam a diversos fenômenos.[64] Não obstante, esses tipos diferem quanto à complexidade e singularidade histórica dos fenômenos analisados.[65] Enquanto os tipos individuais referem-se a fenômenos que ocorrem em um período histórico único, individual (Weber usa como exemplo "capitalismo"),[66] os tipos genéricos

---

[62] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 115. Tradução livre de: "[…] consists of those empirical parts which can be equally found in all trees as identical components".

[63] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 125. Tradução livre de: "[…] what – *for the purposes of concept formation* – are disturbing influences in the sense that they disallow the construction of genuine general concepts".

[64] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 130-132. Ver também, por uma classificação dos diferentes tipos que, em alguma medida, seria aplicável aos tipos ideais weberianos, McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series.* New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 26-34.

[65] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. Durham, North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 132. Como explica Burger: "A partir dessa discussão, então, deve-se concluir que, contrariamente a uma crença praticamente universal, não é necessário distinguir entre certos "tipos" de tipos ideais para salvar a consistência interna dos argumentos de Weber. Na medida em que o conteúdo substantivo dos tipos ideais esteja envolvido, e não seu caráter lógico, no sentido de Weber, é obviamente possível distinguir os diferentes tipos, como o próprio Weber fez". Tradução livre de: "From this discussion, then, it must be concluded that contrary to a practically universal belief it is not necessary to distinguish between certain kinds of ideal types in order to save the internal consistency of Weber's arguments. As far as the substantive content of ideal types is concerned, and not their logical character in the sense in which Weber understands it, it is of course possible to distinguish different types, as Weber himself did." [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 135].

[66] Esses tipos ideais individuais envolvem "[...] inumeráveis inter-relações individuais que combinamos em uma 'ideia': uma síntese que seria praticamente inatingível de forma consistente se não fizéssemos uso dos conceitos típico-ideais". Tradução livre de: "[...] innumerable individual interrelations that we combine into an "idea": a synthesis which we would be quite unable to arrive at in a consistent manner if we did not make use of ideal-typical concepts" [WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik;

constituem os elementos que compõem os tipos ideais individuais (Weber usa como exemplo "troca").[67]

Com relação à acentuação unilateral de determinadas características a partir do interesse do pesquisador em seu objeto,[68] costuma-se dizer que o tipo ideal envolve

---

WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 128]. Ver também, WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 133-134.

[67] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 130-131. Explica Weber: "[…] nós deliberadamente tratamos o 'tipo ideal' principalmente – porém não exclusivamente – como uma construção teórica para a mensuração e caracterização sistemática de relações que (como Cristianismo, capitalismo, etc.) são individuais, isto é, significativos por sua singularidade. Nós o fizemos para corrigir a ampla visão de que, no âmbito dos fenômenos culturais, o que é abstratamente típico é idêntico ao que é abstratamente genérico. Esse não é o caso. Aqui, não podemos fornecer uma análise fundamental do conceito de 'típico' – um conceito que tem sido muito discutido e fortemente descreditado devido ao seu uso incorreto. Não obstante, um resultado de nosso debate até o momento é que a formação de conceitos de tipos, no sentido de eliminar o que é "contingente", é também – de fato, particularmente – relevante quando lidamos com indivíduos históricos. Entretanto, constantemente encontramos conceitos genéricos que formam parte de narrações históricas e de conceitos históricos concretos; e aqueles conceitos genéricos podem certamente ser construídos como tipos ideais, por meio da acentuação e da abstração de alguns de seus elementos que são conceitualmente importantes". Tradução livre de: "[…] we have deliberately treated the "ideal type" mainly – albeit not exclusively – as a theoretical construction for the measurement and systematic characterization of relationships that (like Christianity, capitalism etc.) are individual, that is to say, significant by virtue of their uniqueness. We have done so in order to correct the widespread view that, in the domain of cultural phenomena, what is abstractly typical is identical with what is abstractly generic. That is not the case. Here, we cannot provide a fundamental analysis of the concept of the "typical"– a concept that has been much discussed and strongly discredited because of its misuse. Nevertheless, one result of our discussion so far is that the formation of concepts of types, in the sense of eliminating what is "contingent", is also – indeed, particularly – relevant when we are dealing with historical individuals. However, we constantly encounter generic concepts that form part of historical accounts and concrete historical concepts; and those generic concepts may of course also be constructed as ideal types by means of abstracting and accentuating certain of their elements that are conceptually important" [WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 130-131]. Como explica Burger, "quase todos os tipos ideias presentes em Economia e Sociedade são genéricos". Tradução livre de: "Almost all the ideal types presented in Economy and Society are generic" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 132].

[68] Nesse contexto, situa-se o princípio da "relação de valor" ou *value-relevance*, que corresponde ao princípio de abstração utilizado nas ciências humanas. Como explica Burger, "Sua aplicação resulta na seleção daqueles fenômenos empíricos como essenciais, isto é, que merecem ser conhecidos, em que, para observadores humanos, valores culturais encontram sua expressão". Tradução livre de: "Its application results in the selection of those empirical phenomena as essential, i.e., worth knowing, in which for human observers cultural values find their expression" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 78]. No mesmo sentido, afirma Gabriel Cohn: "Não há, pois, ciência social para Weber sem referência a valores que conduzam o interesse do cientista àquilo que se revelará importante para ele e por isso, será dotado de significação [...]" [WEBER, Max. *A "objetividade" do conhecimento nas ciências sociais*. Tradução de Gabriel Cohn. São Paulo: Editora Ática, 2006, p. 12]. Por fim, deve-se notar, com Aron, que "os valores não são dados nem no plano sensível nem no plano transcendente; são criados pelas decisões humanas, que diferem dos atos pelos quais o espírito percebe o real e elabora a verdade" [ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico.* 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, Editora da Universidade de Brasília, 1987, p. 486]. Nas palavras de Weber: "*Não há* absolutamente nenhuma análise científica 'objetiva' da vida cultural – ou, (para usar um termo de certa forma mais limitado, mas que, para nossos propósitos, não tem um significado

"descrições exageradas"[69] ou "exagero"[70]: entre a constelação de elementos que se coloca à sua disposição, o observador, a partir de uma perspectiva unilateral, assumirá que apenas um ou alguns deles são operativos, resultando em representações "puras", "utópicas", de fenômenos encontrados na realidade empírica.[71] Os demais elementos operativos na realidade empírica são desconsiderados para fins de formação do tipo ideal.[72]

Quanto ao seu caráter lógico, portanto, "[...] um tipo ideal é um conceito (uma representação formada mentalmente) de vários fenômenos complexos, relativamente similares".[73] A formação conceitual, então, pressupõe que cada um desses fenômenos seja considerado como se fosse uma combinação idêntica de elementos quando, na realidade empírica, essa combinação se verifica em diferentes graus nos fenômenos ao qual o tipo ideal se refere.[74]

---

essencialmente diferente) de 'fenômenos sociais' – *independente* de pontos de vista especiais e 'unilaterais', conforme os quais [aqueles fenômenos] são – explicita ou implicitamente, deliberada ou inconscientemente – selecionados como objeto de pesquisa, analisados e apresentados de modo ordenado". Tradução livre de: "*There is no* absolutely 'objective' scientific analysis of cultural life – or (to use a term whichis perhaps somewhat narrower but which, for our purposes, does not have an essentially different meaning) of 'social phenomena' – *independent* of special and 'one-sided' points of view, according to which [those phenomena] are – explicitly or implicitly, deliberately or unconsciously – selected as an object of inquiry, analysed and presented in an orderly fashion" [WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 113]. Ainda, segundo Burger: "[a definição] depende do ponto de vista do historiador […]. Mas isso não significa que ele pode arbitrariamente decidir sobre uma definição conveniente. Na verdade, a partir do ponto de vista com o qual ele se aproxima do material empírico, certos elementos empiricamente surgem com características únicas e distintas que distinguem essa época tratada como um todo de todas as outras, especialmente certos valores que dominam a mentalidade das pessoas e as induzem a cometer certas ações. Essa constelação ocorre, embora em diferentes graus, em vários fenômenos". Tradução livre de: "[The definition] depends on the viewpoints which the historian looks […]. But this does not mean that he can arbitrarily decide about a convenient definition. Rather, from the point of view which he approaches the empirical material certain elements empirically appear as the unique and distinct characteristics which distinguish this epoch treated as whole from all others, namely certain values which dominate peoples' minds and induce them to commit certain actions. This constellation occurs, although in different degrees, in many phenomena" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 131].

[69] KRONMAN, Anthony. Max Weber. Tradução de John Milton. *Coleção Teoria e Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 11.

[70] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 125.

[71] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 125-127.

[72] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 127.

[73] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 154. Tradução livre de: "[…] an ideal type is a concept (a formed mental representation) of several relatively similar, complex phenomena".

[74] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 154. Como explica Burger: "Portanto, um tipo ideal dá a impressão de ser uma descrição de um número de estados de coisas idênticos empiricamente existentes, ao passo em que na verdade descreve o estado de coisas de como seriam os fenômenos existentes se os atores relevantes tivessem sido capazes de perseguir consciente e exclusivamente certos objetivos ou planos de ação

Assim, Weber afirma que o tipo ideal consiste em "uma imagem mental que não é uma realidade histórica, e certamente não é uma realidade 'verdadeira'; menos ainda é ele concebido para servir como um esquema no qual é possível enquadrar a realidade como espécie".[75] Trata-se, isso sim, de um conceito idealmente concebido em relação ao qual a realidade pode ser comparada, com a finalidade de revelar elementos que nela são significativos.[76] Não se trata, como se disse no início, de um ideal em sentido normativo; um tipo "exemplar", "desejável",[77] em relação ao qual a realidade é avaliada e julgada.[78] O tipo ideal é, conforme Weber, indiferente a juízos de valor: ele não reclama para si uma validade empírica; é ideal apenas em um sentido puramente lógico, de algo construído na imaginação do observador e não necessariamente encontrado na realidade empírica.[79]

Assim, resume Burger:

> De modo a enfatizar o fato de que os conceitos com os quais estava lidando não eram conceitos gerais genuínos, ainda que sua forma lhes desse essa aparência, Weber os chamava de 'tipos'.[80] De modo a apontar a relação específica entre o

---

em sentidos claramente definidos". Tradução livre de: "Thus an ideal type gives the impression of being a description of a number of empirically existing identical states of affairs, whereas it actually describes the state of affairs like which the existing phenomena would be if the relevant actors had been able to pursue consciously and exclusively certain clearly defined goals or plans of action in clearly defined ways" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 154].

[75] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 127. Tradução livre de: "[...] a mental image that is not historical reality, and certainly not "true" reality; still less is it meant to serve as a schema into which it would be possible to fit reality as a specimen". Afinal, como explica Burger, acentuando a artificialidade que pode ter esse "esquema", em alguns casos, o tipo ideal "[...] pode precisar incluir elementos que no mundo empírico, devido à presença de considerações e desejos conflitantes na mente dos atores envolvidos, não existem em nenhum lugar nessa combinação". Tradução livre de: "[the ideal type] may have to include elements which in the empirical world, due to the presence of conflicting considerations and desires in the minds of the concerned actors, do not exist anywhere in this combination" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 127]. Ver também WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 133-134.

[76] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 127.

[77] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 154.

[78] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 129. Nesse sentido, o "tipo" seria constituído com base naquilo que o observador julgaria que algo deveria-ser: deixariam de ser conceitos e se tornariam ideais.

[79] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 129-130.

[80] Nesse sentido, merecem destaque as seguintes passagens do próprio Weber: "Nesse ponto, porém, uma complicação surge que pode, com a ajuda do conceito de "típico", facilmente permitir um preconceito naturalista, conforme o qual o objetivo das ciências sociais deve ser reduzir a realidade a 'leis' [...]". Tradução livre de: "At this point, however, a complication arises that may, with the aid of the concept of the

> conteúdo desses conceitos e os fenômenos empíricos que eles pretendem compreender, ele os chamou de 'ideais'.[81]

Do que foi dito, remanesce ainda uma questão a ser respondida neste tópico: qual a utilidade dos tipos ideais como instrumento metodológico para a análise proposta nesta tese? Essa questão, repetidas vezes respondida por Weber em seus trabalhos, enfrenta aqui dois desdobramentos: saber se os tipos ideais continuam sendo úteis nos dias de hoje, e se eles podem ser úteis no âmbito deste trabalho – essa última questão será objeto dos dois tópicos seguintes.

Weber tinha uma visão instrumental não apenas dos estudos de metodologia, como também dos tipos ideais:[82] esses construtos analíticos são avaliados como mecanismos úteis para o conhecimento de fenômenos concretos, nunca como fins em si mesmos.[83] Segundo Weber, o tipo ideal serve para auxiliar o pesquisador a realizar imputações: "Ele não é uma hipótese, mas pretende guiar a construção de hipóteses [...] não é uma descrição da realidade, mas pretende dar à constatação [científica] uma forma de expressão não ambígua".[84]

'typical', quite easily allow the naturalistic prejudice, according to which the aim of the social sciences must be to reduce reality to 'laws' […]" [WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 131]; "Com base nas características conceituais selecionadas, chega-se a uma série de tipos que dão a impressão de ocorrerem como uma sequência histórica com a necessidade de uma lei. A ordenação lógica de conceitos, por um lado, e a ordenação empírica da matéria desses conceitos [conforme] espaço, tempo e conexões causais, por outro lado, parecerá costurada tão junta que se é quase irresistivelmente tentado a violentar a realidade para [apoiar uma afirmação] de que a construção é efetivamente válida na realidade". Tradução livre de: "On the basis of the selected conceptual characteristics, one arrives at a series of types that gives the impression of occurring as a historical sequence with the necessity of a law. The logical ordering of concepts, on the one hand, and the empirical ordering of the substance of those concepts [according to] space, time and causal connections, on the other hand, will then look so closely knit together that one is almost irresistibly tempted to do violence to reality in order [to support a claim] that the construction is actually valid in reality" [WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 132].

[81] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 156. Tradução livre de: "In order to emphasize the fact that the concepts he was dealing with are not genuine general concepts, although their form gives them this appearance, Weber called them 'types'. In order to point to the specific relationship between the contents of these concepts and the empirical phenomena which they are intended to grasp, he called them 'ideal'."

[82] BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). Introduction. In: _____. *Max Weber:* collected methodological writings. New York: Routledge, 2012, p. xi-xxviii, p. xxiv.

[83] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 126. Ver também WEBER, Max. Max Weber: collected methodological writings. BRUUN, Hans H.; WHIMSTER, Sam. Abingdon, UK: Routledge, 2012, p. 25.

[84] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 124-125.Tradução livre de: "[…] it is not a "hypothesis", but it seeks to guide the formulation of hypotheses. It is

Ainda que, em verdade, os tipos ideais, assim como as premissas que permitem sua construção, possuam caráter hipotético,[85] eles diferem das hipóteses de "leis naturais" porque não são testados:[86] "a demonstração de sua validade [...] é empiricamente impossível".[87] Afinal, são fruto de pontos de vista, informados por valores cuja validade não pode ser demonstrada e que, ademais, incidem sobre um complexo de fenômenos constantemente mutável.[88-89] Desde um ponto de vista distinto, informado por outros valores,[90] um novo aparato conceitual pode se tornar necessário para enfrentar novos problemas.[91] Como o conhecimento nas ciências sociais não se ocupa da elaboração de leis universalmente válidas,[92] seja para compreender o que teria ocorrido como consequência

---

not a depiction of reality, but it seeks to provide [the scientific] account with unambiguous means of expression".

[85] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 165.

[86] Ver McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series.* New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 14-15.

[87] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 137. Tradução livre de: "[…] the demonstration of their validity […] is empirically impossible". Ver também, BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 165.

[88] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 137.

[89] É essa relação com valores que determina o interesse naquilo que, por ser culturalmente significativo, será conhecido. Como explica Weber: "certamente, sem as ideias de valor do pesquisador, não haveria princípio de acordo com o qual o objeto pudesse ser selecionado, e nenhum conhecimento significativo da realidade individual; e da mesma forma que qualquer intenção de adquirir conhecimento da realidade individual é simplesmente sem sentido se o pesquisador não acredita que alguns elementos da cultura são significantes, então a direção de sua crença pessoal, a refração de valores no prisma da sua alma, lhe darão direção para seu trabalho". Tradução livre de: "Certainly, without the investigator's value ideas, there would be no principle according to which the subject matter could be selected, and no meaningful knowledge of individual reality; and just as any attempt to gain knowledge of individual reality is simply meaningless if the investigator does not believe that some elements of culture are significant, so the direction of his personal belief, the refraction of values in the prism of his soul, will give direction to his work" [WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 120]. Ver também RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 57; RUANO DE LA FUENTE, Yolanda. *Racionalidad y conciencia trágica*: la modernidad según Max Weber. Madrid: Editorial Trotta, 1996, p. 31-42.

[90] Ver WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 135.

[91] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 128. Por causa disso, Ringer afirma que "o próprio Weber recomendava o uso 'tipicamente ideal' de modelos contemporâneos de pensamento racional como um meio de restaurar os textos e os sistemas de crença do passado" [RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 18].

[92] Nem condicionalmente válidas: 'leis', como as da economia, que condicionam sua validade a determinadas condições dificilmente verificáveis na realidade empírica, não foram adotadas por Weber, que preferiu operar com tipos ideais [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 174-175].

de diferentes condições na realidade empírica, seja para estabelecer pontos de referência para a comparação de fenômenos,[93-94] os modelos ideais típicos são indispensáveis.[95]

Não obstante sua relação com valores, os tipos ideais se reportam a configurações empíricas e, por isso, devem ser construídos de modo que "[...] a ocorrência empírica de constelações de fenômenos que sejam como os modelos, seja possível".[96] Weber utiliza a noção de "possibilidade objetiva" como forma de se referir ao fato de que tais construtos devem ser adequados às regras gerais da experiência:[97] a possibilidade ou probabilidade[98] se refere àquilo que poderia ter ocorrido em determinadas condições hipoteticamente

---

[93] Deve-se notar que a análise causal é também comparativa: compara-se hipoteticamente a realidade e o tipo ideal construído com a finalidade de identificar as causas adequadas [RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 113]. Segundo Burger, a compreensão do sentido dos fenômenos, para Weber, refere-se à identificação de sua causa adequada [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 127]. Nessa medida, os tipos ideais construídos são definições "reais", genéticas, e não nominais [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 131] – elas são fruto da tentativa de encontrar características ("partes componentes") dos fenômenos que foram fundamentais para a sua ocorrência [WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 126-127]. Por isso que para Weber, "caso se pretenda atingir uma definição genética do conteúdo de um conceito, não há outra alternativa além de usar o formato do tipo ideal". Tradução livre de: "If one wants to attempt a genetic definition of the substantive content of a concept, one is left with no other choice than to use the format of the ideal type, as defined above" [Weber, WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 127].

[94] Ringer identifica, na história do pensamento weberiano, um progressivo deslocamento de seu interesse de análises baseadas em raciocínio contrafactuais para o uso de táticas comparativas; da história para a sociologia [RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 162].

[95] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 166.

[96] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 164. Tradução livre de: "[…] the empirical occurrence of constellations of phenomena which are like the model configurations, are possible".

[97] As regras gerais da experiência são entendidas como "generalizações empíricas imperfeitas", na medida em que são "incompletamente universais e menos rigorosamente formuladas que as maduras normas científicas" [RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 79].

[98] Sobre probabilidade, ver WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 11-12. Ver também GIDDENS, Anthony. Weber's methodological essays. In: _____. *Capitalism and Modern Social Theory:* An Analysis of the Writings of Marx, Durkheim and Max Weber. Cambridge: Cambridge University Press, 1971, p. 133-144, p. 153. McKinney procura se valer da distinção entre possibilidade lógica e probabilidade empírica para diferenciar tipo ideal e tipo extraído (ou empírico, devido a sua maior proximidade com a realidade empírica) [McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series.* New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 25-26]. No entanto, essa distinção não parece se sustentar à luz do pensamento weberiano, especialmente porque se aproximaria da equivocada noção de tipo-real [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 178]. Parece mais adequado reconhecer, simplesmente, conforme fazia Weber, a existência de tipos "médios". Ainda assim, é inquestionável que, conforme sustenta McKinney, a referibilidade empírica dos tipos (ainda que ideais) difira entre si.

concebidas (raciocínio contrafactual[99]).[100] Por isso, segundo Weber, tais construções são fruto de "isolamento"[101] e "generalizações" a partir de um "conhecimento positivo" sobre ("as regras de") como as coisas ocorrem.[102] Ter a realidade como referente pressupõe estabelecer uma relação entre ela e o modelo:[103] as condições concebidas mentalmente devem ser similares ao que ocorreu ou ocorre na realidade.[104]

---

[99] RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 77-78. Esse raciocínio consiste em uma comparação entre o que "de fato ocorreu com possibilidades alternativas" [RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 77]. Nas palavras de Aron [ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico.* 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, Editora da Universidade de Brasília, 1987, p. 478]: "[...] o procedimento pelo qual se chega a uma causalidade histórica comporta, a título de método essencial, a construção do que teria ocorrido se um dos antecedentes não houvesse existido, ou tivesse sido diferente. Em outras palavras, a construção do irreal é um meio necessário para compreender como, na realidade, os acontecimentos se desenrolaram". Como explica Burger, de duas formas é construída a relação entre o modelo e fenômenos ocorridos na realidade empírica: a construção do modelo parte de generalizações quanto àquilo que ocorreu na realidade empírica, de modo que aquilo que serve de subsídio para a construção do tipo deve ser relevante para os fenômenos empiricamente verificados; ademais, a construção do modelo deve se basear em condições hipotéticas que sejam similares à realidade reportada [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 166]. Ver também SWEDBERG, Richard. *The Max Weber Dictionary:* key words and central concepts. Stanford: Stanford University Press, 2005, p. 177-178.

[100] WEBER, Max. Critical Studies in the logic of the cultural sciences. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 139-184, p. 175. Esse caráter hipotético da construção ideal-típica costuma passar despercebido na medida em que (i) o nome atribuído ao tipo costuma se referir aos segmentos da realidade empírica a que ele se refere (como burocracia ou capitalismo); (ii) alguns fenômenos empíricos dentre os que são generalizados para formar o construto costumam exibir as mesmas características dos fenômenos. Isso pode acarretar na errônea impressão de que o tipo ideal são definições ou afirmações sobre a realidade e não construções mentais. [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 165-166]. Como explica Burger, "Formalmente, a apresentação de conceitos de tipos parece uma definição [...]. Entretanto, devidamente interpretados, o que parece ser uma definição é, em verdade, a descrição de um modelo. Infelizmente, não apenas as descrições de modelos têm sido frequentemente entendidas como definições, mas, além disso, essas supostas definições têm sido usadas para configurar 'tipos reais' (i.e. alegações empíricas sobre objetos descritos por eles)". Tradução livre de: "Formally the presentation of type concepts resembles a definition. […] However, properly interpreted, what seems to be a definition in truth is the description of a model. Unfortunately, not only have the descriptions of models frequently been taken as definitions, but moreover these supposed definitions have sometimes been held to constitute 'real types' (i.e., empirical statements about the objects denoted by them)" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 178].

[101] A ideia de isolamento se relaciona com a necessidade de, frente à infinidade do real, utilizar estratégia de seleção. Assim, explica Ringer: "devemos elaborar conceitos que organizem seletivamente a realidade, 'isolando' descrições aptas a apreender o que é significativo à luz de nossas preocupações. [RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 55]".

[102] WEBER, Max. Critical Studies in the logic of the cultural sciences. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 139-184, p. 175.

[103] Não por acaso, ao propor uma definição de tipo construído – gênero que contemplaria entre suas espécies o tipo ideal weberiano – McKinney afirma que se trata de "*uma seleção proposital e planejada, abstração, combinação e (às vezes) acentuação de uma série de critérios com referentes empíricos que servem de base para a comparação de casos empíricos"*. Tradução livre de: "*a purposive, planned selection, abstraction, combination, and (sometimes) accentuation of a set of criteria with empirical referents that serves as a basis*

Assim, apesar de terem como referente a realidade empírica, como são fruto de generalizações feitas a partir de determinados pontos de vista, os tipos ideais são construções analíticas precárias. De fato, a precariedade desses modelos em comparação com as "leis naturais" é notável, particularmente quanto à construção de interconexões "[...] formuladas sobre as relações mantidas entre elementos do mundo ideal"[105] – essas "leis" ideais-típicas são, em verdade, regularidades identificadas a partir da possibilidade objetiva.[106 - 107] Enquanto tipos ideais, essas regularidades também estão sujeitas à

---

for comparison of empirical cases" [McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series*. New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 3].

[104] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 166. Como explica Burger, esses modelos são "[...] construtos mentais, que consistem em um número de elementos presentes em relações particulares uns com os outros, que são designados para representar, com propósito descritivo, um segmento específico da realidade empírica e as interdependências existentes nele. Tradução livre de: "such models are mental constructs, consisting of a number of elements standing in particular relationships to each other, which are designed to represent, for description purposes, a specific segment of empirical reality and the interdependences existing in it" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 177].

[105] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 167. Tradução livre de: "[…] ideal-typical 'laws' […] formulated about the relations holding between elements of the model world". Nesse sentido, Burger afirma que "essa interpretação permite que o descobrimento de instâncias empíricas que não confirmam as generalizações feitas, em lugar de conduzir à sua rejeição (como se esperaria de leis negadas), mais bem ocasiona sua reformulação como alegações mais fracas para o efeito de que na maioria, ou em muitas (não todas), das instâncias de algum tipo de situação social surgem particulares tipos de fenômenos. Tipos ideias são essas formulações mais fracas". Tradução livre de: "this interpretation allows for the fact that the discovery of empirical instances which do not confirm such alleged generalizations, instead of leading to their rejection (as would be expected of disconfirmed laws), rather occasions their reformulation as weaker statements to the effect that in most, or many (rather than all) instances of some kind of social situation particular kinds of phenomena come about. Ideal types are such weaker formulations" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 173]. Ver também WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 118-119.

[106] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 118. Elas não são o objetivo das ciências culturais (história), mas um instrumento de análise útil, fornecido pela sociologia e economia. Ademais, como explica Schluchter: "Análise configuracional está preocupada primeiramente com ações típicas, análises situacionais com ações individuais. Análise configuracional é primeiramente análise estrutural; ela investiga a gama de ações que a ordem social apresenta. Análise situacional está preocupada primeiramente com eventos; ela mostra como essa gama de possibilidades foi de fato utilizada. Portanto, podemos sustentar que a sociologia deve ser historicamente orientada e a história, sociologicamente, mas não podemos alegar que há uma hierarquia entre ambas ou defender a redução de uma a outra. Ambas são perspectivas necessárias, por estarem ligadas à natureza da questão histórica. Entretanto, também está na natureza da questão histórica que ela demanda não só uma análise configuracional e situacional, mas, em última instância, uma análise direcional. Somente a partir de uma perspectiva do desenvolvimento podemos determinar quais ações individuais têm consequências relevantes para as configurações sociais básicas. Somente dessa maneira podemos separar eventos que transcendem uma dada estrutura. Tais análises direcionais constituem o objeto das histórias do desenvolvimento". Tradução livre de: "Configurational analysis is concerned primarily with typical actions, situational analysis with individual ones. Configurational analysis is primarily structural analysis; it investigates the range of actions (p. 176) social order provides. Situational analysis is primarily concerned with events; it shows how this range of possibilities was actually utilized. Therefore, we can argue that sociology must be historically oriented and

inevitabilidade das transformações:[108] "um tipo ideal se torna obsoleto quando o ponto de vista 'valorativo' a partir do qual ele é construído muda".[109] Ainda que em diferentes graus, a depender de sua generalidade, os tipos ideais, mesmo quando têm a pretensão de descrever regularidades, possuem uma historicidade que é inerente à relação de valor a partir da qual são construídos.

É esse fato, de que essas regularidades são "feitas" e não obtidas por si mesmas,[110] construídas pelo observador a partir de um determinado ponto de vista,[111] que explica sua limitada capacidade prospectiva.[112] Enquanto as "leis naturais" universais (conceitos propriamente gerais) têm a pretensão de descrever fenômenos que serão sempre iguais naquilo que possuem em comum (para retomar o exemplo, a lei da gravidade se aplica igualmente a dinossauros e a aviões), as generalizações no âmbito das ciências

---

history sociologically, but we cannot assert a hierarchy between the two or advocate a reduction of one to the other. Both are necessary perspectives, for they are tied to the nature of historical subject matter. However, it is also in the nature of historical subject matter that it demands not only configurational and situational analysis but ultimately a directional analysis. Only from a developmental perspective can we establish which individual actions have *fateful* consequences for basic social configurations. Only in this manner can we separate events that transcend a given structure. Such directional analyses constitute the subject matter of developmental histories". [SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 175]. Em sentido contrário, sugerindo que a sociologia se mostra no pensamento de Weber como auxiliar à história, ver BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 137.

[107] Como explica o próprio Weber, "o que nos preocupa é a construção de relações que nossa imaginação considere estar suficientemente motivadas e, portanto, que sejam 'objetivamente possíveis', e que pareçam adequadas à luz de nosso conhecimento nomológico". Tradução livre de: "What we are concerned with is the construction of relationships that our imagination considers to be sufficiently motivated and therefore "objectively possible", and that seem adequate in the light of our nomological knowledge" [WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 126].

[108] Como explica Burger, "a forma fraca de tais alegações (alguns tipos ideais) é inteiramente necessária pela incapacidade de qualificar as condições empíricas sob as quais as relações construídas seriam universalmente válidas". Tradução livre de: "The weak form of such statements (some ideal types) is entirely necessitated by the incapacity to qualify the empirical conditions under which the asserted relationships would hold universally" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 175].

[109] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 140: Tradução livre de: "An ideal type can become obsolete when the value-viewpoint from which it is constructed has changed".

[110] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 170. WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 117.

[111] Uma característica comum a todos os tipos é o fato de que eles são sempre "construídos" [McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series.* New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 3].

[112] SCHLUCHTER, Wolfgang. *Acción, orden y cultura:* estudios para un programa de investigación en conexión con Max Weber. Traducción de Lía E. Cavadas. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008, p. 128 e ss. Ver também McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series.* New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 45-48 e 88.

sociais são acidentais, decorrentes de regularidades observadas em diversos fenômenos que são sumarizadas convenientemente.[113] Elas resultam de ações sociais, comportamentos humanos significativos; escolhas, decisões.[114] Generalizações feitas a partir delas têm por objeto uniformidades comportamentais significativas, deliberadas e não necessárias: elas apenas se sustentam enquanto probabilidade,[115] não assumindo a forma de uma lei universal.[116]

Conquanto sejam precárias, a construção dessas regularidades se justifica na medida em que elas permitem a imputação de causas e efeitos de forma válida.[117] Assim, são úteis para a compreensão dos fenômenos concretos: "[...] elas revelam a significância social-estrutural da interação de muitos cursos individuais de conduta [...]".[118] Em muitos casos, esse aspecto estrutural não é aparente, uma vez que a interação entre tais ações é muito complexa:[119] identificar regularidades depende de "isolamentos" e generalizações

---

[113] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 118-119. BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 169.

[114] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 170. Nesse sentido, explica Burger: "a pergunta 'não poderiam indivíduos ter decidido de modo diferente, caso quisessem' é uma pergunta legítima e significativa dentro de sua obra e não há lugar algum em que ele [Weber] pretenda mostrar como, ao menos em princípio, ela poderia ser respondida". Tradução livre de: "the question, 'Couldn't individuals have decided differently, had they want to', is a legitimate and meaningful question within his framework, and that nowhere does he attempt to show how, at least in principle, this question could be answered" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 173].

[115] Não por acaso e de forma polêmica, afirma Aron [ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, Editora da Universidade de Brasília, 1987, p. 480] que "de um modo mais geral, todo o pensamento causal de Max Weber se exprime em termos de probabilidade ou de oportunidades".

[116] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 175. Por isso, o autor afirma que: "[…] permanece o fato que as generalizações em questão não são nada além de conjunções de elementos singulares". Tradução livre de: "[…] the fact remains that the generalizations under consideration are nothing but conjunctions of singular statements" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 175]. Ver também McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series*. New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 5.

[117] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 118.

[118] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 175. Tradução livre de: "[…] they show the *social-structural significance* of the interplay of many individual courses of conduct […]". Ver também RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 158.

[119] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 176.

que permitam reconhecer a medida "em que 'significados' similares levam a 'progressões' de comportamento similares".[120]

A capacidade de construir essas regularidades, sem deixar de reconhecer a precariedade de seu status metodológico,[121] bem como as diferenças entre os modelos construídos e a realidade empírica,[122] permitem compreender a afirmação de Ringer: "[...] as formulações de Weber lidam tipicamente com padrões ou sequências globais de comportamentos, e não com ações isoladas".[123] Assim, ao mesmo tempo em que "[...] a metodologia de Weber *não* o impediu de lidar com *todas* as causas e consequências dos comportamentos humanos", ela não "bloqueou a sua análise das coletividades e estruturas sociais".[124]

Não por acaso, Weber afirma que a "[...] sociologia busca formular conceitos de tipos e generalizações uniformizadas de processos empíricos".[125] De fato, ainda que fosse defensor do individualismo metodológico e reforçasse a ideia de que apenas indivíduos agem na história, em muitas de suas análises "[...] a lógica por trás das visões de mundo e instituições aparece como a razão de uma ação".[126]

Os capítulos 3 e 4 desta tese partem desse pressuposto para construir tipos ideais a partir das regularidades identificadas nas alterações normativas ocorridas no processo e no direito concorrencial em momentos históricos definidos. Esses tipos serão construídos não

---

[120] RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 161. Como explica McKinney, "estrutura se refere aos padrões de interação determinados que tendem a persistir […]; [é] um termo geral que faz referência a todos aqueles atributos de interação que permitem que alguém veja as *relações* envolvidas como todos compostos ou complexos feitos de partes interdependentes". Tradução livre de: "structure refers to the established patterns of interactions that tend to persist […] [; it] is a general term having reference to all those attributes of interaction which enable one to view the *relationships* involved as composite or complex wholes made up of interdependent parts" [McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series.* New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 174].

[121] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 179.

[122] BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 178.

[123] RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 103.

[124] RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 161.

[125] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 20. Tradução livre de: "[...] sociology seeks to formulate type concepts and generalized uniformities of empirical process". Sobre a relevância dessas formulações, ver WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 118-119.

[126] ROTH, Guenther. Introduction. In: SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. xv-xxvii, p. xxiv. Tradução livre de: "[...] the logic behind the world views and institutions appears as the rationale of action".

a partir da formulação de generalizações que se ocupam daquilo que fenômenos têm em comum, resultando em descrições na forma de "leis", como a gravidade; mas a partir daquilo que cada um desses momentos históricos tem de singular e do quanto essa singularidade é compartilhada, em diferentes graus, pelas alterações normativas de cada período. Formular essas generalizações depende de um exercício indutivo em que a abstração, frente às alterações normativas encontrados na realidade empírica, resulta na construção de um tipo ideal que as "define". Antes de realizar esse exercício, porém, é preciso (i) demonstrar que a categoria "tipo ideal" é aplicável ao direito; (ii) analisar os tipos ideais de racionalidade que serão utilizados nos capítulos 3 e 4; e (iii) identificar os limites da abordagem proposta.

2.1.2 Aplicabilidade ao direito

A pretensão de utilizar tipos ideais para o estudo do processo civil e do direito concorrencial precisa ser justificada não apenas pela sua plausibilidade, como também pela sua utilidade. Especialmente porque nas ciências sociais, como o direito, os "tipos" foram frequentemente "[...] mal usados, mal interpretados ou sequer reconhecidos por aqueles que os utilizavam".[127]

Segundo Flávio Yarshell, o direito, entre as ciências sociais, "[...] é aquela da qual se diz mais necessitar de elementos *tipológicos* ou de *modelos* [...]":[128] "tipo e tipicidade têm importância fundamental para o direito". [129] Ainda que Yarshell analise a noção de "tipo" com vistas a analisar a tutela jurisdicional, objetivo distinto do que possui este trabalho, muitas das suas afirmações mais gerais são aqui aplicáveis:[130] a assimilação da ideia de tipo à de modelo,[131] sua utilidade decorrente da insuficiência de conceitos gerais e abstratos,[132] seu caráter por vezes ideal ou irreal[133] e sua função metodológica.[134] Não

---

[127] McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series.* New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 1. Tradução livre de: "[...] misused, misinterpreted, or not even recognized by its users".
[128] YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006, p. 35.
[129] YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006, p. 50.
[130] Há nas afirmações do autor, no entanto, algumas divergências quanto ao tipo ideal tal como analisado neste trabalho. Muitas delas se devem ao caráter mais abrangente do exame realizado por Yarshell sobre a noção de tipo. Não obstante isso, em consonância com o que já foi dito, será preciso fazer uma ressalva: quando o autor refere-se à essência dos tipos [YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006, p. 45], essa referência apenas pode ser lida em consonância com esta tese se desprovida de todo conteúdo ontológico. Ver nota 22.
[131] YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006, p. 36.
[132] YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006, p. 41 e ss.

obstante, o autor reconhece que são "[...] marcantes as incertezas que reinam na matéria, pela diversidade de sentidos e empregos dessa terminologia".[135]

Para reduzir essas incertezas, foi preciso ter o cuidado de analisar a espécie de modelo que será empregada no âmbito desta tese (os tipos ideais descritos por Weber), explicando a forma como são construídos e sua utilidade.[136] Essa análise também é fundamental para que se possa identificar com clareza os pressupostos e as implicações deste trabalho.[137]

Como faz crer sua origem, as construções ideal-típicas são aplicáveis ao direito. Ainda assim, coloca-se a questão da sua utilidade nesse âmbito: os tipos ideais são úteis para compreender o direito processual civil e o direito concorrencial? Essa questão é o objeto dos tópicos seguintes. Para respondê-la, procura-se demonstrar que os tipos-ideais são utilizados nesses ramos do direito e que cumprem um papel relevante para a sua compreensão.

2.1.2.1 Processo civil

Ainda que de modo não explicitamente reconhecido, construções weberianas[138] e, em particular, os tipos ideais, são largamente utilizados no estudo do processo civil. Na maioria das vezes, esses tipos se encontram disfarçados sob designações como "espécies" ou, mais frequentemente, "princípios". Contudo, ainda que a doutrina comumente os

---

[133] Como quando afirma que "uma entidade [fenômeno], portanto, seria sempre subsumida a um conceito, mas a um tipo só poderia ser referida, podendo afastar-se mais ou menos dele" [YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006, p. 41].

[134] Nas palavras de Yarshell, "poder-se-ia falar do tipo com uma função neutral, no sentido de atuar apenas em prol da organização de dados e da sistematização – função metodológica –, sem que isso signifique negar a valoração que qualquer tipificação encerra" [YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006, p. 45].

[135] YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006, p. 50.

[136] Isso é especialmente relevante na medida em que, como afirma McKinney "deve-se cuidadosamente notar, entretanto, que o 'modelo' de Weber de 'tipo-idealizar' não cobre o procedimento construtivo tipológico como amplamente o concebemos, mas é meramente um caso especial que enfatiza certos aspectos da construção do tipo". Tradução livre de: "it must be carefully noted, however, that Weber's 'model' of 'ideal-typing' does not blanket the constructive typological procedure as we broadly conceive of it, but is merely a special case emphasizing certain aspects of type construction" McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series.* New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 2].

[137] Ver WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 135.

[138] Em sintonia com as ideias weberianas, por exemplo, diversos autores se referem ao processo (de forma ideal-típica) como uma espécie de troca compensatória em relação ao monopólio do aparato coercitivo pelo Estado [SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*: Processo de Conhecimento. Porto Alegre: Fabris Editor, 1996, p. 7; OSNA, Gustavo. *Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade:* Análise crítica da Teoria Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 22-23].

denomine dessa forma, é difícil extrair desses "princípios" qualquer traço jurídico-normativo.[139]

Um exemplo bastante claro pode ser encontrado no assim chamado "princípio" da oralidade, descrito por Ovídio Baptista da Silva da seguinte forma:

> *Princípio da oralidade.* Conforme prevaleça o uso da comunicação oral ou escrita, no que se refere às alegações das partes e na apresentação das provas, diz-se de um determinado ordenamento processual que ele é de tipo oral ou escrito. (grifou-se)[140]

Para além do fato de que o "princípio" é "definido" a partir da construção de tipos, pode-se perceber que a oralidade não se presta enquanto princípio, ao menos da forma em que o conceito é empregado na teoria do direito.[141] Afinal, não se pode, a partir da oralidade, regular situações jurídicas processuais sem considerar a vigência de outro "princípio" processual que lhe é antitético: a escritura. A oralidade e a escritura são as duas formas de comunicação verbal existentes e que podem ser utilizadas no processo civil. Mesmo no caso em que as possibilidades são alternativas, como é o caso da contestação nos juizados especiais (art. 30, Lei 9.099/1995), não há como se conceber em relação a uma determinada situação jurídica concreta que ela possa ser regida concomitantemente pelos dois "princípios". Ou há oralidade ou há escritura: ou se apresenta a contestação oralmente ou por escrito, não há outra alternativa. Fosse a oralidade um princípio, ela conviveria, paradoxalmente, com o princípio da "não oralidade" ou da escritura. Essa contradição, evidentemente, impossibilitaria a dedução de normas para regular o caso concreto a partir desses "princípios".

Assim, oralidade e escritura funcionam muito mais como construções típicas ideias do que como princípios: a partir das características dos sistemas processuais é possível induzir modelos de processo que se caracterizam pela práticas de atos exclusivamente de forma oral ou exclusivamente de forma escrita (tipos ideais de processo oral e escrito); e, a partir disso, comparando os sistemas processuais encontrados na

---

[139] Marinoni, Arenhart e Mitidiero apontam que a doutrina processual costuma usar o termo em seu sentido fraco, tratando de normas que "[…] devem ser caracterizadas como *regras* ou *postulados normativos*" [Marinoni, Arenhart, Mitidiero, Curso, Procedimento Comum – vol. II, p. 507]. No entanto, em muitos casos esses "princípios" apenas descrevem de forma ideal típica características de um determinado sistema processual. Nesses casos, eles assumem um caráter normativo somente quando, em sede doutrinária, defende-se que algumas características de um dado sistema são mais desejáveis que aquelas encontradas em outro.

[140] SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*: Processo de Conhecimento. Porto Alegre: Fabris Editor, 1996, p. 51.

[141] Sobre o tema, ver tópico 5.4.2.1.

realidade empírica com esses tipos ideais, é possível reconhecê-los como preponderantemente identificados com um tipo ou outro.

Tal como no exemplo examinado, muitos tipos ideais funcionam como "tipos polares", localizados em extremos opostos de um *continuum* imaginário ao longo do qual podem ser situados os diferentes fenômenos encontrados na realidade empírica.[142] É nesse sentido que ganha relevância a noção de preponderância: quando se concebe (mentalmente) um tipo ideal de processo oral ou escrito, não se tem a pretensão de descrever plenamente os sistemas processuais encontrados na realidade empírica; conforme os elementos que lhes são "essenciais", eles podem ser comparados entre si e classificados em função de seu grau de aproximação com os tipos construídos.[143]

Nesse passo, outro exemplo de aplicação de tipos ideais ao estudo do direito processual é o contraste entre os denominados "princípios" dispositivo e inquisitório. Novamente, Ovídio Baptista da Silva oferece uma indicação relevante:

> Dessa forma, mesmo naqueles sistemas mais comprometidos com o *princípio dispositivo*, onde o juiz tenha limitados poderes de iniciativa probatória, encontram-se exemplos da aplicação do *princípio inquisitório* [i.e., onde o juiz tem poderes de iniciativa probatória].[144]

De fato, definidos desse modo, os "princípios" dispositivo e inquisitório se referem a dois tipos polares de sistemas processuais que são concebidos a partir da acentuação de algumas características ligadas à iniciativa probatória. Quando se diz que um sistema adota um ou outro princípio, na verdade, quer-se dizer que referido sistema é predominantemente dispositivo ou inquisitório quanto à iniciativa probatória. Referindo-se expressamente aos tipos ideais weberianos, Amalia Kessler explica que "os modelos de sistema de justiça adversariais e inquisitoriais são precisamente isso – modelos aos quais nenhum sistema legal real precisamente corresponde, já que todos os sistemas legais combinam tanto elementos adversariais como inquisitoriais".[145]

---

[142] McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series.* New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 137.

[143] Não por acaso, Mills, em seu clássico texto sobre "artesanato intelectual" afirmou que seus melhores *insights* vinham do uso de "tipos extremos" ou polares, isto é, "[...] ao pensar no oposto daquilo com o que [ele estava] diretamente envolvido". Tradução livre de: "[...] from thinking of the opposite of that with which [he was] directly concerned" [MILLS, Charles Wright. On intellectual craftsmanship. In: _____. *The sociological imagination.* New York: Oxford University Press, 1959, p. 195-226, p. 70].

[144] SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*: Processo de Conhecimento. Porto Alegre: Fabris Editor, 1996, p. 48.

[145] KESSLER, Amalia D. Our inquisitorial tradition: equity, procedure, due process and the search for an alternative to the adversarial. *Cornell Law Review,* v.90, n.5, jul. 2005. Disponível em:

A afirmação de que um sistema processual é de tipo adversarial ou inquisitorial apenas é possível a partir da análise das regras processuais desse sistema, o que exige um exercício indutivo, de abstração: a partir de determinadas regras, reconhecem-se as características que lhe são mais peculiares e que predominam, permitindo sua comparação com os tipos ideais mencionados.

O mesmo raciocínio vale para diversos outros "princípios" e categorias cuja finalidade é compreender ou comparar sistemas processuais.[146] São exemplos: o "princípio" da irrecorribilidade das interlocutórias em contraposição à sua plena recorribilidade; as noções de verdade material e verdade formal (quando utilizadas para comparar características do direito processual penal e do direito processual civil); de *common law* e *civil law*; além das diversas tentativas de reconhecer que os sistemas não correspondem à sua descrição "pura".[147]

A partir disso, pode-se perceber que o estudo dos sistemas processuais se baseia, geralmente, no uso (e na formulação) de modelos. Como explica Mirjam Damaska, esses modelos "[...] adotam arranjos jurídicos em forma pura ou ideal [os quais] servem para denotar não um procedimento perfeito ou desejável, mas sim um desenho descolado da contingência histórica por uma urgência de analisar ou identificar".[148]

Seguindo essa linha, em seu livro *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Damaska sustenta a tese de que os sistemas processuais continentais e anglo-saxões podem ser mais bem compreendidos a partir de duas disjuntivas externas ao processo: quanto ao modelo de Estado, se "reativo" (*reactive*) ou "ativista" (*activist*); e quanto ao tipo de autoridade, se "hierárquica" (*hierarchical*) ou

---

http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3001&context=clr. Acesso em: 21 jun. 2017, p. 1187. Tradução livre de: "the models of adversarial and inquisitorial systems of justice are precisely that – models to which no actual legal system precisely corresponds, since all legal systems combine both adversarial and inquisitorial elements".

[146] Alan Uzelac, por exemplo, se vale da noção de tipos ideais para contrastar o que denomina de processo civil mediterrâneo e não-mediterrâneo [Alan. *Reforming Mediterranean Civil Procedure:* is there a need for shock therapy?. [S.l.:S.n.], 2008. Disponível em: http://www.courtexcellence.com/~/media/Microsites/Files/ICCE/ReformingMediterraneanCivilProcedure.ashx. Acesso em: 05 mai. 2017, p. 74-75], bem como para examinar os sistemas de justiça civil ao longo de um continuum entre dois objetivos extremos [UZELAC, Alan (Ed.). Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems. *Ius Gentium:* comparative perspectives on Law and Justice, v.34. Switzerland: Springer, 2014, p. 5 e ss].

[147] Ver, por exemplo, DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority:* a comparative approach to the legal process. 7 ed. London: Yale University Press, 1991, p. 97 e TWINING, William. What is the Law of Evidence?. In: _____. *Rethinking Evidence:* exploratory essays. Illinois: Northwestern University Press, 1994, p. 178-189, p. 181 e ss.

[148] DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority:* a comparative approach to the legal process. 7 ed. London: Yale University Press, 1991, p. 12. Tradução livre de: "[...] embrace legal arrangements in pure or ideal form [...] [which] are meant to denote not a perfect or wished-for procedural design but rather a design detached from historical contingency by an urge to analyze and identify".

coordenada (*co-ordinate*). A partir delas, o autor concebe dois modelos de processo: "solução de conflitos" (*conflict-solving*) ou "implementação de políticas" (*policy-implementing*).[149-150] Esses modelos ou tipos ideais, como oportunamente adverte o autor, não costumam ser encontrados na sua forma pura, mas são assim construídos de modo a permitir um uso analítico e comparativo.[151-152]

Em suma, como esses breves exemplos puderam demonstrar, não apenas os tipos ideais são úteis para examinar o direito processual e comparar características dos sistemas processuais que são encontradas na realidade empírica, como também são utilizados pela doutrina. Não obstante, muitas vezes esse uso não é reconhecido, e são comuns perspectivas que procuram, em vão, classificações conceitualmente perfeitas. Nessa medida, identificar o seu caráter ideal-típico é fundamental para que se possa reconhecer não apenas a sua aplicabilidade, como também a necessidade de sua utilização para fins comparativos no âmbito do processo civil. Isso também é relevante para que se reconheça que as categorias, construídas, no âmbito deste trabalho, com essa finalidade, não têm a pretensão de serem válidas, absolutas ou verdadeiras; são, apenas, tipos-ideais.

---

[149] DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority:* a comparative approach to the legal process. 7 ed. London: Yale University Press, 1991.

[150] Damaska, ademais, reconhece entre alguns desses tipos uma relação de afinidade [DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority:* a comparative approach to the legal process. 7 ed. London: Yale University Press, 1991, p. 57 e 240]. Sobre essas relações de afinidade, denominadas neste trabalho, em conformidade com Weber, de afinidade eletiva, ver o tópico 2.3.

[151] DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority:* a comparative approach to the legal process. 7 ed. London: Yale University Press, 1991, p. 241-242. Em larga medida, o que foi dito é também aplicável aos três modelos de processo civil analisados por Giovanni Tarello para refletir sobre a história do processo civil italiano até o primeiro quarto do século XX [TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile:* Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989].

[152] Outro notável uso de construções ideais-típicas no âmbito do processo pode ser encontrado em HODGES, Christopher. The reform of class and representative actions in European Legal Systems: a new framework for collective redress in Europe. *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law.* Oxford: Hart Publishing, 2008. Hodges, ao analisar as formas de tutela coletiva no âmbito da União Europeia, recorre a diversas tipologias, como por exemplo: (i) dois modelos de agregação de demandas (uma em que uma única ação representa diversos interesses individuais – como a ação civil pública; outra em que várias ações individuais são agrupadas devido a sua similaridade – como o IRDR) [HODGES, Christopher. The reform of class and representative actions in European Legal Systems: a new framework for collective redress in Europe. *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law.* Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 2]; (ii) três fases do desenvolvimento das ações coletivas na Europa [Idem, p. 4-5]; (iii) dois modelos de *enforcement* do direito do consumidor (público e privado) [HODGES, Christopher. The reform of class and representative actions in European Legal Systems: a new framework for collective redress in Europe. *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law.* Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 15]. Comparando diferentes sistemas jurídicos e se referindo expressamente ao tipo ideal weberiano como método utilizado, ver ALLISON, J. W. F. *A continental distinction in the Common Law:* a historical and comparative perspective on English Public Law. New York: Oxford University Press, 1996, p. 31-41.

2.1.2.2 Direito concorrencial

Além da noção de concorrência perfeita,[153] a construção de tipos ideais no direito concorrencial pode ser percebida em diversos aspectos, como na construção dos tipos de conduta, no debate acerca dos objetivos antitruste e na definição do mercado relevante.

As condutas descritas no direito concorrencial, em regra, não se configuram como "tipos" no mesmo sentido com que o termo é utilizado no direito penal, em que a correspondência à descrição típica é pressuposto para a incidência da norma. Ao contrário, no direito concorrencial, os tipos de conduta são construídos a partir de um exercício indutivo, como forma de classificar fenômenos encontrados na realidade empírica, enquanto a incidência da norma decorre de "tipos" gerais e abstratos.[154] Nesse sentido, Pierre Larouche, ao conceber dois tipos ideais de casos, no âmbito da União Europeia, relativos à recusa no fornecimento de *essential facilities*,[155] afirma, adotando premissas weberianas: "Infelizmente, a realidade não é tão simples que casos sempre se encaixarão em um tipo [ideal] ou outro; há um *continuum* entre esses dois tipos ideais e casos usualmente se encaixam em algum ponto desse *continuum*".[156]

---

[153] Robert Holton utiliza "competência perfeita" como exemplo de um tipo ideal em sentido weberiano [HOLTON, Robert. Max Weber and the Interpretative Tradition. In: DELANTY, Gerard; ISIN, Engin F. (Ed.). *Handbook of historical sociology*. London: SAGE Publications, 2003, p. 27-37, p. 29-30]. No mesmo sentido, ver ANDRESKI, Stanislav. *Max Weber's insight and errors*. New York: Routledge, 1984, p. 42-44. Ver também, analisando a importância dada ao tipo ideal no âmbito da teoria econômica, a análise de Karen Vaughn a respeito do pensamento de Ludwig Lachmann [VAUGHN, Karen I. Austrian economics in America: the migration of a tradition. *Historical perspectives on modern economics*. Cambrige: Cambridge University Press, 1994, p. 157-160].

[154] É exemplar a construção do "conceito" de *CRR* (*contracts that reference rivals*) feita por Jonathan Jacobson e Daniel Weick: os autores sustentam a utilidade da adoção dessa categoria, juntamente com a identificação de suas espécies, construindo-a por meio de um exercício indutivo consistente na acentuação de características dos fenômenos empíricos [JACOBSON, Jonathan M.; WEICK, Daniel P. Contracts that reference rivals as an antitrust category. *The antitrust source*, abr. 2012. Disponível em: https://www.wsgr.com/publications/PDFSearch/jacobson-0412.pdf. Acesso em: 08 jul. 2017, p. 2]. O objetivo dos autores de permitir uma aplicação mais adequada do antitruste em cada caso a partir dessa construção, seria, então, facilitada pela comparação entre os fenômenos encontrados na realidade empírica e o tipo construído [JACOBSON, Jonathan M.; WEICK, Daniel P. Contracts that reference rivals as an antitrust category. *The antitrust source*, abr. 2012. Disponível em: https://www.wsgr.com/publications/PDFSearch/jacobson-0412.pdf. Acesso em: 08 jul. 2017, p. 1].

[155] Os tipos são: classical (como Commercial Solvents) e bottleneck (como Bronner) [LAROUCHE, Pierre. Competition Law and regulation in European telecommunications. Portland: Hart Publishing, 2000, p. 204].

[156] LAROUCHE, Pierre. *Competition Law and regulation in European telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000, p. 211. Tradução livre de: "unfortunately, reality is not so simple that cases will always fall under one type or the other; rather there is a continuum between these two ideal types, and cases usually fall somewhere along this continuum".

Por sua vez, em relação aos objetivos do direito concorrencial, principal e mais extensa polêmica no âmbito dessa disciplina,[157] também se pode perceber a construção de modelos relativos a sistemas jurídicos como método de análise. Em síntese, é possível perceber dois tipos ideais de abordagem sobre o tema: (i) análise descritiva e indutiva, em que a construção de tipos e modelos está voltada ao exame das características dos diferentes sistemas com vistas a compreender seus objetivos;[158] e (ii) análise axiológica e dedutiva, em que os autores advogam a adoção de um modelo, concebendo suas características a partir desse pressuposto.[159]

Nesse âmbito, um exemplo do uso de tipos ideais similar ao proposto neste trabalho é a divisão do direito antitruste estadunidense em cinco períodos, a partir de um paralelo entre o direito e a doutrina econômica, realizada por William Kovacic e Carl Shapiro.[160] Ainda que deixando de adotar pressupostos de multicausalidade,[161] os autores procuram demonstrar que, "como o aprendizado econômico mudou, os contornos da doutrina antitruste e da política de *enforcement* eventualmente mudariam também".[162] Malgrado representem uma perspectiva evolucionista do direito antitruste em sua relação com a economia,[163] os períodos identificados são construídos de forma ideal-típica:

---

[157] Nesse sentido, fazendo um exame das diversas "correntes" sobre o tema, ver PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 100 e ss.

[158] Viciano, por exemplo, procura assimilar modelos antitruste existentes a uma descrição da evolução histórica-econômica, reconhecendo que qualquer dos modelos descrito é válido desde que respeite os princípios do ordenamento jurídico. Nesse caso, Viciano indica os modelos existentes e as funções de cada um deles com a pretensão de "descrevê-los", mas, na verdade, são os sistemas jurídicos existentes que servem de referente para os modelos construídos [VICIANO PASTOR, Javier. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 55].

[159] O caráter "normativamente ideal" atribuído a esses modelos não necessariamente impede que sejam construídos de maneira típica, acentuando características a partir daquilo que se reputa melhor nos diversos sistemas existentes.

[160] KOVACIC, William E; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: a century of economic and legal thinking. *Journal of Economic Pespectives,* v.14, n.1, p. 43-60, Winter 2000. Disponível em: http://faculty.haas.berkeley.edu/
shapiro/century.pdf. Acesso em: 06 jul. 2017.

[161] Apesar disso, os autores examinam não apenas as transformações legislativas, como também as decisões que reputam serem as principais de cada período.

[162] KOVACIC, William E; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: a century of economic and legal thinking. *Journal of Economic Pespectives,* v.14, n.1, p. 43-60, Winter 2000. Disponível em: http://faculty.haas.berkeley.edu/
shapiro/century.pdf. Acesso em: 06 jul. 2017, p. 43. Tradução livre de: "as economic learning changed, the contours of antitrust doctrine and enforcement policy eventually would shift as well".

[163] KOVACIC, William E; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: a century of economic and legal thinking. *Journal of Economic Pespectives,* v.14, n.1, p. 43-60, Winter 2000. Disponível em: http://faculty.haas.berkeley.edu/
shapiro/century.pdf. Acesso em: 06 jul. 2017, p. 58. Reconhecem a qualidade evolucionista das leis americanas sobre o antitruste, na medida em que, devido a sua flexibilidade, permitem a "evolução" das relações entre direito e economia.

procurando acentuar as principais características, sob o prisma econômico, de diferentes momentos históricos do direito antitruste.[164]

O caráter ideal-típico das construções relacionadas aos objetivos do antitruste também pode ser percebido na afirmação de Barak Orbach, de que "[...] a noção de que um conceito econômico simplista poderia definir o objetivo do antitruste é, de certa forma, extrema".[165] Em verdade, a construção de modelos de sistemas de direito concorrencial tendo um "conceito econômico" como objetivo também representa – abstraindo-se a pretensão normativa atribuída pelos seus autores, e na medida em que tenham referibilidade empírica – tipos ideais:[166] construções unilaterais de como um sistema de direito concorrencial seria se apenas um dentre seus objetivos primordiais fosse buscado em sua aplicação.

Exemplo desse tipo de construção é fornecido por Robert Lande: a partir da percepção de que diversos casos no direito antitruste estadunidense não são explicados com base em um modelo orientado pela eficiência ou por menores preços, o autor sugere a noção de "escolha do consumidor" (*consumer choice*) como alternativa.[167] Nesse percurso, Lande examina o direito concorrencial procurando demonstrar como esse modelo – concebido como tipo ideal – diferencia-se dos demais.[168] Contudo, na medida em que o autor sugere que tal modelo produziria melhores resultados,[169] essa perspectiva, por seu caráter eminentemente axiológico, extrapola e contraria a adotada nesta tese.

---

[164] Merece destaque, também, a percepção de historicidade inerente a fenômenos culturais como o direito concorrencial, reconhecida pelos autores.

[165] ORBACH, Barak. How antitrust lost its goal. *Fordham Law Review,* v.81, n.5, p. 2253-2277, 2013. Disponível em: http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4883&context=flr. Acesso em: 04 jul. 2017, p. 2276-2277. Tradução livre de: "[...] the notion that a simplistic economic concept could define the goal of antitrust is somewhat extreme".

[166] Um exemplo disso pode ser encontrado no artigo Taking Innovation Seriously de Tim Wu, no qual o autor tenta construir um modelo de direito antitruste a partir da perspectiva de um de seus objetivos, promover inovação [WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, v.78, n.2, p. 313-328, 2012. Disponível em: https://ssrn.com/ abstract=2166525. Acesso em: 10 jul. 2017, p. 314]. Ainda que em sua conclusão o autor reconheça as dificuldades de um enforcement concorrencial centrado na inovação e que tenha procurado destacar sua importância [Idem, p. 328], durante seu texto, ele procura construir um modelo de como seria o direito da concorrência pautado apenas pela inovação e compará-lo com o direito concorrencial existente.

[167] LANDE, Robert H. A traditional and textualist analysis of the goals of antitrust: efficiency, preventing theft from consumers, and consumer choice. *Fordham Law Review,* v.81, n.5, p. 2349-2403, 2013. Disponível em: http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4885&context=flr. Acesso em: 10 jul. 2017, p. 2392.

[168] LANDE, Robert H. A traditional and textualist analysis of the goals of antitrust: efficiency, preventing theft from consumers, and consumer choice. *Fordham Law Review,* v.81, n.5, p. 2349-2403, 2013. Disponível em: http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4885&context=flr. Acesso em: 10 jul. 2017, p. 2392 e ss.

[169] LANDE, Robert H. A traditional and textualist analysis of the goals of antitrust: efficiency, preventing theft from consumers, and consumer choice. *Fordham Law Review,* v.81, n.5, p. 2349-2403, 2013.

Da mesma forma procede Eleanor Fox ao conceber dois modelos de direito antitruste – um dos países industrializados[170] e outro dos países em desenvolvimento[171] – para, a partir disso, transcender o aspecto comparativo e oferecer um "guia" sobre direito antitruste para países em desenvolvimento.[172] Assim, em alguns casos, mesmo quando a partir de modelos de direito da concorrência são feitas conclusões normativas – sugerindo que um ou outro modelo é "ideal", no sentido de "melhor do que os demais" – ou quando eles são construídos com esse objetivo, é possível identificar o uso comparativo desses construtos e seu caráter típico-ideal.[173]

Outro importante exemplo do uso de tipos ideais no direito antitruste se refere à definição do mercado relevante. A importância analítica dessa "definição" envolve, fundamentalmente, a abstração e simplificação de características encontradas na realidade para permitir um exercício comparativo entre os modelos construídos e a realidade empírica examinada. É por isso que, caso se pretenda efetivamente construir um "tipo-real" de mercado relevante – ou seja, descrever o mercado relevante com a pretensão de individualizá-lo tal como ele efetivamente é –, a tarefa, dada sua complexidade, pode ser considerada impossível.[174] Efetivamente, o que justifica a construção de modelos de mercado para analisar fenômenos empíricos é sua função heurística: tendo como referente

---

Disponível em: http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4885&context=flr. Acesso em: 10 jul. 2017, p. 2392.

[170] De modo similar, Ariel Ezrachi se refere a um modelo mundial comum de direito concorrencial (common 'world-wide' template) [EZRACHI, Ariel. Sponge. *Journal of Antitrust Enforcement,* v.5, n.1, p. 49-75, abr. 2017. Disponível em: https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnw011. Acesso em: 10 jul. 2017, p. 2].

[171] FOX, Eleanor M. Economic development, poverty and antitrust: the other path. *New York University Law and Economics Working Papers,* n.102, 26 jul. 2007. Disponível em: http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/102/. Acesso em: 10 jul. 2017, p. 102. A autora reconhece, no entanto, a possibilidade de outros modelos [FOX, Eleanor M. Economic development, poverty and antitrust: the other path. *New York University Law and Economics Working Papers,* n.102, 26 jul. 2007. Disponível em: http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/102/. Acesso em: 10 jul. 2017, p. 103].

[172] FOX, Eleanor M. Economic development, poverty and antitrust: the other path. *New York University Law and Economics Working Papers,* n.102, 26 jul. 2007. Disponível em: http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/102/. Acesso em: 10 jul. 2017, p. 111 e ss. Também em Russel Pittman é possível identificar o contraste entre dois modelos de enforcement concorrencial (*consumer surplus* e *total surplus*), contudo a análise é essencialmente axiológica em defesa do primeiro standard [PITTMAN, Russell. Consumer surplus as the appropriate standard for antitrust enforcement. *Antitrust Division, U.S Department of Justice,* jun. 2007. Disponível em: https://www.justice.gov/atr/consumer-surplus-appropriate-standard-antitrust-enforcement. Acesso em: 08 jul. 2017].

[173] Referindo-se a tipos ideais ao analisar o direito concorrencial no leste asiático, ver PROSSER, Tony. Competition Law and the role of the state in East Asia. In: DOWDLE, Michael W.; GILLESPIE, John; MAHER, Imelda (Ed.). *Asian capitalism and the regulation of competition.* New York: Cambridge University Press, 2013, p. 228-261, p. 258 e ss. Analisando os modelos de concorrência como tipos em relação aos standards de prova, ver SAUTER, Wolf H. *Coherence in EU Competition Law.* Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 108 e ss.

[174] KAPLOW, Louis. Why (ever) define markets. *Harvard Law Review,* Cambridge, v.124:437, n.2, p. 437-517, dez. 2010. Disponível em: https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/30013694/vol_12402kaplow.pdf?sequence=1. Acesso em: 02 jul. 2017.

a realidade empírica e valendo-se de "regras da experiência",[175] o funcionamento do "mercado relevante" é construído com um propósito analítico.[176]

Não por acaso, Werden afirma que abandonar o uso desse construto "[...] traria caos à litigância antitruste".[177] De fato, a definição do mercado relevante é uma das construções ideal-típicas utilizadas no âmbito do direito antitruste como forma de, tal como afirma Weber em relação a qualquer tipo ideal, "[...] trazer ordem ao caos dos fatos que temos em um dado caso escolhido para ser incorporado ao nosso âmbito de *interesse"*.[178] Ainda que o tipo ideal de mercado relevante sirva para permitir afirmações com conteúdo normativo, sua construção serve, em um primeiro momento, a um propósito claramente heurístico: ordenar os fatos de interesse (por meio da sua comparação com o modelo construído) para a posterior aplicação do direito.

Do que foi dito, é possível concluir que o uso de construções ideais-típicas no direito concorrencial, a exemplo do que ocorre no processo civil, é corrente – ainda que, da mesma forma, nem sempre essas construções sejam reconhecidas enquanto tal. No âmbito desta tese, os tipos ideais serão utilizados com a finalidade de, ao analisar o processo civil e o direito concorrencial em diferentes momentos históricos, identificar a racionalidade preponderante nas alterações normativas ocorridas em cada um deles.

---

[175] Como, por exemplo, homogeneidade do produto, elasticidade da demanda, etc.

[176] Ver, por exemplo, WERDEN, Gregory J. Why (ever) define markets? An answer to professor Kaplow. *Antitrust Law Journal,* v.78, n.3, p. 729-746, 2013. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/43486893?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 09 jul. 2017, p. 2-4. Não por acaso, o autor procura demonstrar a utilidade da definição do mercado relevante para a análise de concentrações [WERDEN, Gregory J. Why (ever) define markets? An answer to professor Kaplow. *Antitrust Law Journal,* v.78, n.3, p. 729-746, 2013. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/43486893?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 09 jul. 2017, p. 9], para a "narrativa" sobre os efeitos anticompetitivas que seriam produzidos [WERDEN, Gregory J. Why (ever) define markets? An answer to professor Kaplow. *Antitrust Law Journal,* v.78, n.3, p. 729-746, 2013. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/43486893?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 09 jul. 2017, p. 14] – i.e. o caráter contrafactual da análise causal permitida a partir dos tipos ideais construídos, para as análises realizadas em processos judiciais [WERDEN, Gregory J. Why (ever) define markets? An answer to professor Kaplow. *Antitrust Law Journal,* v.78, n.3, p. 729-746, 2013. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/43486893?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 09 jul. 2017, p. 17].

[177] WERDEN, Gregory J. Why (ever) define markets? An answer to professor Kaplow. *Antitrust Law Journal,* v.78, n.3, p. 729-746, 2013. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/43486893?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 09 jul. 2017, p. 21. Para uma crítica ao uso de tipos ideais em relação à definição do Mercado, ver BOSHOFF, Willem H. *Antitrust market definition:* rationale, challenges and opportunities in South African competition policy. [S.l.:S.n.], 2014. Disponível em: http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2014/09/Boshoff-Market-Definition.pdf. Acesso em: 06 jun. 2017, p. 16-17. Tradução livre de: "[...] would bring chaos to antitrust litigation".

[178] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 133-134. Tradução livre de: "[...] bring order to the chaos of those facts we have in a given case chosen to include within the field of our interest".

2.2 TIPOLOGIA PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO

Partindo do reconhecimento da utilidade dos tipos ideais ao estudo do direito e, especificamente, do processo e do antitruste, cuida-se, então, de examinar a principal tipologia empregada nesta tese. Com o objetivo de analisar a adequação das técnicas processuais à tutela reparatória, a tese procura examinar a conformidade dessas técnicas às tendências presentes nas alterações normativas de determinados períodos ocorridas no processo civil e no direito concorrencial. Como forma de permitir a identificação dessas tendências, a tese se vale de uma tipologia das diferentes racionalidades preponderantes em cada um desses períodos.

Essa análise parte dos tipos ideais de direito concebidos por Weber (irracional-formal, irracional-material, racional-material e racional-formal) e, identificando as limitações da disjuntiva racionalidade formal-racionalidade material para analisar o direito contemporâneo, contempla outras duas categorias propostas nesta tese: racionalidade instrumental e racionalidade participativa. Não obstante se acreditar na conveniência da adoção desse método, esse esforço demanda cuidado, em especial por causa da polissemia do termo racionalidade.

Racionalidade – assim como o processo de racionalização[179] – é considerado um dos grandes temas unificadores da obra de Weber; sua noção, porém, não é unívoca. Rogers Brubaker, por exemplo, faz referência a dezesseis acepções que o termo racionalidade possui nos textos weberianos.[180] Em certa medida, eles correspondem às diferentes manifestações da racionalidade em cada esfera da vida, e aos diferentes "componentes" do processo de racionalização que penetra todas as esferas da ação

---

[179] SCHLUCHTER, Wolfgang. *Acción, orden y cultura:* estudios para un programa de investigación en conexión con Max Weber. Traducción de Lía E. Cavadas. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008, p. 302. Yolanda Ruano situa o tema como característica da interpretação weberiana da modernidade: "[...] entendida esta como um processo de racionalização e como espaço de implementação crescente em todas as esferas de atividade de um modelo de racionalidade formal que eclipsa a possibilidade de desenvolvimento de uma racionalidade material valorativa. O processo de modernização resta consolidado quando se produz a institucionalização da ação racional em relação a fins na ordem social". Tradução livre de: "[…] entendida ésta como un proceso de racionalización y como espacio de implantación creciente en todas las esferas de actividad de un modelo de racionalidad formal que eclipsa la posibilidad de desarrollo de una racionalidad material valorativa. El proceso de modernización queda consolidado al producirse la institucionalización de la acción racional conforme a fines en el orden social" [RUANO DE LA FUENTE, Yolanda. *Racionalidad y conciencia trágica*: la modernidad según Max Weber. Madrid: Editorial Trotta, 1996, p. 23].

[180] BRUBAKER, Rogers. *The limits of rationality:* an essay on the social and moral thought of Max Weber. London: Routledge, 1991, p. 1-2.

social.[181] No entanto, ainda que cada uma delas possa ter sofrido processos de racionalização qualitativamente distintos,[182] é possível identificar confluências que permitiriam o reconhecimento de características comuns, tais como:[183] "[...] a despersonalização das relações sociais, o refinamentos das técnicas de cálculo, o aprimoramento da importância social do conhecimento especializado, e a extensão do controle tecnicamente racional sobre os processos naturais e sociais".[184]

O exame do tema no âmbito do direito enfrenta uma dificuldade adicional: "O manuscrito mais aperfeiçoado da sociologia do direito, conservado em obra póstuma de Weber, não é homogêneo nem em seus conceitos nem em sua composição, tampouco foi preparado para a última versão".[185] Assim, costuma-se sugerir que Weber não define de forma expressa e unívoca nenhum dos quatro conceitos fundamentais de sua tipologia do direito (irracionalidade, racionalidade, formalidade e materialidade),[186] que permite a classificação da produção e aplicação de normas jurídicas, bem como das formas de pensamento jurídico, em irracional-material, irracional-formal, racional-material e racional-formal.

Nessa linha, Anthony Kronman aponta para uma suposta confusão entre os termos "racional" e "formal", distinguindo quatro sentidos em que Weber empregaria a noção de racionalidade em relação ao direito.[187-188] Esse entendimento, porém, não impediu que o

---

[181] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 333. Ver também WEBER, Max. *A ética protestante e o "espírito" do capitalismo.* Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. 6 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 66-69.

[182] KALBERG, Stephen. Max Weber's types of rationality: cornerstones for the analysis of rationalization processes in history. *The American Journal of Sociology*, Chicago, v.85, n.5, p. 1145-1179, mar. 1980, p. 1150.

[183] Autores como Talcott Parsons e Johaness Winclemann consideraram a sociologia do direito o centro do trabalho de Weber, capaz de reunir as principais características das diferentes partes de sua obra. Ver SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 86.

[184] BRUBAKER, Rogers. *The limits of rationality:* an essay on the social and moral thought of Max Weber. London: Routledge, 1991, p. 2. Tradução livre de: "[...] the depersonalization of social relationships, the refinement of techniques of calculation, the enhancement of the social importance of specialized knowledge, and the extension of technically rational control over both natural and social processes".

[185] SCHLUCHTER, Wolfgang. *Acción, orden y cultura:* estudios para un programa de investigación en conexión con Max Weber. Traducción de Lía E. Cavadas. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008, p. 298. Tradução livre de: "el manuscrito de última mano de la sociología del derecho, conservado en la obra póstuma de Weber, no es ni conceptual ni compositivamente homogéneo, ni ha sido preparado para la última versión".

[186] FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 215.

[187] De modo semelhante, Habermas sugere que Weber utiliza o termo "racional" em três sentidos [HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 539].

próprio Kronman reconhecesse "que os diferentes sentidos que [Weber] atribui ao conceito de racionalidade jurídica formal estão [...] conectados de modos que revelam uma unidade ou coerência conceitual que a sua despreocupação terminológica esconde".[189]

Assim, sem descuidar da conformidade com as ideias weberianas, procurar-se-á evitar a confusão terminológica que lhe é imputada, adaptando-as a um contexto próprio: o processo civil e direito concorrencial brasileiros contemporâneos.[190] Desse modo, com o

---

[188] KRONMAN, Anthony. Max Weber. Tradução de John Milton. *Coleção Teoria e Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 112-113. Os quatro sentidos seriam: (i) aquilo que é regido por regras; (ii) "o caráter sistemático de uma ordem jurídica" – "sistema de regras dotado de clareza lógica e coerência interna [...] teoricamente livre de lacunas"; (iii) o "tipo de pensamento jurídico baseado na 'interpretação lógica do sentido' [significado]"; (iv) o direito controlável pelo intelecto, em oposição às formas irracionais de direito [KRONMAN, Anthony. Max Weber. Tradução de John Milton. *Coleção Teoria e Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 113-116]. Contudo, essa distinção, na medida em que reforça a polissemia da noção de "racionalidade", não contribui para a compreensão da tipologia, já permeada de incertezas [ver, sem se referir a Kronman, TRUBEK, David M. Max Weber on Law and the Rise of Capitalism. *Yale Law School Legal Scholarship Repository,* New Haven, n.4001, p. 720-753, 1972, p. 728]. De fato, nas ideias apresentadas por Kronman, estão presentes três elementos que favorecem a indefinição sobre a racionalidade no direito. Em primeiro lugar, a suposição de que, com "formalidade", Weber se refere tanto ao direito regido por regras e princípios gerais, quanto ao seu grau de autonomia em relação a outros sistemas [KRONMAN, Anthony. Max Weber. Tradução de John Milton. *Coleção Teoria e Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 142 e ss]. Por isso, para Kronman, "essa confusa ambiguidade da noção de formalidade de Weber é um subproduto da ambiguidade correspondente do seu conceito de racionalidade" [KRONMAN, Anthony. Max Weber. Tradução de John Milton. *Coleção Teoria e Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 121]. Em segundo lugar, a suposição de que Weber utiliza dois pares de qualidades para fazer três tipos de distinções – particularismo e generalidade, normas jurídicas e não jurídicas, interpretação lógica do sentido [significado] e ausência de controle pelo intelecto, seriam classificadas apenas a partir das qualidades racional-irracional e formal-material [KRONMAN, Anthony. Max Weber. Tradução de John Milton. *Coleção Teoria e Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 122-123]. Em terceiro lugar, a suposição de que as situações empíricas descritas de forma ideal típica por Weber correspondem necessariamente aos tipos ideais de sua sociologia que possuem um nível de generalidade consideravelmente distinto – consequentemente, o exercício comparativo feito por Weber em relação aos tipos ideais de direito é confundido com a construção destes tipos. Assim, Kronman aparentemente não considera a distinção entre os três níveis de análise apontados por Roth e Schluchter, particularmente em relação ao nível configuracional e ao nível histórico [ver nota 384]. Assim, Kronman aparentemente não considera a distinção entre os três níveis de análise apontados por Roth e Schluchter, particularmente em relação ao nível configuracional e ao nível histórico [ver nota 384]. O resultado dessas suposições se revela de modo bastante claro quando Kronman ao tentar realizar uma análise sobre o direito racional material se refere concomitantemente a três aspectos distintos para a tipologia weberiana: o modo de pensamento jurídico, o processo de produção e o processo de aplicação do direito (a que ele se refere como "decisão judicial"): "os tipos de decisão judicial que ele [Weber] tem em mente possuem duas características definidoras, é a combinação ou conjunção delas que distingue esse tipo de pensamento jurídico dos outros três. [...] É essa característica [ausência de separação entre ética e direito, somada ao objetivo de concretização de ideais éticos, políticos ou religiosos] que confere a esse tipo de legislação o seu caráter material [...]. A segunda característica [...] é a sua aderência a princípios fixos [...]" [KRONMAN, Anthony. Max Weber. Tradução de John Milton. *Coleção Teoria e Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 120]. Ainda que as características apontadas por Kronman sejam, em grande medida, corretas, elas se referem mais à produção do direito que a sua aplicação, sendo insuficientes para caracterizar o modo de pensamento jurídico como um todo.

[189] KRONMAN, Anthony. Max Weber. Tradução de John Milton. *Coleção Teoria e Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 112.

[190] Em certa medida, essa adaptação é facilitada pelo fato de que, apesar de fazer diversas referências ao direito público, Weber explicitamente reconhece o direito privado como principal foco de suas análises (tal como ocorre neste trabalho) [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 655]. Ver também SCHLUCHTER,

fim de explicar tal tipologia, empregada nos capítulos 3 e 4 para identificar a racionalidade preponderante, respectivamente, no processo civil e no direito da concorrência, este subcapítulo se divide em três tópicos: (i) o primeiro analisa os tipos de direito concebidos por Weber; (ii) o segundo analisa a tensão entre racionalidade formal e racionalidade material, apontando sua limitada capacidade explicativa em relação ao direito contemporâneo; e (iii) o terceiro explica a tipologia construída para a análise do objeto desta tese.

2.2.1 Tipos ideais de direito na teoria de Weber

Weber classifica os tipos de direito a partir da combinação de duas disjuntivas: racional-irracional e formal-material. As quatro possíveis combinações oferecem quatro tipos ideais de produção e aplicação do direito.[191] Assim, segundo Weber:

> A produção e a aplicação do direito podem ser racionais ou irracionais. Elas são formalmente irracionais quando são empregados na produção e aplicação do direito meios que não podem ser controlados pelo intelecto, por exemplo quando se recorre a oráculos ou seus sucedâneos. A produção e aplicação do direito são materialmente irracionais, por outro lado, na medida em que a decisão é influenciada por fatores do caso concreto, julgado sob uma base ética, emocional ou política ao invés de por normas gerais. A produção e a aplicação 'racionais' do direito podem ser racionais em sentido formal ou material. [...] O direito [racional] [...] é formal na medida em que, tanto sob o aspecto substancial quanto sob o aspecto processual, apenas características unívocas dos fatos do caso são levadas em consideração. [...] As normas em relação às quais a racionalidade material confere predominância incluem imperativos éticos, regras de conveniência (utilitárias ou outras) e máximas políticas [...].[192]

Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 86-87.

[191] CHAUDHRY, Faisal. The promise and paradox of Max Weber's legal sociology: the categories of legal thought as types of meaningful action and the persistence of the problem of judicial legislation. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, v.20, p. 249-287, 2011, p. 257.

[192] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 656. Tradução livre de: "Both lawmaking and lawfinding may be either rational or irrational. They are formally irrational when one applies in lawmaking or lawfinding means which cannot be controlled by the intellect, for instance when recourse is had to oracles or substitutes therefor. Lawmaking and lawfinding are substantively irrational on the other hand to the extent that decision is influenced by factors of the particular case as evaluated upon an ethical, emotional, or political basis rather than by general norms. "Rational" lawmaking and lawfinding may be rational in a formal or a substantive way. […] Law, however, is "formal" to the extent that in both substantive and procedural matters, only unambiguous characteristics of the facts of the case are taken into account. […] The norms to which substantive rationality accords predominance include ethical imperatives, utilitarian and other expediential rules, and political maxims […]".

O direito irracional formal é irracional na medida em que não pode ser controlado racionalmente, mas ao mesmo tempo é formal: existe um procedimento determinado para que o direito seja produzido e aplicado no caso concreto. É nessa medida que pode ser compreendida a afirmação de Weber de que "todo direito formal é, ao menos em termos procedimentais, relativamente racional".[193] Ainda que não haja anterioridade do direito em relação ao fato, e que, portanto, a solução do caso não possa ser "controlada" quanto ao seu resultado, o procedimento decisório é perfeitamente conhecido.[194] Sabe-se o que fazer para alcançar a solução do caso concreto (consultar um oráculo, submeter os contendentes a ordálios, etc.): há, ao menos, previsibilidade quanto à forma, pois são internos ao direito os critérios decisórios.[195]

Diferentemente, o direito irracional material não possui um modo próprio de alcançar a decisão e, por isso, ela não apenas não é racionalmente compreensível, como também não estabelece uma distinção entre o que é direito e o que não é. Nem mesmo sob uma perspectiva estritamente procedimental: a decisão depende da inspiração do julgador e os seus próprios valores serão utilizados para decidir.

Os traços comuns e distintos desses dois tipos auxiliam na compreensão, respectivamente, das disjuntivas irracional-racional e formal-material.

Os tipos de direito irracional não podem ser controladas pelo intelecto e não oferecem nenhuma previsibilidade quanto ao conteúdo das decisões, como decorrência da ausência de normas gerais: o direito será conhecido após o fato; após a sua submissão a um oráculo ou à consciência livre de um julgador. Assim, como explica Weber ao relacionar o oráculo ao júri, "o 'direito' que encontrou expressão nessas decisões era completamente fluido e flexível, a menos que normas rigorosamente tradicionais tivessem chegado a ser

---

[193] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 656. Tradução livre de: "all formal law is, formally at least, relatively rational". Nesse caso, a tradução segue a distinção proposta por Schluchter entre processual (*formell*) e formal (*formal*) [SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 88].

[194] Por isso, afirma Weber: "O caráter formal do procedimento nitidamente contrasta, assim, com o caráter completamente irracional da técnica de decisão", Tradução livre de: "the formal character of procedure thus stands in sharp contrast to the thoroughly irrational character of the technique of decision" [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 762].

[195] Ainda assim, parece um exagero reconhecer nesse tipo ideal um grau elevado de tecnicismo jurídico como sustentado por FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 219.

reconhecidas de forma geral. Bases lógicas ou racionais para uma decisão concreta eram completamente ausentes [...]".[196]

Em oposição às situações em que os conceitos surgem a partir de construções relacionadas apenas ao caso concreto, a racionalização envolve a formação de conceitos gerais.[197] É nessa medida que se pode relacionar tanto a fixação da lei[198] quanto a abstração a partir do caso concreto – ainda que resultando em um casuísmo puramente teórico[199] – como manifestações do processo de racionalização do direito.[200] Em ambos os casos, supera-se a situação em que não há orientação a partir de normas, seja na aplicação ou na criação do direito.[201]

A partir disso, costuma-se afirmar que a disjuntiva racional-irracional diz respeito ao grau em que os critérios de julgamento "[...] são formulados em proposições de importe geral e, portanto, são prospectivas, além de serem imediatamente aplicáveis".[202] No entanto, além da generalidade e anterioridade das normas (produção do direito), existem outros elementos que compõem a noção de racionalidade – como a diferenciação clara entre produção e aplicação do direito, bem como entre fato e direito.[203]

Em relação à aplicação do direito, a racionalidade implica a existência de um processo racional que permite o conhecimento dos fatos[204] (seja ele adversarial ou inquisitorial); [205] de um pensamento jurídico capaz de formular abstrações ou

---

[196] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 762. Tradução livre de: "the 'law' that found expression in these decisions was entirely fluid and flexible, unless rigorously traditional norms had come to be generally acknowledged. Logical or rational grounds for a concrete decision were entirely lacking […]".

[197] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 787.

[198] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 771.

[199] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 789.

[200] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 787.

[201] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 758.

[202] CHAUDHRY, Faisal. The promise and paradox of Max Weber's legal sociology: the categories of legal thought as types of meaningful action and the persistence of the problem of judicial legislation. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, v.20, p. 249-287, 2011, p. 259-260. Tradução livre de: "[...] are formulated into propositions of general import and are thus prospective in addition to being immediately applicable".

[203] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 764.

[204] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 809.

[205] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 830. Como explica Weber: "[…] levou tempo para que o direito desenvolvesse a ideia de que um fato, conforme entendido hoje, pudesse ser 'estabelecido' por um

generalizações, ainda que a partir do caso concreto;[206] e, consequentemente, de uma diferenciação entre "direito" e fato tanto na produção do direito quanto na sua aplicação.[207] Isso permite compreender como determinados sistemas podem ser, segundo Weber, racionais em um sentido – por exemplo a fixação de regras gerais – e irracionais em outro – por exemplo impedindo que se formulem abstrações.[208-209]

Como o caráter racional ou irracional do direito pode se manifestar de formas bastante diversas, e, assim, o processo de racionalização pode ocorrer em "direções" distintas,[210] a capacidade explicativa da tipologia jurídica de Weber depende de outra disjuntiva: formal-material.

O contraste entre formalidade e materialidade também pode ser notado a partir dos tipos irracionais. No direito irracional formal existe um meio próprio de aplicação do direito que o diferencia de outras esferas da vida: ainda que não seja possível saber anteriormente qual é o direito, regras (jurídicas) permitem que se saiba como descobri-lo; no direito irracional material as regras utilizadas são exteriores ao direito, referindo-se a fatores do caso concreto a partir de valores não jurídicos. É nessa medida que Weber, referindo-se ao direito irracional formal, reconhece que "o problema de qual questão

---

procedimento racional, particularmente pelo exame de testemunhas, que é o método mais importante atualmente, sem mencionar toda a evidência circunstancial". Tradução livre de: "[…] it took a long time for the law to develop the idea that a fact, as understood today, could be 'established' by a rational procedure, particularly by the examination of witnesses, which is the most important method now, not to speak at all of circumstantial evidence" [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 811].

[206] Nesse sentido, um direito que apesar de formal é completamente concreto, é considerado sob essa perspectiva irracional, e capaz de permitir apenas um tipo de interpretação jurídica "empírica" [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 844].

[207] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 764.

[208] Isso explica porque Weber afirma que "embora o sistema patriarcal de justiça possa certamente ser racional no sentido de aderência a princípios fixados, não o é no sentido de uma racionalidade lógica de seus modos de pensamento, mas sim no sentido da busca por princípios substantivos de justiça social de conteúdo político, de bem-estar utilitário ou ético". Tradução livre de: "although the patriarchal system of justice can well be rational in the sense of adherence to fixed principles, it is not so in the sense of a logical rationality of its modes of thought but rather in the sense of the pursuit of substantive principles of social justice of political, welfare-utilitarian, or ethical content" [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 844].

[209] Isso é diferente de se reconhecer em termos mais amplos um caráter relativo ou perspectivista da noção de racionalidade quando examinada a partir de referências distintas.

[210] Como explica Weber, ao se referir a diversas tendências de racionalização do direito: "[elas] não eram parte de uma política articulada e não ambígua por parte dos detentores do poder; elas foram, na verdade, conduzidas nessa direção pelas necessidades de seu próprio administrador racional [...]". Tradução livre de: "[they] were not part of an articulate and unambiguous policy on the part of the wielders of power; they were rather driven in this direction by the needs of their own rational administrator […]" [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 809].

deveria ser destinada aos poderes mágicos constituiu a primeira etapa no desenvolvimento de conceitos técnico-jurídicos".[211] Ainda que absolutamente irracional, a questão formulada se constituía em uma técnica jurídica que permitia a revelação do direito e sua aplicação ao caso. Assim, afirma-se que o principal critério dessa distinção é o grau de juridicidade do pensamento jurídico, da produção e aplicação do direito: contrasta-se o predomínio de elementos materiais, externos ao direito; com o predomínio de elementos formais, internos ao direito.[212] Nas palavras de Fariñas Dulce:

> […] a tensão formalidade/materialidade faz referência aos processos e critérios de decisão adotados por um sistema jurídico. De tal forma que se pode dizer que um direito é formal quando os processos e critérios de decisão adotados são os próprios e especificamente jurídicos; e, por outro lado, um direito é material quando seus critérios de decisão são alheios ao sistema jurídico, ou seja, critérios extrajurídicos, como, por exemplo, os critérios éticos, políticos, religiosos ou critérios de justiça.[213]

Em verdade, também aqui é preciso notar que existem outros elementos em relação aos quais a classificação formal-material se refere.[214] Nos tipos racionais, a

---

[211] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, 764. Tradução livre de: "the problem of just what question was to be addressed to the magical powers constituted the first stage in the development of technical-legal concepts".

[212] SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 89.

[213] FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 216. Tradução livre de: "[…] la tensión formalidad/materialidad hace referencia a los procesos y criterios de decisión adoptados por un sistema jurídico. De tal forma que se puede decir que un derecho es formal cuando los procesos y criterios de decisión adoptados son los propios y específicamente jurídicos; y, por el contrario, un derecho es material cuando sus criterios de decisión son ajenos al sistema jurídico, es decir, criterios extrajurídicos como, por ejemplo, los criterios éticos, políticos, religiosos o criterios de justicia".

[214] Veja-se, por exemplo, a descrição de Jürgen Habermas sobre o direito moderno: "Como traço essencial da racionalidade do direito moderno Weber menciona em primeiro lugar a sistemática jurídica. O direito moderno é marcadamente um direito de juristas. Com o juiz de formação jurídica e com os funcionários especializados, a administração de justiça e a administração pública se profissionalizam. Não apenas a aplicação da lei, mas também a criação do direito fica cada vez mais ligada a procedimentos de tipo formal e, com isso, à competência profissional dos juristas. Estas circunstâncias fomentam a sistematização dos preceitos jurídicos, a coerência da dogmática jurídica, isto é, uma ampla racionalização do direito segundo critérios internos e puramente formais de precisão conceitual, rigor dedutivo, justificação por princípios, etc. Esta tendência já pode ser observada nas Faculdades de Direito da Baixa Idade Média; se impõe plenamente com o positivismo jurídico (e foi conceituada por Kelsen, por exemplo). Tradução livre de: "Como rasgo esencial de la racionalidad del derecho moderno Weber menciona en primer lugar la sistemática jurídica. El derecho moderno es señaladamente un derecho de juristas. Con el juez de formación jurídica y con los funcionarios especializados, la administración de justicia y la administración pública se profesionalizan. No sólo la aplicación de la ley, también la creación del derecho queda cada vez más ligada a procedimientos de tipo formal y con ello a la competencia profesional de los juristas. Estas circunstancias fomentan la sistematización de los preceptos jurídicos, la coherencia de la dogmática jurídica, es decir, una amplia racionalización del derecho según criterios internos y puramente formales de precisión conceptual, rigor deductivo, justificación por principios, etc. Esta tendencia puede ya observarse en las Facultades de Derecho de la baja Edad Media; se impone plenamente con el positivismo jurídico (y fue llevada a concepto por

diferença entre formalidade e materialidade também se manifesta em relação ao modo de pensamento jurídico, ao fundamento de validade das normas e às regras processuais utilizadas para "descobrir" os fatos.[215] Segundo Weber, nos tipos irracionais, ao contrário, não é possível se falar de um modo de pensamento jurídico desenvolvido e, consequentemente, a diferença entre formalidade e materialidade se reduz praticamente à existência ou não de um procedimento próprio para decidir os casos – "criando" o direito a partir do caso concreto, sem distinguir entre fato e norma.[216]

Do que foi dito, é possível reconhecer que a tipologia de Weber apresenta duas principais dimensões de comparação, tal como sugerido por David Trubek:

> a medida em que um sistema é formal e a medida em que é racional. Se esses termos são analisados, percebe-se que "formalidade" pode significar "empregar critérios de decisão intrínsecos ao sistema legal" e, portanto, medir o nível de autonomia sistêmica[217], enquanto "racionalidade" significa "obedecer alguns critérios de decisão que são aplicáveis a todos os casos semelhantes" e, assim, mede a generalidade e a universalidade das regras adotadas pelo sistema.[218]

Kelsen, por ejemplo)" [HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I:* racionalidad de la acción y racionalización social. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 4 ed. Madrid: Taurus, 1999, p. 332].

[215] Conforme explica Weber: "A principal influência do direito canônico reside no âmbito do procedimento. Em contraste com a prova formalista de um procedimento secular baseado no princípio adversarial, o esforço de toda justiça teocrática por uma verdade substantiva, em lugar de uma verdade meramente formal, produziu cedo uma técnica racional, mas especificamente substantiva, de procedimento inquisitorial. [...] ela precisa operar ex officio [...]". Tradução livre de: The main influence of the Canon law lay in the field of procedure. In contrast with the formalist proof of a secular procedure based upon the adversary principle, the striving of all theocratic justice for substantive rather than merely formal truth produced quite early a rational but specifically substantive technique of inquisitorial procedure. […] It has to operate ex officio […]" [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 830].

[216] No caso do direito irracional, como dito, esse procedimento reclamava o uso da formula adequada para permitir a solução da disputa. Ver WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 759.

[217] Segundo Habermas, "[…] Weber interpreta as qualidades formais do direito desde a perspectiva interna da evolução jurídica como resultado de um processo de racionalização". Tradução livre de: "[…] Weber interpreta las cualidades formales del derecho desde la perspectiva interna de la evolución jurídica como resultado de un proceso de racionalización" [HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 562].

[218] TRUBEK, David M. Max Weber on Law and the Rise of Capitalism. *Yale Law School Legal Scholarship Repository,* New Haven, n.4001, p. 720-753, 1972, p. 729. Tradução livre de: "the extent to which a system is formal, and the extent to which it is rational. If these terms are analyzed, one finds that 'formality' can be considered to mean 'employing criteria of decision intrinsic to the legal system' and thus measures the degree of systemic autonomy, while 'rationality' means 'following some criteria of decision which is applicable to all like cases' and thus measures the generality and universality of the rules employed by the system". No mesmo sentido, Fariñas Dulce reconhece o caráter "intersistemático" da tensão formalidade/materialidade, afirmando que a distinção decorreria da utilização ou não de critérios próprios do sistema jurídico [FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 218]. Contudo, afirma que "o par conceitual racionalidade/irracionalidade implica uma perspectiva 'extrassistemática', ou incluso, analisada desde o ponto de vista dos destinatários e usuários da ordem jurídica, 'intersubjetiva', quando reflita o maior ou menor grau de previsibilidade e calculabilidade das decisões jurídicas formuladas por um determinado

A perspectiva de Trubek quanto à tipologia weberiana representa o critério mais coerente para distinguir entre a "essência" das normas jurídicas em diferentes contextos ou ordenamentos jurídicos,[219] tal como preconizado neste trabalho. Efetivamente, a referida perspectiva não analisa o modo de pensamento jurídico, tampouco a efetiva relação do direito com outras instâncias – políticas e econômicas – que podem influenciar no processo de racionalização; mas evidencia o referencial intrínseco ao direito utilizado para classificá-lo de acordo com as disjuntivas racional-irracional e formal-material.

A partir desse referencial é possível analisar o crescente e inevitável conflito,[220] identificado por Weber, entre racionalidade formal e racionalidade material no direito moderno.[221]

2.2.2 Racionalidade formal e racionalidade material

Ainda que se acredite que não mais prevalece a concepção do direito como "[...] um complexo de 'normas' logicamente consistente e sem lacunas esperando para ser aplicado [...]",[222] é inquestionável sua influência no direito positivo: a noção de código, a

---

sistema jurídico". Tradução livre de: "la pareja conceptual racionalidad/irracionalidad implica una perspectiva 'extrasistemática', o incluso, analizada desde el punto de vista de los destinatarios y usuarios del orden jurídico, 'intersubjetiva', en cuanto refleja el mayor o menor grado de previsibilidad y calculabilidad de las decisiones jurídicas formuladas por un determinado sistema jurídico" [FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 217-218]. No entanto, essa perspectiva é apenas parcialmente correta: ela ignora que a racionalidade se caracteriza pela existência de normas gerais, das quais pode ser consequência uma maior previsibilidade do direito em função do suposto comportamento racional de determinados atores. Desse modo, o critério, também nesse caso, é interno e se refere à generalidade das normas empregadas.

[219] Weber se refere ao interesse, como objeto de sua sociologia, na observação da extensão e da "natureza" (formal ou material) da racionalização do direito. Em última instância é essa finalidade que é capaz de assegurar uma maior coerência a sua tipologia.

[220] Sobre a noção de conflito em Weber, ver WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 38-40. Weber afirma que a noção de conflito pode ser utilizada para se referir a relações sociais em um sentido metafórico, na medida em que essas relações decorrem de ações individuais dotadas de sentido. São essas ações que seriam orientadas intencionalmente contra a resistência de outros atores. É nesse sentido que deve ser compreendida a tensão, apontada por Weber, entre racionalidade formal e material. Um exemplo disso é a afirmação de que "[...] princípios formais e substantivos de justiça [...] podem entrar em conflito entre si mesmo quando seus respectivos protagonistas pertencem a uma mesma classe social" (grifou-se). Tradução livre de: "[...] the formal and substantive principles of justice [...] may clash with one another even where their respective protagonists belong to one and the same social class" [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 893].

[221] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 893.

[222] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 855. Tradução livre de: "[...] a logically consistent and gapless complex of 'norms' waiting to be 'applied' […]".

pretensão de completude, a vedação ao *non liquet*, a solução de conflitos entre regras, etc., ilustram a preponderância de características afeitas a essa concepção.[223] De fato, o direito, ainda que tenha recebido diversos influxos de racionalidade material desde o Código de Napoleão,[224] permanece sendo essencialmente formal no sentido weberiano.[225] Assim, conquanto o sistema jurídico recepcione determinadas demandas substantivas, ele se torna cada vez mais técnico, um domínio de especialistas,[226] sem que essas demandas consigam de qualquer modo reverter esse processo.[227]

---

[223] Nesse sentido, sobre aquilo que Habermas, inspirado em Weber, denomina de mudança de paradigma, representando a "materialização" do direito formal: "não teria havido, nesse sentido, a anulação do sistema de direitos próprio do Estado liberal, mas a necessidade de reinterpretação do mesmo sistema segundo um novo paradigma explicativo. Por outro lado, houve inovação, na prática, do ordenamento jurídico vigente com a introdução dos direitos sociais na forma de novas categorias normativas. E – no plano da dogmática jurídica – tais categorias passam também a exigir do operador do direito novas formas interpretativas capazes de dar um sentido normativo logicamente correto ao ordenamento jurídico vigente" [NADAI, Bruno; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Paradigmas de Direito: compreensão e limites. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). *Direito e Democracia:* um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 274-275]. Ver também HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I:* racionalidad de la acción y racionalización social. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 4 ed. Madrid: Taurus, 1999, p. 335 e ss; SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 98-99.

[224] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 882 e ss. Habermas se refere a um "giro social do direito" ou "mudança de paradigma do direito": "[…] um processo em cujo curso uma compreensão instrumental do direito, assentada sobre uma ideia de justiça articulada em termos de Estado Social, encobriu, deslocou e finalmente substituiu o modelo liberal de direito". Tradução livre de: "[…] un proceso en cuyo curso una comprensión instrumental del derecho, asentada sobre una idea de justicia articulada en términos de Estado Social, recubrió, desplazó y finalmente relevó al modelo liberal del derecho" [HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 471].

[225] Como explica Habermas, "[…] a mudança de forma do direito, que se produz no Estado social, de modo algum tem por que destruir as qualidades formais do direito, entendidas estas em um sentido lato". Tradução livre de: "[…] el cambio de forma del derecho, que se produce en el Estado social, en modo alguno tiene por qué destruir las cualidades formales del derecho, entendidas éstas en un sentido lato" [HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 562]. Ademais, é de se notar que além do positivismo jurídico, também a hermenêutica jurídica e o realismo jurídico podem ser vistos como propostas que superam a fundamentação do direito natural racional para o direito positivo. As duas últimas são perspectivas de análise que contrariam premissas teóricas de um direito capaz de regular sua própria aplicação, especialmente a ideia de uma lógica interna. Nenhuma delas, contudo, implica a superação do modelo de direito positivo vigente; partem fundamentalmente dele para analisar a questão da aplicação do direito [HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p.268-272]. Desse modo, como aponta Habermas, continua havendo um interesse pela unitariedade do direito: "o tribunal há de decidir cada caso particular protegendo a coerência da ordem jurídica em conjunto". Tradução livre de: "el tribunal ha de decidir cada caso particular protegiendo la coherencia de orden jurídico en conjunto" [HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 309]. Essa pretensão é um dos elementos mais caros a um direito racional formal na perspectiva weberiana.

[226] Como explica Fariñas Dulce: "Quanto mais racional e formal é o sistema jurídico, isto é, quanto mais técnico, especializado e abstrato é, se produz também um maior afastamento e desconhecimento daquele por parte dos indivíduos, que são, em definitivo, os usuários do sistema lhes proporciona, maior dificuldade encontram para realizar suas ações conforme um comportamento racional segundo fins (*Zueckrationalität*)".

Desse modo, referir-se às categorias racionalidade formal e racionalidade material para analisar o direito contemporâneo significa, reconhecendo e pressupondo que os sistemas jurídicos ocidentais se caracterizam por uma racionalidade preponderantemente formal, procurar identificar tensões no interior dos sistemas jurídicos causadas por influxos de materialidade.[228] Não é diferente com relação ao processo civil e ao direito concorrencial brasileiros, cujas racionalidades serão examinadas, a partir desse pressuposto, nos capítulos 3 e 4.

Para Weber, o conflito entre as racionalidades formal e material – contrapondo o formalismo abstrato que busca a certeza jurídica ao desejo de garantir objetivos materiais e extrajurídicos – é inevitável e insolúvel.[229] Além disso, esse conflito se acentua com a tendência do formalismo de matiz positivista de se referir apenas a aspectos intrínsecos ao direito.[230]

Assim, enquanto a racionalidade formal se fundamenta na distinção entre fatos juridicamente relevantes e irrelevantes, a racionalidade material do direito costuma se desenvolver a partir de características factuais concretas.[231] A partir dessa perspectiva, os fatos não são submetidos a um critério claro de relevância jurídica – o que impede um maior grau de abstração e sistematização lógica das normas.[232] Nesse sentido, o direito racional material, em contraposição ao formal, não considera apenas "as características unívocas gerais dos fatos": as características relevantes dos fatos dependem das

---

Tradução livre de: "Cuanto más racional y formal es el sistema jurídico, es decir, cuanto más técnico, especializado y abstracto es, se produce también un mayor alejamiento y desconocimiento de aquél por parte de los individuos, que son, en definitiva, los usuarios del sistema les proporciona, mayor dificultad encuentran para realizar sus acciones conforme a un comportamiento racional según fines (*Zueckrationalität*)" [FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 229].

[227] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 895.

[228] Essa é a tônica do último capítulo da sociologia do direito em Economia e Sociedade quando Weber, ao analisar as qualidades formais do direito moderno se dedica também a analisar as tendências antiformais. Ver WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 880 e ss.

[229] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 811.

[230] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 657.

[231] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 655.

[232] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 657.

particularidades do caso concreto, a partir do qual a atenção a imperativos éticos ou máximas políticas pode ser verificada.[233]

Assim, a racionalidade material, ainda que se caracterize pela generalidade, não é capaz de atingir "[...] aquele nível mais alto de precisão jurídica formal, que maximizaria as chances de uma correta previsão das consequências jurídicas e de uma sistematização racional de direito e de procedimento".[234] Por isso, nas palavras de Weber, "[…] um amontoado de deveres éticos e legais, exortações morais e comandos legais sem explicitação formalizada [...] resulta [em] um tipo de direito particularmente informal".[235] Desse modo, a materialidade do direito, ainda que não impeça a formulação de preceitos gerais, e de preceitos mais específicos a partir de analogias decorrentes dos casos concretos, é avessa à sistematização e à coerência interna tão caras ao formalismo jurídico.

Esse contraste também se evidencia em relação ao modo de pensamento jurídico: a racionalidade material volta-se a objetivos externos ao direito, e não à criação de um sistema jurídico lógico;[236] a racionalidade formal envolve um "[…] desejo cego por consistência lógica",[237] resultando na "mais alta medida de racionalidade metodológica e racional"[238] a partir de cinco postulados:

> […] primeiro, que toda decisão jurídica concreta seja a "aplicação" de uma proposição legal abstrata a uma "situação fática" concreta; segundo, que seja possível em todos os casos concretos derivar o direito aplicável de proposições jurídicas abstratas por meio da lógica jurídica; terceiro, que o direito constitua, realmente ou virtualmente, um sistema de proposições jurídicas "sem lacunas", ou, ao menos, que seja tratado como se fosse um sistema sem lacunas; quarto, que aquilo que não pode ser racionalmente "construído" em termos jurídicos seja também legalmente irrelevante; e quinto, que toda ação social de seres humanos deva ser sempre vista como "aplicação" ou "execução" de proposições jurídicas, ou como uma "infração" delas, uma vez que a ausência de lacunas do sistema

---

[233] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 657. Ver também WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 763.

[234] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 810. Tradução livre de: "[...] that highest degree of formal juridical precision which would maximize the chances for the correct prediction of legal consequences and for the rational systematization of law and procedure".

[235] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 810. Tradução livre de: "[...] a featureless conglomeration of ethical and legal duties, moral exhortations and legal commandments without formalized explicitness [...] result [in] a specially non-formal type of law".

[236] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 789-790.

[237] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 789. Tradução livre de: "[...] blind desire for logical consistency".

[238] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 657. Tradução livre de: "[...] highest measure of methodological and logical rationality [...]".

> jurídico deve resultar em uma "ordenação jurídica" sem lacunas de toda conduta social.[239]

Ademais, sob o prisma processual, a racionalidade material se volta à busca da "verdade material", afastando-se de regras formais em matéria de prova[240] – tal como ocorre no processo inquisitorial.[241] Diferentemente, a racionalidade formal se caracteriza pela adoção de modos "racionais" de prova, capazes de reduzir o conflito a uma disputa de litigantes e de permitir que as decisões sejam resultado de "derivação lógica".[242] Nesse caso, também a liberdade das partes, em sentido formal, é plena: a promoção da demanda é responsabilidade das partes e não do Estado, cabendo-lhes agir apenas por própria iniciativa, sem que o juiz possa compeli-las a nada.[243]

---

[239] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 657-658. Tradução livre de: "[…] first, that every concrete legal decision be the 'application' of an abstract legal proposition to a concrete 'fact situation'; second, that it must be possible in every concrete case to derive the law from abstract legal propositions by means of legal logic; third, that the law must actually or virtually constitute a 'gapless' system of legal propositions, or must, at least, be treated as if it were such a gapless system; fourth, that whatever cannot be 'construed' rationally in legal terms is also legally irrelevant; and fifth that every social action of human beings must always be visualized as either an 'application' or 'execution' of legal propositions, or as an "infringement" thereof, since the "gaplessness" of the legal system must result in a gapless "'legal ordering" of all social conduct". A partir de uma perspectiva mais contemporânea, mas no mesmo sentido, explica Habermas: "os especialistas em direito velam pelo 'formalismo do direito' em ao menos três aspectos. A configuração sistemática de um *corpus* de proposições jurídicas, claramente analisado, introduz primeiro, no conjunto das normas vigentes, uma ordem pelo qual esse conjunto resulta abarcável e controlável. Segundo, a forma da lei abstrata e geral, nem cortada à medida de contextos particulares, nem dirigida a determinados destinatários, dá ao sistema jurídico uma estrutura unitária. E terceiro, a vinculação da Justiça e da Administração à lei garante uma aplicação desta suscetível de cálculo, atida a regras procedimentais, e também uma implementação confiável dessas leis. Os desvios a esse modelo liberal podem ser entendidos, então, como redução das qualidades formais do direito". Tradução livre de: "los expertos en derecho velan por el 'formalismo del derecho' por lo menos en tres aspectos. La configuración sistemática de un *corpus* de proposiciones jurídicas claramente analizado introduce, primero, en el conjunto de las normas vigentes un orden por el que ese conjunto resulta abarcable y controlable. Segundo, la forma de la ley abstracta y general, ni cortada a la medida de contextos particulares, ni tampoco dirigida a determinados destinatarios, da al sistema jurídico una estructura unitaria. Y tercero, la vinculación de la justicia y la Administración a la ley garantiza una aplicación de ésta susceptible de cálculo, atenida a reglas procedimentales, y asimismo una implementación fiable de esas leyes. Las desviaciones respecto de este modelo liberal pueden entenderse entonces como merma de las cualidades formales del derecho" [HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 538].

[240] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 844.

[241] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 830.

[242] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 812.

[243] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 812.

Em suma, de um lado, o "formalismo jurídico habilita o sistema jurídico a operar como uma máquina técnica e racional",[244] garantindo uma maior previsibilidade quanto ao direito:[245] o "procedimento se torna um tipo específico de contestação pacífica, vinculado a 'regras do jogo' determinadas e invioláveis".[246] De outro, tendências antiformais demandam que o direito seja "[...] mais do que um mero meio de pacificar conflitos de interesses".[247] Nesse contexto, segundo Schluchter, podem ser identificados dois movimentos antiformais em relação ao direito positivo:

> 1. uma crítica interna da racionalidade formal legal, que indica as lacunas do direito positivo, nega sua unidade sistemática, duvida da maneira pela qual a teoria positivista encara a racionalidade do direito – em suma, confronta o positivismo legal com a demanda de que a jurisprudência aceite um 'fundamento sociológico'; e 2. uma crítica externa, que expõe o direito técnico e a crença na legalidade formal à pressão de 'postulados morais com carga emocional' e a interesses de classe materiais.[248]

Nessa linha de entendimento, nota-se que, internamente, o direito formal demanda uma crença "[...] na sacralidade do formalismo legal puramente objetivo [...]"; "[...] no valor da legalidade formal como tal [...]", do modo como foi teoricamente elaborada por Kelsen, "[…] com a ideia de um monismo jurídico, a unidade e a consistência do sistema legal, e a assunção do fato concreto pela regra geral".[249] Essa perspectiva, porém, passa a

---

[244] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 811. Tradução livre de: "juridical formalism enables the legal system to operate like a technical rational machine".

[245] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 811.

[246] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 811. Tradução livre de: "procedure becomes a specific type of pacified contest, bound to fixed and inviolable 'rules of the game'".

[247] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 894. Tradução livre de: "[...] more than a mere means of pacifying conflicts of interest". Ver também SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 56.

[248] SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 56. Tradução livre de: "1. an internal critique of formal legal reasoning, which points the gaps in positive law, denies its systematic unity, doubts the manner in which positivist theory views the rationale of law – in brief, confronts legal positivism with the demand that jurisprudence accept a 'sociological foundation'; and 2. an external critique, which exposes technical law and the belief in formal legality to the pressure of 'emotionally charged moral postulates' and material class interests".

[249] SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 56. Tradução livre, respectivamente, de: "[...] in the sacredness of purely objective legal formalism [...]"; "[...] in the value of formal legality as such [...]"; "[...] with the idea of juristic monism, the unity and consistency of the legal system, and the assumption of the concrete fact under the general rule". Treiber sugere que Weber, em sua sociologia do direito, realizaria contrariaria seu método e realizaria julgamento de valor, preferindo o formalismo jurídico a outros modos de

encontrar resistência entre os próprios juristas, que não se satisfazem com a ideia de operar como máquinas de processamento de fatos e produção de decisões ou opiniões. Trata-se de uma demanda por criatividade judicial e pelo reconhecimento de que lacunas são inevitáveis, "[...] que em inúmeras instâncias a aplicação dos estatutos como 'interpretados' é uma ilusão, e que a decisão é, ou deve ser, feita à luz de avaliações concretas, em lugar de em conformidade com normas formais".[250] Para Weber, essa representa uma demanda dos juristas na medida em que se sentem ameaçados, em seu sentimento de poder e importância intelectual, pelo crescente avanço de um direito positivo racional formal.[251]

Desde uma perspectiva externa, a tensão entre racionalidade formal e material se manifesta tanto a partir de demandas por justiça material como em relação à disparidade entre o tratamento lógico-jurídico de determinadas situações e a expectativa das pessoas envolvidas.

Quanto às primeiras, Weber afirma, em diversas passagens, que um direito racional formal tende a não atender certas demandas e ideologias, na medida em que por meio da igualdade formal se pretende legitimar desigualdades materiais.[252] Segundo o autor, por causa da adoção de uma racionalidade formal, tanto em relação ao direito material quanto em relação ao direito processual:

> [...] o juiz não consegue cumprir a missão de realizar, de forma ótima, demandas substantivas de caráter político, ético ou afetivo, por meio de uma adjudicação que pudesse efetivar considerações concretas de conveniência ou equidade em casos individuais. A justiça formal garante a liberdade máxima às partes interessadas para representar interesses jurídicos formais. Mas, por causa da distribuição desigual de poder econômico, que o sistema da justiça formal legaliza, essa mesma liberdade acaba, repetidamente, produzindo consequências contrárias aos postulados substantivos da ética religiosa ou da conveniência política.[253]

---

pensamento jurídico [TREIBER, Hubert. Max Weber and Eugen Ehrlich: On the Janus-headed Construction of Weber's Ideal Type in the Sociology of Law. *Max Weber Studies,* London, v.8, n.2, p. 225-246, jul. 2008].

[250] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 886. Tradução livre de: "[…] that in countless instances the application of the statutes as 'interpreted' is a delusion, and that the decision is, and ought to be, made in the light of concrete evaluations rather than in accordance with formal norms".

[251] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 888-889.

[252] Ver WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 812 e 894.

[253] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 812. Tradução livre de: "It is for this very reason that the judge cannot comply with the quest for the optimal realization of substantive demands of a political, ethical or affective character by means of an adjudication which could give effect to considerations of concrete expediency or equity in individual cases. Formal justice guarantees the maximum freedom for the interested

Ainda assim, e apesar de as necessidades capitalistas terem desempenhado um papel decisivo, conquanto indireto, para a racionalização formal do direito,[254-255] essas necessidades também são responsáveis por tendências informais.[256] Afinal, como explica Weber – apontando para o caráter "perspectivista" da noção de racionalidade[257] –, por um lado, "as consequências da construção puramente lógica com frequência sustentam relações muito irracionais ou mesmo imprevisíveis para as expectativas dos interesses comerciais";[258] por outro, "as expectativas das partes são orientadas em direção ao sentido econômico ou quase utilitário de uma proposição jurídica, [o que] do ponto de vista da lógica jurídica […] é um sentido 'irracional'".[259]

---

parties to represent formal legal interests. But because of the unequal distribution of economic power, which the system of formal justice legalizes, this very freedom must time and again produce consequences which are contrary to the substantive postulates of religious ethics or of political expediency".

[254] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 855.

[255] Segundo Weber, a necessidade de certeza jurídica – de um direito "calculável – poderia ser atingida do mesmo modo, ou até melhor, por uma jurisprudência empírica formal quanto por um ordenamento jurídico sem lacunas. WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 855.

[256] Ver, WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 894.

[257] Como explica Stephen Kalberg: "Assim, não existe um agrupamento absoluto de valores 'racionais' como um conjunto de 'padrões' perenes para 'o racional' e para processos de racionalização. [...] Da mesma forma, o 'irracional' não é fixo e intrinsecamente 'irracional', mas resulta da incompatibilidade ideal-típica de uma constelação de valores final com outra". Tradução livre de: "Thus, no absolute array of 'rational' values exists as a set of perennial "standards" for "the rational" and for rationalization processes. […] Similarly, the "irrational" is not fixed and intrinsically "irrational" but results from the ideal-typical incompatibility of one ultimate constellation of values with another" [KALBERG, Stephen. Max Weber's types of rationality: cornerstones for the analysis of rationalization processes in history. *The American Journal of Sociology*, Chicago, v.85, n.5, p. 1145-1179, mar. 1980, p. 1155]. Não obstante, como explica Martin Albrow: "Claro que houve a dificuldade de que o que era racional de um ponto de vista poderia não ser de outro, mas, olhando o conjunto, o crescimento da racionalidade foi tão óbvio quanto o crescimento da indústria ou a ascensão do estado moderno". Tradução livre de: "Of course there was the difficulty that what was rational from one point of view might not be from another but, looked at in the round, the growth of rationality was as obvious as the growth of industry or the rise of the modern state" [ALBROW, Martin. The application of the weberian concept of Rationalization to Contemporary conditions. In: WHIMSTER, Sam; LASH, Scott (Eds.). *Max Weber, Rationality and Modernity.* 2 ed. Oxfordshire: Routledge, 2006, p. 164-182, p. 165]. Sobre o caráter perspectivista ou relacional da noção de racionalidade ver RUANO DE LA FUENTE, Yolanda. *Racionalidad y conciencia trágica*: la modernidad según Max Weber. Madrid: Editorial Trotta, 1996, p. 89 e ss; NORKUS, Zenonas. Max Weber's interpretative sociology and rational choice approach. *Rationality and society,* London, p. 259-282, v.12(3), 2000, p. 265-266.

[258] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 855. Tradução livre de: "the consequences of the purely logical construction often bear very irrational or even unforeseen relations to the expectations of the commercial interests".

[259] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 885. Tradução livre de: "the expectations of the parties are oriented towards the economic or the almost utilitarian meaning of a legal proposition [that] from the point of view of legal logic […] is an 'irrational' one".

Mesmo que, segundo a tipologia weberiana, essas tendências informais pudessem ser classificadas juntamente com postulados de justiça e dignidade humana,[260] as repercussões de ambas na estrutura do direito se revelaram a tal ponto distintas que se justifica a construção de uma nova tipologia.[261] Diante disso, a questão que se coloca, então, e que interessa diretamente à tese é como construir uma tipologia adequada ao direito contemporâneo, que seja capaz de identificar tensões e tendências presentes no processo civil e direito concorrencial brasileiros. A essa tarefa se dedica o próximo subcapítulo.

2.2.3 Da tipologia de Weber a uma tipologia contemporânea

Este tópico parte da percepção de que "a ordem jurídica moderna não só existe em tensão com outras ordens da sociedade, mas também é governada por um direito que, por si só, é conduzido a partir de tensões".[262-263] Diante disso, o desafio é, justamente, identificar as tendências e tensões existentes no direito concorrencial e processual contemporâneos. Para enfrentá-lo, decidiu-se conceber uma tipologia não com a pretensão

---

[260] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 886.

[261] Sob a rubrica de tendências antiformais para Weber são reunidas tendências múltiplas que tem em comum apenas o fato de que rejeitam o pressuposto de consistência e ausência de lacunas da ordem jurídica [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, 888-889]. Ver também, KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1052 e ss. Weber reconhece o caráter contraditório dessas tendências, mas isso não é refletido na sua tipologia [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 888].

[262] SCHLUCHTER, Wolfgang. The Sociology of Law as an Empirical Theory of Validity. *Journal of Classical Sociology,* London, v.2, n.3, p. 257-280, nov. 2002. Disponível em: https://doi.org/10.1177/1468795X02002003194. Acesso em: 20 ago. 2017, p. 273. Tradução livre de: "the modern legal order not only exists in tension with other societal orders, but is also governed by an idea of law that in itself is tension-ridden" Nesse sentido, explica Schluchter: "[...] o direito contemporâneo é principalmente o resultado de um processo de racionalização *formal* na aplicação do direito (*Rechtsfindung*) que produz, como contramovimento dialético, por assim dizer, a demanda por uma racionalização substantiva do direito pelas partes juridicamente interessadas". Tradução livre de: "[...] contemporary law is primarily the result of a process of *formal* rationalization in adjudication and lawfinding (*Rechtsfindung*) that produces, as a dialectical counter-movement, so to speak, the demand for a substantive rationalization of law on the part of the legal interest parties" [SCHLUCHTER, Wolfgang. The Sociology of Law as an Empirical Theory of Validity. *Journal of Classical Sociology,* London, v.2, n.3, p. 257-280, nov. 2002. Disponível em: https://doi.org/10.1177/1468795X02002003194. Acesso em: 20 ago. 2017, p. 273].

[263] Ainda que se refira a irracionalidades materiais, Martin Albrow também reconhece a existência de fatores compensatórios e contraditórios no processo de racionalização em decorrência de valores conflitantes [ALBROW, Martin. The application of the weberian concept of Rationalization to Contemporary conditions. In: WHIMSTER, Sam; LASH, Scott (Eds.). *Max Weber, Rationality and Modernity.* 2 ed. Oxfordshire: Routledge, 2006, p. 164-182, p. 182].

de propor uma teoria geral da racionalidade no âmbito do direito, mas apenas de, tal como sugere Albrow "[...] permitir a revelação gradual de um conceito de racionalidade já incorporado na vida institucional [...]".[264] Desse modo, o objetivo deste subcapítulo é, apenas, identificar de modo típico-ideal as distintas "formas de racionalidade" que serão utilizadas para analisar o processo civil e o direito concorrencial contemporâneos.

Para a realização desse objetivo, ainda que os tipos ideais weberianos sejam o ponto de partida, foi preciso avançar em relação a eles com o fim de contemplar as tendências atuais do direito. Isso porque, apesar da prospecção feita por Weber de que ocorreria um processo inevitável e contínuo de avanço da racionalidade formal, houve o surgimento de duas outras racionalidades que modificaram o modo como a dicotomia formal-material, examinada no tópico anterior, havia sido pensada na teoria weberiana. Assim, fez-se necessário reinterpretar os tipos weberianos à luz das tendências atuais do direito, uma vez que os tipos ideais de Weber "foram todos concebidos para estabelecer uma narrativa específica de uma progressão histórica que terminou no presente da Europa continental de 1900".[265]

Os tipos ideais weberianos de racionalidade formal e material são o ponto de partida para examinar, respectivamente, a menor ou maior receptividade do sistema jurídico a valores extrínsecos. No entanto, como visto no subcapítulo anterior, o conflito entre essas racionalidades (i) se verifica, no direito contemporâneo, em um contexto

---

[264] ALBROW, Martin. The application of the weberian concept of Rationalization to Contemporary conditions. In: WHIMSTER, Sam; LASH, Scott (Eds.). *Max Weber, Rationality and Modernity.* 2 ed. Oxfordshire: Routledge, 2006, p. 164-182, p. 173. Tradução livre de: "[…] to permit the gradual eliciting of a concept of rationality as already embedded in the institutional life of the modern world".

[265] KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1046. Tradução livre de: "were all designed to set up a particular historical narrative progression ending in the Continental present of 1900". Como explica o autor: "A dimensão da filosofia da história é sobre como a Europa continental ocidental e apenas ela, chegaram (a) à separação acentuada da produção e aplicação do direito, (b) na visão de que o processo legislativo é um processo secular através do qual um estado que reivindica o monopólio do exercício legítimo da força, decreta normas jurídicas válidas como compromissos de interesses conflitantes (positivismo jurídico), e (c) na prática de elaboração e aplicação das normas (*lawfinding*) por meio da LFR [racionalidade 'logicamente' formal], isto é, por meio da elaboração lógica do significado do sistema normativo como um todo, excluindo todos os elementos da racionalidade substantiva (para não falar de elementos irracionais de vários tipos)". Tradução livre de: "The philosophy of history dimension is about how the West of the European Continent, and only the West of the European Continent, arrived (a) at the sharp separation of lawmaking and lawfinding, (b) at the view that lawmaking is a secular process through which a state claiming the monopoly of the legitimate exercise of force enacts valid legal norms as compromises of conflicting interests (legal positivism), and (c) at the practice of elaboration and application of the norms (lawfinding) through LFR, that is through the logical elaboration of the meaning of the norm system taken as a whole, excluding all elements of substantive rationality (not to speak of irrational elements of various kinds)" [KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1046].

formal;[266] e (ii) precisa ser redefinido a partir de tensões identificadas em relação às diferentes "tendências antiformais" apontadas por Weber.

De início, é preciso reconhecer o papel da racionalidade formal, ainda presente, de submeter a ordem social a uma regulação pelo direito, constituído como meio técnico, coerente e racional, conquanto resultante da composição de diferentes interesses.[267] Contudo, na medida em que a coerência interna do direito passa a ser perseguida como um fim em si mesmo, surgem movimentos exteriores ao direito (e também de juristas), voltados à recepção de ideais jurídicos substantivos (racionalidade material).[268]

Esses movimentos eram tratados por Weber, em conjunto, como contrários à racionalidade formal do direito e, por esse motivo, ele os denominava genericamente de tendências antiformais. [269] Entretanto, Weber alocava todas essas tendências, indistintamente, no âmbito da racionalidade material – que, assim concebida, contemplava

---

[266] SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 114. Exemplo disso é o fato de que a tipologia de ouvidorias elaborada por Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes, utilizando recursos metodológicos similares aos empregados nessa tese, sempre se refere à racionalidade preponderante dos modelos como formal: formal, formal-material e formal-instrumental [CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional. 2000. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000, p. 352-359].

[267] Para Weber, com a destruição de "toda possibilidade de conferir ao direito uma dignidade metafísica em virtude de suas qualidades imanentes [...] foi desmascarada [...] como o produto ou o meio técnico de um compromisso entre interesses conflitantes" Tradução livre de: "all possibility of providing the law with a metaphysical dignity by virtue of its immanent qualities […] has been unmasked […] as the product or the technical means of a compromise between conflicting interests" [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 874-875].

[268] Ver WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 873-876. Tradução livre de: "[...] the tendency towards logically abstract law [...]".

[269] Como explica Schluchter: "Weber tende a identificar a legalidade com a racionalização formal pelas razões acima descritas, de modo que a racionalização substancial não parece ser um componente do princípio orientador da legalidade, mas como seu princípio contrário. A racionalização substantiva significa a intrusão de imperativos éticos, pragmatismo utilitário ou máximas políticas na autonomia do aparelho jurídico e administrativo, que funciona como uma 'máquina racional' e, desse modo, proporciona aos cidadãos 'um relativo máximo de liberdade e aumenta grandemente para eles as possibilidades de prever as consequências legais de suas ações'. A racionalização substantiva parece desativar essa máquina. Em comparação com o nível de desenvolvimento alcançado [pelo direito formal], ela produz falta de calculabilidade e, finalmente, 'regressão'. Esta é uma impressão transmitida pela descrição de Weber da dialética da racionalização formal e substantiva sob as condições de dominação legal". Tradução livre de: "Weber tends to identify legality with formal rationalization for the reasons outlined above, so that substantive rationalization appears not as a component of the guiding principle of legality but as its counter principle. Substantive rationalization means the intrusion of ethical imperatives, utilitarian pragmatism or political maxims into the autonomy of the legal and administrative apparatus, which functions as a 'rational machine' and thereby provides to the citizens 'a relative maximum of freedom, and greatly increases for them the possibilities of predicting the legal consequences of their actions' (811). Substantive rationalization appears to disable this machine. Compared to the developmental level achieved, it produces lack of calculability and ultimately 'regression'. This is impression conveyed by Weber's description of the dialectic of formal and substantive rationalization under the conditions of legal domination" [SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 108-109].

uma pluralidade de valores contrapostos. A alternativa encontrada por alguns teóricos contemporâneos, como Habermas e Schluchter, foi tratar a pressão da racionalidade material sobre a formal univocamente: Habermas pela eleição da igualdade fática,[270] e Schluchter pelo reconhecimento da tensão entre mínimo e máximo ético.[271]

Assim, frente à experiência contemporânea, Habermas identifica as tendências antiformais na preponderância de valores afeitos à noção de igualdade fática, a partir dos quais se procura enfrentar as distorções da igualdade formal (racionalidade formal). Afinal, como notara o próprio Weber, o pressuposto da liberdade formal permitia a institucionalização de desigualdades encontradas na realidade empírica.[272]

---

[270] A partir disso, pode-se reconhecer na racionalidade material a pretensão de que o direito seja aplicado a partir de uma ação racional com relação a valores, que tome a igualdade-fática como valor em si mesmo. Como explica Habermas: "Consideradas as coisas normativamente, tanto a "materialização" dos direitos de liberdade vigentes como a nova categoria de direitos concernentes a prestações apenas são objeto de uma *fundamentação relativa*, isto é, de uma fundamentação que se refere, por sua vez, à equidistribuição, absolutamente fundada, das liberdades subjetivas de ação juridicamente protegidas. A "materialização" resulta "de que a liberdade jurídica, isto é, a permissão jurídica de fazer ou omitir algo, carece de valor sem liberdade fática, isto é, sem a possibilidade efetiva de eleger entre o permitido'; ao passo que os direitos a receber prestações sociais têm sua explicação em que "nas condições da moderna sociedade industrial a liberdade fática de um grande número de portadores de direitos fundamentais não tem seu substrato material em um âmbito da vida que eles sejam capazes de controlar", mas sim em um âmbito que essencialmente depende das atividades do Estado". Tradução livre de: "Consideradas las cosas normativamente, tanto la 'materialización' de los derechos de libertad vigentes como la nueva categoría de derechos concernientes a prestaciones sólo son objeto de una *fundamentación relativa*, es decir, de una fundamentación referida, a su vez, a la equidistribución, absolutamente fundada, de las libertades subjetivas de acción jurídicamente protegidas. La 'materialización' resulta 'de que la libertad jurídica, es decir, la permisión jurídica de hacer u omitir algo, carece de valor sin libertad fática, es decir, sin la posibilidad efectiva de elegir entre lo permitido'; mientras que los derechos a recibir prestaciones sociales tienen su explicación en que "en las condiciones de la moderna sociedad industrial la libertad fáctica de un gran número de portadores de derechos fundamentales no tiene su sustrato material en un 'ámbito de la vida que ellos sean capaces de controlar', sino en un ámbito que esencialmente depende de las actividades del Estado" [HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 485.].

[271] SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 114.

[272] Nesse sentido, afirma Weber: "O crescente significado da liberdade contratual e, em particular, de leis permissivas que deixam tudo para um acordo "livre", implica uma redução relativa do tipo de coerção que resulta da ameaça de normas obrigatórias e proibitórias. Formalmente representa, é claro, uma diminuição da coerção. Mas também é óbvio quão vantajoso é esse estado de coisas para aqueles que estão economicamente na posição de fazer uso dessas autorizações. A medida exata em que a quantidade total de "liberdade" dentro de uma determinada comunidade jurídica é realmente aumentada depende, inteiramente, da ordem econômica concreta e, especialmente, da distribuição da propriedade. Em nenhum caso isso pode ser simplesmente deduzido do conteúdo da lei". Tradução livre de: "The increasing significance of freedom of contract and, particularly, of enabling laws which leave everything to 'free' agreement, implies a relative reduction of that kind of coercion which results from the threat of mandatory and prohibitory norms. Formally it represents, of course, a decrease of coercion. But it is also obvious how advantageous this state of affairs is to those who are economically in the position to make use of the empowerments. The exact extent to which the total amount of 'freedom' within a given legal community is actually increased depends entirely upon the concrete economic order and especially upon the property distribution. In no case can it be simply deduced from the content of law" [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 730]. Complementa Weber: "uma ordem jurídica que contém sempre poucas normas obrigatórias e proibitórias e sempre tantas 'liberdades' e

Schluchter, por sua vez, identifica tais tendências antiformais na presença de um componente moral:

> […] o direito contratual também pode reconhecer os postulados morais da dignidade humana e da justiça. Então, o impacto das normas extrajurídicas é grande e o formalismo jurídico é enfraquecido: "Um conceito como coação econômica, ou a tentativa de tratar como imoral e, portanto, inválido, um contrato devido a uma grande desproporção entre as contraprestações, são derivados de normas que, do ponto de vista jurídico, são inteiramente amorfas e que não são nem de caráter jurídico, nem convencional, nem tradicional, mas sim éticas e que reivindicam-como sua legitimação justiça substantiva em lugar da legalidade formal".[273]

Sob essas perspectivas, concebe-se a racionalidade material como uma contraposição à racionalidade formal, na direção de um tratamento normativo compatível com as diferenças encontradas na realidade: "O direito a um trato igual conforme normas que garantam a igualdade jurídico-material".[274] Ambos os autores, portanto, restringem a racionalidade material, para fins de análise do direito contemporâneo à ideia de justiça distributiva. Habermas, por exemplo, ao se referir ao direito ligado ao Estado Social, taxativamente reconhece que este "[...] se orienta exclusivamente pelo problema da justa distribuição das oportunidades vitais socialmente produzidas".[275]

Contudo, a eleição de um valor exclusivo – justiça distributiva (racionalidade material) ou coerência interna (racionalidade formal) – como princípio de fundamentação

---

'permissões' pode, no entanto, em seus efeitos práticos, facilitar um aumento quantitativo e qualitativo não só da coerção em geral, mas, mais especificamente, da coerção autoritária". Tradução livre de: "a legal order which contains ever so few mandatory and prohibitory norms and ever so many 'freedoms' and 'empowerments' can nonetheless in its practical effects facilitate a quantitative and qualitative increase not only of coercion in general but quite specifically of authoritarian coercion" [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 731].

[273] SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 113. Tradução livre de: "[…] contractual law can also recognize the moral postulates of human dignity and justice. Then the impact of extralegal norms is great and legal formalism is weakened: 'Such a concept as economic duress, or the attempt to treat as immoral, and thus invalid, a contract because of a gross disproportion between promise and consideration, are derived from norms which, from the legal standpoint, are entirely amorphous and which are neither juristic nor conventional nor traditional in character but ethical and which claim as their legitimation substantive justice rather than formal legality'." O trecho entre parênteses é de Weber [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 886].

[274] HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 483. Tradução libre de: "el derecho a un trato igual conforme a normas que garanticen la igualdad jurídico-material".

[275] HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 502. Tradução livre de: "el paradigma del derecho ligado al Estado social se orienta exclusivamente por el problema de la justa distribución de las oportunidades vitales socialmente producidas".

pode, como afirmado por Weber em relação à esfera da ação, revelar-se irracional desde uma perspectiva de ações racionais em relação a fins.[276] Assim, quanto mais o direito busca realizar a igualdade formal ou a igualdade material como fins em si mesmos, menos são considerados outros valores que podem ser afetados ou as consequências dessa busca. Não por acaso, Duncan Kennedy reconhece que tanto a racionalidade formal quanto a racionalidade material podem implicar ações racionais com relação a valor: [277] nesse caso, os valores perseguidos por cada uma delas (coerência interna e igualdade material) são tomadas como fins em si mesmos.

A partir disso, é possível compreender com mais clareza o possível antagonismo, apontado por Weber, mas negado por Schluchter, entre os interesses dos agentes de mercado e a racionalidade formal, entre eficiência e certeza jurídica.[278] Como dito, a racionalidade formal do direito reclama não apenas a adoção da coerência interna enquanto princípio de positivação (cognitivo-instrumental) do direito, mas também o reconhecimento de princípios afetos a ela, entre eles a legalidade e a igualdade formal, como elementos de sua própria fundamentação. Por isso, apesar de o direito racional formal tendencialmente atender aos interesses do mercado,[279] a racionalidade do direito e a racionalidade do mercado podem entrar em conflito em diversas instâncias: aquilo que é racional em termos jurídicos pode ser irracional em termos econômicos; e aquilo que é racional em termos econômicos pode ser irracional em termos jurídicos.[280]

De modo a compreender melhor essa relação, como também a possibilidade de ingresso de outros valores extrajurídicos além da justiça distributiva no âmbito do direito, é necessário examinar em que medida as racionalidades formal e material podem, deixando de adotar a igualdade fática ou coerência interna como fins em si mesmos, funcionar de modo racional em relação a fins.[281] A questão que se coloca, então, é: como pode haver

---

[276] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 26.

[277] KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1041.

[278] Ver SCHLUCHTER, Wolfgang. The Sociology of Law as an Empirical Theory of Validity. *Journal of Classical Sociology,* London, v.2, n.3, p. 257-280, nov. 2002. Disponível em: https://doi.org/10.1177/1468795X02002003194. Acesso em: 20 ago. 2017, p. 275. Ver também tópico 2.3.2.

[279] FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 289.

[280] Ver tópico 2.3.2.

[281] Em certa medida, a proposta de tipologia apresentada, inspira-se na afirmação de Schluchter de que: "Para determinar o grau de racionalização das ações, podemos usar a escala que atribuímos a Weber. A ação é mais racional, quanto mais aspectos de ação controla. Quanto mais aspectos ela controla, maior é o grau de liberdade. Ao mudar de meios para fins, os meios são liberados para seleção; na transição do valor concreto

uma "[...] conexão intencionalmente ou instrumentalmente racional do direito com interesses",[282] sem que o direito reclame uma ação racional com relação a valores?[283]

---

para o abstrato, os fins são liberados para seleção, e do valor para conseqüência, os próprios valores se tornam sujeitos à escolha racional. Esta escala pode servir para especificar ainda mais a distinção entre não racional-formal, não racional-material, racional-material e racional-formal, que extraímos da sociologia do direito de Weber. [...] Se a ação é orientada para meios, fins e valores, é racional na medida em que permite essa decisão muito particular. É ao mesmo tempo material, na medida em que está orientada para valores absolutos. Somente se a ação também for orientada para as conseqüências, essa posição absoluta de valores é prejudicada. A ação permanece racional, mas torna-se formal na medida em que ela deve sopesar não apenas os meios em relação aos fins e os fins em relação aos valores, mas também os valores em relação às conseqüências e aos outros valores possíveis. Agora, não há mais um ponto arquimediano para fazer escolhas entre valores conflitantes e colidentes; não há mais uma fundação segura a partir da qual uma base adequada pode ser construída como é o caso de fins concretos conflitantes e colidentes. As decisões não são mais absolutamente, mas apenas relativamente racionais, pois são a conseqüência do exame crítico e sempre podem seguir um curso diferente. Se relacionarmos esses quatro níveis de racionalidade com os dois tipos de ação que são passíveis de racionalização, devemos esperar encontrar duas variantes de ações racionais com relação a fins e de ações racionais com relação a valor, ação substancialmente racional com relação a fins e formalmente racional com relação a fins, por um lado, e ação materialmente racional com relação a valores e formalmente racional com relação a valores, por outro [...]". Tradução livre de: "In order to determine the degree of rationalization of actions we can use the scale that we attributed to Weber. Action is more rational, the more action aspects it controls. The more aspects it controls, the greater is the degree of freedom. In moving from means to ends, the means are freed for selection; in the transition from concrete to abstract value, the ends are freed for selection and from value to consequence the values themselves become subject to rational choice. This scale can serve to further specify the distinction between nonrational-formal, nonrational-substantive, rational-substantive and rational-formal, which we extracted from Weber's sociology of law. […] "If action is oriented toward means, ends and values, it is rational insofar as it permits this very particular decision. It is at the time substantive insofar as it is oriented toward absolute values. Only if action is also oriented toward the consequences is this absolute position of values undermined. Action then remains rational, but it becomes formal insofar as it must weigh not only the means against the ends and the ends against the values, but also the values against the consequences and other possible values. Now there is no longer an Archimedian point for making choices between conflicting and colliding values; there is no longer a safe foundation from which an adequate ground can be established as is true of conflicting and colliding ends. Decisions are no longer absolutely but only relatively rational, for they are the consequence of critical examination and can always take a different course. If we link these four levels of rationality with the two types of action that are amenable to rationalization, we should expect to find two variants of instrumentally and value-rational action, substantively instrumental and formally instrumental action, on the one hand, and substantively value-rational and formally value-rational on the other […]" [SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 130-131]. Note-se que se optou por traduzir "instrumentally-rational action" como ação racional com relação a fins, preservando a tradução clássica da terminologia weberiana em português. Também relacionando a sociologia do direito e os quarto tipos de ação, ainda que de forma bastante distinta da proposta na tese, ver CHAUDHRY, Faisal. The promise and paradox of Max Weber's legal sociology: the categories of legal thought as types of meaningful action and the persistence of the problem of judicial legislation. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, v.20, p. 249-287, 2011.

[282] LASH, Scott. Modernity or Modernism? Weber and contemporary social theory. In: WHIMSTER, Sam; LASH, Scott (Eds.). *Max Weber, Rationality and Modernity.* 2 ed. Oxfordshire: Routledge, 2006, p. 355-377, p. 373. Tradução livre de: "[...] purposively or instrumentally rational connection of law with interests". Segundo Lash, as normas e os sistemas jurídicos podem ser racionais em relação a fins de diversas maneiras, servindo de modo instrumental a interesses nacionais, de classe ou individuais [LASH, Scott. Modernity or Modernism? Weber and contemporary social theory. In: WHIMSTER, Sam; LASH, Scott (Eds.). *Max Weber, Rationality and Modernity.* 2 ed. Oxfordshire: Routledge, 2006, p. 355-377, p. 373]. No entanto, ao contrário do que poderia parecer inicialmente, essa perspectiva não sustenta que o direito racional formal e o direito racional material podem ser racionais em relação a fins. De fato, para o autor, o direito racional formal seria sempre contrário à conexão instrumental do direito com valores extrajurídicos, que serviriam, tal qual uma norma fundamental, "[...] como um princípio orientador para todo o sistema de regras legais" Tradução livre de: "[...] as a guiding principle for the entire system of legal rules […]" [LASH, Scott. Modernity or Modernism? Weber and contemporary social theory. In: WHIMSTER, Sam; LASH, Scott (Eds.). *Max*

Trata-se de uma questão relevante porque permite compreender como a racionalidade formal pode formalizar valores extrajurídicos, e como a racionalidade material pode ser internalizada sem perseguir nenhum valor como fim em si mesmo. Sustenta-se que a resposta a essa indagação é possível de duas formas: (i) por meio da materialização da racionalidade formal, na medida em que o direito adote como critério para conferir coerência interna ao ordenamento jurídico um referencial a necessidades externas ao direito; (ii) a partir da formalização da racionalidade material, quando criam-se dentro do direito espaços para o ingresso de valores extrajurídicos sem que se exija de nenhum deles a realização em termos absolutos.

Ainda que a racionalidade formal tenha como fundamento seus próprios atributos, isso não impediu Weber de reconhecer que a ausência de qualquer sacralidade no conteúdo do direito formal permitiria sua constante transformação à luz de considerações de conveniência.[284] Desse modo, o desenvolvimento do direito como um aparato técnico-racional não impede que elementos externos sejam internalizados, conferindo ao direito coerência em um sentido formal, ao mesmo tempo em que amplia seu caráter instrumental. Para tanto, esse critério precisa ser capaz de permitir, no dizer de Weber, que "apenas características unívocas dos fatos sejam consideradas".[285] Em outras palavras, esse critério pode ser externo ao direito, desde que seja formal.

Weber, Rationality and Modernity. 2 ed. Oxfordshire: Routledge, 2006, p. 355-377, p. 373]. Essa perspectiva, ademais, é reforçada pelo fato de que Lash se refere à jurisprudência dos interesses citando Ihering e não outro autor em que a ideia de considerar interesses conflitantes estivesse mais presente, como Heck [sobre o tema, ver KENNEDY, Duncan. A transnational genealogy of proportionality in Private Law. In: BROWNSWORD, Roger et al (Eds.). *The foundations of European Private Law*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2011, p. 194 e ss]. Assim, por mais que Lash inicialmente se refira à ação racional com relação a fins, utiliza suas ideias para comparar "duas noções de direito" que são contraditórias porque, na verdade, fundam-se em valores distintos perseguidos como fins em si mesmos, tal como examinado acima. Ainda que seja possível reconhecer uma contradição entre "duas noções de direito", entre racionalidade formal e material, a explicação de Lash se funda em um duplo equívoco: (i) ignorar que o direito formal, segundo Weber, foi desmascarado como um meio de compor interesses conflitantes; (ii) supor que se o direito procura atender a um valor como norma, um princípio substancial que lhe serve como guia, está-se diante de uma ação racional com relação a fins e não com relação a valores.

[283] A distinção entre ações racionais com relação a valores ou a fins costuma ser feita na literatura secundária definindo valor como "fim em si mesmo". De modo mais claro Schluchter prefere a distinção entre valores de êxito e valores próprios, ou valores instrumentais ou valores em si. Segundo essa perspectiva, a ação racional em relação a fins, voltada ao êxito, consiste em "uma ação que visa maximizar preferências e que se orienta por regras de prudência e imperativos hipotéticos"; e a ação racional com relação a valores, em "uma ação de acordo com máximas normativas que se orienta por mandamentos e por regras imperativas" [SCHLUCHTER, Wolfgang. A dualidade entre Ação e Estrutura: esboços de um programa de pesquisa weberiano. Tradução de Carlos Eduardo Sell. *Política e Sociedade,* Florianópolis, v.15, n.34, p. 18–42, set. a dez. 2016, p. 30-32].

[284] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 895.

[285] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 656.

É nessa medida que é possível compreender como a racionalidade do direito, instrumentalizando-se, aproxima-se da racionalidade de mercado, que adota a eficiência como critério formal.[286] Nesse sentido, afirma Claus Offe: "[regras de produção de políticas] intencional-racionais tornariam o aparelho estatal[287] – em seus procedimentos internos – semelhante ao que se passa na produção de commodities na indústria".[288] Apesar disso, como nota o autor, há uma dificuldade em se atribuir sentido preciso à noção de eficiência no âmbito da atividade estatal, uma vez que o Estado (diga-se, também na operação do direito) não possui um critério preestabelecido, tal como a rentabilidade, para mensurá-la.[289] Assim, na medida em que não lhe é possível ter um referente próprio, a racionalidade operante no Estado (e no direito) não pode ser idêntica a que prevalece nas organizações privadas.[290]

Por isso, para Offe, o Estado (e aqui novamente, o direito) "[...] não é eficiente e eficaz por seus próprios critérios [...]".[291] Diante da dificuldade em mensurar eventuais ganhos de eficiência ou de efetividade na atividade governamental, passa a ser fundamental o estabelecimento de metas e parâmetros objetivos (ainda que eventualmente insuficientes na ausência de relações de mercado e critérios de benefício).[292]

---

[286] Também aqui, reconhecer o caráter formal não significa ignorar que tais critérios são determinantes sobre o conteúdo e sobre as possibilidades objetivas de internalização de determinados valores. Ver, nesse sentido, OFFE, Claus. The capitalist State and the problem of policy formation. In: LINDBERG, Leon et al (Ed.). *Stress and contradiction in contemporary capitalism:* public policy and the theory of the state. Lexington: D.C Heath, 1975, p. 125-144, p. 135.

[287] Na perspectiva de Offe, o aparelho estatal compreende as funções legislativas e judiciais referentes aos processos de produção e aplicação do direito [OFFE, Claus. Structural problems of the Capitalist State: Class rule and the political system. On the selectiveness of political states. In: VON BEYME, Klaus (Ed.). *German Political Studies*. S.l.: Sage, 1974, p. 31-54, p. 32].

[288] OFFE, Claus. The capitalist State and the problem of policy formation. In: LINDBERG, Leon et al (Ed.). *Stress and contradiction in contemporary capitalism:* public policy and the theory of the state. Lexington: D.C Heath, 1975, p. 125-144, p. 138. Tradução livre de: "[...] purposive-rational [rules of policy production] would make the state apparatus – in its internal procedures – similar to what goes on in production of commodities in industry".

[289] OFFE, Claus. *Contradicciones en el Estado del Bienestar.* Traducción de Antonio Escohotado. 2 ed. Madrid: Alianza Universidad, 1994, p. 123-124.

[290] OFFE, Claus. *Contradicciones en el Estado del Bienestar.* Traducción de Antonio Escohotado. 2 ed. Madrid: Alianza Universidad, 1994, p. 125.

[291] OFFE, Claus. *Contradicciones en el Estado del Bienestar.* Traducción de Antonio Escohotado. 2 ed. Madrid: Alianza Universidad, 1994, p. 125-126. Tradução livre de: "[...] no es eficiente y eficaz por sus propios criterios, sino en la medida en que logre universalizar la forma mercantil".

[292] OFFE, Claus. *Contradicciones en el Estado del Bienestar.* Traducción de Antonio Escohotado. 2 ed. Madrid: Alianza Universidad, 1994, p. 124. Sobre a adoção de metas e a ênfase em resultados no âmbito do aparelho do Estado, ver CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional. 2000. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000, p. 349.

Em que pese o caráter acentuadamente normativo das construções de Offe, seu diagnóstico é útil para que se possa identificar no que consiste esse tipo de racionalidade formal, denominada instrumental, no âmbito do direito: na adoção de critérios de eficiência, que passam a orientar sua operação.[293] Esse modo de operação é, nas palavras de Offe, "[...] o modelo que inspira todas as sugestões que exigem um controle mais rigoroso de objetivos, metas e resultados por técnicas como programa orçamentário, análise de custo-benefício e indicadores sociais".[294] É representativo da racionalidade instrumental sua capacidade de orientar o direito a resultados, superando a ideia de algo válido em si – tal como ocorre em ações racionais em relação a valor.[295]

Ademais, a noção de que a racionalidade instrumental representa uma espécie de "materialização" da racionalidade formal é adequada na medida em que, apesar de a eficiência servir como um critério interno capaz de oferecer coerência ao sistema jurídico, necessita de um referencial empírico, externo ao direito, para a sua determinação. É por isso que, nesse modelo, o direito assume um grau máximo de instrumentalização em relação aos interesses externos, enquanto preserva sua racionalidade formal. Nada obstante, considerando a influência e a dependência da forma em relação à substância, é preciso reconhecer também que essa racionalidade é mais receptiva aos interesses de mercado – justamente por instituir uma racionalidade que dele se aproxima.[296]

---

[293] Ver também, com a mesma ressalva, MARCUSE, Herbert. Some social implications of modern technology. In: ARATO, Andrew; GEBHARDT, Eike (Eds.). *The essential Frankfurt School Reader.* 2 ed. New York: Continuum, 1985, p. 138-163, p. 143 e ss.

[294] OFFE, Claus. The capitalist State and the problem of policy formation. In: LINDBERG, Leon et al (Ed.). *Stress and contradiction in contemporary capitalism:* public policy and the theory of the state. Lexington: D.C Heath, 1975, p. 125-144, p. 141. Tradução livre de: "[...] the model that inspires all those suggestions that call for stricter control by objectives, outputs, and outcomes by such techniques as program budgeting, cost benefit analysis and social indicators".

[295] Ver, nesse sentido, a exemplar contraposição apresentada por Offe entre um modelo burocrático e um instrumental, o primeiro controlado a partir de inputs e da observância a regras, o segundo a partir de outputs e do atingimento de objetivos [OFFE, Claus. The capitalist State and the problem of policy formation. In: LINDBERG, Leon et al (Ed.). *Stress and contradiction in contemporary capitalism:* public policy and the theory of the state. Lexington: D.C Heath, 1975, p. 125-144, p. 136-137]. Ver também KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1072.

[296] Nesse sentido, é interessante perceber que a racionalidade instrumental implica um tipo de ação economicamente orientada, isto é, que contemple considerações de matiz econômica [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 64]. Por esse motive também, optou-se pela denominação racionalidade instrumental e não apenas pela racionalidade técnica (ainda que na perspectiva adotada esta seja contemplada por aquela), que envolve apenas o uso de meios mais econômicos para atingir fins determinados [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 65-67]. A implicação dessa racionalidade técnica em relação a um objetivo econômico é uma preocupação quanto a questão do custo [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 66].

Assim, a partir da análise de Offe, parece possível sugerir entre as consequências da racionalidade instrumental no direito: (i) que se subtraiam do âmbito do Estado bens e serviços que podem ser transferidos para o mercado (terceirização, desestatização, privatização, desjudicialização, etc.) – inclusive, em determinadas instâncias, a atividade jurisdicional (arbitragem); (ii) que ele passe a operar com incentivos que atendam a uma lógica de mercado, na tentativa de induzir o cumprimento de regras preestabelecidas (como sanções positivas);[297] (iii) que sejam estabelecidas metas quantitativas para a sua operação, como o número de processos julgados; (iv) que a eficiência seja utilizada como critério normativo para decidir sobre a licitude de determinados comportamentos; (v) que se considerem os custos econômicos das normas jurídicas e das decisões judiciais, ganhando força argumentos consequencialistas; (vi) que se procure reduzir o formalismo sempre que ele se revele irracional em termos econômicos, aumentando custos sem aumentar os benefícios; (vii) que sejam adotadas estratégias relacionadas com a lógica de mercado, como a celeridade, a negociação, o planejamento estratégico e a otimização de tarefas; (viii) que os resultados passem a importar mais do que os meios; (ix) que ocorra uma contratualização de relações que antes eram regidas por normas imperativas; (x) que haja um gerenciamento das variáveis (tempo dispendido, custos, resultados, etc.) envolvidas na

[297] Sobre sanções, explica McKinney: "O termo *sanção* refere-se a *recompensas* e *penalidades* impostas por um sistema social aos seus membros, a fim de induzir à conformidade com suas normas e à motivação em direção a seus objetivos. Assim, as sanções podem ser positivas [recompensas] ou negativas [penalidades] e estão manifestadas nos potenciais mecanismos de concessão de satisfação ou da privação desta à disposição do sistema". Tradução livre de: "The term *sanction* refers to *rewards* and *penalties* meted out by a social system to its members in order to induce conformity to its norms and motivation toward its goals. Hence sanctions can be either positive [rewards] or negative [penalties] and are manifest in the potential satisfaction-giving or depriving mechanisms at the disposal of the system" [McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series.* New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 187]. Uma racionalidade de tipo instrumental relaciona-se com a utilização de sanções positivas e negociadas, que premiam o comportamento de observância dos agentes, tal como explica Habermas: "o aumento das tarefas de regulação-controle [...] envolve também o Estado em negociações com os sistemas funcionais da sociedade, com as grandes organizações, com as grandes associações, etc., que cada vez se subtraem mais de uma regulação imperativa (através de sanções, impostos ou estímulos financeiros) e só resultam acessíveis a meios persuasivos de comunicação [...] 'os destinatários privados dessas medidas de controle do Estado se fazem pagar pelo Estado por sua (dos destinatários) disponibilidade à obediência'". Tradução livre de: "el aumento de las tareas de regulación-control [...] envuelve también al Estado en negociaciones con los sistemas funcionales de la sociedad, con las grandes organizaciones, con las grandes asociaciones, etc., que cada vez se sustraen más a una regulación imperativa (a través de sanciones, impuestos o estímulos financieros) y sólo resultan ya accesibles a medios persuasivos de comunicación [...] 'los destinatarios privados de esas medidas de control del Estado se hacen pagar por el Estado su (de ellos) disponibilidad a la obediencia'" [HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 519].

operação do sistema jurídico, tanto na produção quanto na aplicação do direito, de que é exemplar a noção de *case management*.[298]

Todas essas tendências demonstram que a racionalidade instrumental é capaz de conformar o direito, por meio de critérios extrajurídicos internalizados e coerentemente reunidos, desenvolvendo-o como meio técnico eficiente ao mesmo tempo em que preserva premissas de uma racionalidade de tipo formal.

Por outro lado, tal como a racionalidade instrumental em relação à formal, também surge uma forma distinta de racionalidade material quando o direito reclama ações racionais com relação a fins: redefine-se, com isso, a tensão entre racionalidade formal e material, tal como apresentada por Weber, que antes se caracterizava pela pretensão a adotar valores internos ou externos ao direito como absolutos, suficientes em si mesmos.

É nesse contexto que passa a ser possível apontar uma formalização da racionalidade material, caracterizada pela possibilidade de processamento, no âmbito interno do direito, de valores conflitantes. Em outras palavras, a formalização da racionalidade material significa que ela deixa de se caracterizar apenas pela influência de valores externos ao âmbito do direito para, então, representar a própria possibilidade de que esses valores ingressem no sistema jurídico, processando internamente e não mais apenas externamente o conflito entre eles.

É precisamente esse entendimento que fundamenta a construção do tipo ideal de racionalidade do direito proposto por Duncan Kennedy sob o nome de *policy analysis*:

> *policy analysis* pressupõe que o intérprete tem que decidir na presença de uma lacuna no sistema de normas válidas, ou que ele tem que aplicar uma norma que, em seus próprios termos, reclama uma análise de políticas, ou que as circunstâncias, por algum motivo, permitam a aplicação de uma norma derivada da análise de políticas, para deslocar uma norma dedutivamente derivada. Essa análise pressupõe que existem muitas políticas, ou *desiderata*, na criação de regras, que muitas vezes, embora nem sempre, elas são conflitantes, que elas são bem conceitualizadas como forças ou pesos ou vetores em um campo de força, e que elas variam em vigor ou em peso de acordo com as circunstâncias factuais precisas a que são aplicadas no campo.[299]

---

[298] Ver, apontando muitas dessas características a partir de uma análise de tipos ideais de racionalidade no âmbito da Administração Pública, CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional. 2000. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000, p. 369-370.

[299] KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1072. Tradução livre de: "Policy analysis presupposes that the interpreter has to decide in the presence of a gap in the system of valid norms, or that he has to apply a norm that in its own terms calls for policy analysis, or that the circumstances for some reason permit application of

Ainda que de fato consista em uma formalização da racionalidade material, o tipo criado por Kennedy é, de um lado, muito restrito, por reduzir a materialização à ponderação de valores;[300] de outro, muito amplo, por não diferenciar corretamente racionalidade formal e material.

Quanto ao primeiro aspecto, é preciso notar que estratégias consensuais, relacionadas ao conflito ou acordo de interesses, no interior da espacialidade estatal[301] – *in casu*, dos espaços de produção e aplicação do direito – também consistem em uma espécie de formalização da racionalidade material.[302] Assim, tanto na *policy analysis* quanto nas estratégias de consenso, há o ingresso formalizado de materialização no âmbito do direito. Afinal, tal como explica o próprio Kennedy,

> como a racionalidade material de Weber, o conteúdo da *policy analysis* [e, acrescenta-se, das estratégias de participação] é derivado dos objetivos políticos, morais, religiosos e convencionais gerais que dirigem o governo na sociedade como um todo.[303]

---

a norm derived from policy analysis to displace a deductively derived norm. The analysis presupposes that there are many policies, or desiderata, in rule making, that they often though not always conflict, that they are well conceptualized as forces or weights or vectors in a force field, and that they vary in force or weight according to the precise factual circumstances to which they are applied within the field". Além disso, segundo Kennedy: "as políticas vêm em pares conflitantes de diferentes tipos, incluindo argumentos conflitantes de bem-estar, máximas morais conflitantes e direitos subjetivos conflitantes. Há também como veremos uma importante classe de políticas 'institucionais'". Tradução livre de: "Policies come in conflicting pairs of different types, including conflicting welfare arguments, conflicting moral maxims, and conflicting subjective rights. There are also as we will see an important class of "institutional" policies" [KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1072].

[300] Por uma explicação detalhada daquilo que entende por ponderação no direito privado, ver KENNEDY, Duncan. A transnational genealogy of proportionality in Private Law. In: BROWNSWORD, Roger et al (Eds.). *The foundations of European Private Law*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2011, p. 190.

[301] Ver, analisando o aparato estatal de forma mais ampla, OFFE, Claus. The capitalist State and the problem of policy formation. In: LINDBERG, Leon et al (Ed.). *Stress and contradiction in contemporary capitalism:* public policy and the theory of the state. Lexington: D.C Heath, 1975, p. 125-144, p. 136.

[302] Esse modelo, segundo Offe: "[...] não seria dependente de um conjunto de regras geradas no topo de uma estrutura hierárquica, ou por um objetivo preconcebido que deve ser alcançado por regras de eficácia técnica e eficiência econômica, mas pela *determinação simultânea* de insumos e resultados pelos clientes da administração estatal ou pelos que recebem seus benefícios. Tradução livre de: "[…] would not be made dependent upon a set of rules generated at the top of a hierarchical structure, or by preconceived goal that is to be achieved by rules of technical effectiveness and economic efficiency, but by *simultaneous determination of inputs and outputs* by the clients of the state administration or the recipients of its benefits" [OFFE, Claus. The capitalist State and the problem of policy formation. In: LINDBERG, Leon et al (Ed.). *Stress and contradiction in contemporary capitalism:* public policy and the theory of the state. Lexington: D.C Heath, 1975, p. 125-144, p. 139].

[303] KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1073. Tradução livre de: "like Weber's substantive rationality, the content of policy analysis is derived from the general political, moral, religious, and expediential goals that drive government in the society as a whole".

Na medida em que o processamento desses objetivos tende a ampliar a participação dos interessados, congregando diversos atores, opta-se por se referir a essa espécie de racionalidade material como racionalidade participativa.[304] Além disso, há também formalização na racionalidade participativa: não apenas no sentido de que a demanda material é conformada ao direito formal quando de sua produção (juridicizada), mas também no de que o próprio espaço de produção e aplicação desses valores passa a ser formalizado. Por esse motivo, em relação à *policy analisys*, Kennedy afirma que ela:

> [...] está, de várias formas relevantes, mais próxima da racionalidade jurídica formal do que da racionalidade jurídica material weberiana. Na *policy analysis* contemporânea, as políticas (de bem-estar, morais, baseadas em direitos) são entendidas como estritamente legais, totalmente "dentro" da prática de interpretação jurídica, em vez de externas e, nesse ponto, a *policy analysis* se assemelha à racionalidade jurídica formal.[305]

Por sua vez, em relação às estratégias de consenso, existe uma maior receptividade a elementos propriamente externos ao direito, como também a demandas irracionais.[306] Apesar disso, tanto nesse caso como no da *policy analysis*, não há irracionalidade no sentido de recusa em decidir de acordo com normas preestabelecidas.[307]

---

[304] O termo é utilizado em RAY, Larry; REED, Michael (Eds.). Max Weber and the dilemmas of modernity. In: _____. *Organizing Modernity*: New Weberian perspectives on work, organization and society. 2 ed. New York: Routledge, 2003, p. 186. Seguindo Diogo de Figueiredo Moreira Netto, Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes, prefere definir essa racionalidade como consensual [CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional. 2000. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000, p. 351-352].

[305] KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1073. Tradução livre de: "Nonetheless, modern policy analysis is in several important ways closer to LFR than it is to Weberian substantive legal rationality [e, também, da estratégia consensual]. In contemporary policy analysis, the policies (welfarist, moral, rights-based) are understood as strictly legal, fully "inside" the practice of legal interpretation, rather than as external, and in this respect policy analysis resembles LFR".

[306] Ver a explicação de Weber sobre influxos irracionais em WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 886.

[307] KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1073. Como explica Kennedy: "no caso da *policy analysis*, o tomador de decisão não tem nenhuma regra já disponível que ele pode simplesmente aplicar, porque a tentativa de fazê-lo a partir da LFR resulta em uma lacuna ou um conflito. Mas o objetivo da *policy analysis* é escolher uma nova regra que será aplicada primeiro nesse caso e, em seguida, no futuro (exceto como explicado abaixo). A *policy analysis*, portanto, não é 'irracional' no sentido de se recusar a decidir de acordo com a regra". Tradução livre de: "In the case of policy analysis, the decision maker has no rule already available that he can just apply, because the attempt to do LFR turns up a gap or a conflict. But the goal of the policy analysis is to choose a new rule that will be applied first to this case, and then in the future (except as explained below). Policy analysis, is therefore not "irrational" in the sense of refusing to decide according

O que pode ocorrer é a necessidade de, no caso da *policy analysis*, criar, a partir dessas normas, uma regra que será aplicada ao caso concreto e posteriormente a casos similares.[308] A regra escolhida ou criada para ser aplicada decorre de uma "[...] ponderação maximizadora do valor total das políticas conflitantes".[309] Nesse sentido, se pressupõe "[...] primeiro, que a regra não é mais do que um compromisso entre políticas, em vez de uma coisa válida por si só, e, segundo, que a regra inevitavelmente será mais ou menos adequada em relação à variedade de situações de fato a que se aplica".[310] Não obstante, essas novas regras decorrem do processamento e recepção formal dos valores em conflito.

Quanto ao segundo aspecto – não diferenciar corretamente as racionalidades formal e material – Kennedy aparentemente confunde demandas extrajurídicas e de coerência interna ao direito, ampliando excessivamente a materialidade da *policy analysis*. De um lado, afirma que "o conteúdo da análise das políticas é derivado dos objetivos gerais políticos, morais, religiosos e de conveniência que dirigem o governo na sociedade como um todo";[311] mas, de outro, inclui na *policy analysis* considerações de eficiência e de calculabilidade – reduzindo a noção de racionalidade a esse último aspecto.[312] Nesse

---

to rule" [KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1072-1073].

[308] KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1073.

[309] KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1072. Tradução livre de: "[...] total-value-maximizing balance of the conflicting policies".

[310] KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1072. Tradução livre de: "[…] first, that the rule is no more than a compromise of the policies, rather than a thing valid in and of itself, and, second, that the rule will inevitably be more or less adequate across the range of fact situations to which it applies". Kennedy também sugere que as considerações no processo de ponderação sejam derivadas, de algum modo, decorrente da promulgação ou de inferência, do corpo de normas jurídicas [KENNEDY, Duncan. A transnational genealogy of proportionality in Private Law. In: BROWNSWORD, Roger et al (Eds.). *The foundations of European Private Law*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2011, p. 190].

[311] KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1074-1075. Tradução livre de: "the content of policy analysis is derived from the general political, moral, religious, and expediential goals that drive government in the society as a whole".

[312] KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1074-1075. Afinal, como explica o autor: "A racionalidade jurídica material weberiana é racional no sentido de que ela recorre apenas a fatores racionalmente calculáveis (sem oráculos ou julgamento por batalha). Também pode ser racional no sentido de que decide de acordo com uma regra (derivada de uma das ordens normativas extrajurídicas da sociedade), ou pode prosseguir ad hoc. No caso da *policy analysis*, o julgador não tem nenhuma regra já disponível que ele pode simplesmente aplicar

passo, Kennedy parece limitar a tensão entre racionalidade formal e racionalidade material aos valores em conflito, reconhecendo que entre eles existem aqueles voltados a minimizar o risco de "incalculabilidade e/ou politização do processo adjudicativo".[313] Entraria em jogo, portanto, um interesse na preservação do aspecto formal, da coerência interna do direito, decorrente da racionalidade instrumental, que não se confunde com os valores extrajurídicos que são recepcionados.[314] Contudo, sob essa perspectiva, ignora-se que a tensão entre racionalidades se verifica também em relação ao método de recepção dos valores que pode ser mais (*policy analysis*) ou menos (estratégia consensual) afeito ao interesse de preservação da racionalidade instrumental preponderante no direito.

Isso fica mais claro quando se reconhece a dificuldade, especialmente na estratégia consensual, em se conciliarem os valores extrajurídicos e os "interesses" de preservação do sistema: por um lado, a constante interferência de dinâmicas consensuais pode reduzir a capacidade de planejamento – afetando a previsibilidade do sistema; por outro, ainda que houvesse uma estabilidade no resultado dessas dinâmicas, pode ser questionável sua compatibilidade com os requisitos funcionais do direito sob a perspectiva da racionalidade instrumental.[315] De fato, a racionalidade participativa poderia criar o risco de que as demandas materiais apresentadas superem aquilo que o direito, e também o Estado, é capaz de satisfazer, devido tanto aos seus limites fiscais (relacionados ao custo

---

[...]". Tradução livre de: "Weberian substantive legal rationality is rational in the sense that it appeals only to rationally calculable factors (no oracles or trial by battle). It may also be rational in the sense that it decides according to a rule (derived from one of the extra-juristic normative orders of the society), or it may proceed ad hoc. In the case of policy analysis, the decision maker has no rule already available that he can just apply […]" [KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1072]. Na verdade, a racionalidade decorre da pretensão e do uso de estratégias que asseguram a anterioridade das normas em relação ao fato. Além disso, é preciso reconhecer que mesmo que não exista anteriormente a regra que será aplicada ao caso, na hipótese de *policy analysis*, ela é "rule-bounded": orientada por valores e princípios gerais que permitem como consequência racional possível a aplicação da regra. Da mesma forma, no caso das estratégias consensuais, a pretensão é de que as normas resultantes do conflito entre interesses sejam racionais (não apenas no sentido de compreensíveis pelo intelecto, o que seria uma obviedade), mas também no sentido de terem a pretensão de regularem as condutas para o futuro e não se restringirem, pois, exclusivamente ao caso concreto.

[313] KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1074-1075. Tradução livre de: "[...] incalculability and/or politicization of the adjudicative process". Ver também KENNEDY, Duncan. A transnational genealogy of proportionality in Private Law. In: BROWNSWORD, Roger et al (Eds.). *The foundations of European Private Law*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2011, p. 215.

[314] Ver KENNEDY, Duncan. A transnational genealogy of proportionality in Private Law. In: BROWNSWORD, Roger et al (Eds.). *The foundations of European Private Law*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2011, p. 190.

[315] Ver, sobre o tema, a partir de uma análise ampla do aparato estatal, OFFE, Claus. The capitalist State and the problem of policy formation. In: LINDBERG, Leon et al (Ed.). *Stress and contradiction in contemporary capitalism:* public policy and the theory of the state. Lexington: D.C Heath, 1975, p. 125-144, p. 140.

para a satisfação das demandas) quanto institucionais (relacionados, entre outras coisas, à necessidade de preservação da coerência interna do ordenamento jurídico).[316]

Daí o equívoco de Kennedy ao supor que o modelo de *policy analysis* é preponderante:[317] ainda que se reclame um balanço entre as racionalidades em tensão,[318] isso não pode ser feito somente por meio de *policy analysis* ou de estratégias consensuais. De fato, caso preponderasse a racionalidade participativa, implicando um constante balanço entre valores conflitantes, a estrutura e coerência interna se complexificariam muito, com profundos impactos sobre a racionalidade instrumental. Assim, ainda que *policy analysis* e estratégias consensuais permitam, além de valores extrajurídicos, o processamento destes em relação à racionalidade instrumental do ordenamento jurídico, pode haver entre esta e aquelas um trade-off.[319]

Em suma, estendendo-se as ideias de Kennedy limitadas à *policy analysis* para a racionalidade participativa como um todo, é possível afirmar que esta:

> [...] inclui métodos inteiramente intrassistemáticos (não regras) para a geração de novas normas aplicáveis aos dados que chegam de "fora", bem como métodos (não regras) para regular os limites do sistema legal face aos outros sistemas [...]. É por esta razão que parece correto chamar-lhe uma versão "formal" (no sentido de Weber) da racionalidade substantiva. Também é racional com relação a fins, em vez de racional com relação a valores, porque se baseia na negociação entre valores orientada a partir das consequências em vez de na aplicação de regras. Mas ela envolve constantes julgamentos de valor sobre quais políticas devem ser juridificadas e sobre como ponderá-las em qualquer caso particular de elaboração de regras.[320]

---

[316] Ver OFFE, Claus. The capitalist State and the problem of policy formation. In: LINDBERG, Leon et al (Ed.). *Stress and contradiction in contemporary capitalism:* public policy and the theory of the state. Lexington: D.C. Heath, 1975, p. 125-144, p. 140.

[317] Kennedy se refere à policy analysis como modo de pensamento jurídico contemporâneo [KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1071]. Além disso, em texto posterior, no qual Kennedy denomina a *policy analysis* de *balancing proportionality*, o autor afirma que se trata de "[...] um tipo ideal do modo de pensamento jurídico predominante em nossa época". Tradução livre de: "[…] an ideal type of the dominant mode of legal reasoning in our period" [KENNEDY, Duncan. A transnational genealogy of proportionality in Private Law. In: BROWNSWORD, Roger et al (Eds.). *The foundations of European Private Law*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2011, p. 188].

[318] Ver OFFE, Claus. The capitalist State and the problem of policy formation. In: LINDBERG, Leon et al (Ed.). *Stress and contradiction in contemporary capitalism:* public policy and the theory of the state. Lexington: D.C Heath, 1975, p. 125-144, p. 140.

[319] Ainda que sob pressupostos teóricos um tanto distintos daqueles adotados nesta tese, esse trade-off também é apontado por CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional. 2000. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000, p. 371.

[320] KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1075. Tradução livre de: "[…] includes wholly intra-system methods

A racionalidade participativa, na medida em que se caracteriza pela "'juridificação' de elementos normativos 'materialmente racionais' – ou seja, políticas 'legislativas'",[321] é "[...] claramente distinguível da prática normativa social geral da qual ela deriva".[322] Contudo, na medida em que institui procedimentos que permitem o ingresso no direito de valores extrajurídicos e o processamento eventualmente conflitual entre estes e o sistema jurídico, não se pode confundir a racionalidade participativa com a racionalidade instrumental.

Assim, ao contrário do que faz crer Kennedy,[323] não apenas racionalidade instrumental e participativa são distintas, como há limites – diga-se bastante estreitos – em relação aos quais a segunda prevalece, permitindo o processamento da tensão entre a

---

(not rules) for the generation of new norms to apply to the data that arrive from "outside," as well as methods (not rules) for regulating the boundaries of the legal system vis-à-vis others […] It is for this reason that it seems right to call it a "formal" (in Weber's sense) version of substantive rationality. It is also purpose-rational rather than value rational, because it is based on consequence-oriented trading off of values rather than rule application. But it involves constant value judgments as to what policies should be juridified and how to balance them in any particular case of rule-making".

[321] KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1071. Tradução livre de: "'juridification' of 'substantively rational' normative elements – i.e., legal 'policies'".

[322] KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1073. Tradução livre de: "[...] sharply distinguishable from the general social normative practice from which it derives".

[323] A ausência de diferenciação entre as duas racionalidades na perspectiva de Kennedy fica clara quando os elementos utilizados por ele para distinguir a *policy analysis* dos tipos clássicos de racionalidade formal e material weberianas, são em larga medida aplicáveis à racionalidade instrumental: "[...] o compromisso de ponderação entre políticas conflitantes, levando em conta as consequências, num contexto em que as regras não representam mais do que os meios para implementar o compromisso resultante, drasticamente distingue a *policy analysis* da LFR. Ele também distingue a *policy analysis* das variantes da racionalidade substantiva que são racionais com relações a valores, isto é, orientadas para regras absolutamente válidas sem levar em conta as consequências". Tradução livre de: "[…] the commitment to balancing conflicting policies, with an eye to consequences, in a context in which rules represent no more than the means to implement the resulting compromise, sharply distinguishes policy analysis from LFR. It also distinguishes policy analysis from those variants of substantive rationality that are value-rational, i.e., oriented to rules absolutely valid without regard to consequences" [KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1073]. De certa forma, Kennedy também combina ambas racionalidades ao afirmar que: "Dessa forma, o que parecia ser uma objeção insuperavel a uma produção do direito racional normativamente obrigatória, ou seja, a existência de filosofias jurídicas contraditórias cada uma reclamando operar de acordo com uma necessidade (lógica ou social) absoluta, foi transformada em algo como um problema técnico (ainda que a necessidade de julgamentos de valor – não julgamentos políticos – não seja negada). Tradução livre de: In this way, what seemed to be an insuperable objection to normatively compelling rational lawmaking, namely the existence of contradictory legal philosophies each claiming to operate according to an absolute (logical or social) necessity, was transformed into something like a technical problem (though the need for value judgments—not political judgments—was not denied)" [KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1074].

primeira e valores extrajurídicos. Em ambos os casos, contudo, o direito se torna progressivamente mais racional em relação a fins: a instrumentalização permite que algo se considere juridicamente adequado não pela conformidade a regras e procedimentos estabelecidos como valores absolutos, mas em função dos resultados obtidos a partir da tensão, concebida como um problema técnico,[324] entre uma racionalidade instrumental preponderante e uma racionalidade participativa emergente.[325]

Diante de todo o exposto, é possível sustentar logicamente uma tipológica aplicável ao processo civil e ao direito concorrencial, fundada em quatro tipos de racionalidades: (i) racionalidade formal, que consiste na busca da coerência interna (lógico-jurídica) do direito como fim em si mesmo; (ii) racionalidade material, que consiste na adoção de valores extrajurídicos, como a igualdade fática ou a justiça distributiva, como fins em si mesmos; (iii) racionalidade instrumental, que consiste na adoção da eficiência como critério interno capaz de conferir coerência ao direito; (iv) racionalidade participativa, que consiste na criação de espaços e procedimentos no interior do direito voltados ao processamento da tensão entre valores extrajurídicos conflitantes.

Por fim, deve-se ressaltar, parafraseando Claus Offe, que a pretensão de analisar o direito concorrencial e o processo civil a partir das dicotomias apresentadas é apenas um ponto de partida para a discussão e a análise.[326] A tipologia construída não tem a pretensão de descrever a realidade, mas de servir como instrumento para permitir sua compreensão. Desse modo, quando se associa determinado período histórico construído de modo ideal-típico a um dos tipos ideais "puros", acima indicados, é fundamental que essa associação seja reconhecida em termos de predominância ou preponderância.[327] Afinal, o objetivo da tipologia, insista-se, não é outro que poder identificar tendências e "contratendências"[328]

---

[324] KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1074.

[325] Ver, sobre essa mudança, ainda que utilizando referenciais distintos e se referindo ao aparato estatal de maneira genérica, OFFE, Claus. The capitalist State and the problem of policy formation. In: LINDBERG, Leon et al (Ed.). *Stress and contradiction in contemporary capitalism:* public policy and the theory of the state. Lexington: D.C Heath, 1975, p. 125-144, p. 136.

[326] OFFE, Claus. *Contradicciones en el Estado del Bienestar.* Traducción de Antonio Escohotado. 2 ed. Madrid: Alianza Universidad, 1994, p. 117.

[327]SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 88. Em sentido contrário, supondo, incorretamente, que para Weber os tipos ideais são mutuamente exclusivos, e sugerindo que isso seria uma falsa premissa, ver BERMAN, Harold J. Some False Premises of Max Weber's Sociology of Law. *Washington University Law Review*, Washington, v.65, n.4, jan. 1967, p. 769.

[328] Schluchter, examinando as ideias da sociologia de Weber, refere-se mais de uma vez a tendências (*tendency*, *current* e *main current*) e a tendências "compensatórias" (*undercurrent* e *countervailing*

no desenvolvimento do processo civil e do direito concorrencial brasileiros, a partir de suas transformações, em determinados períodos históricos.

2.3 LIMITES DO MÉTODO ADOTADO

Uma vez examinados os aspectos fundamentais das construções metodológicas weberianas e demonstrada sua aplicabilidade ao objeto de estudo desta tese, é necessário explicar como essa aplicação será feita. Em outras palavras, é preciso compreender como e com qual finalidade o instrumental metodológico weberiano será utilizado.

O recurso ao pensamento de Max Weber, nesta tese, não tem a pretensão de embasar um estudo sociológico, mas, antes, de resolver um problema no campo do direito:[329] avaliar a adequação de técnicas processuais à tutela reparatória de danos causados por infrações à ordem econômica.

Em diferentes níveis de profundidade e com distintos métodos de análise, esse tipo de questão costuma ser respondido no âmbito da dogmática jurídica – onde se inserem o processo civil e o direito concorrencial – a partir (i) da análise lógico-jurídica da validade de determinadas normas,[330] ou (ii) da formulação de juízos morais a respeito delas. Ambos os percursos permitem a proposição de alterações normativas (supressão, modificação, criação de textos normativos) tendo como fundamento, no primeiro caso, a preservação da lógica interna do ordenamento jurídico e, no segundo, a suposta necessidade de o direito positivo atender determinados valores.

Caso esta tese adotasse o primeiro percurso, a análise teria como objeto a coerência interna, a completude e a unidade do ordenamento; e como referente as normas

---

tendencies) [SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 55-56].

[329] Isso não significa, contudo, que os estudos não jurídicos realizados no trabalho serão subservientes ao estudo jurídico: eles possuem uma pretensão de autonomia, ainda que sejam utilizados de maneira instrumental para analisar soluções ao problema jurídico que se coloca. A subserviência da sociologia ao direito pode ser notada em parte da tradição americana da *sociological jurisprudence*, que, entre outras coisas, pretendia superar uma perspectiva formalista do direito (e valer-se de conhecimentos sociológicos) como forma de aumentar sua efetividade. Sobre o tema, ver DEFLEM, Mathieu. *Sociology of Law:* visions of a scholarly tradition. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 98 e ss.

[330] Especificamente, trata-se da situação em que "[...] uma regra [é desenvolvida] para preencher um espaço por meio de uma cadeia de deduções a partir de uma regra ou princípio positivados mais abstratos". Tradução livre de: "[…] a rule [is developed] to fill a gap by a chain of deductions from a more abstract enacted rule or principle […]" [KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1049].

do processo civil e do direito concorrencial.[331] Esse caminho envolveria uma perspectiva sincrônica, em que as soluções propostas considerariam as regras jurídicas existentes no ordenamento sem distinguir eventuais tendências presentes nas transformações sofridas por esses dois ramos do direito ao longo da história. Para além da ausência de historicidade, a principal dificuldade em se adotar esse percurso decorre de uma consequência do formalismo do pensamento jurídico clássico, que Duncan Kennedy denomina "abuso da dedução" (*abuse of deduction*).[332]

De forma simplificada, essa dificuldade seria especialmente relevante no âmbito do trabalho porque o *private enforcement* do direito concorrencial possui apenas uma disposição legal específica: o art. 47, Lei 12.529/2011. Desse modo, as técnicas aplicáveis ao *private enforcement* precisariam ser deduzidas a partir das demais regras e princípios aplicáveis, considerando as especificidades do direito concorrencial. Contudo, dada a falta de outras disposições mais específicas, o controle da adequação das normas deduzidas ao ordenamento jurídico apenas poderia ser feito em relação a normas excessivamente gerais, permitindo o abuso da dedução.[333] Para além disso, como o problema de completude é

---

[331] Duncan Kennedy procura descrever, da forma como era vista por Weber, a perspectiva formal da dogmática jurídica (teoria jurídica clássica) em seus pressupostos: "julgamentos de validade na 'ciência jurídica' moderna são (i) não julgamentos sobre questões de fato, mas interpretações corretas ou incorretas dos requerimentos lógicos dos significados do sistema de normas. Eles não são (ii) julgamentos éticos, porque a coerência lógica e a falta de lacunas do sistema normativo não fornecem nenhuma garantia sobre a desejabilidade moral ou validade moral [em oposição a jurídica] do sistema normativo como um todo ou de qualquer norma específica. Eles são (iii) julgamentos 'científicos', porque a validade é estabelecida conforme procedimentos interpretativos estritamente formados pela lógica". Tradução livre de: "Judgments of validity in modern "legal science" are (i) not judgments about a matter of fact, but correct or incorrect interpretations of the logical requirements of the meanings of the system of norms. They are (ii) not ethical judgments, because the logical coherence and gapless-ness of the system of norms provides no warrant whatever of the moral desirability or moral (as opposed to legal) validity of the norm system as a whole or of any particular norm. They are (iii) "scientific" judgments, because validity is established according to interpretive procedures strictly bound by logic" [KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1042].

[332] Segundo Kennedy, o abuso de dedução é uma forma de proceder da "teoria jurídica clássica" em que, dado o contraste entre a generalidade das normas existentes e as especificidades das lacunas do ordenamento jurídico, estas precisam ser solucionadas com referência a elementos externos, mas, de modo a não demonstrar isso, pretende-se que a solução da lacuna seja feita a partir de deduções amparadas no pressuposto de coerência interna do sistema jurídico [KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1050]. Sobre formalismo jurídico, ver também KENNEDY, Duncan. Legal Formalism. In: SMELSER, Nial J.; BALTES, Paul B. (Eds.). *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. Berlin, Palo Alto: Elsevier, 2001, p. 8634-8638, v.13. Disponível em: http://duncankennedy.net/documents/Legal%20Formalism.pdf. Acesso em: 20 ago. 2017.

[333] De modo mais preciso, Kennedy afirma atribuir uma perspectiva fenomenológica ao conceito de abuso de dedução, querendo significar que não existe um critério único ou universal para determinar quais deduções são abusivas, algo que deve ser feito tendo como referente a forma como isso é visto pelos participantes do

solucionado por inovações normativas fruto de deduções "abusivas", correr-se-ia o risco de que a própria coerência interna do ordenamento jurídico fosse afetada.

Uma possível solução para essa dificuldade poderia ser encontrada no segundo dos percursos mencionados: eleger determinado valor do ordenamento jurídico com a finalidade de, a partir dele, julgar como boas ou más as soluções propostas.[334-335] Um exemplo desse tipo de abordagem seria analisar possíveis técnicas processuais tendo como referente o acesso à justiça: as técnicas concebidas seriam aquelas que melhor contribuíssem para a efetivação desse valor no ordenamento jurídico.[336]

No entanto, duas razões indicam a insuficiência dessa abordagem. Em primeiro lugar, porque, dada a falta de disposição específica sobre o tema, a quase totalidade das técnicas processuais que seriam analisadas atenderiam o critério normativo estabelecido para o julgamento de sua adequação: elas ampliariam o acesso à justiça e, sob essa perspectiva, seriam consideradas boas técnicas.

---

sistema à luz do contexto [KENNEDY, Duncan. *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*. Washington: Beard Books, 1975].

[334] Uma forma de encobrir a eleição do valor é apresentá-lo como se fosse uma construção a partir de regras específicas existentes no ordenamento. Como explica Kennedy "[…] o método de 'construções' servia para determinar qual princípio não positivado deveria ser parte do 'sistema', dada a existência de diversos elementos positivados neste, se nós o considerássemos como coerente internamente, e então extrair uma regra para preencher a lacuna a partir dessa construção". Tradução livre de: "[…] the method of "constructions," was to determine what unenacted principle must be part of "the system," given the various enacted elements in it, if we were to regard it as internally coherent, and then derive a gap filling rule from the construction" [KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1049-1050].

[335] Weber denomina essa perspectiva de política [WEBER, Max. R[udolf] Stammler's "overcoming" of the materialist conception of history. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 185-226, p. 222]. Ao se referir a ela, Kennedy prefere denomina-la de "julgamento ético/político" (*ethical/political judgment*) [KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1043]. Kronman, por sua vez, por entender que essa denominação é "ilusoriamente limitada", prefere falar em "postura moralista em relação ao direito", caracterizando-a da seguinte forma: "Para determinar se uma regra jurídica é boa, ruim ou moralmente neutra, primeiro precisamos adotar algum tipo de parâmetro ou critério em relação ao qual a regra possa ser avaliada. A postura moralista em relação ao direito se diferencia pelo fato de que emprega padrões de natureza extrajurídica, padrões cujo peso normativo não depende de eles serem regras de direito (embora, em determinadas circunstâncias, também possam ser regras de direito). Para avaliar a qualidade moral de regras jurídicas específicas (tal como aquela que exige que promissários frustrados atenuem seus danos ["*duty of mitigation*"]) é, pois, adotar um ponto de vista avaliativo fora da própria ordem jurídica" [KRONMAN, Anthony. Max Weber. Tradução de John Milton. *Coleção Teoria e Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 11-12].

[336] Como explica Kronman, "os princípios éticos pelos quais um moralista se orienta e que emprega como critérios para avaliar a adequação da ordem jurídica são, por definição, princípios que ele considera vinculantes por terem o conteúdo que têm e (na sua opinião) expressarem a visão correta. Defendendo esse tipo de abordagem tendo como referente o acesso à justiça, mas sem deixar de alertar para os seus riscos, ver CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

Em segundo lugar, ainda que se pretendesse resolver a objeção anterior classificando as técnicas em uma escala quanto à ampliação do acesso à justiça, essa análise ignoraria o fato de que o acesso à justiça é apenas um dentre uma infinidade de valores presentes no direito positivo e, portanto, diria muito pouco sobre a adequação das regras propostas ao ordenamento jurídico como um todo.

Uma das formas de evitar a necessidade de se analisar a adequação das soluções propostas ao ordenamento – até pela dificuldade de fazê-lo a partir dessa perspectiva – seria assumir que as propostas formuladas são, em si, desejáveis e, portanto, deveriam ser adotadas mesmo que fossem contrárias às normas e tendências do direito vigente.[337] Nesse caso, a análise não teria como referente os limites do direito posto, e as propostas envolveriam aquilo que se entende normativamente ideal em observância ao valor eleito: as propostas teriam a pretensão de constituir um direito supostamente melhor do que aquele existente. Essa análise, então, não sendo limitada pelo direito vigente ou pelas suas mais recentes transformações, teria como referente os valores que foram eleitos pelo autor do texto em detrimento daqueles que têm prevalecido na atuação legislativa ou judicial. De certa forma, esse caminho ofereceria uma perspectiva anacrônica, não tendo compromisso com as possibilidades existentes na realidade empírica ou normativa, ainda que procurasse solucionar os problemas nelas diagnosticados. Nesse percurso, as soluções propostas na tese estariam voltadas a uma utopia, à defesa de um ideal, prescindindo da referibilidade empírica e normativa necessária a sua plausibilidade.[338]

Percebe-se, pois, que nenhum desses dois percursos é suficiente para o enfrentamento do objeto da tese. Contudo, apenas o segundo deles será totalmente descartado, porquanto não permite avaliar se as técnicas propostas são efetivamente adequadas ao direito vigente. O primeiro percurso, por outro lado, será utilizado como um filtro necessário, mas não suficiente, para avaliar se as diretrizes e técnicas propostas são

---

[337] Essa seria uma versão, acentuada, da perspectiva denominada de moralista por Kronman, na qual passa a ser em certa medida irrelevante o conteúdo da ordem jurídica enquanto limite: ainda que ela possa ser fonte de crítica e justificar a concepção (a partir do referencial ético ou político eleito) de um novo modelo, esse modelo não encontra limite no direito posto.

[338] Nesse caso, o modelo proposto seria um tipo "ideal" em sentido diverso daquele proposto por Weber: "porque os tipos ideais nesses casos pretendem ter validade empírica, isso entra na área em que o Cristianismo é sujeito a uma interpretação avaliativa: abandonamos o âmbito da ciência da experiência empírica, e o que temos agora é uma confissão pessoal de fé, não uma formação conceitual típico-ideal". Tradução livre de: "because the ideal type in these cases claims to have empirical validity, it enters into the area where Christianity is subjected to an evaluating interpretation: we have left the field of the science of empirical experience, and what we are now presented with is a personal confession of faith, not an ideal-typical concept formation" [WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, 129-130].

adequadas ao direito vigente. Nesse sentido, quanto menos gerais e mais unívocas as normas analisadas, maior a possibilidade de que um exercício dedutivo a partir do direito positivo permita avaliar essa adequação. Entretanto, esse exercício, por si só, não é suficiente para responder à questão que se apresenta.

Outra possível resposta ao problema colocado seria buscar a solução nos efeitos (atuais ou potenciais) do direito na realidade empírica ou na análise das decisões judiciais envolvendo casos de *private enforcement.* Na primeira hipótese, a análise recairia sobre o sentido da ação de indivíduos na ausência de normas sobre o *private enforcement*: como se comportam competidores e consumidores em um contexto como o brasileiro, em que essa matéria possui lacunas no ordenamento jurídico? Seguindo uma terminologia weberiana, a análise causal da ação[339] teria por objeto a falta de uma disciplina normativa referente ao *private enforcement*. Ainda que esse tipo de exame pudesse ser útil para demonstrar os efeitos práticos dessas lacunas, podendo eventualmente servir para justificar a adoção de um modelo de *private enforcement*, ele não contribui substancialmente para identificar as soluções que seriam adequadas nesse modelo.

Na segunda hipótese, em que o objeto seriam as decisões judiciais, a dificuldade viria da pouca experiência existente em relação ao *private enforcement* do direito concorrencial na realidade brasileira: a reduzida quantidade e diversidade de demandas e, consequentemente, de julgados sobre o tema, dificultaria a formulação de generalizações. Esse tipo de análise poderia servir, como tem sido comum, para demonstrar o reduzido desenvolvimento do *private enforcement* no direito brasileiro[340], mas dificilmente ofereceria um conjunto de dados suficiente para permitir conclusões que não sejam especulativas sobre quais as técnicas mais adequadas.

Poder-se-ia cogitar, ainda, investigar a relação do direito concorrencial e do direito processual com outras esferas de valor (economia, política, etc.),[341] como forma de reconhecer as técnicas que seriam mais adequadas ao *private enforcement* considerando sua possível repercussão nessas outras esferas. No entanto, analisar a relação entre

---

[339] Ver nota 93.

[340] Ver BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Nota técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE*. Articulação entre as persecuções pública e privada a condutas competitivas: estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessação (TCC) no Brasil. 2016. Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg. Acesso em: 02 mai. 2017.

[341] Sobre a noção de esferas da vida ou esferas de valor, ver BRUBAKER, Rogers. *The limits of rationality:* an essay on the social and moral thought of Max Weber. London: Routledge, 1991, p. 69 e ss.

elementos extrajurídicos (materiais e culturais) e o *private enforcement* no Brasil pode servir para compreender as razões de sua insuficiência e as dificuldades de superá-la, mas não oferece conclusões seguras sobre quais técnicas seriam adequadas.[342]

Como é possível perceber, a grande dificuldade colocada pelo problema a ser enfrentado na tese decorre da ausência de instrumentos mais sofisticados que permitam, em uma análise interna ao direito (lógico-jurídica), contemplar o aspecto temporal ou histórico. De fato, o instrumental metodológico próprio da teoria jurídica clássica pode ser útil apenas para o exame da compatibilidade de normas relativas ao *private enforcement* ao ordenamento jurídico (perspectiva sincrônica).[343] Nesse caso, essas normas são consideradas estritamente sob o prisma do dever ser: as atualmente vigentes são consideradas válidas dependendo de sua relação com as demais normas jurídicas; em caso de lacuna, outras normas podem ser deduzidas das já existentes, sem pretensão ou capacidade de considerar o aspecto temporal (perspectiva diacrônica).[344]

As profundas e recentes alterações legislativas sofridas pelo direito concorrencial e pelo processo civil reforçam o pressuposto de que o direito vigente está sujeito a constantes transformações. Não se pode, portanto, ignorar a historicidade inerente ao objeto de estudo e a importância de que novas normas sejam construídas a partir do reconhecimento dessa característica. Por isso, a pretensão de examinar a adequação de novas técnicas aconselha não apenas uma análise voltada à coerência interna em relação a esses ramos do direito, como também uma reflexão sobre eventuais tendências nele

---

[342] Ainda assim, mesmo que esse não seja o objeto do trabalho, é preciso reconhecer a importância desse tipo de análise como forma de permitir uma compreensão adequada do porquê o *private enforcement* do direito concorrencial no Brasil é pouco desenvolvido; ou, para o caso de, uma vez propostas técnicas adequadas, estas não serem adotadas. Dado que é recente o surgimento de sugestões de alterações legislativas relacionadas ao *private enforcement*, essa última questão ainda não tem como ser respondida de forma satisfatória.

[343] Nas palavras de Weber, "a questão a ser resolvida [pelas disciplinas jurídicas dogmáticas] é aquela da esfera conceitual de validade de certas normas jurídicas [...]". Tradução livre de: "The question to be solved by [the dogmatic juridical disciplines] is that of the conceptual sphere of validity of certain legal norms […]" [WEBER, Max. Roscher and Knies and the logical problems of historical economics. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 3-94, p. 56].

[344] Explica Weber sobre a formação de conceitos jurídicos ou sua abstração conceitual: "como pode esse conceito ser construído intelectualmente de forma que todas as normas positivadas que o utilizem, ou para as quais ele é um pré-condição, possam ser mantidas, consistente e significativamente, ao lado e em conjunto umas com as outras? [As construções jurídicas] não guardam relação com a interpretação causal da realidade". Tradução livre de: "How can this concept be construed intellectually so that all positive norms which utilize that concept, or for which it is a precondition, can be maintained, consistently and meaningfully, alongside and in conjunction with each other? […] [those juridical constructions] have nothing to do with a causal interpretation of reality" [WEBER, Max. Roscher and Knies and the logical problems of historical economics. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 3-94, p. 56].

presentes. É essa reflexão que se pretende realizar a partir do recurso a um instrumental teórico-metodológico externo ao direito, com apoio nas ideias de Max Weber.

Efetivamente, sob o prisma metodológico, a análise lógico-jurídica do *private enforcement* não suscita muitas dúvidas e pode ser realizada, com os reparos feitos por algumas teorizações contemporâneas, tal como descrita no início deste tópico. A tentativa de compreensão das tendências normativas do processo civil e do direito concorrencial, por sua vez, justamente por suscitar diversas questões metodológicas, merece um exame mais cuidadoso.

De início, é preciso ter claro que a análise realizada neste trabalho será limitada de diversas formas e que, por isso, sua capacidade explicativa também possui esses limites. Afinal, como explica Schluchter, "se é certo que a explicação e o prognóstico estão intimamente inter-relacionados, então, uma capacidade explicativa limitada da teoria corresponde a uma capacidade limitada de prognóstico".[345] Por isso, as ciências da ação possuem uma limitada capacidade prospectiva.[346] Enquanto algumas áreas do saber permitem previsões precisas sobre como e em que momento determinados fenômenos ocorrerão (o horário de um eclipse lunar, por exemplo),[347] o máximo que as ciências sociais podem oferecer são prognósticos, construídos de forma ideal típica a partir de regularidades.[348] As inferências realizadas a partir delas podem ser convincentes, mas dificilmente serão conclusivas: outras hipóteses não são eliminadas a partir da construção de uma tipologia.[349]

Ainda assim, apesar de limitada, é possível que a capacidade prospectiva seja utilizada como ponto de partida para pensar e transformar a realidade[350] – no caso da tese, para propor diretrizes e técnicas processuais adequadas à tutela reparatória de danos causados por infrações à ordem econômica.

---

[345] SCHLUCHTER, Wolfgang. *Acción, orden y cultura:* estudios para un programa de investigación en conexión con Max Weber. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008, p. 160. Tradução livre de: "si es cierto que la explicación y el pronóstico están íntimamente interrelacionados, entonces, a una limitada capacidad explicativa de la teoría corresponde a una limitada capacidad de pronóstico".

[346] SCHLUCHTER, Wolfgang. *Acción, orden y cultura:* estudios para un programa de investigación en conexión con Max Weber. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008, p. 158.

[347] O exemplo é de SCHLUCHTER, Wolfgang. *Acción, orden y cultura:* estudios para un programa de investigación en conexión con Max Weber. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008, p. 158.

[348] Ver tópico 2.1.1.

[349] McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series.* New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 215.

[350] SCHLUCHTER, Wolfgang. *Acción, orden y cultura:* estudios para un programa de investigación en conexión con Max Weber. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008, p. 160.

Além disso, conforme os pressupostos traçados no capítulo anterior, as regularidades identificadas[351] a partir das construções ideais-típicas podem ter níveis bastante distintos de generalidade. Assim, mantendo o paralelo traçado por Schluchter, explicações mais gerais permitem prospectar tendências mais gerais; explicações específicas, tendências específicas.[352] Por esse motivo, dada a especificidade das propostas que serão analisadas no âmbito da tese – técnicas processuais adequadas à tutela reparatória de infrações à ordem econômica –, é fundamental que o referente escolhido para a aferição de sua adequação (a "tendência") seja também específico. Assim, para analisar a adequação de propostas relativas ao *private enforcement*, será utilizada como referente a descrição da tendência dos âmbitos do direito no qual ele está inserido: processo civil e direito concorrencial.

À luz desses elementos, a hipótese a ser testada, considerando o objeto da tese, é a de que as alterações normativas apontam para uma tendência de superação das tensões existentes entre processo civil e direito concorrencial. É dizer, por um lado, ao longo dos períodos examinados, o processo civil e o direito concorrencial, por fazerem parte de uma mesma esfera de valor (direito), são orientados por uma racionalidade comum; por outro, a partir de um grau maior de adequação atingido nas alterações normativas mais recentes, torna-se possível um ajuste entre eles capaz de superar as tensões existentes, alcançando uma relação de afinidade eletiva:[353]

---

[351] Deve-se destacar que essas regularidades, são "tendências", não se confundem com leis causais: "Weber não confunde leis e tendências; ao contrário, ele sempre lançou enorme dúvida sob a crença de que leis deterministas e universalmente válidas pudessem ser encontradas na história e utilizadas com propósitos de explanação". Tradução livre de: "Weber does not conflate laws and trends; on the contrary he always threw the utmost doubt on the belief that deterministic and universally valid laws were to be found in history and that they could be used for the purposes of explanation" [WEISS, Johannes. The Application of the Weberian Concept of Rationalization to Contemporary Conditions. In: WHIMSTER, Sam; LASH, Scott (Eds.). *Max Weber, Rationality and Modernity.* 2. ed. Oxfordshire: Routledge, 2006, p. 164-182, p. 159].

[352] Sem prejuízo de que, como será analisado na sequência, seja possível a identificação de afinidades eletivas entre formas culturais ou jurídicas mais gerais e formas mais específicas.

[353] Alguns autores se referem à noção de "similitude estrutural" ou "adequação significativa" [FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 301; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional. 2000. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000, p. 63]. Como explica Camargo e Gomes, aplicando essas noções: "Inseridos, pois, no mesmo processo de racionalização, economia, política e Direito (bem como seus institutos jurídicos) estão de alguma forma adequados do ponto de vista do sentido, possuindo elementos estruturais similares. Ainda que haja ruídos, tensões ou resistências entre tais segmentos, o resultado dessa conflitualidade (aparente ou real) teria um 'sentido' único: o da racionalização do mundo ocidental [CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional. 2000. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000, p. 42].

> [...] a afinidade eletiva é o processo pelo qual a) duas formas culturais/religiosas, intelectuais, políticas ou econômicas ou b) uma forma cultural e o estilo de vida e/ou os interesses de um grupo social, entram, a partir de certas analogias significativas, parentescos íntimos ou afinidades de sentido, numa relação de atração e influência recíprocas, de escolha ativa, de convergência e de reforço mútuo.[354]

Ainda que o conceito de afinidade eletiva esteja presente nas reflexões weberianas,[355] ele nunca foi precisamente definido em sua obra.[356] Por esse motivo, Michael Löwy reconhece que "[...] as formulações de Weber [sobre afinidade eletiva] são suficientemente flexíveis para permitir diferentes leituras [...]".[357] De qualquer forma, um grau considerável de adequação[358], reforço mútuo[359], parecem ser elementos presentes na noção de afinidade eletiva.

Partindo desse conceito, a hipótese pode ser dividida em duas sub-hipóteses: (i) que houve, em diversos momentos históricos, uma semelhança entre as racionalidades preponderantes no direito da concorrência e no processo civil, sem que necessariamente houvesse entre eles atração e influência recíprocas, escolha ativa, convergência ou reforço mútuo; e (ii) que as alterações normativas recentes apontam para um crescente grau de afinidade eletiva entre processo civil e direito concorrencial e, portanto, para a superação das tensões entre eles[360] – algo que pode contribuir para o desenvolvimento do *private enforcement*.

A eventual confirmação dessa última sub-hipótese permitirá que a descrição das tendências existentes no direito concorrencial e no processo civil seja utilizada para a formulação de um juízo empírico (e não apenas jurídico-normativo) quanto à adequação de determinadas técnicas processuais à tutela reparatória de danos causados por infrações à ordem econômica.

---

[354] LÖWY, Michael. *A jaula de aço:* Max Weber e o marxismo weberiano. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 71-72.
[355] Ver, por exemplo, WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 341; 1108; 1160; 1180; 1208; 1429.
[356] LÖWY, Michael. *A jaula de aço:* Max Weber e o marxismo weberiano. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 69.
[357] LÖWY, Michael. *A jaula de aço:* Max Weber e o marxismo weberiano. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 64.
[358] LÖWY, Michael. *A jaula de aço:* Max Weber e o marxismo weberiano. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 70.
[359] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 341.
[360] Sobre a questão do conflito em Weber, ver BRUBAKER, Rogers. *The limits of rationality:* an essay on the social and moral thought of Max Weber. London: Routledge, 1991, p. 61 e ss.

Note-se que a descrição dessas tendências tem por objeto as "regras jurídicas enquanto fenômenos empíricos" (plano do ser), mais do que as "regras jurídicas enquanto objeto de análise jurídico-conceitual" (plano do dever ser).[361] Afinal, como explica Weber, "a descrição de um regime jurídico válido, concreto, é em si mesma completamente histórica: a formação de um 'indivíduo'"; porém "a situação é diferente quando o regime jurídico é analisado dogmaticamente, ou seja, quando a validade e o significado[362] das

[361] Weber aponta uma confusão constante entre essas duas perspectivas ao analisar e criticar os "efeitos paradoxais" alcançados por Stammler. WEBER, Max. Max Weber: collected methodological writings. BRUUN, Hans H.; WHIMSTER, Sam. Abingdon, UK: Routledge, 2012, p. 225.

[362] Optou-se por traduzir o termo meaning, nesse caso, por "significado", de modo a diferenciá-lo do que seria o "sentido" da ação tal como compreendido por Weber. A necessidade de diferenciação decorre da polissemia de palavras como *Sinn* e *Sinnndeutung* (traduzidas no inglês como meaning e interpretation of meaning). Assim, a noção de "*logischer Sinndeutung*" no âmbito da dogmática jurídica, comumente traduzida como "interpretação lógica do sentido" [ver WEBER, Max. *Economia e Sociedade:* fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, v. 2, p. 12] ou "interpretação do 'sentido lógico'" (tradução livre de: "interpretación del "sentido lógico") [ver WEBER, Max. *Economía y Sociedad*: esbozo de sociología comprensiva. Traducción de José Medina Echavarría et al. 9 ed. México, D.F: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 510], seria traduzida a partir da diferenciação proposta como "interpretação lógica do significado". Ainda que essa diferenciação possa não se justificar em termos linguísticos, ela tem uma finalidade estritamente prática: diferenciar o que seria a "interpretação lógica do significado" da norma no âmbito da dogmática jurídica, da tentativa de se compreender o sentido do direito tal como proposto no âmbito desse trabalho. Essa tentativa, alinhada aos pressupostos metodológicos weberianos, já foi exaustivamente analisada neste capítulo. É necessária, porém, uma explicação acerca da "interpretação lógica do significado" tal como compreendida pelo "pensamento jurídico clássico". Serve de exemplo a característica doutrina de Pontes de Miranda: "Interpretar leis é lê-las, entender-lhes e criticar-lhes o texto e revelar-lhes o conteúdo. Pode ela chocar-se com outras leis, ou consigo mesma. Tais choques têm de ser reduzidos, eliminados; nenhuma contradição há de conter a lei. O sistema jurídico, que é sistema lógico, há de ser entendido em toda a sua pureza. [...] Principalmente, tem-se de levar em conta que a regra jurídica, a lei, viveu e vive lá fora, – foi para ser ouvida e lida pelos que hão de observá-la e é para ser lida, hoje, por eles. Nem o que estava na psique dos que a criaram, nem o que está na psique dos que hoje a criam, têm outro valor além do que serve à explicitação do que é que foi ouvido e lido por aqueles a que foi dirigida, ou o é por aqueles a quem hoje se dirige. O elemento histórico, que se há de reverenciar, é mais exterior, social, do que interior e psicológico. Se assim se afasta a pesquisa da vontade do legislador, no passado e no presente, o subjetivismo e o voluntarismo que – há mais de trinta e dois anos – combatemos [...], há de evitar-se passar-se a outro subjetivismo e a outro voluntarismo, – o da indagação da vontade da lei. *Ratio legis* não é *voluntas legis*; lei não quer; lei regra, lei enuncia. O sentido [aqui, significado] é o que está na lei, conforme o sistema jurídico, e não o que se atribui ao legislador ter querido, nem à lei querer agora [aqui, o sentido]" [PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado:* Direito das Obrigações. Atualizado por Alcides Tomasetti Jr. e Rafael Domingos Faiardo Vanzella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 33, p. 17-18]. Com essa diferenciação é possível compreender a afirmação de Julien Freund de que a dogmática jurídica "[...] procura estabelecer teoricamente o sentido visado por uma lei [...]" [FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber.* Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987, p. 178]. (grifou-se). É bem verdade que ela também se torna evidente quando explicada de forma clara em contexto, tal como feito por Schluchter: "A representação do sentido objetivo [aqui, significado] de disposições normativas como um sistema logicamente fechado em si mesmo e sem contradições é um ideal [em sentido normativo] da dogmática jurídica que nunca é inteiramente atingível" Tradução livre de: "The depiction of the objective meaning of legal propositions as a system in itself logically closed and without contradictions is an ideal of legal dogmatics that is never entirely obtainable" [SCHLUCHTER, Wolfgang. The Sociology of Law as an Empirical Theory of Validity. *Journal of Classical Sociology,* London, v.2, n.3, p. 257-280, nov. 2002. Disponível em: https://doi.org/10.1177/1468795X02002003194. Acesso em: 20 ago. 2017, p. 272]. Por fim, é preciso observar que não obstante a diferenciação apresentada, essa construção dogmática, a "interpretação lógica do

normas são examinados por meio de uma interpretação".[363] Ambas as abordagens têm como ponto de partida a existência da norma enquanto fato, mas, a partir disso, o modo de proceder de cada uma delas é, para Weber, sensivelmente distinto:

> Pode-se chamar uma investigação 'dogmática' de 'formal', porque ela permanece no mundo de conceitos; nesse caso, é oposta ao 'empírico', no sentido de investigação causal em geral. Por outro lado, nada impede alguém de denominar a 'concepção' empírico-causal de 'regras jurídicas' de 'naturalista' (em oposição ao modo como são tratadas no âmbito da dogmática jurídica). Mas deve-se ter claro que 'natureza', nesse caso, refere-se à totalidade do ser empírico em geral; consequentemente, a 'história do direito', por exemplo, também será, de um ponto de vista lógico, uma disciplina 'naturalista', pois tem, também, a *existência fática* de normas legais, não seu *significado* ideal, como objeto.[364]

Não obstante, conforme reconhece Weber, "uma construção jurídico-dogmática", que realiza uma análise jurídico-conceitual das normas, "é indispensável [...] mesmo para [se analisar] a lei de tempos passados e mesmo para a história do direito":[365] ela serve como um tipo ideal com finalidade heurística ou descritiva.[366] Por esse motivo Weber não

---

significado" com a finalidade de revelar o conteúdo da norma, é, como será explicado na sequência, imprescindível para a compreensão do "sentido" do direito na acepção weberiana. Ver também, WEBER, Max. R[udolf] Stammler's "overcoming" of the materialist conception of history. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 185-226, p. 212 e 224.

[363] WEBER, Max. Letters (excerpts): to Heinrich Rickert, 14 june 1904. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 375. Tradução livre de: The description of a concrete, valid legal regime is in itself completely historical: [it is] the formation of an 'individual'"; e de: "The situation is different when the legal regime is analysed dogmatically, that is to say, when the validity and the meaning of the norm are examined by means of an interpretation".

[364] WEBER, Max. R[udolf] Stammler's "overcoming" of the materialist conception of history. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 185-226, p. 224. Tradução livre de: "One may call a 'dogmatic' investigation 'formal' because it remains in the world of 'concepts'; in that case, it is opposed to the 'empirical', in the sense of causal inquiry in general. On the other hand, nothing prevents one from calling the empirical–causal 'conception' of 'legal rules' 'naturalistic' (as opposed to the way in which they are treated in the field of juridical dogmatics). But one must bear clearly in mind that 'nature' in this case refers to the totality of empirical being in general; consequently, the 'history of law', for instance, will also, from a logical viewpoint, be a 'naturalistic' discipline, as it, too, has the factual existence of legal norms, not their ideal meaning, as its object".

[365] WEBER, Max. Max Weber: collected methodological writings. BRUUN, Hans H.; WHIMSTER, Sam. Abingdon, UK: Routledge, 2012, p. 368. Tradução livre de: "A legal-dogmatic construction is indispensable […] even for [looking at] the law of former times, [and] even for the history of law".

[366] WEBER, Max. R[udolf] Stammler's "overcoming" of the materialist conception of history. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 185-226, p. 225. Como explica Weber sobre a análise sociológica, "Em todos os casos, empregamos nossa construção dogmática como um 'tipo ideal' [...]. Por outro lado, uma 'regra legal' que foi determinada como empiricamente 'válida' pela história do direito – isso é, dentro de uma seção espaço-temporal da história – opera, em conjunto com o desenvolvido acima, como um 'tipo ideal' da conduta real dessas pessoas que foram potencialmente afetadas por ela [...]". Tradução livre de: "In every case, we employ our dogmatic construction as an 'ideal type' […]. In its turn, a 'legal rule' that has been

reputa justificável "[...] fazer a seguinte distinção: o direito que não é mais válido é considerado apenas como um fato, não como uma 'norma'; e o direito válido é considerado como uma norma, não como um fato".[367]

Assim, a análise que será realizada nos capítulos 3 e 4 tem como ponto de partida a existência de determinadas normas jurídicas enquanto fenômeno empírico ("o direito enquanto fato"),[368] mas não pode prescindir da compreensão do conteúdo delas em sua acepção jurídica ("o direito enquanto norma").[369] É essa compreensão que permite afirmar a existência fática de determinadas normas que *pretendem ou pretenderam regular, de determinada forma, determinados comportamentos*. Para tanto, o uso instrumental do conhecimento dogmático-jurídico, com referência inclusive às reflexões doutrinárias nesse âmbito, é imprescindível. Contudo, é preciso repetir, esse exercício não tem por objetivo analisar juridicamente a validade das normas, mas, apenas, partindo da sua existência (e pretensa validade), tentar compreender o seu sentido.[370-371] Por isso, o estudo realizado

---

established as empirically 'valid' by the history of law – that is to say: within a temporal and spatial section of history – functions, along the lines developed above, as an 'ideal type' of the actual conduct of those persons who were potentially affected by it […]".

[367] WEBER, Max. Max Weber: collected methodological writings. BRUUN, Hans H.; WHIMSTER, Sam. Abingdon, UK: Routledge, 2012, p. 368. Tradução livre de: "That is why I would not find it justified to make a distinction like the following: the law that is no longer valid is regarded only as a fact, not as a 'norm'; and the law that is still valid [is regarded] as a norm, not as a fact".

[368] Como afirma Weber, "[...] obviamente, a ideia jurídica de que 'lei' 'deveria ser válida' é completamente diferente, não apenas das regularidades empíricas, mas também da 'existência' empírica da 'lei' (tal como discutido anteriormente)". Tradução livre de: "[...] obviously, the juridical idea that 'law' 'should be valid' is entirely different not only from empirical regularities, but also from the empirical 'existence' of 'law' (as just discussed)" [WEBER, Max. R[udolf] Stammler's "overcoming" of the materialist conception of history. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 185-226, p. 218].

[369] Ver KRONMAN, Anthony. Max Weber. Tradução de John Milton. *Coleção Teoria e Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 25.

[370] Sentido, nesse caso, está associado ao sentido da ação social, tal como sugere Schluchter: "Para Weber, ação está relacionada ao sentido e sentido é incorporado em estruturas que restringem e, ai mesmo tempo torna possível a ação, enquanto elas mesmas são produzidas e reproduzas apenas em ação". Tradução livre de: "For Weber, action is related to meaning and meaning is incorporated into structures that restrict and at the same time render possible action, while themselves being produced and reproduced only in action" [SCHLUCHTER, Wolfgang. The Sociology of Law as an Empirical Theory of Validity. *Journal of Classical Sociology,* London, v.2, n.3, p. 257-280, nov. 2002. Disponível em: https://doi.org/10.1177/1468795X02002003194. Acesso em: 20 ago. 2017, p. 268-269].

[371] Como explica Weber, "[…] não há dúvidas que de *história* e todas as variedades de "ciências da sociedade" *não*-normativas fazem uso daquelas formações conceituais de um modo bastante diverso daquele das [disciplinas] jurídicas dogmáticas. A questão a ser resolvida por elas [as disciplinas jurídicas dogmáticas] é aquela da esfera conceitual de validade de determinadas normas jurídicas; a questão que toda abordagem histórico-empírica [deve enfrentar] é a de causas e efeitos da *real* 'existência' de uma 'ordem jurídica', um 'instrumento jurídico' concreto ou uma 'relação jurídica'. Quando [disciplinas que operam com uma abordagem histórico-empírica] estabelecem esta 'real existência' na realidade histórica, as 'normas jurídicas' (incluindo os produtos da formação conceitual jurídico-dogmática) só são encontradas na forma de *ideias* que estão presentes na mente das pessoas; [estas ideias] são *um* fator *dentre outros* que determinam o esforço e a ação [das pessoas]; e as [disciplinas histórico-empíricas] sujeitam esses elementos da realidade objetiva ao mesmo tratamento que todos os outros [elementos]: aquele da imputação causal". Tradução livre de: "[…]

pode ser denominado de sociológico apenas de modo bastante limitado:[372] por considerar as regras jurídicas como fenômenos da realidade empírica, resultado de ações sociais compreensíveis e dotadas de sentido.[373]

Nesse passo é possível compreender outro limite relevante deste trabalho, relativo ao seu objeto: ainda que a análise das normas não seja propriamente jurídica (no plano do dever-ser) e elas sejam compreendidas enquanto elementos da realidade empírica, elas, e apenas elas, serão objeto de análise.[374] Pressupõe-se aqui a distinção – reconhecida por

---

there is no doubt at all that *history* and all the varieties of the *non*-normative 'sciences of society' make use of those concept formations in quite a different sense than the dogmatic juridical [disciplines do]. The question to be solved by [the dogmatic juridical disciplines] is that of the conceptual sphere of validity of certain legal norms; the question that every empirical–historical approach [has to tackle] is that of the causes and effects of the *actual* 'existence' of a 'legal order', a concrete 'legal instrument' or a 'legal relationship'. When [disciplines working with an empirical–historical approach] establish this 'actual existence' in historical reality, the 'legal norms' (including the products of dogmatic juridical concept formation) are only found in the form of *ideas* that are present in people's minds; [these ideas] are *one* factor *among others* determining [people's] striving and actions; and the [empirical–historical disciplines] subject these elements of objective reality to the same treatment as all other [such elements]: that of causal imputation" [WEBER, Max. Roscher and Knies and the logical problems of historical economics. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 3-94, p. 56].

[372] Uma análise propriamente sociológica contemplaria, segundo Weber, as normas jurídicas enquanto elemento componente da base causal das condutas humanas juntamente com diversos outros elementos: entrariam em jogo fator políticos, sociais, econômico, etc. Ver, nesse sentido, TRUBEK, David M. Max Weber on Law and the Rise of Capitalism. *Yale Law School Legal Scholarship Repository,* New Haven, n.4001, p. 720-753, 1972, p. 751. É nesse sentido que Weber afirma que a regra jurídica poderia ser considerada como um tipo ideal de conduta, em relação ao qual as ações poderiam ser comparadas. No caso deste trabalho, diferentemente, a análise dirige-se a um dos elementos que pode ser considerado como causa das regras jurídicas existentes: sua racionalidade. Afinal, conforme explica Weber, os sistemas jurídicos possuem em sua origem um modo de pensamento jurídico (como é o caso do formalismo jurídico em relação ao Código de Napoleão).

[373] Conforme Kennedy, entre as questões que seriam formuladas em uma perspectiva sociológica do direito estaria a causa da existência de um sistema normativo concreto, algo que poderia ser investigado tanto sob a perspectiva do conteúdo desse sistema (ou de suas normas) quanto do tipo de pensamento jurídico – este, segundo o autor, principal tema da sociologia histórica do direito weberiana [KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004, p. 1043].

[374] Assim, o direito aqui será analisado em sentido ainda mais limitado do que tem, sob outros pressupostos teóricos, para Jürgen Habermas, o "sistema jurídico em sentido estrito": "seus dados [do sistema jurídico em sentido estrito] os retira do direito vigente, das leis e precedentes, das respectivas dogmáticas jurídicas, dos contextos políticos da atividade legislativa, das fontes históricas do direito, etc." Tradução livre de: "sus dados [del sistema jurídico en sentido estricto] los toma del derecho vigente, de las leyes y precedentes, de las respectivas dogmáticas jurídicas, de los contextos políticos de la actividad legislativa, de las fuentes históricas del derecho, etc." [HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 265]. Contudo, Habermas também assume uma perspectiva mais restrita para analisar esse sistema: "como todas as comunicações jurídicas remetem a pretensões suscetíveis de serem acionadas judicialmente, o processo judicial constitui o ponto de fuga para a análise do sistema jurídico. Mas a eleição desta perspectiva de investigação apenas significa uma fixação *metodológica*, não uma restrição da análise ao âmbito da administração da justiça". Tradução livre de: "como todas las comunicaciones jurídicas remiten a pretensiones susceptibles de accionarse judicialmente, el proceso judicial constituye el punto de fuga para el análisis del sistema jurídico. Pero la elección de esta perspectiva de investigación sólo significa una fijación *metodológica*, no una restricción del análisis al ámbito de la administración de la justicia"

Weber como própria dos modos de pensamento jurídicos que lhe eram contemporâneos – de duas categorias de atividade jurídica realizadas pelo Estado (produção do direito e aplicação do direito).[375] Essa distinção possui, evidentemente, caráter ideal-típico, porque se reconhece o possível papel criativo na aplicação do direito, que pode resultar, inclusive, na formulação de enunciados gerais a partir de "reiteradas decisões" (vide o art. 103-A, CF/88). Como explica Weber:

> Hoje nós entendemos por produção do direito o estabelecimento de regras gerais que, no pensamento dos juristas, assumem o caráter de regras de direito racionais. Aplicação do direito, da forma como a entendemos, é a "aplicação" dessas normas estabelecidas e das normas deduzidas a partir delas pelo pensamento jurídico, aos "fatos" concretos que são "subsumidos" sob essas normas.[376]

Essa distinção, que tem importante consequência para os tipos ideais de direito formados por Weber,[377] é relevante também para a análise dos limites deste trabalho. Afinal, seu objeto são apenas as normas jurídicas, tal como foram produzidas, em

---

[HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 266]. No caso da tese, trata-se de uma opção metodológica pela limitação do objeto de estudo, não de uma perspectiva positivista que, como explica Habermas, "como direito se considera aquele e somente aquele que um legislador político, eleito conforme os critérios estabelecidos, estabelece como direito". Tradução livre de: "como derecho se considera aquello y sólo aquello que un legislador político, elegido conforme a los criterios establecidos, establece como derecho" [HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 367-368]. A perspectiva adotada nesta tese se justifica na medida em que, embora em tempos mais recentes venha ocorrendo uma valorização do caráter normativo das decisões judiciais para além do caso concreto (note-se as súmulas vinculantes e o "sistema de precedentes do NCPC"), as regras jurídicas continuam sendo resultado, essencialmente, do processo legislativo. Como explica Weber: "Como surgem regras jurídicas? Atualmente, elas costumam surgir pela via da legislação, i.e., produção consciente do direito em conformidade com os requisitos constitucionais formais, sejam decorrentes de costume ou 'produzidos', de uma dada sociedade política. Obviamente, este tipo de produção do direito não é originária; ela não é o normal nem mesmo em sociedades economicamente ou socialmente avançadas e complexas. Na Inglaterra, a *'common law'* é considerada o completo oposto de 'direito produzido'". Tradução livre de: "How do legal rules arise? At the present time, they usually arise by way of legislation, i.e., conscious human lawmaking in conformity with the formal constitutional requirements, be they customary or 'made', of a given political society. Obviously, this kind of lawmaking is not aboriginal; it is not the normal even in economically or socially complex and advanced societies. In England, the 'common law' is regarded as the very opposite of 'made law'" [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 753].

[375] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 653-654.

[376] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 653. Tradução livre de: "Today we understand by lawmaking the establishment of general norms which in the lawyers' thought assume the character of rational rules of law. Lawfinding, as we understand it, is the "application" of such established norms and the legal propositions deduced therefrom by legal thinking, to concrete "facts" which are "subsumed" under these norms".

[377] Ver tópico 2.2.

diferentes momentos históricos; não a forma como elas foram aplicadas. Desse modo, ainda que a prática do direito concorrencial e do processo civil possa, sabidamente, ser distinta do estabelecido nas previsões normativas, ela não será examinada.[378] Ainda que se reconheça que o direito de períodos anteriores pode não ter sido na prática aquilo que era nas normas, a opção de analisar apenas estas últimas se justifica pela finalidade comparativa bastante específica almejada no trabalho: evita-se, com isso, que o trabalho utilize referentes distintos de análise (o direito de antes na prática; o de hoje e do futuro na norma).[379]

Finalmente, também é preciso notar que o objeto de análise não serão todas as normas jurídicas do direito concorrencial ou do processo civil, mas apenas aquelas que, em cada um desses âmbitos, produziram transformações. Desse modo, quando se afirma que o ponto de partida é a existência fática de determinadas normas jurídicas, faz-se referência apenas àquelas que forem distintas das que existiam em um momento histórico anterior, identificado de modo ideal-típico. Assim, tal como para o direito intertemporal, não haveria material relevante para o estudo proposto "caso as leis permanecessem inalteradas ou, ainda, fossem alteradas em sua redação, mas disciplinassem os fatos da mesma forma,

---

[378] Para ficar apenas em um exemplo desse eventual descompasso, pode-se cogitar que um determinado texto normativo "inovador" não seja mais do que a positivação de uma prática arraigada, ainda que *contra legem*, de um período anterior.

[379] Não obstante, seria possível sustentar, a partir dos pressupostos de Weber quanto à racionalização do direito, que, de um modo geral, o sentido dos processos de produção e aplicação do direito é comum – ou, quando menos, que há entre eles uma afinidade eletiva. Isso porque ambos tendem a ser informados pelo mesmo modo de pensamento jurídico e, como afirma Weber, "o tipo predominante de educação legal, i.e., a maneira como os praticantes do direito são treinados, tem sido mais importante do que qualquer outro fator [no desenvolvimento das qualidades formais do direito]" [Tradução livre de: "[…] the prevailing type of legal education, i.e., the mode of training of the practitioners of the law, has been more important than any other factor [in the development of the formal qualities of law]" [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 776; Ver também MUNNÉ, Guillermo. Racionalidades del derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico. *Isonomía*, Santa Fé, n.25, p. 65-100, out. 2006, p. 80.]. Por isso, segundo Weber, o desenvolvimento das qualidades formais de um conjunto de leis é condicionado diretamente por condições intrajurídicas (relacionadas à influência dos profissionais do direito), e apenas indiretamente por condições econômicas e sociais [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 776 e WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 893.]. Nessa medida, seria possível supor que os aplicadores do direito, treinados como os demais profissionais jurídicos, compartilham em larga medida dos mesmos valores (produzindo e reproduzindo, predominantemente, um direito com o mesmo sentido do conjunto de normas que são responsáveis por aplicar). Este trabalho, porém, não se sustenta nessas ideias, tampouco as adota como pressupostos. Em sentido aparentemente diverso quanto à perspectiva sugerida, ver CHAUDHRY, Faisal. The promise and paradox of Max Weber's legal sociology: the categories of legal thought as types of meaningful action and the persistence of the problem of judicial legislation. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, v.20, p. 249-287, 2011, p. 279 e ss.

implicando a produção dos mesmos efeitos jurídicos".[380] Em outras palavras, apenas serão analisadas normas que, desde uma perspectiva dogmático-jurídica, impliquem alteração, supressão ou acréscimo à disciplina anterior capazes de produzir diferentes efeitos jurídicos. É desse modo que diferentes momentos históricos do processo civil e do direito concorrencial serão examinados: a partir da identificação daquilo que é peculiar, característico, em cada um desses momentos.

A delimitação de períodos históricos para analisar o direito da concorrência e o processo civil, por meio da indução do sentido presente nas transformações ocorridas, representa, na verdade, a construção de tipos ideais referentes a esses períodos.[381] O sentido das transformações em cada período serve, então, como o critério a informar a tipologia de racionalidade do direito contemporâneo apresentada no tópico 2.2.3, e que será aplicada nos capítulos 3 e 4. Isso não significa, porém, que cada período é informado apenas por uma racionalidade, mas sim que a ela pode ser atribuído um caráter de predominância em relação às demais, quando se compara a realidade com a construção ideal típica.[382]

Reconhecidos os limites da tese quanto ao seu campo de análise, dois outros limites presentes no método proposto precisam ser considerados.

O primeiro é que, como se pode notar, a análise proposta é, também em um sentido limitado, histórica. Afinal, a descrição de diferentes momentos históricos tem apenas uma finalidade instrumental: identificar a existência de diferentes racionalidades no âmbito do processo civil e do direito concorrencial. Não se assume, com isso, qualquer compromisso de índole evolucionista – como uma crença na existência de diferentes

---

[380] CAMARGO GOMES, Adriano. O novo Código de Processo Civil e o Direito Intertemporal em matéria probatória. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa (coords.). Direito Intertemporal. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC.* Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v. 7, p. 21-48, p. 21.

[381] McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series.* New York: Appleton-Century-Crofts, 1966, p. 4. Também Burger, segundo o qual: "Ciência empírica, para Weber, procede indutivamente, e ele vê tipos como indutivamente abstraídos da realidade". Tradução livre de: "Empirical science, for Weber, proceeds inductively, and he views types as inductively abstracted from reality" [BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976, p. 124].

[382] Nesse sentido, é irreparável a explicação de Weber, em sua tipologia das cidades: "Nem precisamos destacar que as cidades reais quase sempre representam tipos mistos e, consequentemente, podem ser classificadas apenas em termos dos seus respectivos componentes econômicos predominantes" (grifou-se). Tradução livre de: "Nor do we need to stress that actual cities almost always represent mixed types and hence can be classified only in terms of their respective predominant economic components" [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 1217]. O mesmo se aplica para as tipologias construídas no âmbito desse trabalho, motivo pelo qual, tal como Weber faz em Economia e Sociedade, referir-se-á com alguma frequência à noção de predominância.

"estágios" de racionalidade. Ao contrário, ainda que se reconheça uma sucessão histórica de diferentes racionalidades no processo civil e no direito concorrencial, o propósito é essencialmente comparativo: permitir a identificação dos traços predominantes em cada período, bem como das tensões presentes em cada "tipo" construído.[383]

Nesse ponto, é preciso compreender os diferentes níveis de análise presentes na teoria weberiana e de que forma eles são observados neste trabalho. Guenther Roth identifica três níveis de análise histórica presentes nos escritos de Weber: configuracional, de desenvolvimento e situacional.[384] O primeiro se refere à construção de tipologias, tal como em "Economia e Sociedade"; o segundo, à explicação causal, tal como em "A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo"; e o terceiro, às ações individuais.[385] Ao contrário do que se poderia supor, os dois primeiros níveis de análise são dominantes nos escritos weberianos.[386] Ainda que Weber, como crítico do organicismo e do funcionalismo, reforce constantemente a noção de que apenas os homens agem na história,[387] já no segundo nível "[...] a lógica por trás das visões de mundo e de instituições surge como a base lógica de uma ação".[388] E, assim, na obra weberiana, "nunca vemos pessoas agindo, nem 'grandes homens' ou 'as massas', e as figuras históricas geralmente aparecem apenas como ilustrações tipológicas".[389] Por isso, como explica Guenther Roth:

> É importante compreender claramente a natureza da explicação histórica de Weber. Atribuições causais são feitas com base em comparações típico-ideais e em um experimento mental que assume a lógica da possibilidade objetiva. [...] Sua lógica de explicação, entretanto, permanecera a mesma no nível do modelo ou configuração sócio-histórica, bem como no âmbito da teoria secular. Ele

---

[383] Sobre a relação entre uma perspectiva comparativa e uma perspectiva evolucionista no pensamento de Weber, ver SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 3 e ss.

[384] ROTH, Guenther. Epilogue. In: _____; SCHLUCHTER, Wolfgang. *Max Weber's vision of history*: ethics and methods. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1984, p. 195-206, p. 196-197

[385] ROTH, Guenther. Epilogue. In: _____; SCHLUCHTER, Wolfgang. *Max Weber's vision of history*: ethics and methods. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1984, p. 195-206, p. 196-197. Desnecessário mencionar que são tipos ideais de análise.

[386] ROTH, Guenther. Introduction. In: SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. xv-xxvii, p. xxiv.

[387] ROTH, Guenther. Epilogue. In: _____; SCHLUCHTER, Wolfgang. *Max Weber's vision of history*: ethics and methods. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1984, p. 195-206, p. 205.

[388] ROTH, Guenther. Introduction. In: SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. xv-xxvii, p. xxiv. Tradução livre de: "[...] the logic behind the world views and institutions appears as the rationale of action".

[389] ROTH, Guenther. Introduction. In: SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. xv-xxvii, p. xxiv. Tradução livre de: "[...] we do not ever see people act, neither 'great men' nor 'the masses', and historical figures usually appears merely as typological illustrations".

> pensava em termos de um arranjo de fatores causais a nível estrutural, não em termos de uma relação histórica concreta no âmbito das ações [...]".[390]

Apenas os homens agem na história e, por isso, a forma de compreender o sentido da ação humana é também aplicável para a compreensão dos grandes fenômenos: isso é possível porque "[…] podemos entender as intenções de homens e de maneira causal explicar o curso e consequências de suas ações", e, assim a "[...] construção de modelos sintetiza a observação histórica de muitos atores individuais".[391] Esse pressuposto também é aplicável ao trabalho: de um lado, adotar uma metodologia weberiana não significa, efetivamente, ficar restrito à possibilidade de analisar ações individuais; de outro, reconhece-se que as leis são, também, produto da ação humana e que, fossem outras as ações, outras poderiam ser as leis.

O segundo limite é, em certa medida, uma consequência de que as explicações relacionadas ao objeto de estudo se restringem à possibilidade objetiva,[392] procurando identificar uma "lógica interna" em fenômenos para os quais concorreram diversas ações individuais.[393] Parte-se, pois, de uma abordagem essencialmente racional das normas existentes no direito concorrencial e no processo civil. Diante disso, um questionamento legítimo seria a eventual existência de um viés racionalista que pressuporia a racionalidade do processo legislativo por meio do qual as normas são "produzidas". De fato, não são irrelevantes a complexidade da base causal que leva à promulgação de uma lei ou a possibilidade de que elementos não racionais, a "comoção nacional", a emoção e não a razão, possam provocar impactantes alterações na legislação.[394] Não obstante, a tentativa de construir tipos ideais "racionais" quanto ao sentido da legislação é, justamente, a forma

---

[390] ROTH, Guenther. Introduction. In: SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. xv-xxvii, p. xxiii. Tradução livre de: "It is important to understand clearly the nature of Weber's historical explanation. Causal attributions are made on the basis of ideal-typical comparisons and a mental experiment that assumes the logic of objective possibility. […] His logic of explanation, however, remained the same on the level of socio-historical model or configuration as on that of secular theory. He thought in terms of an array of causal factors on the structural level, not in terms of concrete historical relationships on the actions level […]".

[391] ROTH, Guenther. Epilogue. In: _____; SCHLUCHTER, Wolfgang. *Max Weber's vision of history*: ethics and methods. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1984, p. 195-206, p. 205. Tradução livre de: "[...] we can understand the intentions of men and causally explain the course and consequences of their actions"; e de "[...] model construction synthesizes the historical observation of many individual actors".

[392] Sobre possibilidade objetiva, ver tópico 2.1.1.

[393] ROTH, Guenther. Introduction. In: SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. xv-xxvii, p. xxiv.

[394] PINHO, Débora. O crime que fez mudar a Lei de Crimes Hediondos. *Consultor Jurídico,* São Paulo, 9 jul. 2009. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2009-jul-09/imagens-historia-crime-fez-mudar-lei-crimes-hediondos. Acesso em: 08 jul. 2017.

de identificar a existência de irracionalidades como desvios em relação aos tipos construídos.[395] São esses desvios que permitirão "[...] estimar a importância de [elementos da ação] intencionalmente irracionais".[396] Assim, pressupor que há um sentido racional nas normas que serão examinadas, além de permitir uma compreensão clara e evitar ambiguidades, serve, também, ao propósito de identificar eventuais irracionalidades e de aferir sua relevância.[397] Como exemplifica Weber:

> [...] um pânico no mercado de ações pode ser mais convenientemente analisado ao se tentar determinar primeiro qual curso de ação teria ocorrido, se ele não fosse influenciado por efeitos irracionais; então é possível introduzir o componente irracional como responsável pelos desvios em relação a esse curso hipotético [da ação].[398]

Apenas nesse limite a metodologia proposta poderia ser designada de racionalista; não, portanto, no sentido de que haveria um viés racionalista relacionado com "[...] uma crença na real predominância de elementos racionais na vida humana, porque sobre a questão de em que medida essa predominância existe ou não, absolutamente nada foi dito".[399] Não obstante isso, é possível, e provável, que se identifique na própria legislação um viés predominante racionalista:[400] que, ainda que isso não seja fruto de uma escolha

---

[395] Ver, WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 6; WEBER, Max. On some categories of interpretative sociology. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 273-301, p. 274-275.

[396] WEBER, Max. On some categories of interpretative sociology. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 273-301, p. 275. Tradução livre de: "[…] estimate the importance of the purposively irrational [elements of the action]".

[397] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 6.

[398] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 6. Tradução livre de: "For example a panic on the stock exchange can be most conveniently analysed by attempting to determine first what the course of action would have been if it had not been influenced by irrational effects; it is then possible to introduce the irrational components as accounting for the observed deviations from this hypothetical course".

[399] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 7. Tradução livre de: "[…] a belief in the actual predominance of rational elements in human life, for on the question of how far this predominance does or does not exist, nothing whatever has been said". Ver também WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 8.

[400] Nesse sentido, é exemplar a explicação de Weber sobre o direito moderno: "Onde a 'razão quer reinar' todo direito que não tenha para sua existência outra razão para além do fato de que ele existe, tal como, especialmente, o direito costumeiro, deve desaparecer. Todas as codificações modernas, desde o primeiro esboço do Código Civil Alemão, têm estado então em guerra com ele. Aquelas práticas jurídicas que não se baseiam em previsões expressas do legislador, bem como qualquer outro modo adicional de interpretação jurídica, são considerados pelo legislador racionalista como fontes inferiores do direito a serem toleradas apenas enquanto a lei ainda não tenha dito sobre elas". Tradução livre de: "Where 'reason wants to reign' all law which has for its existence no reason other than the fact that it exists, such as, especially, customary law,

consciente dos legisladores,[401] elementos racionais, ao menos preponderantemente, informem a produção de normas.

Diante de todo o exposto, é preciso reconhecer o caráter fragmentário e parcial da análise proposta. Esse caráter, porém, é coerente com os pressupostos metodológicos eleitos. Afinal, como afirma Weber:

> Todo conhecimento reflexivo da realidade infinita realizado pelo espírito humano finito baseia-se no pressuposto tácito de que apenas um *fragmento* limitado dessa realidade poderá constituir de cada vez o objeto da compreensão científica, e de que só ele será "essencial" no sentido de "digno de ser conhecido".[402]

---

muse disappear. All modem codifications, down to the first draft of the German Civil Code, have thus been at war with it. Those legal practices which do not rest upon the explicit provisions of the legislator, just as every additional mode of legal interpretation, are regarded by the rationalistic legislator as inferior sources of law to be tolerated only so long as the statute has not yet spoken" [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 856-857].

[401] Sobre a questão da consciência na ação, ver WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 9-10 e 21-22.

[402] WEBER, Max. *A "objetividade" do conhecimento nas ciências sociais*. Tradução de Gabriel Cohn. São Paulo: Editora Ática, 2006. [WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138, p. 114].

3 RACIONALIDADES PREPONDERANTES NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A doutrina, por mais que tenha reconhecido traços peculiares nas diferentes legislações processuais da história brasileira, não se dedicou a investigar ou sistematizar o sentido pretendido por cada uma delas. Ainda que determinadas características ou objetivos (como o apuro técnico do CPC/73[1] e a busca por maior efetividade ou celeridade)[2] tenham sido destacados em diferentes períodos, a crítica doutrinária se restringiu, fundamentalmente, a cada dispositivo ou instituto alterado, sem oferecer uma perspectiva do todo.[3] Cada mudança parecia se encerrar em si mesma, possuindo um sentido autônomo, independente de outras mudanças ocorridas ao mesmo tempo ou em épocas muito próximas.

Diferentemente, este capítulo procura, a partir da análise do sentido presente no conjunto de alterações normativas sofridas pelo processo civil em distintos momentos históricos, identificar a racionalidade preponderante em cada um deles. Não se pretende, com isso, analisar a legislação processual a partir de seus defeitos e qualidades, de seus "erros" e "acertos" – como, aliás, já feito por abalizada doutrina nos últimos quarenta anos.[4] É dizer, não se pretende fazer crítica da lei, mas apenas identificar a sua racionalidade.

Desde logo, é importante deixar claro que a análise de cada alteração normativa não pressupõe uma racionalidade exclusiva, mas, isso sim, preponderante: é natural que num mesmo período coexistam – em diferentes intensidades e, eventualmente, em tensão

---

[1] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 885-906, p. 888.

[2] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 885-906, p. 890.

[3] Barbosa Moreira [BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Do Procedimento ordinário no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 20-61, abr. a jun. 1974, p. 26], por exemplo, criticava a timidez da inovação em relação à perícia, "tendo em vista a realidade forense". Ver também BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A estrutura do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 34-42, abr. a jun. 1974; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Processo de execução. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.246, n.850-852, p. 51-62, abr. a jun. 1974; LIMA, Alcides de Mendonça. O processo como garantia das instituições sociais. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.74, n.262, p. 15-21, abr. a jun. 1978. Mais recentemente, no período das reformas, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC:* Lei nº 10.352, de 26.12.2001, Lei nº 10.358, de 27.12.2001, Lei nº 10.444, de 07.05.2002. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 59.

[4] Ver MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.183, p. 165-194, mai. 2010.

entre si – distintas racionalidades, ainda que seja possível atribuir a uma delas primazia em relação às demais. Parte-se do pressuposto de que nos períodos de reforma da legislação ou, especialmente, de redação de um novo código, o legislador pode alterar todo o ordenamento. Contudo, costuma-se preservar, em alguma medida, aquilo que havia no direito anterior, seja porque há dispositivos legais que são adequados ou que não comprometem o sentido das alterações; seja porque a tensão entre a racionalidade preponderante nas mudanças e as demais que a ela se contrapõem limitam o ímpeto reformador. Então, num novo diploma, dialogam os princípios da conservação e da inovação: sem "deitar abaixo" tudo aquilo que havia no direito anterior, o legislador constrói e inova a partir dessa base.[5] Por esse motivo, o estudo será feito mais a partir das transformações, do que das "permanências" proporcionadas por cada nova legislação.

Para identificar esses momentos históricos, utiliza-se como referente a diferenciação feita por Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni entre o Código Buzaid (redação original do CPC/73) e o Código Reformado (CPC/73 após as reformas de 1994),[6] com duas diferenças fundamentais. A primeira diz respeito ao objeto: de modo a permitir uma compreensão mais adequada da totalidade das transformações ocorridas no sistema processual civil, além dos códigos, também são analisadas as leis especiais. A segunda se refere à extensão do período relativo ao Código Reformado: de um lado, considera-se que, a partir da primeira metade da década de 1980 (e não da década de 1990, como sugerem Mitidiero e Marinoni), o direito processual sofreu alterações significativas que possuíam uma racionalidade distinta daquela do CPC/73 na sua redação original; de outro, que a partir de determinado momento há uma mudança na racionalidade preponderante nas reformas, reclamando uma subdivisão desse período.[7] Assim, na perspectiva deste

---

[5] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 9.

[6] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do Código de Processo Civil*: críticas e propostas. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 55-56; MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.183, p. 165-194, mai. 2010, p. 176.

[7] Essa divisão não foi feita pelos reformadores, nem costuma ser feita pela doutrina. Não distinguindo a racionalidade ao longo de toda a "era das reformas", e afirmando que elas voltavam-se a eliminar entraves burocráticos, buscando compatibilizar os procedimentos com a rapidez e a eficiência da prestação jurisdicional, ver THEODORO JÚNIOR, Humberto. Um novo Código de Processo Civil para o Brasil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Brasília, v.7, n.37, p. 86-97, jul. a ago. 2008, p. 88 e ss. Ver também DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 01-17, p. 7 e ss.

trabalho, partindo da promulgação do CPC/73, podem ser identificados três períodos distintos do processo civil, porque distintas são as racionalidades que os informam.[8]

Em correspondência com a divisão proposta, este capítulo é dividido em três partes, cada uma correspondendo a cada um dos períodos identificados: a primeira analisa as mudanças normativas desde a edição do CPC/73 até 1984, informadas por uma racionalidade formal; a segunda, as reformas entre 1984 e 1995, bem como a CF/88, nas quais prepondera uma racionalidade material; e a terceira, as reformas de 1995 em diante, até a promulgação do NCPC, quando prevalece uma racionalidade instrumental. Neste ponto, convém ressaltar que, conquanto o CPC/39 não seja objeto de exame mais detido,[9] faz-se referência à sua exposição de motivos durante a análise do CPC/73, de modo a evidenciar o contraste na racionalidade preponderante em cada um deles. [10]

3.1 CÓDIGO BUZAID

O "processo civil é uma instituição técnica. E a técnica não é apanágio de um povo senão conquista de validade universal".[11] Com essas frases, repetidas ao longo da exposição de motivos de seu anteprojeto de código, Buzaid pretendeu justificar o estudo de "conquistas" doutrinárias e legislativas "dos povos civilizados" como base para o

---

[8] A análise proposta não tem o mesmo objeto, nem o mesmo objetivo do que a identificação das denominadas "três fases metodológicas na história do processo civil" (sincrética, autonomista e instrumentalista). Sobre essa classificação, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 123-127. Por outro lado, especialmente quanto ao contraste entre o primeiro período (racionalidade formal) e o segundo (racionalidade material), há certa relação com a identificação de linhas evolutivas do direito processual quando elas são associadas a "[...] profundas alterações metodológicas, passando (a) do plano abstrato ao concreto, [...] (c) do plano individual ao social" [CINTRA, Antonio Carlos de A. et al. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 146). Ver também BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, v.8, n.31, p. 199-209, jul. a set. 1983.

[9] Essa opção se justifica na medida em que (i) já se passaram quase 80 anos de sua edição e 45 desde sua revogação; (ii) ele aparenta possuir uma racionalidade material, identificada com o primeiro período das reformas e que poderá ser examinada a partir deste.

[10] O sentido do CPC/39 contrasta, como se verá, com o CPC/73. Esse contraste serve para contestar afirmações historicistas como a de que o processo é similar em seus valores desde o século XIX, ignorando que antes das reformas do CPC/73 já havia uma tensão relevante entre racionalidade formal e material no âmbito do processo civil. Um exemplo é a afirmação de Daniel Mitidiero de que "[...] o Código Buzaid acaba tendo em conta a realidade social e os direitos próprios da cultura oitocentista, por força do neutralismo inerente ao Processualismo e por ter levado em consideração como referencial o Código Bevilaqua [...]" [MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.183, p. 165-194, mai. 2010, p. 191].

[11] BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil*: Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 34.

CPC/73.[12] Com efeito, diversas alterações realizadas pelo CPC/73[13] deixam claro que se pressupunha uma superioridade técnica do direito processual de países europeus (como Alemanha, Áustria,[14] Portugal,[15] Itália,[16] e Vaticano)[17] em relação ao CPC/39.[18] Assim, o processo civil no CPC/73 foi visto como "um resultado da técnica, que transcende as fronteiras do país e é válido para muitas nações".[19]

Essa perspectiva era compartilhada pela doutrina processual brasileira, que elogiou bastante o CPC/73 quando de sua edição. Egas Moniz de Aragão, por exemplo, descreveu-o como "uma lei que põe o nosso Direito Processual em termos doutrinários muito superiores aos anteriores". [20] Diversos outros autores de grande prestígio

---

[12] BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil*: Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33-34.

[13] Por uma relação das principais alterações do CPC/73, ver HERKENHOFF, João Baptista. Considerações sobre o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.254, n.874-876, p. 399-427, abr. a jun. 1976. Ver também, de forma mais resumida, BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v. I.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 6; CASTRO FILHO, José Olympio de. Processo Civil e Reorganização Judiciária. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.73, n.259, p. 29-37, jul. a set. 1977, p. 30-33.

[14] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 22. Segundo Buzaid, "a par desse intenso movimento doutrinário surgem, ainda no derradeiro quartel do século XIX, dois Códigos – o da Alemanha e o da Áustria – que tiveram grande ascendência sobre os monumentos jurídicos dos tempos atuais. Dado o rigor científico dos seus conceitos e a precisão técnica de sua linguagem, impuseram-se como verdadeiros *modelos*, a que se seguiram as elaborações legislativas dos Códigos do século XX" [BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil*: Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33].

[15] Dinamarco se refere a esses três países [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35].

[16] Egas Moniz de Aragão se refere também ao código desses quatro países como modelo para o CPC/39 [ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Reforma Processual: 10 anos. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.362, n.362, p.15-23, jul. a ago. 2002, p. 15].

[17] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual:* quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 3. No mesmo sentido, Pontes de Miranda, no prólogo de seus comentários ao CPC/73, afirmou: "o nosso programa latino-americano há de ser, hoje, o de superarmos a ciência europeia, para que, quando os cientistas europeus voltarem à investigação, possam verificar que não fomos indignos da sua herança" [PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo I: arts. 1º a 45*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. XLVI].

[18] Para Dinamarco, "[...] não se mostra substancialmente grandiosa a reforma operada mediante a edição do [então] vigente Código de Processo Civil, no ano de 1.973. Ele representou um passo gigante, sim, no que diz respeito à técnica processual, à adoção de conceitos modernos e à correta estruturação dos institutos. O Código de Processo Civil de 1.939 fora uma tentativa de superar as mazelas de uma legislação extremamente ligada à tradição lusitana das Ordenações, mas uma tentativa que não se pode dizer bem-sucedida como um todo" [Dinamarco, A Reforma do CPC, p. 23].

[19] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 13.

[20] ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Processo de execução. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.246, n.850-852, p. 51-62, abr. a jun. 1974, p. 53. Nesse sentido, Luís Antônio de Andrade classificou o CPC/73 como "[...] obra de cunho altamente técnico e dotada de rigoroso aperfeiçoamento científico – o que o coloca, sem sombra de dúvida, entre os mais avançados da época contemporânea" [ANDRADE, Luís Antônio de. Balanço da aplicação do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.73, n.259, p. 23-28, jul. a set. 1977, p. 27].

reconheceram a natureza técnica do CPC/73 "na distribuição das matérias",[21] "na formulação dos institutos e no apuro da linguagem".[22] Esse reconhecimento se verificou também na doutrina estrangeira, fazendo com que a lei fosse utilizada como modelo em outras jurisdições.[23]

As críticas ao CPC/73 foram, de um modo geral, pontuais, apontando situações nas quais os próprios pressupostos do código não haviam sido respeitados.[24] Ainda que a inadequação entre dispositivos do CPC/73 e a realidade empírica tenha sido apontada já nas primeiras análises, os autores, também nesse caso, referiam-se apenas a aspectos específicos da legislação.[25] De fato, em sua maioria, os juízos críticos por parte dos processualistas[26] se direcionavam ora aos termos empregados,[27] ora a algumas opções

---

[21] BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v. I.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 8. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A estrutura do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 34-42, abr. a jun. 1974, p. 34.

[22] BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v. I.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 1. Nesse sentido, afirmam Marinoni e Mitidiero: "Quando Alfredo Buzaid apresentou seu Anteprojeto de Código de Processo Civil, seu objetivo estava em revolucionar metodologicamente o direito processual civil brasileiro. Não é preciso muito esforço argumentativo sobre o ponto. É de domínio comum o fato de Alfredo Buzaid ter colocado o processo civil brasileiro, no plano normativo, em fina sintonia com o que de melhor havia se produzido em termos de dogmática processual civil na primeira metade do século XX no Velho Continente e, muito especialmente, na Itália. Com o Código Buzaid, houve em grande parte ruptura com a tradição do direito luso-brasileiro ainda presente no Código de 1939. A diferença entre o Código Buzaid e o Código de 1939, como todos sabem, é abissal" [MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do Código de Processo Civil:* críticas e propostas. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 56]. Ver também THEODORO JÚNIOR, Humberto. Um novo Código de Processo Civil para o Brasil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Brasília, v.7, n.37, p. 86-97, jul. a ago. 2008, p. 86-87.

[23] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual:* quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 217.

[24] Um sumário das críticas é encontrado em HERKENHOFF, João Baptista. Considerações sobre o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.254, n.874-876, p. 399-427, abr. a jun. 1976, p. 427. Herkenhoff menciona: a pouca preocupação com a celeridade, a falta de abertura às inovações do progresso técnico-científico (computadores), a timidez na simplificação dos atos de comunicação processual, a introdução da ação declaratória incidental e do chamamento ao processo porque poderiam ampliar a morosidade, e o tratamento drástico conferido à revelia. Muitos desses temas serão examinados ao longo do capítulo.

[25] Barbosa Moreira, por exemplo, criticava a timidez da inovação em relação à perícia, "tendo em vista a realidade forense" [BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Do Procedimento ordinário no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 20-61, abr. a jun. 1974, p. 26].

[26] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A estrutura do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 34-42, abr. a jun. 1974; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Processo de execução. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.246, n.850-852, p. 51-62, abr. a jun. 1974; LIMA, Alcides de Mendonça. O processo como garantia das instituições sociais. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.74, n.262, p. 15-21, abr. a jun. 1978.

[27] Afinal, para o próprio Buzaid: "na fraseologia jurídica a propriedade da linguagem é condição de progresso, de segurança e de validade de interpretação das normas legais" [BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil:* notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 34]. A exacerbada preocupação doutrinária com a questão terminológica também pode ser percebida em LIMA, Alcides de Mendonça. A nova terminologia do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 191-200, abr. a jun. 1974. Um exemplo disso se refere

específicas adotadas pelo legislador, tendo como referente a coerência das técnicas previstas em relação às premissas estabelecidas pelo próprio código.[28]

Atendendo à citação de Chiovenda na epígrafe da exposição de motivos – "devemos decidir por uma reforma fundamental ou renunciar à esperança de um progresso sério"[29] – o esforço técnico na elaboração do CPC/73 indicava uma opção pelo progresso. Afinal, para Buzaid, "a tarefa de redigir o projeto" teve o "fim de pôr o sistema processual civil brasileiro em consonância com o progresso cientifico".[30] Ao pressuposto filosófico positivista, de crença no progresso como consequência do emprego da técnica "científica",[31] somavam-se pressupostos do positivismo jurídico, como as ideias de "sistema jurídico" e de "código". O CPC/73, visto como um repositório de toda a juridicidade presente na "ciência" do direito processual (e apenas dela), foi concebido em sintonia com as pretensões dos sistemas jurídicos modernos de elaborar um direito positivo codificado, dotado de unidade, completude e coerência.[32]

Não por acaso, a exposição de motivos ao anteprojeto tinha um capítulo dedicado à "Unidade do Sistema",[33] no qual, em atenção à "boa técnica legislativa", expunha-se o desejo de que o CPC/73 pudesse reger toda a legislação processual civil, bem como

---

à epígrafe relativa ao STF em matéria recursal: a falta de plural ("Do recurso no Supremo Tribunal") foi apontada por Alcides de Mendonça Lima e objeto de correção pela Lei 6.014/1973 [LIMA, Alcides de Mendonça. Os recursos do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 145-150, abr. a jun. 1974, p. 179]. Ver também ALVIM, Arruda. O "julgamento conforme o estado do processo" e o "procedimento sumaríssimo". *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 231-242, abr. a jun. 1974, p. 239. Outro exemplo é a utilização dos termos credor-devedor no lugar de executado-exequente, criticada por Barbosa Moreira [BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A estrutura do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 34-42, abr. a jun. 1974, p. 37].

[28] Ver, como exemplo, as críticas formuladas por Egas Dirceu Moniz de Aragão em relação ao processo de execução no CPC/73 [ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Processo de execução. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.246, n.850-852, p. 51-62, abr. a jun. 1974, p. 58-60]. Ver, também, LIMA, Alcides de Mendonça. O processo como garantia das instituições sociais. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.74, n.262, p. 15-21, abr. a jun. 1978.

[29] Tradução livre de: "Convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso (CHIOVENDA, Giuseppe. *La riforma del procedimento civile*. Roma: Tipografia Gianandrea, 1911, p. 4)" APUD BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 3.

[30] BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil:* histórico da Lei nº 5.869, v. I, tomo I. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974, p. 9. Nesse sentido, analisando o código anos após a sua edição, Buzaid afirma: "[...] facilmente se pode avaliar o considerável progresso que realizou no domínio científico [...]" [BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil:* notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48].

[31] Para além da ideia de "código", é especialmente em tal referencial que podem ser, como quer Mitidiero, reconhecidas características "oitocentistas" no CPC/73 [MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.183, p. 165-194, mai. 2010, p. 191].

[32] PINILLA, Ignacio Ara. *Teoría del derecho*. 2. ed. rev. e amp. Madrid: Talleres Ediciones JB, 2005.p. 230 e ss.

[33] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 4 e ss.

matérias comuns a outras legislações processuais (penal, militar e trabalhista), "[preservando] a unidade do sistema no plano da reforma".[34] O papel de centralidade do CPC/73 seria fundamental para garantir a unidade do direito processual.

O anteprojeto tinha a pretensão de que o código reunisse todo o direito processual, mas isso não se verificou no texto final:[35] o CPC/73 não contemplou diversos procedimentos previstos na legislação extravagante e, ainda, manteve vigentes alguns dispositivos do próprio CPC/39,[36] provocando insatisfação na doutrina.[37] Apesar disso, a pretensão do código de disciplinar toda a realidade processual a partir de suas normas foi mantida. Nesse sentido, a exposição de motivos da Lei 6.014/1973, que adaptou ao CPC/73 dispositivos da legislação especial, é eloquente: "A emenda, destarte, uniformiza o estatuto processual civil, substituindo o enunciado de alguns artigos para adaptá-los ao sistema".[38]

O anteprojeto partiu do pressuposto de que não era suficiente suprir as lacunas do CPC/39,[39] era preciso também conferir maior coerência interna ao direito processual. Para eliminar as contradições existentes e conferir um tratamento unívoco para situações com as mesmas características, a tarefa do legislador seria criar soluções adequadas à "boa" técnica e à "ciência" processual.

Na condição de "instrumento jurídico eminentemente técnico", acreditava-se na possibilidade de que o processo civil fosse "dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito",[40] prevendo "tantos atos quanto [fossem]

---

[34] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 7.

[35] Barbosa Moreira denominou essa "omissão" do CPC/73 de "fragmentação da normatividade processual" [BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A estrutura do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 34-42, abr. a jun. 1974, p. 39].

[36] Ver ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Reforma Processual: 10 anos. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.362, n.362, p.15-23, jul. a ago. 2002, p. 17.

[37] Barbosa Moreira, após a edição da lei, relata que "Alfredo Buzaid, em 1963, [...]sublinhava, em termos até enfáticos, e com toda a razão, a necessidade de restauração da unidade sistemática do processo civil entre nós". Mas, diante da redação da lei e referindo-se a Buzaid, afirma: "menos feliz parece-me a evolução sofrida pelo pensamento de S. Exa. [aceitando a dispersão da matéria processual em leis especiais], nos últimos tempos". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A estrutura do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 34-42, abr. a jun. 1974, p. 40.

[38] BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do projeto de lei que emenda o novo Código de Processo Civil (L. n. 6.014, de 27.12.73). *Revista Forense*, v. 246, p. 19, 1974.

[39] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 8.

[40] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 13.

necessários para alcançar a sua finalidade".[41] A partir de uma visão cientificista do processo, Buzaid reputava ser possível conceber e explicar os institutos processuais "à luz da metodologia científica",[42] supondo que fazê-lo resultaria em soluções técnicas e coerentes.[43] Por isso, muitas soluções apresentadas pelo CPC/73 estiveram centradas no apuro e na tecnicidade da linguagem utilizada:[44] de um lado, optou-se pela formulação de determinadas definições legais, consideradas "estritamente necessárias" para o fim de dirimir ou evitar incertezas;[45] de outro, também foram enfrentados com cuidado problemas de terminologia existentes no direito anterior, que haviam provocado grandes debates doutrinários e dificuldades práticas.[46]

A adoção desses pressupostos fica evidente, por exemplo, nas mudanças introduzidas na disciplina dos meios de impugnação das decisões judiciais.[47] Como explica Buzaid, "na tarefa de uniformizar a teoria geral dos recursos foi preciso não só refundi-los, atendendo a razões práticas, mas até suprimir alguns, cuja manutenção não se [explicava] mais à luz da ciência".[48] O problema central do sistema recursal do CPC/39, na dicção de

---

[41] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 13.

[42] BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil*: Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

[43] Exemplificativamente, explicando as modificações introduzidas no âmbito da prova testemunhal, afirma Buzaid: "O Código não se limita a dizer quais as pessoas que não podem depor como testemunhas. Classifica-as conforme a orientação científica contemporânea, em três espécies: as incapazes, as impedidas e as suspeitas (Art. 405)" [BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil:* notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43 (grifou-se)]. O mesmo raciocínio se aplica ao tratamento concedido às hipóteses de impedimento e suspeição, mais técnico do que no CPC/39 [HERKENHOFF, João Baptista. Considerações sobre o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.254, n.874-876, p. 399-427, abr. a jun. 1976, p. 400-402].

[44] Dinamarco afirmou que a linguagem do CPC/73 era "bastante aperfeiçoada" em relação à do CPC/39 [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 40]. Exemplo disso é o elogio feito por Barbosa Moreira, de que "a rubrica 'Do Procedimento Ordinário' denota o avanço técnico do novo Código em relação à fórmula adotada pelo ainda em vigor [CPC/39], que fala em *Processo Ordinário*" [BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Do Procedimento ordinário no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 20-61, abr. a jun. 1974, p. 20].

[45] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 16-18.

[46] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 14 e ss. Um dos exemplos utilizados era a expressão "instância".

[47] Analisando detalhadamente o tema à luz do Anteprojeto de 1964, do Projeto de 1972 e da redação final do CPC/73, ver LIMA, Alcides de Mendonça. Os recursos do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 145-150, abr. a jun. 1974. Ver também ALVIM, Arruda. Dogmática Jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.71, n.252, p. 39-67, out. a dez. 1975, p. 64-65; HERKENHOFF, João Baptista. Considerações sobre o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.254, n.874-876, p. 399-427, abr. a jun. 1976, p. 411-417.

[48] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 33.

Buzaid, era o fato de se consubstanciar em "uma fonte de dificuldades quando o ideal de uma boa lei deve ser a facilidade de seu emprêgo".[49]

A partir disso, as dificuldades presentes no sistema recursal anterior foram atribuídas a dois defeitos, sendo um de ordem terminológica – o uso de uma mesma expressão para designar institutos distintos – e outro de ordem sistemática – o excesso de recursos e sua complexidade.[50] Para enfrentá-los, algumas soluções foram apresentadas, como o estabelecimento de um critério claro para distinguir o cabimento do agravo de instrumento e da apelação: o momento em que a decisão é proferida (se colocando ou não fim ao processo) em contraposição ao conteúdo da decisão (se julgando ou não o mérito).[51] Além disso, com a pretensão de assegurar a coerência do sistema, o CPC/73 eliminou figuras como o agravo de petição e a revista,[52] além da fungibilidade recursal (art. 810, CPC/39[53]). Na exposição de motivos do anteprojeto, Buzaid manifestou, ainda, a intenção de eliminar outros meios de impugnação, mas estes acabaram sendo mantidos – como a remessa necessária ("recurso *ex officio*" – art. 474, CPC/73),[54] os embargos infringentes (art. 530, CPC/73)[55] e o agravo nos autos do processo, que acabou sendo preservado pelo disposto no art. 522, § 1º, CPC/73, que previu o "agravo retido".[56-57]

---

[49] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 38.

[50] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 32. Segundo Dinamarco, o CPC/39 "[...] era portador de muitas imperfeições que o deixavam aquém das conquistas científicas de seu próprio tempo, como um complicado sistema recursal" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35].

[51] BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil:* histórico da Lei nº 5.869, v. I, tomo I. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974, p. 30.

[52] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 33.

[53] "Art. 810. Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento".

[54] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 35. É de se notar, porém que a remessa necessária prevista pelo CPC/73 era mais limitada do que a "apelação necessária ou ex-officio" prevista no art. 822, CPC/39: "art. 822. A apelação necessária ou ex-officio será interposta pelo juiz mediante simples declaração na própria sentença. Parágrafo único. Haverá apelação necessária: I – das sentenças que declarem a nulidade do casamento; II – das que homologam o desquite amigável; III – das proferidas contra a União, o Estado ou o Município".

[55] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 36.

[56] LIMA, Alcides de Mendonça. Os recursos do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 145-150, abr. a jun. 1974, p. 178-179; ANDRADE, Luís Antônio de. Inovações do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.246, n.850-852, p. 289-306, abr. a jun. 1974, p. 49.

[57] Como explica Alcides de Mendonça Lima: "Parecia, então, uma mudança quase radical do Anteprojeto de 1964 ao Projeto de 1972, com a inclusão de recursos que tinham desaparecido. O recurso de embargos no segundo grau tinha sido considerado como inútil, e o de revista como antipático, na Conferência de Pelotas. Entretanto, por força de razões que a Exposição de Motivos não explica, esses dois recursos voltaram: os

A mesma lógica se verifica na opção de restringir a coisa julgada apenas ao dispositivo sentença (art. 469, CPC/73). Essa mudança, que seguiu o que se reputava a melhor doutrina processual italiana (representada, entre outros, por Liebman e Chiovenda),[58] procurou eliminar as dúvidas e dificuldades práticas relativas aos limites da coisa julgada.[59] Ademais, com vistas a preservar a coerência do sistema, pretendeu-se suprir a ausência de coisa julgada sobre as questões que constituíam premissas necessárias da decisão (art. 287, parágrafo único, CPC/39) com a figura da ação declaratória incidental, que condicionava essa eficácia ao requerimento da parte (art. 470, CPC/73).[60]

Ainda, a acentuada preocupação com a coerência na aplicação do direito levou Alfredo Buzaid a propor, no anteprojeto, o incidente de uniformização de jurisprudência.[61] Na sua forma originária, a ideia, que implicava o reestabelecimento da figura dos assentos existentes no direito português,[62] pretendia eliminar a contradição na aplicação do direito: "[a] uniformização da jurisprudência não é tânto um direito da parte quanto um dever do *tribunal*, a quem toca a interpretação lógica, ordenada e coerente dos preceitos legais".[63] A ideia foi alterada posteriormente, sendo retirada a sua principal característica: dar às decisões de tais incidentes "força obrigatória, isto é, com valor de lei".[64] O instituto da uniformização de jurisprudência, tal como aprovado no art. 476, CPC/73, possuía apenas

---

embargos e a revista. No Código recém sancionado e ora comentado à luz do art. 496, nota-se uma alteração em relação ao Projeto de 1972. Não voltou o Código ao Anteprojeto de 1963, que era mais parcimonioso em recursos, mas não chegou ao ponto do Projeto de 1972. Ficou no meio-termo" [LIMA, Alcides de Mendonça. Os recursos do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 145-150, abr. a jun. 1974, p. 173].

[58] LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 30. Segundo Dinamarco, esse foi "[...] o ponto mais intensamente ligado à obra de Liebman e acatado pelo Código de Processo Civil de 1973 [...]" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 40].

[59] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 29.

[60] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 28. Sobre o tema, ver ALVIM, Arruda. Dogmática Jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.71, n.252, p. 39-67, out. a dez. 1975, p. 60-62.

[61] Para Buzaid "[…] se uma *evolução sucessiva* da mesma norma legal é fato que merece aplauso, uma aplicação *contemporânea divergente* é um fenômeno que gera intranquilidade na ordem social e desalento entre os litigantes [...]" [BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil:* notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 44].

[62] Sobre os assentos, ver AZEVEDO, Luiz Carlos; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 170-175.

[63] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 29.

[64] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 30.

caráter persuasivo e, ainda assim, sofreu críticas doutrinárias por limitar a atuação do juiz.[65]

Essa preocupação com a coerência e suficiência interna do código, que revela a primazia de uma racionalidade de tipo formal,[66] também se manifestou no modo como o CPC/73 procurou encontrar soluções para os problemas relacionados à administração da justiça, em especial a demora do processo. Não por acaso, afirmou-se na exposição de motivos do CPC/73 que "as duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça".[67]

A partir dessas premissas, o CPC/73 alterou profundamente a extensão da oralidade no sistema processual, restringindo-a consideravelmente em favor da escritura.[68] Essa mudança foi de encontro ao sentido das mudanças introduzidas no direito processual pelo CPC/39, que fez expressa referência à opção pelo processo oral: na exposição de motivos, afirmou-se que a oralidade favoreceria uma concepção pública em detrimento de uma concepção duelística do processo, simplificando sua marcha, racionalizando sua estrutura, aumentando a adequação e a eficiência da instrução probatória e facilitando o conhecimento dos fatos e a formulação de apreciações adequadas e justas a seu respeito.[69]

---

[65] Como explica Alcides Mendonça Lima, a proposta de torná-las obrigatórias foi veementemente objetada pela doutrina e, por isso, seu caráter persuasivo deveria ser expresso [LIMA, Alcides de Mendonça. Os recursos do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 145-150, abr. a jun. 1974, p. 180]. Nesse sentido, é célebre a crítica do tributarista Alfredo Augusto Becker sobre a Súmula do STF, afirmando que ela "[...] substituiu as fundamentações doutrinárias. Substituiu até mesmo a citação dos textos legais aplicáveis ao caso. Por sua vez, o próprio texto da Súmula é substituído por um *Signo:* a cifra aritmética. [...] Para que sejam conhecidos e obedecidos os efeitos jurídicos numerosíssimos e particularíssimos da legislação que impõe a disciplina jurídica à conduta dos indivíduos que integram um Estado, é indispensável que a regra jurídica continue a ter formulação em texto escrito, isto é, a sua estrutura deverá ser enunciada por linguagem que formule uma específica estrutura lógica e não por linguagem que enuncie simples afirmações dogmáticas e, muito menos, por imagens ou signos ou números. [....] Ora, quando para a apreensão (ou transmissão) das ideias se elimina a fase intermediária da reflexão pelo raciocínio e se utiliza o mecanismo psíquico da ligação direta: sensação-ação, o indivíduo humano perde a possibilidade de ajuizar sobre a qualidade sadia ou nociva da conduta que lhe está sendo imposta (ou que ele pretende impor a outros). Perde a oportunidade de aperfeiçoar o instrumental jurídico e substituir o que se tornou obsoleto (ou prejudicial) por novas regras jurídicas. Perde a humanidade. Coisifica-se" [BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 2004, p. 91-94].

[66] A coerência interna consiste na principal característica da forma de pensamento jurídico que Weber associa à racionalidade formal. Sobre o tema, ver tópico 2.2.

[67] BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil:* histórico da Lei nº 5.869, v. I, tomo I. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974, p 13. Ver também, BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil:* histórico da Lei nº 5.869, v. I, tomo I. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974, p. 32.

[68] Ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual:* quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 4.

[69] BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil (1939). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1939. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/

Contudo, segundo o anteprojeto do CPC/73, a "mitigação" da oralidade, que também afetou os princípios da identidade física e da irrecorribilidade das interlocutórias, seria necessária para adaptar o processo à "extensão territorial do país" e às "peculiaridades do novo sistema".[70] Sob esse pressuposto foi eliminada a "audiência de reportagem";[71] previsto, de modo bastante amplo, o agravo de instrumento;[72] e criada a figura do julgamento conforme o estado do processo.[73]

O julgamento conforme o estado do processo foi considerado uma das principais inovações do CPC/73:[74] para Buzaid, como consequência de sua adoção, o processo ganharia em condensação e celeridade.[75] Apesar de afirmar que a oralidade representava um dos princípios fundamentais do CPC/73 e de que o ideal seria atingi-la "em toda a sua pureza", o próprio Buzaid reconheceu que o princípio sofreu uma importante limitação com o julgamento conforme o estado do processo.[76] Afinal, ele previa, após a contestação, três soluções para o curso do processo: extinção sem julgamento do mérito (art. 329, CPC/73), julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC/73),[77] ou despacho saneador (art. 331, CPC). Apenas nesse último caso, após declarado o saneamento ou determinada a correção de alguma irregularidade, o processo seguiria seu curso, com audiência de instrução, até o julgamento final. Nas duas outras hipóteses se permitia que o processo transcorresse até a prolação da sentença sem nenhuma fase oral relevante. Pressupunha-se

---

declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 7.

[70] BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil:* notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35.

[71] ANDRADE, Luís Antônio de. Inovações do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.246, n.850-852, p. 289-306, abr. a jun. 1974, p. 47.

[72] Buzaid explica que a irrecorribilidade em separado das interlocutórias, prevista pelo CPC/39, não alcançou os resultados desejados: "os litigantes, impacientes de qualquer demora no julgamento do recurso, acabaram por engendram esdrúxulos meios de impugnação de decisões. Podem ser lembrados, a título de exemplo, a correição parcial e o mandado de segurança. Não sendo curial modificar a natureza das cousas, preferiu o Código admitir, como recurso autônomo de todas as decisões interlocutórias, o agravo de instrumento (art. 522)" [BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil:* notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35-36].

[73] Sobre o tema, ver também ALVIM, Arruda. O "julgamento conforme o estado do processo" e o "procedimento sumaríssimo". *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 231-242, abr. a jun. 1974, p. 231-236. Esse modelo foi adotado, com relevantes modificações, pelo NCPC.

[74] BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil:* notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

[75] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 28.

[76] BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil:* notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35-36.

[77] Segundo Dinamarco, "um dos pontos mais destacados no trato do processo de conhecimento foi a disciplina do *julgamento antecipado do mérito* (CPC, art. 330), alvitrado por Liebman já nos anos *quarenta* e àquele tempo sistematicamente repudiado pelos tribunais brasileiros [...]" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39].

que, nos casos em que não há resolução do mérito, ocorre reconhecimento do pedido, transação, pronúncia de decadência ou prescrição (art. 329, CPC/73), revelia, ou, quando a prova dos fatos se dá exclusivamente pela via documental (art. 330, CPC/73), seria irrelevante o recurso à oralidade.[78] Essa modificação é notável especialmente quanto ao julgamento antecipado da lide, que, como explica Arruda Alvim, "[...] pressupõe uma nova visão do princípio da oralidade, que, em nosso sentir, o reduz ao que nele de essencial existe".[79] A partir desse conjunto de modificações, José Olympio de Castro Filho reconhece, como característica do CPC/73:

> [...] o afastamento, tanto quanto possível, notadamente através do julgamento conforme o estado do processo, da realização da audiência de instrução e julgamento, consagrando na norma legal o grande equívoco de KLEIN e CHIOVENDA, várias vezes notado, quando enalteceram o princípio da oralidade.[80]

No mesmo sentido, estabeleceu-se um tratamento bastante rigoroso para a revelia:[81] consideravam-se verdadeiros os fatos alegados pelo autor (art. 319, CPC/73),

---

[78] Segundo Buzaid, "não haverá designação de audiência, porque nela nada há de particular a discutir. Assim, não se pratica ato inútil. [...] não sofre o processo paralização, dormindo meses nas estantes dos cartórios, enquanto aguarda uma audiência, cuja realização nenhum proveito trará ao esclarecimento da causa, já amplamente discutida nos articulados" [BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 28]. No mesmo sentido, explica Arruda Alvim: "então, este legislador de 1973 chegou à conclusão de que, naqueles casos em que não tenha sentido prático uma audiência, o processo deve ser resolvido sem a audiência, ou seja, não haverá designação de audiência, porque não haverá nada que deva ser feito nela. Por outras palavras, o sistema que informa esta lei é aquele de que a audiência só será designada quando haja algo, alguma prova oral, que efetivamente se deva realizar nesta audiência, ou prova parcial que aí deva ser apreciada (art. 331, n. II)" [ARRUDA ALVIM (José Manoel de Arruda Alvim Netto). O "julgamento conforme o estado do processo" e o "procedimento sumaríssimo". *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 231-242, abr. a jun. 1974, p. 232].

[79] ALVIM, Arruda. O "julgamento conforme o estado do processo" e o "procedimento sumaríssimo". *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 231-242, abr. a jun. 1974, p. 235-236. Como explica Buzaid, nesses casos "o código determina que seja *abreviado* [o processo], eliminando a *audiência de debate oral* e autorizando o juiz a proferir *julgamento antecipado da lide*" [BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil:* notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42].

[80] CASTRO FILHO, José Olympio de. Processo Civil e Reorganização Judiciária. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.73, n.259, p. 29-37, jul. a set. 1977, p. 31.

[81] Segundo Arruda Alvim, "[…] este legislador emprestou à revelia um efeito extremamente draconiano, ou seja, estabeleceu como regra geral, no art. 319, que a não contestação implica em se atribuir veracidade aos fatos alegados pelo autor, numa verdadeira presunção *iuris et de iure*" [ARRUDA ALVIM (José Manoel de Arruda Alvim Netto). O "julgamento conforme o estado do processo" e o "procedimento sumaríssimo". *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 231-242, abr. a jun. 1974, p. 234]. No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Do Procedimento ordinário no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 20-61, abr. a jun. 1974, p. 25; ANDRADE, Luís Antônio de. Inovações do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.246, n.850-852, p. 289-306, abr. a jun. 1974, p. 47.

exceto nos casos previstos no art. 320, CPC/73.[82] É dizer, previu-se uma presunção capaz de permitir o prosseguimento e a solução do processo de forma ágil e coerente do ponto de vista interno. Contudo, essa opção do CPC/73 foi criticada pela doutrina,[83] porque, ao se valer de uma presunção para permitir um desfecho mais previsível para as situações de revelia, distancia o processo da realidade empírica. Afinal, caso essa presunção fosse mitigada, seria necessário ao juiz realizar um exame muito mais detido das alegações do autor, exercendo poderes mais amplos em matéria probatória, com o fim de prestar uma tutela jurisdicional mais próxima da realidade fática.[84]

Também é exemplo desse contraste a disciplina relativa à incontrovérsia: enquanto o art. 209, CPC/39, previa que "o fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, si o contrário não resultar do conjunto das provas", o CPC/73 foi taxativo ao prever que os fatos admitidos como incontroversos não dependem de prova (art. 334, III, CPC).[85]

Ainda nessa linha, tem-se o estabelecimento, em conformidade com a teoria eclética de Liebman, das condições da ação.[86] Ainda que, por um lado, elas mitigassem o excessivo formalismo da teoria abstrata, por outro, elas implicavam uma solução formal, criando requisitos prévios ao julgamento do mérito.[87] A construção de condições para a admissibilidade da ação somava-se aos pressupostos processuais como forma de racionalizar o processo, precedendo o julgamento do mérito.[88] Para Buzaid, sem o

---

[82] "Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato".

[83] Não por acaso a obra "A Instrumentalidade do Processo" de Cândido Dinamarco foi concebida como uma introdução a uma obra que pretendia criticar o tratamento excessivamente formal concedido à revelia. Como explica o próprio autor: "[…] comecei a escrever que o efeito da revelia não poderia ser radicalizado para punir o revel, porque o processo se desviaria da sua finalidade. Afinal, o processo é um instrumento de justiça. É necessário pensar na instrumentalidade do processo, no direito material e na situação da vida. A ideia começou a se desenvolver e o que seria apenas uma introdução virou o tema. E o efeito da revelia ficou de lado" [GABBAY, Daniela Monteiro et al. Cândido Rangel Dinamarco e a instrumentalidade do processo (uma entrevista). *Cadernos Direito FGV*, São Paulo, v.7, n.4, p. 07-41, jul. 2010, p. 15].

[84] Como é o caso da ressalva do art. 21, Lei 7.244/1984, que previa a mesma presunção, "salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz".

[85] Para Arruda Alvim, diante dos "princípios drásticos" que regiam o tema, a aplicação do art. 319, CPC/73, exigiria a verossimilhança das alegações do autor [ARRUDA ALVIM (José Manoel de Arruda Alvim Netto). Dogmática Jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.71, n.252, p. 39-67, out. a dez. 1975, p. 63].

[86] Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 48-50.

[87] BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil:* notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

[88] BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil:* notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

preenchimento desses requisitos prévios "[...] baldado e vão será o esforço do juiz de dar andamento ao processo e realizar a audiência de instrução para, só ao final, declarar que não pode julgar a lide".[89]

A ampliação de soluções formais também poderia ser mencionada em relação à disciplina das nulidades, mais rigorosa no CPC/73 que no CPC/39.[90] Exemplo disso foi a linguagem empregada nos arts. 243 a 250, CPC/73, bem como a previsão do art. 246, CPC/73, que estabelecia a nulidade do processo na falta de intimação do Ministério Público, sem condicioná-la à existência de prejuízo.[91] Ainda que ampliasse a coerência interna do processo e o respeito às formas preestabelecidas, esse tratamento produzia o risco de que a solução proporcionada pelo processo fosse menos adequada ao direito material e à realidade empírica.[92]

Além disso, o CPC/73 também preservou técnicas formais que existiam no CPC/39, como a preclusão bastante rígida em relação à fixação do objeto do processo, não permitindo alteração objetiva da demanda (art. 294, CPC/73),[93] e a interpretação restritiva dos pedidos formulados pelo autor (art. 293, CPC/73). Com isso, proporcionava-se um fechamento formal do procedimento a outros elementos (materiais) presentes na controvérsia: ainda que as partes reconhecessem que sua disputa envolvia elementos antes

---

[89] BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil:* notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

[90] BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil (1939). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1939. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 8. As nulidades receberam tratamento bastante flexível nos arts. 273 a 279, CPC/39. Em sentido contrário, Dinamarco afirma que, com o CPC/39 "[...] consagrava-se um modelo processual extremamente formalista, quer nas exigências de estrito cumprimento dos trâmites procedimentais e dos requisitos de cada ato, quer na disciplina rígida das nulidades, o que constituía um estímulo ao culto irracional das formas" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35].

[91] A doutrina, porém, reconhecia a existência, a partir do art. 249, CPC/73, que a nulidade não seria pronunciada, quando inexistente prejuízo [CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 131].

[92] Não por acaso, na exposição de motivos do CPC/39, afirma-se que sob a vigência do direito anterior, as nulidades "[...] sempre foram o instrumento da chicana, das dilações e dos retrocessos processuais. Os males do processo tradicional foram agravados com um enxame de nulidades, a que os litigantes sempre recorreram insidiosamente quando lhes faltavam os recursos substanciais com que apoiar as suas pretensões. A nulidade tinha um caráter puramente técnico ou, antes, sacramental. Era a sanção das violações das regras do processo em atenção exclusivamente ao espírito de cerimônia e de formalidade, ainda que de tais violações não decorresse nenhum prejuízo para as partes e os atos praticados fossem absolutamente aptos à finalidade a que o processo os destinava" [BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil (1939). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1939. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/ legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 8].

[93] "Art. 294. Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo". Ver HERKENHOFF, João Baptista. Considerações sobre o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.254, n.874-876, p. 399-427, abr. a jun. 1976, p. 423.

não percebidos (que podiam ser revelados durante a instrução probatória), o código impedia sua veiculação no processo em trâmite. Em verdade, essa forma de preclusão não tem por objetivo atingir um resultado no plano material, como uma maior pacificação, mas preservar a coerência do rito por meio do qual se processa o litígio, satisfazendo um objetivo estritamente interno ao direito processual.

Essa acentuada crença na universalidade da técnica como elemento suficiente para atender às demandas existentes em relação à prestação da tutela jurisdicional, presente nas principais alterações sofridas pelo processo civil nesse período, reforçou uma tendência à excessiva abstração. Ampliou-se o distanciamento do código em relação ao direito material e à realidade empírica,[94] contribuindo para um maior formalismo e enclausuramento do direito processual.

De fato, no contexto em que foi concebido o CPC/73, a diferenciação em relação ao direito material era vista como essencial para a "unidade sistemática" do direito processual.[95] Por isso, Buzaid defendeu, de modo coerente ao então estado da arte da doutrina processual pátria, a autonomia do direito processual, "sem qualquer vínculo de subordinação ao direito material".[96] Restringiu, porém, tal afirmação à parte geral do código (entendida como os três primeiros livros: processos de conhecimento, execução e cautelar), negando essa condição aos procedimentos especiais.[97] Ainda assim, é tímida a

---

[94] Segundo Marinoni, "é imprescindível recordar que a doutrina do processo civil, na sua pretensão de construir uma 'ciência' neutra, tentou isolar o processo civil da realidade social" [MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 62]. Nesse sentido também Sálvio de Figueiredo Teixeira: "dentro dessa moldura, não se pode negar o avanço científico que representou o Código de Processo Civil de 1973, elaborado com apurada técnica. Não menos certo é, porém, que, desde os primeiros anos de sua vigência, foro e doutrinadores vêm apontando as suas notórias deficiências de ordem prática, a refletirem o açodamento com que foi concluído e, principalmente, a época autoritária em que elaborado, sem o crivo do prévio debate democrático. Daí a crítica que se lhe faz de ser um código de gabinete, distante da nossa realidade forense" [TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 885-906, p. 888].

[95] Segundo Mitidiero, "o que interessava para o direito processual civil eram apenas conceitos puramente processuais, impermeáveis ao direito material" [MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.183, p. 165-194, mai. 2010, p. 178].

[96] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 11.

[97] Para Buzaid, tais partes se distinguiriam claramente, de modo que a "parte especial" seria "[...] bem diversa da primeira [parte geral], porque [objetivaria] particularizar o procedimento de determinadas ações, cujos pressupostos são fornecidos pelo direito material" [BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 11]. Corrobora este entendimento, a referência feita por Buzaid de que "não seria lógico, ou pelo menos plausível, tratar dos procedimentos especiais, sem conhecer, primeiro, os [...] Códigos das Obrigações, de Sociedades, de Títulos de Crédito e de Navegação" [BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 11]. No mesmo sentido, afirmava que: "julgamos, pois de bom aviso, reservar para momento posterior a feitura do Livro dos Procedimentos Especiais, de cuja execução nos desincumbiremos, a curto espaço de tempo, depois de apresentados os Anteprojetos de direito privado"

relativização da autonomia do processo pensada por Buzaid, se comparada com aquela empreendida sob a perspectiva da instrumentalidade.[98] Afinal, o autor é categórico ao sustentar que a parte geral "[...] é autônoma, regendo-se por princípios próprios, que lhe subministram a matéria e a estrutura, sem qualquer vínculo de subordinação ao direito material".[99]

De todo modo, conquanto sustentasse que as normas da parte geral podem ser livremente construídas, Buzaid ressalvou que na elaboração de um código deve-se ter como preocupação "as condições técnicas para assegurar a administração da justiça" – mais uma manifestação do tecnicismo – e "as condições jurídicas, políticas, sociais e geográficas do povo, ao qual se destina o Código".[100] Não obstante a clareza desta última afirmação, a ausência de uma preocupação efetiva do código com a realidade empírica também é manifesta.

De fato, embora afirmada com destaque em mais de uma passagem no Anteprojeto,[101] essa suposta preocupação parece ser utilizada como recurso retórico, em evidente contraste com a "pureza" da técnica consubstanciada no texto legislativo: é da suposta neutralidade da técnica que resulta a falta de uma maior aderência às características da realidade na qual o código estava inserido.[102] Uma análise detida das alterações introduzidas pelo código demonstra que a realidade empírica, externa ao processo e ao direito como um todo, foi pouco considerada na concepção de técnicas processuais.

Nesse passo, em comparação com o CPC/39, o CPC/73 ampliou a preponderância da opção pela tutela patrimonial de direitos sem conteúdo econômico.[103] O CPC/39 previa

---

[BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 12]. Tratando ainda dos procedimentos especiais, Buzaid reafirmou que "sob êste aspecto há entre o processo civil e o direito material um nexo de íntima dependência. O direito material é o *prius*; o processo civil, o *posterius*. Êste sucede àquele na ordem lógica" [BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 11-12].

[98] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 366. Ver tópico 3.2.

[99] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 11.

[100] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 11.

[101] Ver, por exemplo, BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 11 e 23-24.

[102] MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 62.

[103] Apenas nesse sentido, de "tutela patrimonial", pode ser entendida a afirmação de Mitidiero de que o CPC/73 seria "patrimonialista" [MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.183, p. 165-194, mai. 2010, p. 182 e 186-187]. Caso patrimonialismo

de forma bastante genérica a ação cominatória, em que ao réu poderia ser imposta pena para o cumprimento da obrigação (art. 303, CPC/39), e a execução de obrigações de fazer mediante a imposição de multa (art. 999, CPC/39). Esses dispositivos eram aplicáveis a qualquer situação em que fosse exigível a abstenção ou a prática de qualquer ato, prevendo-se a imposição de pena pelo rito das medidas preventivas (art. 1.007, parágrafo único, CPC/39). O CPC/73, por sua vez, tratou essas situações de forma preponderantemente contratual e patrimonial, dando-lhes disciplina pouco detalhada tanto em relação à execução (arts. 632 a 645, CPC/73), quanto em relação à "ação cominatória" (art. 287, CPC/73). Essa tendência de "monetização" dos direitos[104] também se revela no fato de que a tutela inibitória, no CPC/73, restringiu-se a direitos com conteúdo econômico, como a posse e a propriedade, protegidas, respectivamente, pelo interdito proibitório (art. 932, CPC/73) e pela ação de nunciação de obra nova (art. 934, CPC/73).[105]

Além disso, a não utilização de mecanismos sub-rogatórios e coercitivos para tutelar direitos com conteúdo não econômico revela, também, uma preponderância do individualismo:[106] o traço característico do processo liberal-formal, de se voltar à tutela individual em detrimento da tutela coletiva,[107] também não foi alterado pelo CPC/73, apesar de o contexto social e jurídico ser distinto daquele existente quando da concepção do CPC/39.[108] De fato, ao tempo da edição do CPC/73, já existia no direito brasileiro a

---

seja entendido como indistinção entre público e privado, o entendimento de Mitidiero não pode ser aceito. Especialmente porque o CPC/73 prevê uma disciplina rigorosa e, em certa medida, autoritária, em relação aos deveres das partes e aos poderes do juiz, fazendo jus, ao menos nesse ponto, ao texto de sua exposição de motivos: "o interêsse das partes não é senão um meio que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interêsse público da atuação da lei na composição dos conflitos" [BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 13]. Ver nota 137.

[104] MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 308.

[105] A exceção seria a nunciação de obra para impedir construção ilegal, prevista no art. 934, III, CPC/73 [MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 62-63].

[106] Nas palavras de Dinamarco, o CPC/73 "é um Código *individualista* como o de antes e o estilo de processo e procedimentos que oferece é o mesmo" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil.* 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 25]. Apesar da validade do paralelo, é preciso notar que esse individualismo precisa ser lido à luz da realidade empírica e do direito material, de modo que adquire conotações distintas em diferentes contextos.

[107] Segundo Joaquim Falcão, a predominância de uma perspectiva liberal, lógico-formal, tem entre suas características a "ênfase no direito como mecanismo de resolução dos conflitos individualizados, O melhor exemplo ainda se encontra em nosso Direito Processual, que forçosamente reduz os eventuais conflitos entre grupos e classes sociais, a conflitos entre indivíduos" [FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. O advogado, a cultura jurídica e o acesso ao sistema judiciário. Revista *Forense*, Belo Horizonte, v.76, n.272, p. 41-50, out. a dez. 1980, p. 45-46].

[108] Ainda que haja exagero em afirmar, como Daniel Mitidiero, que o CPC/73 estaria a tal ponto embebido no "processualismo", que teria reproduzido a realidade social do século XIX, pode-se reconhecer a presença de certos traços predominantes no pensamento dessa época, como o individualismo e a crença no progresso por

ação popular – técnica processual voltada à tutela coletiva de bens com valor artístico, estético ou histórico, que eram compreendidos na noção de patrimônio público (art. 1º, § 1º, Lei 4.717/1965) – mas o código não previu a tutela não patrimonial desses direitos,[109] tampouco concebeu mecanismos voltados ao processo coletivo.

Outros dois exemplos desse distanciamento do processo em relação ao direito material e à realidade empírica são a perícia[110] e o chamamento ao processo.[111]

A alteração do modelo de produção da prova pericial do CPC/39 foi considerada por Buzaid um ponto crucial do anteprojeto: o CPC/73 reduziu o número de peritos para apenas um, nomeado pelo juiz, cabendo às partes a indicação de assistentes técnicos; e pretendeu eliminar a divergência entre peritos e assistentes por meio de uma conferência, mantendo a possibilidade de apresentarem laudos separadamente (arts. 430 e 431, CPC/73).[112] A alteração, contudo, foi essencialmente terminológica: ela não modificou a função dos peritos das partes, que apenas passaram a se chamar "assistentes técnicos".[113] Segundo a doutrina, a mudança ignorava que os assistentes técnicos sempre atuavam em prol de quem os nomeava, fazendo letra morta do compromisso que deveriam prestar,[114] e,

---

meio da técnica [MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.183, p. 165-194, mai. 2010, p. 182]. No mesmo sentido, afirma Dinamarco que "somos todos vítimas de dogmas de fundo pandectista, como o da *individualidade da tutela jurisdicional*, que restringe a legitimidade para agir em juízo e o âmbito de eficácia dos julgamentos, e com isso empobrece a tutela jurisdicional, numa leitura antiquada do princípio do contraditório; como o da *intangibilidade da vontade humana*, que restringe a efetividade das decisões judiciárias; como o das *formas exageradas*, que, em nome de [uma] segurança mal-compreendida, retarda e dificulta a tutela jurisdicional [...]" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 141].

[109] O art. 11, Lei 4.717/1965, prevê: "a sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa" (grifou-se).

[110] Ver, por todos, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Do Procedimento ordinário no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 20-61, abr. a jun. 1974, p. 26.

[111] Ver, por todos, LIMA, Alcides de Mendonça. O processo como garantia das instituições sociais. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.74, n.262, p. 15-21, abr. a jun. 1978.

[112] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 29.

[113] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Do Procedimento ordinário no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 20-61, abr. a jun. 1974, p. 26. Nesse sentido, Barbosa Moreira chamou a mudança de "ilusória" e "utópica" [BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Do Procedimento ordinário no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 20-61, abr. a jun. 1974, p. 27]

[114] Por esse motivo, entendia-se que os assistentes mereciam receber um tratamento compatível com o seus status, diferente, portanto, daquele conferido ao perito, que seria capaz de atuar de modo imparcial. Esta alteração, porém, ocorreu apenas em um momento posterior, quando a Lei 8.455/1992 deu a seguinte redação ao art. 422: "O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso. Os assistentes técnicos são de confiança da parte, não sujeitos a impedimento ou suspeição".

por isso, preservava um formalismo excessivo, desconectado da realidade prática do foro.[115]

Tal desconexão com a realidade da prática forense, somada a um descompasso em relação ao direito material, também foi denunciada em relação ao chamamento ao processo. Nesse sentido, Alcides de Mendonça Lima apontou que esse instituto, ao permitir que um codevedor ingressasse no processo por vontade do réu, criou a possibilidade de que este se valesse de tal expediente para ampliar a demora do processo.[116] Segundo Mendonça Lima, essa distorção poderia ser maximizada pelas dimensões territoriais do Brasil, que – em franco contraste com Portugal, onde a técnica era prevista e serviu de inspiração para o legislador – dificultariam a citação dos coobrigados.[117] Além disso, por envolver casos de obrigação solidária, o chamamento ao processo retiraria do autor a possibilidade de eleger contra quem desejaria exigir a integralidade da dívida. Isso aniquilaria, no âmbito do processo, uma prerrogativa concedida, pelo direito material, ao titular do crédito.[118]

Ademais, o tecnicismo preconizado pelo código, em homenagem à coerência interna do direito processual, deu à luz diversas distinções de questionável utilidade prática. Nesse passo, o código reconheceu a autonomia do processo cautelar[119] e do processo de execução, prevendo então três livros para as três "espécies" de processo.[120] Essa classificação, que Buzaid denominou de científica,[121] decorria da suposição de que os

---

[115] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Do Procedimento ordinário no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 20-61, abr. a jun. 1974, p. 26. Ver também LIMA, Alcides de Mendonça. O processo como garantia das instituições sociais. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.74, n.262, p. 15-21, abr. a jun. 1978.

[116] No mesmo sentido, PORTO, Antonio Rodrigues. Do chamamento ao processo no novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 322-324, abr. a jun. 1974, p. 322.

[117] LIMA, Alcides de Mendonça. O processo como garantia das instituições sociais. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.74, n.262, p. 15-21, abr. a jun. 1978.

[118] LIMA, Alcides de Mendonça. O processo como garantia das instituições sociais. *Revista Forense*, v. 262, p. 15-21, 1978. Também ANDRADE, Luís Antônio de. Inovações do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.246, n.850-852, p. 289-306, abr. a jun. 1974, p. 44.

[119] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 15. Não obstante, é preciso reconhecer que a previsão de um poder geral de cautela (art. 798, CPC/73), em lugar de se permitirem apenas medidas típicas, reduz a racionalidade formal ao favorecer uma maior adequação da providência acautelatória (e à época, também antecipatória) às vicissitudes do direito material e da realidade empírica.

[120] Conforme Arruda Alvim, "cientificamente, o ideal de um código é estruturar-se em função dos tipos fundamentais de atividades desenvolvidas pelo juiz. Isto foi o que ocorreu basicamente com o Código de 73 diversamente do Código de 1939. Na lei processual vigente, encontramos um livro que é o primeiro, relacionado com o processo de conhecimento; outro, com o processo de execução o e, outro com o processo cautelar" [ARRUDA ALVIM (José Manoel de Arruda Alvim Netto). Dogmática Jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.71, n.252, p. 39-67, out. a dez. 1975, p. 57-58].

[121] BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil*: Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37. Ver, também, ARAGÃO, Egas Dirceu

processos de conhecimento, de execução[122] e cautelar exerciam três funções distintas.[123] Assim, a "plena individualidade do processo de execução" era vista como um valor científico, respaldado pela doutrina, "[...] que considera o processo de execução como algo de substancialmente diverso do processo de conhecimento".[124-125]

Além disso, é preciso notar que a tendência de promover soluções técnicas, inspiradas no desejo de assegurar uma maior coerência interna ou de ajustar a terminologia empregada, também se manifestou em modificações ocorridas no direito processual civil brasileiro após a edição do CPC/73. Nesse sentido, destacam-se (i) a Lei 6.014/1973, que adaptou artigos da legislação especial ao CPC/73; (ii) a Lei 6.314/1975, que eliminou a previsão de prazo de 5 dias para recurso no procedimento sumaríssimo (art. 508, parágrafo único, CPC/73), padronizando-o com o regime da apelação no procedimento ordinário; (iii) a Lei 6.355/1976, que previu que a verba honorária de sucumbência também seria devida quando o advogado funcionasse em causa própria; (iv) a Lei 6.435/1977, derrogando os arts. 1.200 a 1.204, CPC/73, naquilo que fossem incompatíveis com a referida lei; (v) a Lei 6.515/1977, adaptando a redação do CPC/73 ao novo regime de dissolução de sociedades conjugais; e (vi) a Lei 6.771/1980, alterando a terminologia empregada no art. 17, CPC/73, relativo à litigância de má-fé.

Moniz de. Processo de execução. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.246, n.850-852, p. 51-62, abr. a jun. 1974, p. 51.

[122] No processo de execução, Dinamarco destaca que "[...] equiparou-se a eficácia dos *títulos executivos extrajudiciais* à dos judiciais, eliminado a velharia consistente na *ação executiva* (CPC-39, arts. 298-301), que Liebman via como indesejável resquício das práticas medievais superadas há dez séculos na Europa [...]" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39]. Ademais, também no âmbito do processo de execução, a partir de uma coerente analogia com o procedimento existente para a falência de empresas, foi criada a hipótese de execução por quantia contra devedor insolvente [ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Processo de execução. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.246, n.850-852, p. 51-62, abr. a jun. 1974, p. 52].

[123] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 22.

[124] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A estrutura do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 34-42, abr. a jun. 1974, p. 35. No mesmo sentido, ALVIM, Arruda. Dogmática Jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.71, n.252, p. 39-67, out. a dez. 1975, p. 42 e 57.

[125] Ainda assim, é preciso notar que, utilizando os mesmos pressupostos, era possível sustentar o inverso. Como fez Pontes de Miranda, ao afirmar que "o valor da dicotomia 'procedimento de cognição, procedimento de execução' no plano teórico e no plano prático, é quase nenhum" [PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil - Tomo I: arts. 1º a 45*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 96]. Não obstante, o argumento científico também estava presente: "a dicotomia dos procedimentos em processos de cognição e processos de execução prende-se a época em que os processualistas não haviam classificado, com rigor científico, as pretensões e ações. Todavia, não esperamos que cedo se libertem dela" [PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil - Tomo I: arts. 1º a 45*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 95-96].

Diante da referência às principais alterações normativas ocorridas no período, fica claro que a referência à realidade – principalmente a "do foro", mas também da extensão territorial do país – foi utilizada apenas para justificar soluções que operavam exclusivamente no âmbito interno do processo.[126] Para além da retórica, é apenas nesse sentido que pode ser lida a afirmação de que o código "se destina a servir ao Brasil e não seria praticamente útil se fizesse abstração das tendências do nosso povo".[127] As soluções terminológicas, técnicas e formais, encontram-se no cerne da racionalidade do CPC/73 e, apenas nesses limites, o anteprojeto cumpriu a promessa de que enfrentaria "desassombradamente todos os problemas, tomando posição em face das controvérsias doutrinarias".[128] Essa audaciosa promessa feita por Buzaid pode ser vista como uma declaração bastante sincera quanto ao intuito do CPC/73, desde que "problemas" sejam entendidos a partir de uma perspectiva interna do código.[129]

Desse modo, é possível perceber que, quando da promulgação do CPC/73 e nos anos que se seguiram, pouca importância foi dada ao direito material e, especialmente, a

---

[126] Um exemplo é a mitigação do princípio da identidade física do juiz: sua previsão no CPC/39 possui uma racionalidade material, na medida em que a proximidade entre o juiz que vai decidir e a instrução probatória é fundamental para a aderência do processo à realidade empírica; sua mitigação no CPC/73, porém, é justificada a partir da realidade brasileira, especialmente quanto à extensão territorial do país, ainda que sua racionalidade seja formal. Ver HERKENHOFF, João Baptista. Considerações sobre o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.254, n.874-876, p. 399-427, abr. a jun. 1976, p. 400.

[127] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 24. Ainda assim, a frase de Buzaid poderia merecer maior respaldo caso o código tivesse sido pensado a partir de um "perfeito equilíbrio" entre o processo civil e a organização judiciária [BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 18]. Esta preocupação foi expressada com clareza na exposição de motivos do anteprojeto, onde Buzaid sugeriu a ampliação dos recursos destinados à manutenção do Poder Judiciário e, principalmente, a instauração de uma justiça municipal [BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 23]. O intuito desta proposta era "o de pôr a justiça junto do povo" [BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 23]. No entanto, estes dois elementos, que efetivamente expressavam uma preocupação maior com a realidade externa ao processo e, de certa forma, ao próprio direito, foram abandonados no projeto encaminhado ao Congresso. Ver, no mesmo sentido, CASTRO FILHO, José Olympio de. Processo Civil e Reorganização Judiciária. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.73, n.259, p. 29-37, jul. a set. 1977, p. 33 e ss.

[128] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 25.

[129] Sobre essa questão explica Dinamarco: "[...] o *Código Buzaid* foi uma obra de seu tempo e do estado da doutrina quando foi editado. Nossos olhos não estavam ainda propriamente abertos, nem nossos sentidos atentos à verdadeira revolução cultural em prol da bandeira da *efetividade do processo*, então brotando em plagas europeias. Isso quer dizer que o legislador brasileiro de 1.973 não foi inspirado por aquelas premissas metodológicas de que hoje estão imbuídos os setores progressistas da doutrina brasileira – como a visão crítica do sistema processual *pelo ângulo interno*, a preponderância dada à figura do *consumidor* dos serviços judiciários, a fortíssima guinada para a *tutela coletiva* e, sobretudo, o sublime empenho pela *universalização da tutela jurisdicional* e efetivo acesso à ordem jurídica justa. Fiel ao estado da doutrina brasileira de seu tempo, o Código de 1.973 veio a lume como um excelente instrumento técnico. Faltam-lhe, contudo, esses ingredientes de que hoje não se pode prescindir" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil.* 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 24].

elementos extrajurídicos[130] – especialmente se forem levadas em consideração outras mudanças que o direito processual brasileiro sofreu em momentos anteriores[131] e posteriores[132]. Apesar disso, há inovações do CPC/73 que ampliam a racionalidade material no âmbito do processo, mesmo em relação à legislação anterior. Para reconhecê-las, porém, é necessária uma breve referência à racionalidade preponderante na reforma do direito processual promovida pelo CPC/39.[133]

O CPC/39, segundo sua exposição de motivos, foi uma tentativa de reação a um processo civil "formalista" e "bizantino", anteriormente vigente, que serviria de "instrumento das classes privilegiadas".[134] Chegou-se a afirmar que "à concepção

---

[130] Reforçam essa percepção outras alterações não mencionadas anteriormente, que foram promovidas pelo CPC/73: (i) a eliminação da rubrica "Do Benefício da Justiça Gratuita" que havia no CPC/39 – não se diga a esse respeito que a disciplina conferida ao tema na Lei 1.060/1950 seja suficiente, a uma porque isso contrariaria a pretensão de completude do CPC/73; a duas porque o NCPC, apesar da existência dessa lei, também dispôs sobre o tema; (ii) a uniformização de prazos, aumentando diversos deles (como os dos arts. 182, 193 e 292, CPC/39) [ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Do Procedimento ordinário no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 20-61, abr. a jun. 1974, p. 23]; (iii) menor flexibilidade quanto aos prazos processuais, estabelecendo que "é defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. O juiz poderá, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de sessenta (60) dias" (art. 182, CPC/73), em claro contraste com o art. 35, CPC/39, que previa que "o juiz poderá abreviar ou prorrogar prazos mediante requerimento de uma das partes e assentimento das demais [...]"; (iv) a menor flexibilidade na disciplina da desistência – prevendo que "depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação" (art. 267, § 4º, CPC/73), sem ressalvar, que "a recusa do réu será rejeitada si da desistência não lhe resultar prejuízo (art. 181, parágrafo único, CPC/39).

[131] Ver CPC/39.

[132] Ver tópico 3.2.

[133] Note-se que o CPC/39 é contemporâneo a outro modelo de processo que pode ser associado a uma racionalidade material, o da justiça do trabalho. Nesse sentido, merece destaque a descrição desse modelo feita por Ada Pellegrini Grinover: "na verdade, não é nova, no Brasil, a tendência no sentido da utilização da técnica processual para a deformalização de certos processos, com o objetivo de adaptá-los à realidade sócio-jurídica englobada em determinadas controvérsias. [...] A Justiça do Trabalho, fruto da Revolução de 1930, foi instituída pela Lei Fundamental de 1934, mas só se tornou parte integrante do Poder Judiciário na Constituição de 1946. E o processo do trabalho veio romper com os esquemas tradicionais do processo civil, rigorosamente dispositivo, abrindo caminho para a socialização do processo, por força da atribuição de poderes de direção e controle mais amplos ao juiz, da adoção de uma concreta igualdade das partes (desde o acesso à Justiça até a paridade de armas dos litigantes, implementada pelo juiz) e do esforço em busca da conciliação, num exemplo marcante de transformação do processo rumo a um grau mais elevado de deformalização, democratização e publicização. Pode-se dizer que o processo trabalhista brasileiro é permeado pela celeridade (concentração de atos, simplificação das formas e limitação dos recursos, até mesmo com a instituição da instância única em certos casos); pela economia (máximo de rendimento com o mínimo de esforço); pela eficácia (justiça real, corrigindo as desigualdades substanciais). Um alto grau de oralidade (com os seus corolários: a imediação, a concentração e a irrecorribilidade das interlocutórias), a aplicação da eqüidade (com a extensão e a revisão das sentenças, próprias do juízo determinativo), o tecnicismo e a especialização, a possibilidade de julgamento extra petita (reintegração do funcionário estável), o foro de eleição para a parte mais fraca, a conciliação, os efeitos da revelia e tantos outros princípios que tendem, cada vez mais acentuadamente, a ser transpostos para o processo comum" [GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 180].

[134] BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil (1939). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1939. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc. Acesso em: 16

duelística do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo",[135] contrapondo a ideia de "instrumento de luta entre particulares" à de "instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça".[136] A adoção dessa concepção, que foi denominada de "publicística",[137] partia do pressuposto de que "nenhum ramo da ciência jurídica se havia tornado tão hermético como o processo; dos complicados lances em que se esmeravam os malabaristas da vida forense, o povo deixara há muito de perceber as razões do fracasso ou do êxito".[138] A reforma proposta pretendia, então, ser "altamente

---

nov. 2017, p. 1. De forma crítica, Dinamarco afirma que a Exposição de Motivos do CPC/39 continha "[...] uma verdadeira profissão de fé aos postulados da oralidade, do publicismo processual e do consequente reforço da autoridade do juiz no processo [...]" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35]. Em outro texto, o autor aponta a adoção desses postulados como "dados evolutivos de valia" para o sistema processual [DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil.* 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 23]. Egas Moniz de Aragão, por sua vez, afirma que "a primeira parte [do CPC/39], elaborou-a o legislador segundo os princípios mais modernos da ciência processual, consagrando o sistema da oralidade, da concentração e da identidade da pessoa física do juiz" [ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Reforma Processual: 10 anos. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.362, n.362, p.15-23, jul. a ago. 2002, p. 15].

[135] BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil (1939). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1939. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc. Acesso em: 16 nov. 2017, CPC/39, p. 1.

[136] BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil (1939). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1939. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc. Acesso em: 16 nov. 2017, CPC/39, p. 1.

[137] BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil (1939). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1939. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 3. A doutrina processual costuma ser dividida em posições privatistas – preocupadas com as garantias das partes – e publicistas – dedicadas a pensar o processo sob uma perspectiva "social", permitindo uma maior interferência do Estado-Juiz. Por uma análise mais aprofundada sobre o tema, ver MONTERO AROCA, Juan. Il processo civile "sociale" come strumento di giustizia autoritaria. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v.59, n.2, p. 553-579, mar. a jun. 2004; CIPRIANI, Franco. Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan. *Rivista di diritto processuale*, Padova, n.2, p. 455, 2003; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Neoprivatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, v.30, n.122, p. 09-21, abr. a jun. 2005. Em verdade, privatismo e publicismo são tipos ideais referentes a modelos de sistemas processuais. No entanto, eles funcionam mal como tipos polares na medida em que apresentam uma sobreposição de critérios em relação às características que são acentuadas para a construção do tipo. Explica-se: ainda que o CPC/73 possa ser entendido como mais privatista do que o CPC/39 se considerada a forma da tutela prestada, ele é mais autoritário e prevê um papel mais pronunciado da figura do juiz. Esse exemplo, ainda que simplificado, sugere que o fortalecimento do papel do Estado no âmbito do processo pode se dar com sentidos bastante diferentes: de um lado, tal como no CPC/73, pode estar imbuído da preocupação de preservar a coerência interna do sistema; de outro, como no CPC/39, pode servir para a recepção de elementos extrajurídicos, implicando uma maior preocupação com a realidade empírica. Por outro lado, também a redução do papel do Estado no âmbito do processo pode se dar com sentidos distintos: de um lado, pode representar uma ampliação da racionalidade formal, ao adotar como pressuposto a igualdade jurídica, ignorando as vicissitudes da realidade; de outro, pode servir para aprofundar a racionalidade material, sempre que, observando as particularidades da realidade empírica, amplia a participação das partes e de interessados no âmbito do processo.

[138] BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil (1939). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1939. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/

popular":[139] de um lado, dando liberdade ao juiz de buscar a verdade, ao romper "[...] com o formalismo, as ficções e presunções que o chamado 'princípio dispositivo' [...] introduzira no processo";[140] de outro, permitindo que o novo processo servisse como "[...] instrumento de defesa dos fracos, a quem a luta judiciária nos quadros do processo anterior singularmente desfavorecia".[141] Essas mudanças se justificariam na medida em que

> [...] ninguém poderá contestar que no mundo de hoje o interesse do Estado pela justiça não pode ser um interesse de caráter puramente formal: a Justiça é o Estado, o Estado é a Justiça. À medida que cresce o âmbito e a densidade da justiça, a sua administração há de ser uma administração cada vez mais rigorosa, mais eficaz, mais pronta e, portanto, requerendo cada vez mais o uso da autoridade pública.[142]

Não obstante essas evidentes manifestações do CPC/39 em prol de uma racionalidade material no processo civil, em alguns aspectos o CPC/73 – embora marcado pela racionalidade formal – proporcionou sua ampliação.[143] O primeiro deles diz respeito ao que Buzaid denominou de uma "política de moralização do processo civil".[144] Ela consistiu em um maior detalhamento dos deveres das partes e de seus procuradores (art. 14, CPC/73), entre eles o de "proceder com lealdade e boa-fé" (art. 14, II, CPC/73); na

---

declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 2.

[139] BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil (1939). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1939. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei /1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 2.

[140] BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil (1939). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1939. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/ declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 2.

[141] BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil (1939). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1939. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/ declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 2.

[142] BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil (1939). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1939. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/ declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 3.

[143] Parte-se do pressuposto de que no CPC/39, diferentemente do CPC/73, preponderava uma racionalidade material – afirmação que deve ser interpretada reconhecendo as diferenças de contexto em cada uma das legislações. Esse pressuposto não parece ser compartilhado por Dinamarco, para quem o CPC/73 não representou "[...] uma revolução metodológica, ideológica ou estrutural em relação ao precedente. Consagra um *modelo processual* equivalente ao que tínhamos antes, embora revestindo de melhor aspecto estético alguns institutos, aperfeiçoando outros e, sem dúvida alguma, introduzindo progressos substanciais" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil.* 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 25]. Ver, por uma perspectiva doutrinária divergente da de Dinamarco, nota 22.

[144] BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil:* notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 38-39.

previsão da litigância de má-fé e da responsabilidade por dano processual daquele que nela incorrer (arts. 16 a 18, CPC/73); na prevenção e repressão de atos atentatórios à dignidade da justiça (arts. 125, III, 599 e 600, CPC/73).[145] Essas inovações recepcionaram uma racionalidade material,[146] conferindo à prestação jurisdicional uma dignidade extrajurídica capaz de reclamar dos litigantes um comportamento que, além da conformidade às regras de direito positivo, respeitasse ditames éticos.[147]

Apesar disso, o estabelecimento desses deveres e a concessão de poderes ao juiz para sancionar condutas a eles desconformes não diverge da racionalidade formal preponderante do código.[148] Afinal, todas elas são medidas que, desde uma perspectiva interna do código, pretendem preservar a regular tramitação do feito. Reforça esse argumento o dispositivo que previa a possibilidade de o juiz, em caso de ato atentatório à dignidade da justiça, proibir o executado de se manifestar nos autos (art. 601, CPC/73). O acentuado traço autoritário dessa sanção,[149] com o fim de punir "ato de hostilidade ao Poder Judiciário", assumia o risco de limitar a defesa e, com isso, impedir o atingimento de um resultado mais adequado à realidade.[150]

O segundo aspecto diz respeito à ampliação dos poderes instrutórios do juiz. Ao mitigar o princípio dispositivo e o formalismo que envolve a produção de prova pelos litigantes, busca-se uma solução para o conflito que seja mais adequada à realidade.[151] Com isso, atenua-se a racionalidade formal, eliminando-se ficções e presunções que

---

[145] Em verdade, o CPC/73 é responsável pela própria introdução das figuras da litigância de má-fé, responsabilidade por dano processual e de ato atentatório à dignidade da justiça no direito processual civil.

[146] Ver PIRES DOS SANTOS, Ulderico. Ligeiros traços sobre o dano processual no novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 316-319, abr. a jun. 1974, p. 317; LOUREIRO, Edwilson Alexandre. O dever de lealdade e o comportamento ético-jurídico do advogado no processo. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 320-321, abr. a jun. 1974, p. 320; CASTRO FILHO, José Olympio de. Processo Civil e Reorganização Judiciária. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.73, n.259, p. 29-37, jul. a set. 1977, p. 31.

[147] HERKENHOFF, João Baptista. Considerações sobre o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.254, n.874-876, p. 399-427, abr. a jun. 1976, p. 426. Sobre a relação entre ética e processo, representativa de uma racionalidade material, ver CRESCI SOBRINHO, Elício de. Função ético-social do processo civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.267, n.913-915, p. 357-362, jul. a set. 1979.

[148] Sobre a ampliação dos poderes do juiz no CPC/73 em relação ao CPC/39, ver HERKENHOFF, João Baptista. Considerações sobre o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.254, n.874-876, p. 399-427, abr. a jun. 1976, p. 399-400.

[149] Em sentido contrário, BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil:* notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

[150] Ver BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil:* notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

[151] Pontes de Miranda identifica uma tendência do processo civil, a partir do CPC/39, de favorecer o princípio inquisitivo em detrimento do princípio dispositivo, que prevalecia no direito anterior [PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil - Tomo I: arts. 1º a 45*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. XLV].

limitam o conhecimento do juiz ao arsenal probatório apresentado pelas partes.[152] Nesse sentido, o CPC/73 ampliou a determinação de atividades instrutórias de ofício pelo juiz e, inclusive, disciplinou detalhadamente a inspeção judicial – figura que não era prevista no CPC/39[153] –, estabelecendo que "o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa" (art. 440, CPC/73). Além disso, em contraste com a legislação anterior, também passaram a ser admitidos não apenas os meios probatórios legais, como também os moralmente legítimos (art. 332, CPC/73).

Contudo, ainda que os poderes instrutórios tenham reduzido a possibilidade de o comportamento dos indivíduos determinar o julgamento do conflito, isso foi feito sem retirar das partes a disponibilidade quanto à propositura da demanda, à determinação de seu objeto ou, até mesmo, quanto à extensão da estabilidade dela decorrente (ação declaratória incidental). Essa deferência à vontade manifestada pelos sujeitos do processo, de cunho eminentemente formal porque pautada na imposição de ônus (como o de formular determinadas alegações ou o de propor a declaratória incidental), consagrou o princípio da demanda (art. 262, CPC/73),[154] consectário da adoção de uma racionalidade de tipo formal.

Há ainda outros aspectos que demonstram, em menor medida, a presença de uma racionalidade material no CPC/73. Entre eles, merecem destaque a conciliação e o procedimento sumaríssimo.[155]

---

[152] Como explica Barbi, "a adoção do princípio [dispositivo pelo CPC/73] foi, na sua formulação moderna, mais atenuada, em que o juiz é limitado pelas alegações das partes quanto aos fatos jurídicos, mas não se reserva a estas a exclusividade de iniciativa em matéria de provas" [BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v. I.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 4-5]. No passado, a doutrina costumava contrapor a busca de uma "verdade material" no processo penal (em nosso sistema caracterizado pela prevalência do "princípio" inquisitivo) com a de uma "verdade formal" no processo civil, onde prevaleceria o "princípio" dispositivo.

[153] Sob a égide do CPC/39, o juiz poderia se dirigir à situação do imóvel, desde que requerido pela maioria dos interessados nas ações de demarcação (art. 444, § 2º, CPC/39).

[154] BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil:* histórico da Lei nº 5.869, v. I, tomo I. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974, p. 21. Note-se apenas que o "princípio da demanda" foi incorretamente referido por Buzaid como "princípio dispositivo". Por uma diferenciação entre eles, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 60-61.

[155] Há também outras alterações que apresentam traços de uma racionalidade de tipo material, reduzindo a formalidade em prol de objetivos externos ao processo civil, como a citação por via postal em substituição à necessidade de sua realização por oficial de justiça. Sobre essa alteração, ver HERKENHOFF, João Baptista. Considerações sobre o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.254, n.874-876, p. 399-427, abr. a jun. 1976, p. 420. ANDRADE, Luís Antônio de. Inovações do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.246, n.850-852, p. 289-306, abr. a jun. 1974, p. 45.

A conciliação, que foi prevista pelos arts. 447 a 449, CPC/73, representa um momento propício para o ingresso de uma racionalidade de tipo material: ela recepciona elementos extrajurídicos, mais aderentes à realidade da disputa, que costumam ser ignorados no bojo do processo.[156] Por vezes, uma agressiva ação de alimentos na Vara de Família esconde uma turbulenta relação entre um pai e um filho. Esses elementos extrajurídicos, que raramente ingressam no processo, encontram, na conciliação, um campo possível para seu processamento. Da mesma forma, a possibilidade de diálogo oral entre as partes reduz a formalidade e o distanciamento da realidade provocado pela forma escrita.

Contudo, o momento em que a conciliação foi prevista no procedimento ordinário, no início da audiência de instrução e julgamento (art. 448, CPC/73), revela o influxo de uma racionalidade de tipo formal.[157] Afinal, a tentativa de conciliação foi prevista em um estágio do processo no qual as partes já tiveram maior contato com as provas e os argumentos jurídicos de seus adversários. Isso fez com que Barbosa Moreira considerasse a opção do legislador inoportuna, sustentando que a tentativa de conciliação deveria ocorrer em momento anterior.[158] De fato, se, por um lado, a previsão da conciliação poderia ter mais aderência empírica e ser mais bem-sucedida em um momento anterior do processo, por outro, ela será mais adequada ao direito objetivo e às chances de sucesso das partes (sendo, portanto, mais previsível) quando realizada em um momento posterior – preservando, assim, uma racionalidade mais formal.

Com relação ao procedimento sumaríssimo, os critérios para a sua utilização foram substancialmente ampliados pelo CPC/73: aumentou-se o rol de matérias a ele

---

[156] Por uma análise dogmática da conciliação quando do advento do CPC/73, ver CASCAES, Waldemiro. A conciliação e o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 286-290, abr. a jun. 1974.

[157] Nesse sentido, explica Ada Pellegrini Grinover: "mas não é menos certo que [o CPC/73] ficou preso a certas posições tradicionais, como a adoção de procedimentos rígidos, marcados em suas fases pela preclusão, com a conseqüência da recorribilidade das decisões interlocutórias; ao predomínio da forma escrita no procedimento ordinário, salvo para a audiência; a um número ainda elevado de procedimentos especiais; à proibição do *ius novorum*, com raras exceções, na apelação. E algumas importantes inovações não tiveram fortuna na prática. Assim, a tentativa de conciliação endoprocessual, obrigatória para as causas que versem sobre direitos patrimoniais de caráter privado para os litígios relativos à família, nos casos e para os fins que a lei consente a transação, tem mostrado escassos resultados, talvez pelo momento procedimental em que é realizada (a audiência de instrução e julgamento, a que as partes já chegam com o ânimo exacerbado pelas atividades postulatórias" [GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 181]. Além disso afirma que: "resultados surpreendentes têm sido obtidos pela antecipação da tentativa de conciliação para momento imediatamente sucessivo à citação [...]" [GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 181].

[158] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Do Procedimento ordinário no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 20-61, abr. a jun. 1974, p. 27.

submetidas e o teto admitido para o valor da causa (art. 275, CPC/73).[159] A abreviação do rito, o maior espaço para a oralidade, o momento de realização da audiência de conciliação,[160] os prazos mais breves, somados ao menor rigor formal (por exemplo, no arrolamento de testemunhas), características do procedimento sumaríssimo, são afeitos a uma racionalidade de tipo material: permitem uma maior abertura do processo a elementos extrajurídicos, reduzindo os limites formais impostos na busca por mais coerência interna.

Ainda assim, da análise do conjunto de alterações realizadas a partir do advento do CPC/73 e nos anos que se seguiram, é possível perceber que o direito processual civil, orientado pelo primado da técnica, dialogou muito pouco com elementos externos ao direito. A promessa de que com o CPC/73 não se pretendia "fazer obra acadêmica, antes solucionar com nitidez 'los problemas que la realidad social, economia, cultural y social presenta al legislador'",[161] foi apenas retórica: o código e as alterações normativas subsequentes, pautadas pelo cientificismo preocuparam-se menos com a realidade empírica do que com a coerência interna do sistema.

3.2 DA LEI 7.244/1984 AO PRIMEIRO CICLO DE REFORMAS

O sistema processual adquiriu nova feição e novo sentido com a criação de leis especiais em meados da década de 1980, com o advento da Constituição Federal de 1988 e com a primeira série de relevantes reformas a que o CPC/73 foi submetido a partir de 1992.[162] Essa mudança profunda autoriza, inclusive, o emprego de uma nomenclatura

---

[159] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 32.

[160] Ver ALVIM, Arruda. O "julgamento conforme o estado do processo" e o "procedimento sumaríssimo". *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 231-242, abr. a jun. 1974, p. 238-240. Justamente por favorecer a oralidade, a solução foi criticada pela doutrina. Ver, por todos, CASTRO FILHO, José Olympio de. Processo Civil e Reorganização Judiciária. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.73, n.259, p. 29-37, jul. a set. 1977, p. 32.

[161] BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 26.

[162] Nesse sentido, explica Ada Pellegrini Grinover: "o método técnico-científico, oriundo da Alemanha e da Itália e implantado no Brasil desde os anos 40, já havia levado à edificação de um sistema processual de rigorosa coerência interna, à construção de suas categorias dogmáticas, à elevação destas a princípios gerais. Conquistada a maturidade científica de sua disciplina, era preciso que o processualista se voltasse em outra direção. Assim se fez, e, aproximadamente a partir dos anos setenta, o processo brasileiro tomou novos rumos: primeiro os estudos constitucionais, em que as atenções se voltaram para o lado jurídico-constitucional, como resultante das forças políticas e sociais de determinado momento histórico; com isso, a transformação do processo, de instrumento meramente técnico, em instrumento ético de atuação da Justiça e de garantia da liberdade; a partir desta visão externa, a percepção da necessidade da plena e total aderência do sistema processual à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos materiais; e, para isso, a visão da técnica processual

diferenciada para tratar do CPC/73 tal como concebido por Alfredo Buzaid (Código Buzaid) e após as sucessivas reformas (Código Reformado).[163] Porém, como dito, a distinção preconizada neste trabalho é ainda mais significativa, contemplando aspectos da legislação especial e contrapondo o Código Reformado em dois momentos do processo de reforma, os quais possuem sentidos distintos e, até certo ponto, antagônicos.[164]

Como visto, até 1980 o CPC/73 já havia sofrido diversas alterações. No entanto, tais mudanças serviram, de modo geral, apenas para disciplinar a relação do código com outras leis especiais ou para introduzir modificações terminológicas que pouco ou nada repercutiram em sua substância. Não obstante, a partir de 1980, começaram a surgir, paulatinamente, mudanças mais relevantes, que evidenciaram uma ruptura com a racionalidade preponderante até então. Entre elas, destacam-se a Lei 6.825/1980 e a Lei 6.851/1980, que procuraram conferir maior celeridade e simplicidade ao tratamento de determinados aspectos do processo. No primeiro caso, às causas de menor valor envolvendo a União; no segundo, ao procedimento de alienação de bens em hasta pública.

Segundo sua ementa, a Lei 6.825/1980 "estabelece normas para maior celeridade dos feitos no Tribunal Federal de Recursos e na Justiça Federal de Primeira Instância e dá outras providências", mas, na verdade, seu sentido vai muito além disso. Entre outras coisas, essa lei, partindo da distinção de determinados tipos de demanda em prol de uma tramitação mais simples e célere, reduziu o âmbito de incidência da remessa necessária (arts. 1º e 2º), limitou o efeito suspensivo nas apelações (art. 3º) e os recursos cabíveis (art. 4º), bem como previu a possibilidade de transação nas causas de menor valor envolvendo a

---

como instrumento dirigido à predisposição dos meios destinados aos diversos escopos processuais. E assim foi que, sem descurar o cientificismo do processo, os novos processualistas brasileiros deslocaram o eixo de suas preocupações para outros enfoques e posturas, rumo ao instrumentalismo substancial do processo à efetividade da Justiça, quando todo o sistema processual passa a ser visto como instrumento para atingir os escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição e a técnica processual, como meio para a obtenção de cada um deles" [GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 178].

[163] MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.183, p. 165-194, mai. 2010, p. 176-177; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do Código de Processo Civil:* críticas e propostas. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 55-56.

[164] Isso justificaria a dificuldade de alguns autores de explicar, com base no sentido do segundo período de reformas (que reputam ser de medidas de aceleração e simplificação), algumas alterações que não possuem esse mesmo sentido, como a instituição da audiência de conciliação pela Lei 8.952/1994. Nesse sentido, por exemplo, Dinamarco primeiro sustenta que "traz o intuito de acelerar (entre outros) o trato dado à conciliação", mas depois que a audiência de instrução (na qual é prevista a conciliação) "[...] tomará tempo. Mas é um investimento seguro, em prol da boa qualidade do produto final esperado. O afã de acelerar não pode prejudicar o dever de preparar-se para julgar bem" [DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, p. 1-17, 1996. p. 10-12].

União, suas autarquias e empresas públicas federais ou sociedades de economia mista (art. 5º). Sem dúvida, esses elementos eram capazes de tornar o processo mais célere, mas também proporcionaram uma maior simplificação e, principalmente, uma maior aderência à realidade empírica.[165] Reconhecendo que muitos dos processos contra a União se baseavam em causas de pequeno valor, o legislador criou mecanismos para permitir uma satisfação mais rápida desses valores, seja facultando a transação, seja reduzindo a possibilidade de que a decisão fosse revista ou tivesse sua eficácia protraída.

A Lei 6.851/1980, por sua vez, modificou dispositivos do CPC/73 relativos à alienação de bens em hasta pública (na época denominada apenas "arrematação"), ao prever: (i) a possibilidade de o juiz, considerando o valor dos bens e as condições da comarca, alterar a forma de publicidade do edital de hasta pública (art. 687, § 1º, CPC/73); (ii) a vedação de arrematação por preço vil (art. 692, CPC/73); e (iii) a possibilidade de o juiz atribuir a corretor de imóvel a intermediação para a alienação do imóvel penhorado (art. 700, CPC/73). Na justificação do PLS 114/1979, que deu origem à referida lei, o então Senador Paulo Brossard afirmou, (i) quanto ao art. 687, CPC/73, que a redação anterior impunha despesas desnecessárias e não permitia que o juiz adaptasse a forma de publicidade às peculiaridades da comarca;[166] (ii) quanto ao art. 692, CPC/73, que era necessário proibir a venda por preço irrisório, que espoliava o devedor, não satisfazia o credor e beneficiava apenas o arrematante habilidoso;[167] e (iii) quanto ao art. 700, CPC/73, que a intervenção de corretor poderia permitir uma melhor venda do bem.[168] A justificação do senador, que contava com extensa citação a artigo de autoria de Athos Gusmão

---

[165] É preciso reconhecer que a previsão do art. 1º, § 2º, Lei 6.825/1980, destoa dessa tendência ao prever que "nas desapropriações movidas pela União, suas autarquias e empresas públicas federais ou por sociedades de economia mista, mediante delegação, somente fica sujeita a recurso de ofício a sentença que condenar o desapropriante em quantia superior a 30 (trinta) vezes o valor oferecido na inicial". Esse dispositivo provoca espécie porque o valor estabelecido para que houvesse remessa necessária foi desproporcionalmente aumentado: ele se tornou quinze vezes maior do que o previsto no art. 28, § 1º, Decreto-Lei 3.365/1941.

[166] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.522, de 04 de dezembro de 1979. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Autor: Paulo Brossard. *Senado Federal,* Brasília, DF, 17 nov. 1980. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=204270. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 12.

[167] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.522, de 04 de dezembro de 1979. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Autor: Paulo Brossard. *Senado Federal,* Brasília, DF, 17 nov. 1980. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=204270. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 12.

[168] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.522, de 04 de dezembro de 1979. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Autor: Paulo Brossard. *Senado Federal,* Brasília, DF, 17 nov. 1980. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=204270. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 13.

Carneiro,[169] expressava, claramente, uma preocupação preponderante com elementos da realidade empírica e de justiça material, sacrificando formalismos antes previstos no CPC/73.

Outras quatro alterações normativas ocorridas na sequência reforçam essa tendência à superação de uma racionalidade preponderantemente formal. A primeira delas foi a Lei 6.899/1981, que determinou a correção monetária dos créditos exigidos em juízo, custas e honorários advocatícios, reconhecendo a necessidade de ajuste do valor nominal da moeda para a preservação de seu valor intrínseco. A segunda foi a Lei 7.005/1982, que previu a obrigatoriedade de transcrição, caso fosse requerido pela parte, das perguntas indeferidas pelo juiz (art. 416, § 2º). Essa mudança teve a finalidade de evitar eventual recusa do juiz em fazê-lo e, com isso, de assegurar "[...] elemento relevante no registro dos fatos e na apuração da verdade".[170] A terceira foi a Lei 7.019/1982, que, conforme sua ementa, pretendeu "simplificar o processo de homologação judicial da partilha amigável e da partilha de bens de pequeno valor" (art. 1031, CPC/73).[171] A quarta, a Lei 7.219/1984, incluiu a previsão de alegações finais orais no procedimento sumaríssimo (art. 280, CPC/73), o que, segundo a sua justificação, não apenas não prejudicaria a celeridade do rito como criaria uma oportunidade para as partes de melhor esclarecerem a sua posição.[172]

Embora essas alterações pareçam singelas, expressam uma preocupação mais significativa com a realidade empírica do que aquela que havia com a ampliação de prazos

---

[169] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.522, de 04 de dezembro de 1979. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Autor: Paulo Brossard. *Senado Federal,* Brasília, DF, 17 nov. 1980. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=204270. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 13-18.

[170] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.172, de 23 de junho de 1980. Altera a redação do parágrafo segundo do artigo 416 do Código de Processo Civil. Autor: Luiz Viana. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), p. 7.071. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 11 ago. 1980. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05AGO1981.pdf#page=13. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 7072.

[171] Segundo a exposição de motivos, as mudanças propostas "[visavam] primordialmente a modernizar na espécie, a legislação processual civil, com nítidos reflexos na desburocratização dos procedimentos judiciais" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.355, de 06 de agosto de 1980. Altera o artigo 982 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), com a redação dada pela Lei nº 5.925, de primeiro de outubro de 1973, e dá outras providências. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 31 ago. 1982. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=211968. Acesso em: 20 nov. 2017, p. 7032]. Apesar de conter argumentos mais formais, como o fato de que a doutrina entende pela desnecessidade de inventário quando maiores e capazes os herdeiros, bem como que a disciplina anterior favorecia o congestionamento das varas especializadas, a mudança efetivamente promovia uma maior aderência do processo à realidade empírica (considerando a condição dos herdeiros) e reduzia o formalismo.

[172] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.422, de 29 de junho de 1979. Dá nova redação ao artigo 280 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Autor: Freitas Nobre. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 19 set. 1984. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=191934. Acesso em: 01 nov. 2017, p. 7075

recursais no procedimento sumaríssimo (Lei 6.314/1975) ou com a mudança da terminologia utilizada para descrever a alteração "da verdade dos fatos" como requisito para configuração da litigância de má-fé (Lei 6.771/1980) – para ficar em apenas dois exemplos.[173-174] De fato, ainda que também possuam traços de uma racionalidade formal, elas apontam para a preponderância de uma racionalidade distinta daquela que inspirou o legislador do CPC/73, porque: (i) tomam como pressuposto não a propriedade da técnica empregada, mas observações da realidade forense; e (ii) têm a pretensão de produzir resultados também para fora do processo, particularmente com a distinção de determinadas causas em prol de uma tramitação mais célere e simples (Lei 6.825/1980).[175] Essas características de uma racionalidade material estão no gérmen de outras duas transformações, muito mais significativas, operadas no processo civil brasileiro em meados da década de 1980: a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, pela Lei 7.244/1984 (LPC),[176] e a instituição da Ação Civil Pública, pela Lei 7.347/1985 (LACP).[177]

---

[173] Poder-se-ia também mencionar como exemplo a Lei 6.830/1980 (Lei das Execuções Fiscais – LEF), que disciplinou a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública, excluindo tal disciplina do CPC/73,

[174] Não se incluiu entre os exemplos a Lei 6.820/1980, que revogou a parte do art. 923, CPC/73, que previa que a posse seria julgada "em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio". Essa opção decorre do fato de que essa alteração combina elementos de ambas racionalidades, sem que seja possível identificar a preponderância de qualquer uma delas: de um lado, teve como fundamento a relação de "autonomia" entre direito material e processual, e a separação entre os institutos jurídicos da posse e da propriedade (entre o possessório e o petitório); de outro, a suposição de que a celeridade seria maior se as partes se limitassem à prova do possessório, e de que a exceção de domínio no processo possessório seria absurda porque ela "se põe contra toda uma estrutura social, que tem na posse um de seus valores mais ponderáveis e responsáveis pela estabilidade econômica do país" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.935, de 10 de agosto de 1977. Dá nova redação ao artigo 923 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Autor: Erasmo Martins Pedro. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 16 set. 1980. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=217281. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 6821]. Tampouco se incluiu a Lei Complementar 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN) que, apesar de possuir diversos dispositivos formais sobre a estrutura dos tribunais federais, dispõe sobre o juiz de paz e estabelece garantias, deveres e responsabilidade dos integrantes da magistratura.

[175] Elas indicam a presença daquilo que Ada Pellegrini Grinover denominou de "a visão instrumental do processo, que leva em conta a realidade sócio-jurídica subjacente e a efetividade da Justiça, [e] conduz à afirmação de um 'direito à cognição', necessariamente adequada à natureza das controvérsias para cuja solução o processo é preordenado" [GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 189].

[176] Não por acaso, analisando essa mudança, Ada Pellegrini Grinover afirmou: "como se vê, é ainda restrito o universo abrangido pelos Juizados brasileiros de Pequenas Causas, o que se pode explicar pela conveniência de caminhar gradativamente numa trilha nova para o país, da qual se espera uma verdadeira revolução na própria mentalidade dos operadores do direito. Mas já se pensa em ampliar essa competência para direitos disponíveis de família, para o direito de vizinhança, para pequenas infrações penais e outras controvérsias que se amoldem ao espírito dos *small claims*" [GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 184].

[177] É interessante notar como essas duas tendências, a que denomina "verdadeiras retificações de rota" nos rumos do processo civil brasileiro, são associadas por Dinamarco a influências do processo da common law [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 128]. O mesmo se daria em relação à principal "retificação de rota" verificada no período

Na exposição de motivos da Mensagem do Poder Executivo 313/1983, que deu origem à LPC, foram apontados como problemas mais prementes a prejudicar o desempenho do Poder Judiciário, além de sua inadequação estrutural: "[...] tratamento processual inadequado das causas de reduzido valor econômico e conseqüente inaptidão do Judiciário atual para a solução barata e rápida desta espécie de controvérsia"; e tratamento legislativo insuficiente conferido à tutela coletiva.[178]

De modo a lidar com o primeiro desses problemas, a LPC adotou premissas e soluções adequadas a uma racionalidade de tipo material. Essas premissas envolviam elementos extrajurídicos,[179] criticando soluções formais e fazendo referência a necessidades concretas decorrentes de particularidades encontradas na realidade empírica:

> A ausência de tratamento judicial adequado para as pequenas causas [...] afeta, em regra, gente humilde, desprovida de capacidade econômica para enfrentar os custos e a demora de uma demanda judicial. A garantia meramente formal de acesso ao Judiciário, sem que se criem as condições básicas para o efetivo exercício do direito de postular em Juízo, não atende a um dos princípios basilares da democracia, que é o da proteção judiciária dos direitos individuais. [...] Impõe-se, portanto, facilitar ao cidadão comum o acesso à Justiça, removendo todos os obstáculos que a isso se antepõem. O alto custo da demanda, a lentidão e a quase certeza da inviabilidade ou inutilidade do ingresso em Juízo são fatores restritivos, cuja eliminação constitui a base fundamental da criação de novo procedimento judicial e do próprio órgão encarregado de sua aplicação, qual seja o Juizado Especial de Pequenas Causas.[180]

---

posterior, no qual se adotam mecanismos mais intensos de tratamento da repetitividade e de valorização de "precedentes" como forma de conferir mais eficiência ao processo civil. No limite, essas influências são indicativo de uma tendência à globalização do direito processual, apontada por Dinamarco [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 131-137 e 140]. Ver também BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de processo*, Belo Horizonte, v.8, n.31, p. 199-209, jul. a set. 1983, p. 11.

[178] BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.950, de 25 de agosto de 1983. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do juizado especial de pequenas causas. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 07 out. 1984. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=198038. Acesso em: 01 nov. 2017, p. 8015.

[179] Como a grande concentração populacional dos centros urbanos e o acelerado desenvolvimento da produção e do consumo, que teriam contribuído para intensificar e multiplicar conflitos, sobretudo envolvendo relações econômicas [BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.950, de 25 de agosto de 1983. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do juizado especial de pequenas causas. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 07 out. 1984. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=198038. Acesso em: 01 nov. 2017, p. 8015].

[180] BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.950, de 25 de agosto de 1983. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do juizado especial de pequenas causas. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 07 out. 1984. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=198038. Acesso em: 01 nov. 2017, p. 8015. No mesmo sentido, na conclusão da exposição de motivos se afirma que "assegurar justiça ampla e eficaz constitui o dever maior do Estado e o anteprojeto de lei destina-se precisamente a dar cumprimento a esse dever. Na medida em que estende a proteção judiciária, hoje insuficiente, ao homem comum, insere-se ele, por inteiro, no processo de democratização ora conduzido por Vossa Excelência com o apoio de todos os brasileiros" [BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.950, de 25 de agosto de 1983. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do juizado especial de pequenas causas. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 07

A partir disso, com a finalidade de ampliar o acesso à justiça,[181] as soluções propostas seguiram, como princípios básicos, a "oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade" (art. 2º, LPC), além da ampliação dos poderes do juiz e da busca permanente por conciliação.[182] Diversos dispositivos demonstram que a legislação efetivamente seguiu essas diretrizes, fazendo com que seu sentido se distanciasse sensivelmente daquele presente no CPC/73. A oralidade, por exemplo, foi consagrada na possibilidade de se formular oralmente o pedido (art. 15, LPC), a defesa (art. 31, LPC) ou um pedido contraposto (art. 32, LPC), bem como na disposição que previa que seriam "[...] objeto de registro exclusivamente os atos havidos por essenciais" (art. 14, § 3º, LPC).[183] Nessa linha, afirmava-se, ainda, que "[...] a exposição feita pela própria parte, com atipicidade e singeleza, [seria] elemento importante para permitir ao juiz decidir o caso, dando-lhe a solução mais justa e equânime".[184]

Ainda mais claras são as regras que visavam promover a simplicidade e a informalidade. Entre elas, destacavam-se: (i) a concentração, numa mesma sessão, da tentativa de conciliação das partes (art. 23, LPC) e, caso ela fosse mal sucedida e não houvesse prejuízo para defesa, da instrução e julgamento da demanda (art. 28, LPC); (ii) a substituição do relatório por um breve resumo dos fatos (art. 38, LPC); (iii) a produção da prova com menos formalidades (art. 33, LPC); (iv) a eliminação de garantias formais, como recursos, efeito suspensivo *ope legis* (art. 43, LPC) e ação rescisória (art. 57, LPC); e (v) a previsão de que "os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados [...]" (art. 14, LPC) – neste caso, praticamente eliminando a necessidade de respeito à forma, ao condicionar a validade a critérios

---

out. 1984. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=198038. Acesso em: 01 nov. 2017, p. 8017].

[181] Essa ampliação, do ponto de vista objetivo, representa um aumento do âmbito de tutela jurisdicional, fazendo com que direitos e interesses antes não conhecidos pelo Poder Judiciário passem a sê-lo por meio das demandas submetidas aos juizados.

[182] BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.950, de 25 de agosto de 1983. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do juizado especial de pequenas causas. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 07 out. 1984. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=198038. Acesso em: 01 nov. 2017, p. 8015-8016.

[183] Outros exemplos são a previsão de que "o mandato ao advogado poderá ser verbal, salvo quanto aos poderes especiais" (art. 9º, § 3º, LPC) e a de que "a prova oral não será reduzida a escrito, devendo a sentença referir, no essencial, os informes trazidos nos depoimentos" (art. 37, LPC).

[184] BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.950, de 25 de agosto de 1983. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do juizado especial de pequenas causas. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 07 out. 1984. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=198038. Acesso em: 01 nov. 2017, p. 8016.

materiais. Além disso, previa-se que o efeito da revelia (considerarem-se verdadeiros os fatos alegados na inicial) não seria aplicável se o contrário resultasse da convicção do juiz (art. 21, LPC), fazendo prevalecer, pois, o convencimento do juiz e os fatos da causa em detrimento da presunção formal decorrente da revelia.

O atendimento aos outros princípios previstos na LPC também reforçou sua racionalidade material: (i) a preocupação com a conciliação, manifestada no seu desenvolvimento como uma fase prévia (art. 22, LPC), na obrigatoriedade do comparecimento pessoal da parte na audiência (art. 9º, LPC) e na faculdade de que leis estaduais de organização judiciária previssem sua extensão para demandas não abrangidas pela competência dos juizados (art. 56, LCP); (ii) o significado mais amplo conferido à economia processual, não apenas implicando a eliminação de atos inúteis como também, especialmente, envolvendo noções de ampla acessibilidade e igualdade material, capazes de justificar a gratuidade da justiça (art. 51, LPC),[185] e a facultatividade da assistência por advogado (art. 9º, LPC)[186]; e (iii) a concessão de poderes mais amplos para o juiz para "[...] adotar em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum" (art. 5º, LPC), prescindindo, assim, de limitações formais em prol de valores extrajurídicos.[187]

A Lei da Ação Civil Pública (LACP), por sua vez, procurou lidar com o problema do "tratamento legislativo insuficiente, tanto no plano material como no processual, dos conflitos de interesses coletivos ou difusos [...]".[188] Para Dinamarco, o avanço da tutela

---

[185] Na exposição de motivos se afirma que esse dispositivo "[…] teve como fundamento o princípio da *economia*, aqui entendido como barateamento de custos para os litigantes" [BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.950, de 25 de agosto de 1983. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do juizado especial de pequenas causas. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 07 out. 1984. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=198038. Acesso em: 01 nov. 2017, p. 8016].

[186] Além disso, revelando forte assento na ideia de justiça material, previu-se que, sendo uma das partes assistida por advogado, a outra teria direito à assistência judiciaria (art. 9º, § 1º): "assegura-se, com isso, perfeita equivalência ou igualdade jurídica entre as partes litigantes, sem qualquer prejuízo para o ideal de Justiça que continua subsistente, apesar da simplicidade dos procedimentos idealizados no anteprojeto" [BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.950, de 25 de agosto de 1983. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do juizado especial de pequenas causas. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 07 out. 1984. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=198038. Acesso em: 01 nov. 2017, p. 8016].

[187] Quanto à possibilidade de o árbitro julgar por equidade, Ada Pellegrini Grinover afirmou se tratar de "[…] um apelo ao julgador para a maior sensibilidade com a dimensão social da lei e com a necessidade de nesta buscar o sentido que melhor se afeiçoe aos valores sociais e aos próprios objetivos dos Juizados Especiais de Pequenas Causas" [GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 184].

[188] BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.950, de 25 de agosto de 1983. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do juizado especial de pequenas causas. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos*

coletiva teve grande significado metodológico, na medida em que ela se contrapôs às "fortíssimas tradições de cunho individualista nos sistemas processuais europeus-continentais, a cuja cultura se filia o processo civil brasileiro".[189] No mesmo sentido, e de forma ainda mais eloquente, Alcides Alberto Munhoz da Cunha afirmou que a edição da LACP inaugurou:

> [...] uma nova fase do processo civil, mais afinada com os anseios e a ideologia da época, em que há evidente preocupação com os crescentes conflitos de massa, com os postulados de acesso à justiça, de pacificação social dos conflitos e de afirmação do conceito de cidadania.[190]

Efetivamente, a LACP, como a LPC, representou um passo importante na direção de uma racionalidade preponderantemente material, ampliando o âmbito de tutela tanto sob uma perspectiva subjetiva (prevendo a possibilidade de proteção de interesses em prol da coletividade) quanto objetiva (inovando em relação aos interesses que poderiam ser objeto de proteção). Editada com o propósito primordial de "[...] oferecer proteção aos valores ambientais, em complementação aos dispositivos jurídico-substanciais contidos na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente [Lei 6.938/1981) [...]" (art. 1º, I, LACP),[191] a lei também contemplou a tutela do consumidor (art. 1º, II, LACP) e de "bens e direitos de valor artísticos, estético, histórico, turístico e paisagístico" (art. 1º, III, LACP). A tentativa de aproximação do processo civil aos interesses da sociedade, transcendendo o paradigma da tutela individual, também se revela na previsão da legitimidade ativa de associações (art. 5º, LACP) e na dispensa de custas para o ajuizamento das demandas coletivas (art. 18, LACP). Além disso, ao prever a possibilidade de "ação cautelar" com função inibitória (art. 4º, LACP), de execução específica ou fixação de multa diária "independentemente de requerimento do autor" (art. 11, LACP), e ao estabelecer o efeito suspensivo *ope iudicis*

Deputados, Brasília, DF, 07 out. 1984. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=198038. Acesso em: 01 nov. 2017, p. 8015.

[189] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 28. Como explica Dinamarco: "os pontos mais expressivos desse individualismo na tutela jurisdicional eram representados pela legitimidade necessariamente individual (CPC, art. 6º), pelos efeitos diretos da sentença invariavelmente limitados às partes do processo e pela rigorosa limitação subjetiva da autoridade da coisa julgada (art. 472 [CPC/73]). Sobre esse tripé apóia-se a tutela jurisdicional individual em todos os ordenamentos a que a nossa tradição cultural se filia" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 28]. Ver também DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 144-145.

[190] CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, n.77, p. 225-235, jan. a mar. 1995, p. 224.

[191] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 28.

para os recursos (art. 14, LACP), a lei derrogou formas consagradas no CPC/73 com vistas a produzir resultados mais adequados ao direito material e, especialmente, à realidade empírica.

Essa perspectiva é corroborada por manifestações da doutrina tanto em relação ao sentido da lei como em relação a interpretações do direito positivo que favorecem uma maior atenção à realidade dos fatos e às necessidades de proteção dos interesses coletivos. Em relação ao sentido da LACP, merecem destaque as considerações de Dinamarco:

> O estilo de vida contemporâneo, solidário por excelência e por imposição das necessidades e aspirações comuns na *sociedade de massa* deste fim de século, impõe o trato coletivo de interesses que se somam e se confundem, quase que destacando-se dos indivíduos a que tradicionalmente se reportavam com exclusividade. É o *direito de massa*, resultante dessa nova realidade social, e que por sua vez impõe novos rumos ao processo civil, o qual também se vai então modelando como um *processo civil de massa*.[192] (grifou-se)

Quanto às interpretações doutrinárias, são dignas de nota as posições que sustentam a mitigação do princípio da demanda (maior flexibilidade quanto ao pedido),[193] do princípio dispositivo (exercício mais pronunciado dos poderes instrutórios pelo juiz)[194] e do princípio da congruência (sentenças que não respeitam limites decorrentes dos elementos objetivos da demanda).[195]

Após a edição da LACP, outras três leis, menos representativas, também reforçaram a tendência à preponderância da racionalidade material nesse período: (i) a Lei 7.359/1985, que previu a possibilidade de que, nos casos em que a parte fosse beneficiária da justiça gratuita, a citação por edital pudesse ser feita no órgão oficial e não

---

[192] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 30.

[193] DESTEFENNI, Marcos. *Congruência e Flexibilidade na Tutela Coletiva*. 2008. 441 p. Tese para obtenção do título de doutor (Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063327.pdf. Acesso em: 13 nov. 2017, p. 177 e ss.

[194] DESTEFENNI, Marcos. *Congruência e Flexibilidade na Tutela Coletiva*. 2008. 441 p. Tese para obtenção do título de doutor (Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063327.pdf. Acesso em: 13 nov. 2017, p. 285 e ss.

[195] DESTEFENNI, Marcos. *Congruência e Flexibilidade na Tutela Coletiva*. 2008. 441 p. Tese para obtenção do título de doutor (Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063327.pdf. Acesso em: 13 nov. 2017, p. 294 e ss. Por uma análise bastante detalhada desses três temas em relação aos direitos individuais homogêneos, ver ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 142-202.

necessariamente em periódico privado (art. 232, § 2º, CPC/73);[196] (ii) a Lei 7.363/1985, que estabeleceu procedimento simplificado para a arrematação de bens com valor inferior a 20 salários mínimos, dispensando a publicação, vedando a arrematação por valor inferior ao da avaliação e, com isso, reduzindo o ônus suportado pelo devedor executado (art. 686, § 3º, CPC/73);[197] e (iii) a Lei 7.513/1986, que determinava a impenhorabilidade do "imóvel rural, até um módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário" (art. 649, X, CPC/73).[198]

Com esse conjunto de leis, tanto especiais quanto de reforma do CPC/73, o direito processual civil sofreu um influxo de transformações cuja racionalidade preponderante destoava significativamente da tendência anterior.[199] Ainda que também tenham havido,

---

[196] Ainda que reduzisse a publicidade da citação por edital, o propósito da lei era "[...] tornar exequível a garantia [...] que prevê a concessão de assistência judiciaria aos necessitados, na forma da lei" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.595, de 10 de novembro de 1983. Acrescenta parágrafo ao artigo 232 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 10 out. 1985. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=204943. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 3560].

[197] Como explicado na exposição de motivos, "o objetivo deste projeto é o de aliviar os encargos que oneram o devedor executado por compromissos de pequeno valor, que, normalmente é pessoa de parcos recursos" [BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 06, de 16 de março de 1979. Introduz alterações no Código de Processo Civil, no que se refere a arrematação de bens penhorados. Autor: Jorge Arbage. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 11 set. 1985. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=170005. Acesso em: 06 nov. 2017 p. 0685].

[198] A justificação do projeto também deixa evidente sua racionalidade material: "como todos sabemos, significativo é o número de pequenos proprietários, em nosso País. A atual política fundiária encontra-se empenhada em oferecer condições para que o pequeno proprietário (geralmente possuidor de apenas um módulo) possa obter o máximo de produtividade, com isso ajudando o desenvolvimento nacional. A medida, que ora propomos, terá valor incomensurável para a segurança e a tranqüilidade da família rural" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.591, de 28 de junho de 1976. Nova ementa: modifica o artigo 649 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, acrescentando dispositivo que torna impenhorável o imóvel rural até um módulo. Autor: Raul Bernardo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 09 jul. 1986. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=204902. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 7000]. O mesmo se aplica, com ainda mais razão, à Lei 8.009/1990, que dispôs sobre a impenhorabilidade do bem de família.

[199] Esse contraste fica evidente quando Dinamarco descreve a passagem da fase autonomista à instrumentalista: "suplantada a fase *sincrética* pela *autonomista*, foi preciso quase um século para que os estudiosos se apercebessem de que o sistema processual não é algo destituído de conotações éticas e objetivos a serem cumpridos no plano social, no econômico e no político. Ponderou por todo esse tempo [até o início da fase instrumentalista] a crença de que ele fosse mero instrumento do direito material apenas, sem consciência de seus escopos metajurídicos" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 126]. Quanto à fase instrumentalista, sustenta-se que "a atualização do processo civil só se pode obter através de uma reforma profunda que transforme o sistema tradicional de uma justiça puramente formal, com predomínio quase absoluto do princípio dispositivo, em um processo civil impregnado de justiça social, no qual as partes, situadas num plano de autêntica igualdade, possam manifestar pública e livremente suas pretensões com a oportunidade razoável de demonstrá-las perante um juiz independente, imparcial e dotado de faculdade suficientes para conduzir o processo a uma solução justa e equilibrada da controvérsia" [Héctor Fix-Zamudio, Constitución y proceso civil en Latinoamérica, p. 106 *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 142].

nesse período, alterações que possuíam uma racionalidade formal,[200] essas, em menor número e com menos relevância, não foram suficientes para afastar a preponderância de uma racionalidade de tipo material: a partir da promulgação da LCP passou a ser possível se referir a um direito processual "reformado" também em sua racionalidade.[201]

Essa mudança radical no sentido do direito processual brasileiro, ocorrida nesse período, pode ser caracterizada, de um modo geral: pela edição de normas processuais dotadas de menor abstração, por uma maior proximidade das técnicas processuais com a realidade empírica (seja tomando-a como pressuposto, seja tendo-a como referente ou, ainda, procurando alterá-la), por uma ampliação da tutela jurisdicional (acesso à justiça) e pela sua coletivização, pela simplificação ou "deformalização" do processo com vistas a elementos externos ao sistema processual (por exemplo, uma maior inclusão),[202] por uma maior democratização do processo e pelo consequente aumento na judicialização dos conflitos.[203]

Além disso, esse movimento foi contemporâneo de transformações de igual sentido verificadas no direito material. Para ficar em apenas alguns exemplos, é possível se referir à ampliação significativa do rol de direitos sociais, ao controle de moralidade do ato administrativo ou aos direitos fundamentais e princípios insculpidos na CF/88. A inspiração extrajurídica desses institutos deixa clara a opção por abandonar o modelo de

---

[200] Como a Lei 7.270/1984, que previu requisitos para a função de perito, e a Lei 8.038/1990, que adaptou o CPC ao novo sistema recursal decorrente da criação do STJ.

[201] Em uma analogia à diferenciação feita por Marinoni e Mitidiero entre Código Buzaid e Código Reformado [MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do Código de Processo Civil:* críticas e propostas. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 55-56]. Contudo, como foi dito, o corte feito neste texto difere da proposta dos autores.

[202] Nesse sentido, merece destaque a perspectiva da instrumentalidade do processo e sua racionalidade material, tal como explicitado por Cândido Dinamarco: "a visão instrumentalista do processo, com repúdio ao seu exame exclusivamente pelo ângulo interno, constitui abertura do sistema para a infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (a introspecção não favorece a percepção dos valores externos e consciência dos rumos a tomar [...])" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 368]. Também é adequada ao discurso desse período a afirmação de Marinoni e Mitidiero, no sentido de que "a adequação objetiva da tutela jurisdicional impõe a necessidade de encararmos o processo a partir de um ângulo de visão a ele exterior" [MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do Código de Processo Civil:* críticas e propostas. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24].

[203] Ao menos dois desses aspectos foram apontados por Barbosa Moreira, em 1983, ao tratar das tendências do processo civil e então: "do abstracto ao concreto" e "do individual ao social", duas das três tendências apontadas pelo autor são dos principais elementos a caracterizar uma racionalidade material [ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de processo*, Belo Horizonte, v.8, n.31, p. 199-209, jul. a set. 1983]. Sobre a última delas, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 143-148. Essas tendências são aceitas como "linhas evolutivas do direito processual no Brasil" por Cintra, Dinamarco e Grinover [CINTRA, Antonio Carlos de A. et al. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed.. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 146-147].

racionalidade preponderantemente formal: alguns deles, como o princípio da moralidade administrativa, permitiram uma análise mais detida das peculiaridades do caso concreto, distanciando-se de um juízo de legalidade estrita;[204] outros criaram direitos antes ignorados pela ficção jurídica de relações bilaterais, como os relativos ao meio ambiente. Ao individualismo prevalecente se acrescentou, então, outra dimensão jurídica, de matiz social, reconhecida não a partir da abstração frente ao real, mas, principalmente, pelo contraste entre a realidade normativa individualista e a realidade empírica.[205]

No âmbito do processo civil, a CF/88 representa um dos principais exemplos do avanço de uma racionalidade material, tendo impactado significativamente o CPC/73.[206] Afinal, como explica Dinamarco, a CF/88 "[...] deu especial atenção aos dois pólos do direito processual constitucional, ao definir garantias e princípios voltados à *tutela constitucional do processo* e ao fortalecer o arsenal de medidas integrantes da *jurisdição constitucional das liberdades*".[207]

Quanto ao primeiro polo, as garantias constitucionais do processo – como contraditório, devido processo legal, motivação das decisões, juiz natural, etc.[208] – serviram para modelá-lo de modo mais democrático, justo, participativo e acessível, atribuindo-lhe grande responsabilidade em relação ao direito material.[209] Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni sustenta, a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional, que "a função do juiz não é apenas a de *editar a norma jurídica*, mas sim a de *tutelar concretamente* o direito material".[210] O processo da técnica, formal e abstrato, passa a ser visto pelo prisma da efetividade: o resultado passa a importar, mais do que o meio e sua

---

[204] Dinamarco situa nesse contexto "[...] a valorização dos conceitos de *abuso de poder* e *desvio de finalidade*, que hoje tender a permitir, p. ex., que o Poder Judiciário reveja a *prova* produzida nos processos realizados pela Administração Pública, impondo o *livre convencimento* dos juízes sobre a valoração feita pelo administrador" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno* – Tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 148].

[205] Como se sabe essas mudanças tiveram repercussão direta no aumento de demandas sobre o Poder Judiciário [OLIVEIRA, Leonel G. Lima. Uma década de CNJ: reflexes sobre o envolvimento com a melhoria da eficiência do judiciário. In: *VIII Congresso de Gestão Pública (CONSAD)*, Brasília, DF, mai. 2015. Disponível em: http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/1329/1/UMA%20D%C3%89CADA%20DE%20CNJ%20REFLEX%C3%95ES%20SOBRE%20O.pdf. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 8-9].

[206] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 27.

[207] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 27.

[208] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 27.

[209] Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil – Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2010, p. 138 e ss; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 188 e ss.

[210] MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil – Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2010, p. 139.

forma. Em relação a essa mudança, é sintomático o emprego de expressões como "processo civil de resultados",[211] cunhada por Cândido Rangel Dinamarco, ou "direito de ação como direito ao procedimento próprio à participação e ao plano do direito material" e "direito à técnica processual adequada à tutela do direito e ao caso concreto", de Marinoni.[212]

Quanto ao segundo, as ações constitucionais apresentam elevado grau de concretude, tendo sido previstas com o intuito de alcançar resultados materiais específicos, aumentando o âmbito de tutela. Nesse contexto podem ser encartadas as inovações do mandado de injunção e do *habeas data*, a ampliação da legitimidade ativa no mandado de segurança (criando sua modalidade coletiva) e a consagração "[...] de modo bastante amplo e até reiterado [de] regras de tutela jurisdicional coletiva (legitimidade dos sindicatos e das entidades associativas em geral: art. 5º, inc. XXI e art. 8º, inc. III)".[213] Além disso, outorgou-se dignidade constitucional aos Juizados de Pequenas Causas (arts. 24, X, e 98, I, CF/88), à ação civil pública (art. 129, III, CF/88), à ação popular (art. 5º, LXXIII, CF/88) e ao próprio direito de ação ou direito fundamental à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF/88).[214]

Ainda sob a perspectiva da ampliação da tutela, a CF/88 previu, no art. 48, ADCT, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Essa missão constitucional, cumprida com a Lei 8.078/1990, que instituiu o CDC, também implicou um avanço da racionalidade material, tanto em relação às disposições de direito substantivo[215] quanto em relação às de direito processual.[216]

---

[211] Essa expressão envolve as ideias de que "[...] o valor de todo o sistema processual reside na capacidade que tenha de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo" e de que "o processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida [...]" [*Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 108]. Ver também DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 153-154.

[212] Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil – Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2010, p. 233 e ss.

[213] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 27.

[214] Fazendo referência a esses elementos, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.31, n.122, p. 205-214, abr. a jun. 1994. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176149. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 208.

[215] Nesse ponto, destaca-se o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor de bens e serviços em relação aos fornecedores. Afinal, a própria noção de hipossuficiência (ainda que apenas técnica) remete a elementos exteriores ao sistema jurídico, verificáveis a partir da realidade empírica.

[216] É nesse sentido que deve ser entendida a afirmação de Cândido Dinamarco de que: "o legislador brasileiro contemporâneo, seja no plano constitucional ou no infraconstitucional, tem sido louvavelmente sensível à tendência instrumentalista, como se vê na implantação do mandado de segurança coletivo, do processo especialíssimo para as causas de menor expressão econômica e de instrumentos para a tutela coletiva (Lei de

Nesse sentido, ampliando o acesso à justiça, o CDC previu a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, estendendo as formas coletivas também para direitos individuais (art. 81, CDC) e, à exemplo da LPC e da LACP, dispensou o recolhimento de custas para o ajuizamento de demandas (art. 87, CDC). Além de favorecer a coletivização, o CDC, em seus arts. 90 e 117, previu que ele e a LACP seriam aplicáveis um ao outro no que não fossem contrários,[217] levando a doutrina a reconhecer a existência de um microssistema de tutela coletiva, composto fundamentalmente por esses dois diplomas "[...] como se integrassem o texto de uma mesma lei".[218]

A maior acessibilidade também decorre de uma maior abertura às necessidades da realidade empírica, reconhecendo o primado do conteúdo sobre a forma. São exemplos disso o reforço da atipicidade das ações (art. 83, CDC), que poderia ser extraída do texto constitucional,[219] a previsão de multa diária e de um rol bastante amplo de medidas voltadas à tutela específica (art. 84, § 4º e 5º, CDC), bem assim o modo como são descritos os efeitos do processo sobre terceiros, particularmente para beneficiá-los, abdicando-se do dogma da coisa julgada *inter partes* (art. 103, CDC).[220] Essa última alteração representa uma tentativa clara não apenas de promoção da tutela coletiva como, também, de reconstrução dos alicerces do direito processual antes fundados no paradigma individual de tutela.[221]

Ademais, em matéria probatória, o art. 6º, VIII, CDC, previu como direito básico do consumidor "a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as

---

Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor […])" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 368].

[217] Note-se ainda que o CDC introduziu, nos seus arts. 110 a 116, diversas modificações na LACP que também serviram para ampliar a sua racionalidade material.

[218] CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, n.77, p. 225-235, jan. a mar. 1995, p. 228. Ver também ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 46. Na perspectiva de Dinamarco, à LACP e ao CDC, soma-se a Lei 8.069/1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), porque esse diploma possui disciplina sobre o acesso à justiça (arts. 141 e ss), contemplando a "proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos" (arts. 208 e ss), bem como normas amplas sobre legitimação ativa (art. 210) [DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 29]. Assim, afirma Dinamarco: "esses três diplomas são a base jurídico-positiva da decidida adoção dos fundamentos da tutela jurisdicional coletiva no direito brasileiro – apoiada nos preceitos constitucionais estimuladores dessa abertura" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 29].

[219] YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 147.

[220] Ver sobre o tema ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 361 e ss.

[221] Ver nota 189.

regras ordinárias de experiências".[222] Com isso se permitiu, de modo bastante contundente, a modulação de uma regra essencialmente formal (distribuição estática do ônus da prova) em função dos resultados que se pretende produzir no plano empírico (facilitação da defesa e proteção dos direitos do consumidor).

Depois do advento do CDC, algumas alterações sofridas pelo CPC/73 também exibiram uma racionalidade de tipo material, como a Lei 8.079/1990, que disciplinou a forma de contagem de prazo no âmbito do processo civil e afastou a ficção, defendida pela doutrina majoritária, de intimação dos advogados em fins de semana e feriados.[223]

Ainda que não seja o caso dessa lei, a maioria daquelas que reformaram o CPC/73, e que possuíam uma racionalidade material, tiveram origem nos trabalhos de uma comissão formada por professores da UFRGS em 1986 – entre eles Ovídio Baptista da Silva e o Ministro Athos Gusmão Carneiro[224] – e, especialmente, de um movimento renovador do CPC/73, "[...] impulsionado inicialmente pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela seccional brasiliense do Instituto Brasileiro de Direito Processual – e depois absorvido pela Escola Nacional da Magistratura, por incumbência do Ministério da Justiça".[225] A comissão revisora formada a partir desse movimento, presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e com a presença de diversos processualistas de renome,[226] foi responsável por produzir diversos projetos pontuais de reforma do CPC/73 (as

---

[222] Sobre a interpretação dessa regra, ver tópico 5.6.

[223] BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.462, de 29 de maio de 1989. Altera a redação do parágrafo segundo do artigo 184 e acrescenta parágrafo único ao artigo 240 do Código de Processo Civil – Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Autor: Sigmaringa Seixas. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 13 set. 1990. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=203714. Acesso em: 20 nov. 2017, p. 4188.

[224] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 902, de 21 de maio de 1991. Modifica disposições do Código de Processo Civil, alusivas à prova pericial. Autor: Nelson Jobim. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 24 ago. 1992. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=184224. Acesso em: 30 out. 2017, p. 6963.

[225] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 30. Também TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.31, n.122, p. 205-214, abr. a jun. 1994. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176149. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 208.

[226] A comissão era composta por Ada Pelegrini Grinover, Athos Gusmão Carneiro, Celso Agrícola Barbi, Fátima Nancy Andrighi, Humberto Theodoro Júnior, José Carlos Barbosa Moreira, José Eduardo Carreira Alvim, Kazuo Watanabe, e Sérgio Sahione Fadel [TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.31, n.122, p. 205-214, abr. a jun. 1994. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176149. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 208].

"minirreformas"), encaminhados ao Congresso Nacional pelo Deputado Nelson Jobim e, posteriormente, pelo Ministério da Justiça.[227]

Segundo o presidente da comissão, eram diretrizes da reforma processual, entre outras, "localizar pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional", deixar de lado tecnicismos e divergências acadêmico-doutrinárias para "apresentar sugestões somente de simplificação, agilização e efetividade", "buscar o consenso nas alterações propostas, democratizando o debate".[228]

Mais de uma dezena dos projetos apresentados transformaram-se em lei. A primeira delas foi a Lei 8.455/1992, que procurou simplificar a prova pericial.[229] Com as alterações propostas, o assistente técnico foi reconhecido como pessoa de confiança da parte, eliminando os compromissos; permitiu-se, nos casos mais simples, a substituição do laudo pela inquirição do perito, bem como, quando as partes tivessem apresentado pareceres ou documentos suficientes ainda na fase postulatória, a dispensa da perícia.[230] Por meio dessa reforma se procurou eliminar a procrastinação provocada pelo excesso de atos processuais desnecessários e pelo indevido tratamento conferido aos assistentes técnicos,[231] solucionando um dos pontos mais criticados pela doutrina quando da edição do CPC/73.[232]

Também estavam adequadas a uma racionalidade material (i) a Lei 8.710/1993, que previu a citação pelo correio como regra geral, à exemplo do que já ocorria na Justiça

---

[227] Ver TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.31, n.122, p. 205-214, abr. a jun. 1994. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176149. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 208.

[228] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.31, n.122, p. 205-214, abr. a jun. 1994. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176149. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 208. As outras duas diretrizes eram o aproveitamento da disposição de artigos existentes e o encaminhamento de sugestões em vários projetos, facilitando sua aprovação no Congresso.

[229] Essa lei é considerada por Egas Moniz de Aragão, como o marco inicial da fase de reformas do CPC/73 [ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Reforma Processual: 10 anos. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.362, n.362, p.15-23, jul. a ago. 2002, p. 16]. No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil.* 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 33.

[230] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 902, de 21 de maio de 1991. Modifica disposições do Código de Processo Civil, alusivas à prova pericial. Autor: Nelson Jobim. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 24 ago. 1992. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=184224. Acesso em: 30 out. 2017, p. 6963-6964.

[231] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 902, de 21 de maio de 1991. Modifica disposições do Código de Processo Civil, alusivas à prova pericial. Autor: Nelson Jobim. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 24 ago. 1992. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=184224. Acesso em: 30 out. 2017, p. 6963-6964.

[232] Ver notas 113, 114 e 115.

do Trabalho, modificando o art. 222, CPC/73;[233] (ii) a Lei 8.718/1993, que modificou o art. 294, CPC/73, reduzindo a preclusão relativa à estabilização da demanda e, com isso, assegurando maior flexibilidade para adaptá-la à realidade fática subjacente;[234] (iii) a Lei 8.884/1994, que incluiu o art. 1º, V, LACP, prevendo a possibilidade de tutela coletiva para a defesa da ordem econômica; (iv) a Lei 8.898/1994, que procurou simplificar a citação na liquidação de sentença – prevendo que ela seria feita na pessoa do advogado do réu (art. 603, parágrafo único, CPC/73) –, eliminar a liquidação por cálculo – prevendo a instrução da execução com memória elaborada pelo credor (art. 604, CPC/73) – e estabelecer que a liquidação por artigos observaria o procedimento comum – evitando o equívoco de que, após se seguir o rito sumaríssimo na fase de conhecimento, se fizesse a liquidação pelo rito ordinário (art. 609, CPC/73);[235] (v) a Lei 8.950/1994, que, além de disciplinar extensivamente aspectos do sistema recursal,[236] eliminou o efeito suspensivo *ope legis* da apelação de decisão que rejeitasse liminarmente embargos à execução ou os

---

[233] Segundo a justificação do Projeto de Lei do Senado 192/1991, que deu origem à Lei 8.710/1993, a modificação tinha por finalidade "[...] simplificar a forma tanto do chamamento do réu a juízo para se defender como das intimações em geral feitas às partes e às testemunhas" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.654, de 08 de abril de 1992. Dá nova redação aos dispositivos que menciona do Código de Processo Civil. Autor: Divaldo Suruagy. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 29 set. 1993. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=205498. Acesso em: 30 out. 2017, p. 13]. A citação por oficial de justiça, ainda segundo a justificação, "[...] além de onerar sobremaneira as custas incidentes, torna moroso e complexo o cumprimento da diligência" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.654, de 08 de abril de 1992. Dá nova redação aos dispositivos que menciona do Código de Processo Civil. Autor: Divaldo Suruagy. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 29 set. 1993. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=205498. Acesso em: 30 out. 2017, p. 13].

[234] Ver nota 93. Sobre a mudança, afirma-se na justificação ao PLS 43/1990, que lhe deu origem: "destarte, nada obsta que o autor, até que se efetive*, in totum*, a angularidade processual, adite o libelo. Aliás, tal medida facultará economia dos atos processuais, conforme já exposto, poupando a Justiça de conhecer acerca de novo pedido, mediante ação distinta. Em síntese, o projeto em tela visa a simplificar a dinâmica processual até a instalação da lide através da citação válida, eliminando terrível óbice à adequação do pedido às reais pretensões do autor" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.127, de 17 de dezembro de 1990. Altera o artigo 294 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Autor: Francisco Rollemberg. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 14 out. 1993. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=25728. Acesso em: 30 out. 2017, p. 10. (grifou-se)].

[235] Ver BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.689, de 07 de maio de 1992. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, relativos à liquidação de sentença. Autor: Nelson Jobim. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 29 jun. 1994. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=205833. Acesso em: 20 nov. 2017, p. 5-6.

[236] Apesar das referências a uma suposta necessidade de simplificação, não se pode afirmar que essas modificações relativas ao sistema recursal possuíam no seu conjunto uma racionalidade material. Ver BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.801, de 11 de junho de 1993. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, relativos aos recursos. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 13 dez. 1994. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216067. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 12366.

julgasse improcedentes (art. 520, V, CPC/73); (vi) a Lei 9.040/1995, que acrescentou hipótese de submissão ao procedimento sumaríssimo (art. 275, II, n, CPC/73); e (vii) a Lei 9.079/1995, que instituiu o procedimento monitório com o fim de desburocratizar, agilizar e dar efetividade à cobrança de créditos, evitando o procedimento ordinário, caro e moroso.[237]

Não obstante essa pluralidade de reformas num período de três anos, o verdadeiro núcleo das mudanças decorreu da promulgação de três leis em um mesmo dia: em 13 de dezembro de 1994, foram aprovadas a já mencionada Lei 8.950/1994, que reformou o sistema recursal, a Lei 8.952/1994, que alterou profundamente diversos dispositivos dos processos de conhecimento e cautelar, e a Lei 8.953/1994, que fez o mesmo em relação ao processo de execução.

A Lei 8.952/1994 ensejou uma das mudanças mais profundas no CPC/73, alterando um grande número de dispositivos, incutindo na maioria deles uma racionalidade material. Nesse sentido, merecem destaque: (i) a previsão de que o juiz poderia, de ofício, condenar as partes por litigância de má-fé (art. 18, CPC/73); (ii) a eliminação da necessidade de reconhecimento de firma na procuração (art. 38, CPC/73); (iii) a previsão de que o juiz poderia limitar o litisconsórcio facultativo quando este comprometesse a rápida solução do litígio ou dificultasse a defesa (art. 46, parágrafo único, CPC/73); (iv) o incentivo à conciliação, estipulando o dever do juiz de promovê-la (art. 125, V, CPC/73) e prevendo a realização de audiência preliminar com esse fim (art. 331, CPC/73); (v) a dispensa de despacho judicial de atos meramente ordinatórios (art. 162, § 4º, CPC/73);[238]

---

[237] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.805, de 11 de junho de 1993. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, com a adoção da ação monitória. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 14 jul. 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb /fichadetramitacao?idProposicao=216102. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 12376. Segundo a exposição de motivos "causa desânimo ao credor o fato de possuir documento abalizado e de saber que o devedor não tem defesa a lhe opor e, mesmo assim ter de enfrentar toda a complexidade do processo de conhecimento para, só depois dele, obter meios para excetuar o inadimplente" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.805, de 11 de junho de 1993. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, com a adoção da ação monitória. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 14 jul. 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao= 216102. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 12376]. Nota-se, porém, que apesar de outras referências "materiais" como o prestígio da justiça, o discurso desse período já possui referências relevantes ao tema da desburocratização e da agilização, dando indícios da emergência de uma racionalidade de tipo instrumental [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.805, de 11 de junho de 1993. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, com a adoção da ação monitória. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 14 jul. 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/ proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216102. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 12376].

[238] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.803, de 11 de junho de 1993. Altera os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 13 dez. 1994. Disponível em: http://www.

(vi) a criação da tutela antecipada (art. 273, CPC/73); (vii) a nova disciplina das obrigações de fazer e não fazer, prestigiando a tutela específica, o resultado prático equivalente (art. 460, CPC/73) e prevendo a possibilidade de concessão de liminar (art. 460, § 3º, CPC/73), de imposição de multa diária (art. 460, § 4º, CPC/73) e de medidas sub-rogatórias (art. 460, § 5º, CPC/73).

No mesmo sentido, a Lei 8.953/1994 reformou o processo de execução: (i) previu que nos casos de desistência da execução seria necessária a concordância do embargante caso ele tivesse alegado questões de mérito (art. 569, parágrafo único, CPC/73); (ii) ampliou o rol de títulos executivos judiciais (art. 584, III, CPC/73) e extrajudiciais (art. 585, I e II, CPC/73); (iii) estabeleceu multa de até 20% do valor da causa para o caso de prática de ato atentatório em substituição à pena de silêncio (art. 601, CPC/73); (iv) simplificou a penhora de bens imóveis (art. 659, § 4º, CPC/73); (v) admitiu nova avaliação quando houvesse "fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem" (art. 683, III, CPC/73); (vi) nos casos de credor beneficiário da assistência jurídica, previu que a publicação do edital de hasta pública fosse feita no órgão oficial (art, 687, § 1º, CPC/73);[239] (vii) salientou "[...] a proibição, de alto conteúdo ético, da alienação de bens por preço vil [arts. 692 e 686, VI, CPC/73]";[240] (viii) estabeleceu, em conformidade com a doutrina majoritária, que os embargos sempre seriam recebidos com efeito suspensivo (arts. 739 e 791, I, CPC/73),[241] embora tenha limitado ao art.741, CPC/73, as matérias que poderiam ser alegadas, prevendo que a execução prosseguiria quanto à parte não embargada (art. 739, § 2º, CPC/73).

Ainda nesse período, merece destaque a Lei 9.099/1995, que, apesar de ter modificado a LPC fundamentalmente para possibilitar a criação dos Juizados Especiais Criminais, também produziu – poucas, porém relevantes – mudanças na disciplina dos Juizados Especiais Cíveis. Entre elas se destacam a criação da figura do juiz leigo (art. 7º, Lei 9.099/1995), que poderia conduzir a instrução e proferir sentença sob a supervisão do

---

camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216085. Acesso em: 30 out. 2017, p. 12372.

[239] Ver nota 196.

[240] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.810, de 11 de junho de 1993. Altera os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de execução. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 13 dez. 1994. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216147. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 16.

[241] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.810, de 11 de junho de 1993. Altera os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de execução. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 13 dez. 1994. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216147. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 16.

juiz togado, bem como a ampliação do valor máximo e das hipóteses de causas sujeitas à competência do juizado (art. 3º, Lei 9.099/1995). Além disso, em complemento à Lei 8.640/1993, que previu a possibilidade de execução de decisões no próprio juizado (art. 40, LPC), a Lei 9.099/1995, em seus arts. 3º, § 1º, 52 e 53, deu disciplina mais detalhada ao tema.

De todo modo, apesar da clara tendência de fortalecimento da racionalidade material, demonstrada a partir das inúmeras alterações normativas examinadas, também ocorreram, nesse período, alterações que podem ser identificadas com uma racionalidade formal imergente e com uma racionalidade instrumental insurgente.[242]

Quanto à primeira, são exemplos as mudanças que procuraram apenas resolver problemas internos ao sistema processual, aumentando sua coerência, como: (i) a sistematização do sistema recursal, operada pela Lei 8.950/1994; e (ii) a correção de defeitos de redação (arts. 621, 632 e 686, V e VI, CPC/73) e a adequação da execução das obrigações de fazer e não fazer ao art. 461, CPC/73, com a previsão de multa por dia de atraso no cumprimento (arts. 644 e 645, CPC/73), realizada pela Lei 8.953/1994.

Quanto à racionalidade instrumental, é possível destacar soluções que reduzem a proximidade do juiz com a causa, a oralidade ou que preveem fases extrajudiciais,[243] como é o caso da Lei 8.637/1993 e da Lei 8.951/1994. A primeira modificou a redação do art. 132, CPC/73, mitigando ainda mais o princípio da identidade física do juiz, ao afirmar que a redação anterior trazia prejuízos para a justiça em decorrência do acúmulo de "[...] processos que ficam sobrestados aguardando a volta do juiz, em obediência ao mencionado princípio".[244] Segundo a justificação, essa obediência decorreria de uma excessiva importância concedida à prova testemunhal e ao depoimento das partes, porquanto, em caso de convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria do juiz responsável pela instrução, o processo seria julgado pelo sucessor que, entendendo necessário, poderia

---

[242] Essa diferenciação entre as tendências da racionalidade material e da racionalidade instrumental não costuma ser feita pela doutrina. Um exemplo disso é o fato de que Dinamarco reúne sob uma mesma tendência "[…] deformalizar para agilizar e para facilitar o acesso à justiça" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 154-156]. A dificuldade presente nessa perspectiva decorre de que, como será visto, ocorreram nesse período uma série de medidas que ampliaram a formalização do processo civil com o objetivo de agilizar e tornar mais eficiente o sistema judicial.

[243] Sobre a caracterização da racionalidade instrumental no processo civil, ver tópico 3.3.

[244] BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.032, de 30 de maio de 1983. Altera a redação do artigo 132 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Autor: Nilson Gibson. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 31 mar. 1993. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=186249. Acesso em: 20 nov. 2017, p. 4259-4260.

mandar repetir as provas já produzidas (art. 132, parágrafo único, CPC/73).[245] A Lei 8.951/1994, por sua vez, previu uma fase extrajudicial prévia nos casos de ação de consignação (art. 890, CPC/73)[246] e eliminou a audiência prévia de justificação de posse na usucapião (art. 942, CPC/73).[247-248]

Apesar da existência de algumas mudanças com traços de racionalidade formal ou instrumental, elas foram insuficientes para afastar o predomínio da racionalidade material nas alterações normativas desse período como um todo, predomínio esse que também pode ser notado nos posicionamentos doutrinários da época.

Parcela considerável da crítica ao CPC/73 decorreu do que a doutrina denominou de uma "guinada epistemológica" do processo civil na sua fase de "instrumentalidade".[249] A partir dessa perspectiva, o Código Buzaid foi taxado de "preocupado apenas em

---

[245] BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.032, de 30 de maio de 1983. Altera a redação do artigo 132 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Autor: Nilson Gibson. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 31 mar. 1993. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=186249. Acesso em: 20 nov. 2017, p. 4260.

[246] Conforme a Exposição de Motivos do PL 3.802/1993, que deu origem à lei, a modificação na consignação em pagamento se inspirou no melhor direito estrangeiro, "[...] adotando sistema que se aproxima do direito italiano, de reconhecida eficiência" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.802, de 11 de junho de 1993. Altera os dispositivos do Código de Processo Civil sobre as ações de consignação em pagamento e de usucapião. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 13 dez. 1994. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216077. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 12368]. Explica, ainda, o referido documento: "Em primeiro lugar, a proposta enseja, sem ofensa ao princípio constitucional do acesso ao Judiciário, a liberação do devedor pela via extrajudicial, com a utilização do sistema bancário, sem ônus e com celeridade. (art. 890 e parágrafos). [...] Em segundo lugar, além de corrigir deficiência de redação do atual art. 897, introduz três significativas modificações no procedimento judicial da consignação (art. 899), a saber: a) exige que o réu indique, na hipótese de alegar depósito a menor, o montante que entenda realmente devido; b) possibilita ao credor levantar desde logo a quantia, ou a coisa, sobre a qual não houver controvérsia; c) enseja, em caso de insuficiência do depósito, e sempre que possível, a fixação do quantum devido, com eficácia de título executivo, facultando ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.802, de 11 de junho de 1993. Altera os dispositivos do Código de Processo Civil sobre as ações de consignação em pagamento e de usucapião. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 13 dez. 1994. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216077. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 12368].

[247] Segundo a Exposição de Motivos do PL 3.802/1993, que deu origem à lei, a audiência prévia "[…] não apresenta maior significado prático e cientifico e somente contribui para burocratizar o processo, ao exigir, em pautas geralmente congestionadas, a designação de uma audiência irrelevante" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.802, de 11 de junho de 1993. Altera os dispositivos do Código de Processo Civil sobre as ações de consignação em pagamento e de usucapião. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 13 dez. 1994. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216077. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 12368].

[248] Note-se que, enquanto a primeira lei recorreu à formalização para lidar com um problema interno da administração da justiça (sua ineficiência); a segunda, para lidar com o mesmo tipo de problema, optou pela redução da forma (extrajudicialização, eliminação de atos processuais).

[249] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno* – Tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 127.

promover a tutela pelo equivalente monetário",[250] individualista,[251] liberal, patrimonialista, oitocentista,[252] inefetivo, com "notórias deficiências de ordem prática"[253] e despreocupado com o contexto social no qual estava inserido.[254] Essas críticas revelavam preocupações com a relação entre o direito material e o processo,[255] bem como com a interação entre o processo e a realidade empírica,[256] que passaram a merecer destaque na doutrina.

Ademais, no período examinado (1984-1995) foram escritas obras que defendiam a adoção de uma racionalidade preponderantemente material no âmbito do processo civil brasileiro, destacando-se a publicação, em 1986, do livro "A instrumentalidade do Processo", de Dinamarco.[257] Além disso, autores como Marinoni e o próprio Dinamarco reconheceram uma tendência do processo civil "à fixação [de] técnicas processuais idôneas à efetiva tutela do direito material"[258] e "à universalização da tutela jurisdicional".[259]

---

[250] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do Código de Processo Civil:* críticas e propostas. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

[251] Para ficar em apenas um exemplo, a análise realizada por Daniel Mitidiero afirma o caráter "oitocentista" do CPC/73, considerando-o uma consequência não apenas de uma suposta pretensão da legislação de assepsia em relação ao direito material ("alimentad[a] pelo Processualismo europeu"), como também do "referencial de situações substanciais [do] Código Civil de 1916, de Clóvis Bevilaqua" [MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.183, p. 165-194, mai. 2010, p. 178-182].

[252] MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.183, p. 165-194, mai. 2010.

[253] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 885-906, p. 888.

[254] Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 62 e ss.

[255] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo:* influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

[256] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

[257] DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: RT, 1986. Merecem destaque também, entre outras, as obras de José Roberto dos Santos Bedaque [BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo:* influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991], Luiz Guilherme Marinoni [MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1995; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, São Paulo, Malheiros, 1994], bem como o expressivo artigo de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual", em que o autor analisa aquilo que reputa uma dupla desigualdade no âmbito processual, a desigualdade de procedimento e a desigualdade no procedimento [OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Rio Grande do Sul, v.12, n.33, p. 79-85, mar. 1985].

[258] MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil – Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2010, p. 213.

[259] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno* – Tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 142.

Apesar de terem analisado o CPC/73 e suas reformas em conjunto,[260] chegando a apontar tendências,[261] esses autores nem sempre reconheceram a historicidade imanente aos institutos e às instituições jurídicas – pressuposto fundamental deste trabalho. Da mesma forma como, por vezes, não se notou qualquer alteração relevante no sentido da legislação desde as ordenações até o CPC/73,[262] não se costuma reconhecer que as tendências desse período de racionalidade material (ou, na lição de Dinamarco, de instrumentalidade do processo) deixaram de ser preponderantes em determinado momento.

Sustentando que a tendência instrumentalista continua em curso, esses autores costumam exemplificá-la quase que exclusivamente com leis anteriores a 1995, fundamentalmente aquelas que foram aqui mencionadas.[263 - 264] Não se discorda, evidentemente, quanto à assimilação feita pelos autores entre a tendência descrita e as leis indicadas – é precisamente o que se procurou demonstrar neste tópico. O que se contesta é que se possa falar em manutenção da referida tendência quando, nos últimos 20 anos, raras foram as alterações normativas que puderam ser identificadas com uma racionalidade

---

[260] Ver, por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. Alguns autores, porém, procuraram entender o sentido de cada alteração normativa considerando-a de modo isolado. José Rogério Cruz e Tucci, por exemplo, ao tratar da introdução da *audiência de conciliação* pela Lei 8.952/1994, fez referência "a um grande interesse em racionalizar o desenvolvimento do procedimento em primeiro grau de jurisdição", sugerindo que o dispositivo tinha a intenção de "agilizar o procedimento" [TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC:* Lei nº 10.352, de 26.12.2001, Lei nº 10.358, de 27.12.2001, Lei nº 10.444, de 07.05.2002. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 59-60.]. O autor, no entanto, não procurou encartar essa alteração no contexto mais amplo das demais – extraindo a partir da totalidade, e não apenas de uma das mudanças, o sentido por elas visado.

[261] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 142 e ss.

[262] MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.183, p. 165-194, mai. 2010.

[263] Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil – Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2010, p. 213-216. Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno* – Tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 143-148.

[264] De fato, ressalvada a menção feita por Dinamarco à valorização da jurisprudência como uma tendência à "universalização da tutela jurisdicional", os autores não oferecem praticamente nenhum outro exemplo de inovação legislativa mais recente que justifique a continuidade da tendência por eles sugerida [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010p. 147]. Note-se, nesse caso, que conquanto a valorização da jurisprudência contribua para um tratamento isonômico e, nesse sentido, menos "individualizado" dos litigantes, isso se dá fundamentalmente em termos jurídicos, formais, sendo difícil compreender como isso seria capaz de promover, ao menos diretamente, a universalização da tutela jurisdicional. Nesse sentido, merece destaque o fato de que ao defender a estabilização da jurisprudência por meio de precedentes, Marinoni aponta como razões para segui-los argumentos formais (como segurança jurídica, coerência interna, "igualdade perante a interpretação da lei") e, principalmente, argumentos afetos a uma racionalidade instrumental ("definição de expectativas", "desestímulo à litigância", "favorecimento de acordos", "despersonalização das demandas", "despersonalização do duplo grau de jurisdição", "contribuição à duração razoável do processo", "economia de despesas", e "maior eficiência do Poder Judiciário"), procurando afastar a ideia de que a vinculação a precedentes violaria a garantia de acesso à justiça [MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 120-212].

material. Essa ausência, como se pretende demonstrar no capítulo seguinte, longe de ser ocasional, é bastante significativa: ela representa o fim da prevalência de uma racionalidade material nas alterações normativas sofridas pelo processo civil.

3.3 DO SEGUNDO CICLO DE REFORMAS[265] AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O avanço de uma racionalidade material no âmbito do processo civil tornou-o muito mais acessível e democrático, mas também teve como consequência a explosão do número de demandas e do custo da máquina judiciária.[266] Como reação a esse contexto, surge um novo movimento de "racionalização" da atividade jurisdicional: a prestação de tutela pelo Estado passa a ser vista como um "serviço",[267] e o foco das mudanças normativas se volta à readequação do processo desde um ponto de vista interno.

A racionalidade desse movimento, notável a partir de 1995 e presente inclusive em algumas alterações originadas nos trabalhos da comissão responsável pelas minirreformas ao CPC/73,[268] não se confunde com uma racionalidade formal, tampouco com uma racionalidade material: ela não persegue a coerência interna do ordenamento jurídico ou valores extrajurídicos (igualdade material ou ampliação da tutela)[269] como fins em si mesmos.

---

[265] Dinamarco, apesar de afirmar que os Reformadores preferem falar em uma única Reforma dividida em várias fases, reconhece nas minirreformas, "[…] três conjuntos de leis, o primeiro vindo à luz nos anos de 1994 e 1995, o segundo em 2001 e 2002 e o terceiro em 2005 e 2006 [...]" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 42]. Em verdade, considerando afirmação do próprio autor de que essas reformas se iniciaram em 1992, parece necessário acrescentar um período que vai de 1992 a 1994 (associado, conforme o subcapítulo acima, a uma racionalidade material), correspondente ao que se denominou de primeiro ciclo das Reformas, tratando o período iniciado em 1995 (que contempla os outros três movimentos apontados por Dinamarco) como representativo de um segundo ciclo de reformas, que pode ser associado, como se verá, a uma racionalidade instrumental.

[266] OLIVEIRA, Leonel G. Lima. Uma década de CNJ: reflexes sobre o envolvimento com a melhoria da eficiência do judiciário. In: *VIII Congresso de Gestão Pública (CONSAD)*, Brasília, DF, mai. 2015. Disponível em: http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/1329/1/UMA%20D%C3%89CADA%20DE%20CNJ%20REFLEX%C3%95ES%20SOBRE%20O.pdf. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 8.

[267] A utilização da expressão "serviço" para se referir à prestação de tutela jurisdicional é verificada em diversas exposições de motivos e justificações de projeto de lei desse período.

[268] Sobre a comissão, ver nota 226.

[269] Contrastando, de modo evidente, com a racionalidade preponderante no período anterior, em que a maioria das minirreformas foi aprovada. Afinal, no período anterior é possível sustentar, com Dinamarco, que a finalidade das minirreformas foi a de "[…] remover óbices à efetividade do *acesso à justiça*" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil.* 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 32]. A partir de então, o movimento de reforma pode ser identificado, como feito por Dinamarco em obra posterior, à aceleração do processo: "esses movimentos [de reforma] tiveram por

De fato, essa nova racionalidade, dita instrumental, inspirada pela eficiência quanto à alocação de recursos, redução de custos e aumento quantitativo dos resultados da atuação jurisdicional, contrasta tanto com uma racionalidade de tipo formal quanto com uma de tipo material. Em relação à primeira, ela rompe com garantias e formalidades existentes no processo que, ainda que aparentemente essenciais desde uma perspectiva da coerência interna, acarretam um custo excessivo em relação ao benefício auferido em termos objetivos, quantitativos. O mecanicismo dessa concepção é incompatível com a ideia de um "formalismo valorativo": a eficiência substitui outros elementos axiológicos existentes no processo, eliminando construções jurídicas e abstratas com cunho "garantista". Não por acaso, quanto a esse aspecto, é preciso reconhecer a própria eficiência como um valor extrajurídico, que importa uma racionalidade de natureza econômica para o interior do processo ou que, com esse fundamento, "desjudicializa", retirando conflitos e procedimentos do âmbito do Poder Judiciário.

Em relação à segunda (racionalidade material), a eficiência opera uma transformação quanto aos objetivos que podem ser proporcionados pela forma, desde uma preocupação concreta com os resultados produzidos na realidade empírica, até uma preocupação abstrata, subtraindo a individualidade do caso concreto em favor de critérios objetivos, numéricos, que os mensurem. A eficiência, ademais, passa a ser vista como um critério dotado de juridicidade: as alterações normativas e decisões judiciais são consideradas juridicamente adequadas desde que eficientes. Com isso, apesar de ser necessário um referencial empírico para avaliar se algo é ou não eficiente, a eficiência implica uma racionalidade formal, ainda que instrumental, legitimando a adoção de técnicas que tenham o resultado de acelerar o processo ou reduzir seu custo, desde uma perspectiva interna.

Essa racionalidade instrumental no âmbito do processo se relaciona ao que alguns doutrinadores denominaram de princípio da economia, caracterizado pela adoção de imperativos de eficiência:

> se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para o equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado

---

objetivo declarado a agilização do sistema processual civil, com vistas à oferta da tutela jurisdicional em menor tempo, procurando afastar os óbices responsáveis pelas longas demoras do processo" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 42].

> princípio da economia, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.[270]

Nesse sentido, ganha relevância a relação entre custo e benefício: dispor das técnicas processuais de forma mais "racional", eliminando aquelas que não são necessárias, reduzindo o tempo e os recursos gastos para dirimir conflitos. Para tanto, é necessário substituir aspectos qualitativos por quantitativos, economicamente calculáveis.[271] Do contrário, como reconhecer, "mesmo quando não se trata de bens materiais", "o equilíbrio do binômio custo-benefício"?[272] O "resultado na atuação do direito" deixa de ter como referente o direito material ou a realidade empírica, capazes de qualificá-lo, e passa a ser mensurado a partir do número de processos "resolvidos". Com isso, a "operação" do serviço de tutela jurisdicional passa a ter uma meta quantificável: a redução do número de processos, agora vistos como passivo nas estantes das varas e dos tribunais.[273]

Essa tendência encontra correspondente em um movimento mais amplo de "racionalização" de todo o aparelho estatal, que se seguiu à assunção, pelo Estado, de um papel mais representativo, intervindo mais na economia e provendo mais serviços. Incapaz de atender à demanda e diante da crescente insatisfação por parte de seus "usuários", a solução passou a ser pensada em termos "econômicos". Não por acaso, entre outras iniciativas, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado pretendeu tornar o Estado mais eficiente, "gerencializando" a Administração Pública e importando, para o interior da espacialidade estatal, uma racionalidade de tipo instrumental.

No processo, também informado pela ideia de eficiência – positivada como princípio constitucional da administração pública pela EC 19/1998 e como princípio

---

[270] CINTRA, Antonio Carlos de A. et al. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 81-82.

[271] Destacam-se nesse aspecto os indicadores criados pelo CNJ para avaliar o Poder Judiciário [http://www.cnj.jus.br/images/gestao-planejamento-poder-judiciario/indicadores_estrategicos_judiciario_abril11.pdf].

[272] CINTRA, Antonio Carlos de A. et al. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 81-82.

[273] Nesse passo, afirma Leonel Gois Lima Oliveira "a dimensão de eficiência foi apresentada em cerca de 94% dos estudos [sobre as dimensões de desempenho], destacando o indicador da taxa de resolução de processos" [OLIVEIRA, Leonel G. Lima. Uma década de CNJ: reflexes sobre o envolvimento com a melhoria da eficiência do judiciário. In: *VIII Congresso de Gestão Pública (CONSAD)*, Brasília, DF, mai. 2015. Disponível em: http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/1329/1/UMA%20D%C3%89CADA%20DE%20CNJ%20REFLEX%C3%95ES%20SOBRE%20O.pdf. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 16].

processual explícito pelo art. 8º, NCPC[274] –, reconhece-se que tutelar mais direitos implica, *ceteris paribus*, mais custos e mais dispêndio de tempo. Diante disso, a adoção de uma racionalidade instrumental representa uma tentativa de gerencializar o sistema processual, compatibilizando as três principais variáveis com que ele opera: o número de processos, seu tempo de tramitação e seu custo. Administrá-las significa "racionalizar" o serviço de prestação jurisdicional.

De forma mais didática, o problema pode ser colocado tendo como referente a adoção de uma racionalidade de tipo preponderantemente material: com a criação dos juizados de pequenas causas e da ação civil pública, amplia-se o âmbito da tutela jurisdicional conferida pelo Estado e, por isso, apesar de eventualmente "simplificarem o processo", aumentam significativamente o custo da máquina judiciária – que se torna ainda maior quando, nesses casos, é dispensado o recolhimento de custas pelo autor. Por outro lado, soluções que procuram, desde uma perspectiva interna, acelerar o processo ou evitar a judicialização de conflitos visam uma redução de custo do ponto de vista da máquina judiciária. Essas soluções não se voltam à ampliação do acesso à justiça, podendo, inclusive, comprometê-la desde uma perspectiva da qualidade ou da efetividade da tutela prestada.[275]

---

[274] Há, para utilizar novamente uma expressão weberiana, uma "afinidade eletiva" entre o movimento ocorrido no âmbito do processo e aquele ocorrido em relação ao Estado e à administração pública em geral. Afinal, entre outras iniciativas, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado pretendeu tornar o Estado mais eficiente, "gerencializando" a Administração Pública e importando, para o interior da espacialidade estatal, uma racionalidade de tipo gerencial.

[275] Essa tensão não é identificada quando não se tem como referente do princípio da eficiência o âmbito interno do sistema processual. A indistinção entre essa perspectiva e aquela que vê o princípio não como imperativo para o funcionamento da administração pública, mas como garantia individual para a parte, leva a interpretações contraditórias. Um exemplo disso é a análise feita por João Gilberto Gonçalves Filho: "O princípio da eficiência, pelo aspecto da economia processual, impõe que haja uma relação positiva entre custos e benefícios na prática de atos processuais. Sempre que possível e desde que não haja prejuízo a direitos fundamentais dos envolvidos, atos inválidos devem ser preservados (pas de nullité sans grief). Sempre que possível diminuir custos e abreviar etapas para o exercício da atividade jurisdicional, isso deve ser feito. O atendimento ao aspecto da economia processual geralmente implicará celeridade no desenvolvimento do processo, mas seu conteúdo axiológico vai além disso, pugnando por medidas que desafoguem o excesso de serviço judiciário, ou lhe diminuam os custos econômicos de realização" [GONÇALVES FILHO, João Gilberto. *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*. 2010. 455 p. Tese para obtenção do título de doutor (Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-085839/publico/Microsoft_Word_tese_doutorado_joao_gilberto_filho.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017, p. 210]. Note-se que apesar de apontar a relação entre custo e benefício, e a tentativa de diminuição daquele (abreviando etapas para o exercício da atividade jurisdicional e desafogando o Poder Judiciário), o autor insere a ausência de prejuízo a direitos fundamentais em uma equação na qual este não está presente. A preservação de atos inválidos, desde a perspectiva da eficiência, envolve o exame do custo dessa preservação (mais tempo de tramitação do processo, se a nulidade pudesse implicar a extinção do feito) em contraste com o custo da anulação (perda de tempo na prática de novos atos ou propositura de nova demanda). Ainda que, desde uma perspectiva jurídica, o aproveitamento não possa se dar quando houver prejuízo, sob a ótica da eficiência a análise repousa sobre o

Afinal, uma vez que a eficiência opera no âmbito interno do processo com uma lógica quantitativa, surge o risco de que os resultados alcançados não sejam materialmente adequados.[276] Em outras palavras, formalmente se tem a pretensão de resolver (*rectius*, pôr fim a) um número cada vez maior de processos a um custo cada vez menor; contudo, materialmente, a pretensão de aplicar corretamente o direito ou, ainda, oferecer uma solução justa para o caso concreto pode ser comprometida. A redução do número de processos como critério de avaliação do resultado da tutela jurisdicional não comporta um juízo quanto à sua qualidade.[277] Apesar disso, em determinados casos, essa tendência pode produzir externalidades positivas, como uma maior celeridade, favorecendo uma racionalidade material e beneficiando os litigantes.

Ainda que essa tendência tenha sido associada à redução de formalidades, inspirando expressões como "deformalizar para agilizar",[278] em verdade as soluções pautadas por uma racionalidade instrumental serviram tanto para reduzir como para ampliar o formalismo, simplificando, mas também complexificando o processo, com a pretensão de atingir objetivos internos ao sistema processual.

Nesse passo, fica mais clara a diferenciação entre a simplificação promovida sob uma racionalidade material e sob uma racionalidade instrumental: no primeiro caso, o objetivo é assegurar um resultado materialmente mais adequado ou ampliar o acesso à tutela jurisdicional; no segundo, é atingir resultados internos ao próprio sistema processual, como um menor custo ou a redução no número de processos.

De qualquer forma, a simplificação pode se dar tanto por meio da redução do formalismo presente no processo civil quanto por meio da desjudicialização. Em certa

---

custo envolvido nessa alternativa (tanto sob o prisma da relação processual individualmente considerada, quanto sob o prisma dos estímulos concedidos ao comportamento dos outros litigantes). Por uma análise de iniciativas para melhoria da eficiência no âmbito do Poder Judiciário, sob uma perspectiva "interna" em relação aos seus indicadores de desempenho, ver OLIVEIRA, Leonel G. Lima. Uma década de CNJ: reflexes sobre o envolvimento com a melhoria da eficiência do judiciário. In: *VIII Congresso de Gestão Pública (CONSAD)*, Brasília, DF, mai. 2015. Disponível em: http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/1329/1/UMA%20D%C3%89CADA%20DE%20CNJ%20REFLEX%C3%95ES%20SOBRE%20O.pdf. Acesso em: 16 nov. 2017.

[276] Nesse sentido, referindo-se também aos estudos de desempenho que têm sido realizados sobre a atuação do Poder Judiciário, particularmente pelo CNJ, ver OLIVEIRA, Leonel G. Lima. Uma década de CNJ: reflexes sobre o envolvimento com a melhoria da eficiência do judiciário. In: *VIII Congresso de Gestão Pública (CONSAD)*, Brasília, DF, mai. 2015. Disponível em: http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/1329/1/UMA%20D%C3%89CADA%20DE%20CNJ%20REFLEX%C3%95ES%20SOBRE%20O.pdf. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 20.

[277] Ver GABBAY, Daniela Monteiro et al. Cândido Rangel Dinamarco e a instrumentalidade do processo (uma entrevista). *Cadernos Direito FGV*, São Paulo, v.7, n.4, p. 07-41, jul. 2010, p. 396.

[278] Sustentando o oposto, isto é, que o escopo também seria de facilitar o acesso à justiça, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 155. Ver nota 242.

medida essa distinção se aproxima da diferenciação proposta por Ada Pellegrini Grinover entre "deformalização do processo" e "deformalização das controvérsias" como duas respostas à crise da administração da justiça:

> [...] de um lado, a deformalização do próprio processo, utilizando-se a técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses. De outro lado, a deformalização das controvérsias, buscando para elas, de acordo com sua natureza, equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, para solucioná-las mediante instrumentos institucionalizados de mediação.[279]

Na verdade, a adoção de soluções extrajudiciais não se verifica apenas em relação às controvérsias como um todo, mas também em relação a outros atos processuais de forma mais específica. Desse modo, ainda que deformalização do processo identifique de modo claro soluções internas ao processo decorrentes da modificação de técnicas processuais, reduzindo o formalismo, a expressão "desjudicialização" parece mais adequada do que "deformalização das controvérsias" para representar, de forma mais abrangente, a tendência de retirar conflitos e procedimentos do âmbito de atuação do Poder Judiciário.

Em verdade, a "desjudicialização" consiste na desestatização de atividades que antes eram jurisdicionais, muitas vezes privativas do Poder Judiciário, e pode ser identificada em diversas soluções adotadas recentemente no processo civil. Desde pequenas reformas, como a já mencionada Lei 8.951/1994, que previu um procedimento extrajudicial prévio para a ação de consignação em pagamento, até práticas regulamentadas pelo Conselho Nacional de Justiça, como os mutirões de conciliação, promovidos pelo Estado fora do processo (art. 8º, § 7º, Resolução CNJ 125/2010),[280-281] esse movimento de

---

[279] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 179.

[280] Em linha com o que já se disse a respeito da racionalidade instrumental, não surpreende que esses mutirões sejam largamente utilizados para a quitação de obrigações em relações entre consumidores e grandes agentes econômicos como bancos e empresas de telefonia: de um lado, eles permitem a satisfação (ao menos parcial) de dívidas que de outra forma nunca seriam satisfeitas devido à insuficiência de bens dos consumidores-devedores; de outro, eles possibilitam que, nos processos em que são devedores, os grandes agentes se beneficiem com reduções nos valores devidos.

[281] Ao tratar da conciliação prévia extrajudicial, Ada Pellegrini Grinover aponta como um de seus diversos aspectos "a racionalização da distribuição da Justiça, com a consequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos de mediação, ainda que facultativos" [GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 191]. Como a própria autora reconhece, "quanto à autocomposição, a submissão e a renúncia não são espontâneas, se ocasionadas pela inacessibilidade da Justiça" [GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 177-178]. Desse modo, a

desjudicialização ajuda a "desafogar" o Poder Judiciário, reduzindo a demanda de trabalho a que está submetido.

O principal exemplo dessa tendência é a Lei 9.307/1996, que alterou completamente a disciplina da arbitragem no direito brasileiro, equiparando, ao menos parcialmente, a função realizada por um terceiro privado eleito pelas partes (o árbitro) à de um juiz.[282] Originada a partir da Operação Arbiter,[283] que mobilizou segmentos do setor empresarial, a Lei de Arbitragem era considerada benéfica por ter como vantagens a celeridade e o sigilo, por descongestionar os órgãos jurisdicionais estatais, bem como por constituir um foro mais adequado a causas comerciais e internacionais – inclusive as de alta complexidade – com as quais o Estado não está apto a lidar.[284] Em suma, considerando a sua potencial agilidade, tecnicidade e segurança para os litigantes,[285] "[...] mostra-se ela [a arbitragem] eficiente para lidar com certos tipos de conflitos [...]".[286] Por seu caráter contratual, a arbitragem tem como pressuposto o princípio da autonomia da vontade e a liberdade de escolha dos contratantes:[287] orienta-se ao mercado e, nessa medida, não parece correto sustentar, como feito na justificação do PL 4.018/1993, que a arbitragem amplia a

---

transformação de meios alternativos (ou "adequados") de soluções de controvérsia em forma de resolver o problema do congestionamento de demandas no Poder Judiciário, sem seu correspondente aprimoramento ou ampliação do acesso à justiça, justifica-se apenas desde a perspectiva de uma racionalidade instrumental: reduz o número de processos ou o tempo para solucioná-los, logo, também o seu custo; não garante, porém, que a solução alcançada seria a mais justa ou mais adequada à realidade material. É isso que ocorre quando se promove a desjudicialização por meio da conciliação, sem procurar realizar concomitantemente mudanças que impliquem no aprimoramento do sistema do ponto de vista da amplitude e da qualidade da tutela.

[282] É eloquente nesse sentido a defesa da natureza jurisdicional da arbitragem realizada pelo Deputado Régis de Oliveira quando da análise do PL 4.018/1993, que deu origem à Lei 9.307/1996, pela CCJ na Câmara [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.018, de 17 de setembro de 1993. Dispõe sobre a arbitragem. Autor: Marco Maciel. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=218042. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 72-78].

[283] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.018, de 17 de setembro de 1993. Dispõe sobre a arbitragem. Autor: Marco Maciel. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=218042. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 28.

[284] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.018, de 17 de setembro de 1993. Dispõe sobre a arbitragem. Autor: Marco Maciel. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=218042. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 29-30.

[285] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.018, de 17 de setembro de 1993. Dispõe sobre a arbitragem. Autor: Marco Maciel. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=218042. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 41

[286] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil – Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2015, p. 461.

[287] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.018, de 17 de setembro de 1993. Dispõe sobre a arbitragem. Autor: Marco Maciel. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=218042. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 30.

participação popular na participação da justiça.[288] Em verdade, ela substitui a racionalidade pública na prestação de tutela por uma racionalidade privada próxima ao mercado: considerando-se o direito vigente e os diversos princípios com os quais opera um magistrado ao atuar o direito, parece claro que a arbitragem reduz os fatores a serem considerados na decisão, recorrendo à externalidade do direito apenas naquilo em que este não for adequado à racionalidade própria das relações comerciais.

Ainda inserida nessa tendência, a recente modificação da lei de arbitragem, realizada pela Lei 13.129/2015, também pode ser associada ao fortalecimento da racionalidade instrumental. Ela previu expressamente a possibilidade de arbitragem envolvendo a Administração Pública Direta e Indireta, a vinculação à arbitragem nas Sociedades Anônimas e a figura da carta arbitral (art. 22-C, Lei 9.307/1996, acrescentado pelo art. 2º, Lei 13.129/2015), simplificando a requisição da participação do Poder Judiciário pelos árbitros. Com essas alterações, ampliou-se o âmbito de atuação privada em relação tanto ao Poder Público quanto no interior do Estado.

Outra solução com esse mesmo sentido foi a Lei 11.441/2007, que permitiu a realização do inventário e da partilha por meio de escritura pública, quando não houvesse testamento, e fossem capazes e concordes os herdeiros, desjudicializando a realização desse procedimento (art. 982, CPC/73).[289] Previu também que, não havendo filhos menores ou incapazes, a separação e o divórcio consensuais poderiam ser realizados da mesma forma (art. 1.124-A, CPC/73). Em ambos os casos se dispensou a homologação judicial do acordo que antes era requerida. Segundo o parecer da CCJ, essas inovações resultariam em "mecanismos simplificados, seguros e céleres" que reduziriam "[...] a demanda do Poder Judiciário, permitindo que sua atuação [fosse] cada vez mais focada na resolução de verdadeiros conflitos, casos em que a tutela jurisdicional é imprescindível".[290]

---

[288] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.018, de 17 de setembro de 1993. Dispõe sobre a arbitragem. Autor: Marco Maciel. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=218042. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 30.

[289] Além disso, ampliou e flexibilizou os prazos para abertura e conclusão do processo de inventário e partilha, permitindo que pudessem ser prorrogados de ofício ou a requerimento da parte (art. 983, CPC/73).

[290] BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.416, de 14 de dezembro de 2005. Altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, admitindo a realização de inventário e partilha extrajudiciais. Autor: César Borges. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) do PL nº 6.416. Autor: Maurício Rands. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 06 abr. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=386354&filename=Tramitacao-PL+6416/2005. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 5.

No limite, a desjudicialização contempla todas as atividades que passam a ser de responsabilidade das partes ou de seus advogados e não mais do Estado, mas as mais expressivas são aquelas que permitem que decisões e soluções sejam obtidas de forma privada em vez de serem produzidas pelo juiz. Todas essas iniciativas retiraram do âmbito estatal (ou, ao menos, judicial) atividades que antes se consideravam privativas do Poder Judiciário e, ainda que se valham do direito para tanto, simplificam procedimentos desde uma perspectiva de mercado, permitindo a desestatização da solução de conflitos. Evidentemente, a exportação de atividades judiciais para a espacialidade do mercado também favorece a prevalência de uma racionalidade instrumental inspirada na eficiência.[291]

Além desse movimento de desjudicialização, preponderam no período alterações normativas que operam no âmbito interno do processo, combinando soluções mais e menos formais. Essa combinação no bojo de uma racionalidade instrumental pode ser notada na maioria das alterações normativas promovidas nesse período, como a Lei 9.139/1995 e a Lei 9.245/1995.

A Lei 9.139/1995, oriunda da comissão de minirreformas,[292] foi a primeira alteração significativa passível de ser associada à tendência de preponderância da racionalidade instrumental.[293] Ela partiu das severas críticas recebidas pelo agravo de instrumento "[...] em face do caráter protelatório com que tem sido interposto, sendo acusado por muitos de ser um dos grandes responsáveis pela morosidade da Justiça",[294] e

---

[291] Não seria esse o caso se a desjudicialização ocorresse em prol de uma justiça comunitária, tal como verificado na Bolívia. Nesse sentido, de modo exemplar, BOLÍVIA. Tribunal Constitucional de Bolívia. Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/2012, da Sala Tercera do Tribunal Constitucional de Bolívia, Sucre, Bolívia, 24 de setembro de 2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalDestaques/anexo/Resolucion_1422_2012__Tribunal_Constitucional_de_Bolivia.pdf. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 7-8.

[292] A proposta oriunda da comissão foi apresentada como substitutivo a outro projeto já existente. Contudo, se reconheceu que ela estava "[…] em melhores condições de oferecer uma maior dinâmica procedimental ao agravo, sobretudo em vista da proposta do processamento do recurso diretamente pelo Tribunal *ad quem*" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.293, de 13 de dezembro de 1993. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento. Autor: Marcio Lacerda. *Senado Federal,* Brasília, DF, 01 dez. 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=220356. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 43-44].

[293] Sem prejuízo de que, quanto aos seus resultados concretos, não se verifique uma maior eficiência. Apontando para esse problema em relação à Lei 9.139/1995, ver ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Reforma Processual: 10 anos. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.362, n.362, p.15-23, jul. a ago. 2002, p. 22-23.

[294] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.293, de 13 de dezembro de 1993. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento. Autor: Marcio Lacerda. *Senado Federal,* Brasília, DF, 01 dez. 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=220356. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 43-44. Nesse sentido, afirmava-se: "Entre os pontos críticos do Código está o modelo de agravo, que

ensejou medidas que tinham como objetivo aumentar a celeridade no processamento e julgamento desse recurso.[295] Assim, o instrumento passou a ser formado pelo próprio recorrente e o agravo, já preparado (art. 525, § 1º, CPC/73), interposto no prazo de 10 dias (art. 522, CPC/73) diretamente perante o tribunal responsável por julgar o recurso (art. 524, CPC/73); no regime anterior, o prazo de interposição era de 5 dias, mas o tempo de formação do instrumento (art. 525, CPC/73) e de preparo (art. 527, CPC/73) poderia levar mais de um mês. A partir da mudança, coube ao recorrente informar o juízo *a quo* da interposição do agravo no prazo de 3 dias, para que este pudesse exercer seu juízo de retratação (art. 526, CPC/73). Ademais, a reforma fortaleceu os poderes do relator, permitindo que ele, em decisão monocrática, atribuísse efeito suspensivo ao recurso (art. 558, CPC/73) e negasse seguimento "[...] a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior" (art. 557, CPC/73).

Com essas alterações, de um lado se eliminou um conjunto de atos processuais desnecessários, ainda que algumas soluções tenham recrudescido a formalidade a que se submetia a parte – como o aumento no risco de deserção com o preparo antecipado do recurso; e, de outro, atribuiu-se consideráveis poderes ao relator, não para que ele pudesse atuar na busca de elementos exteriores ao processo, mas sim para que ele fizesse valer elementos formais para negar seguimento a determinados recursos.

No mesmo caminho, a Lei 9.245/1995 reformou o então procedimento sumaríssimo, que passou a se chamar sumário (art. 3º, Lei 9.245/1995). Com a pretensão

---

se transformou em fator de deficiência da prestação jurisdicional. Em face do grande número de decisões interlocutórias, inafastáveis porque inerentes à própria condução do processo, tornou-se freqüente o uso do agravo com fins procrastinatórios, com desvio de sua real finalidade. A paralização dos processos em que é interposto somam-se a demora inevitável de sua composição e o uso anômalo do mandado de segurança, com o objetivo de conferir-lhe efeito suspensivo" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.293, de 13 de dezembro de 1993. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento. Autor: Marcio Lacerda. *Senado Federal,* Brasília, DF, 01 dez. 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao ?idProposicao=220356. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 23].

[295] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.293, de 13 de dezembro de 1993. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento. Autor: Marcio Lacerda. *Senado Federal,* Brasília, DF, 01 dez. 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=220356. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 44. No mesmo sentido, afirmou-se que "a principal justificação aponta para a celeridade processual no processamento e julgamento dos agravos mencionados" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.293, de 13 de dezembro de 1993. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento. Autor: Marcio Lacerda. *Senado Federal,* Brasília, DF, 01 dez. 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao ?idProposicao=220356. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 19].

de lhe conferir maior eficiência, aboliu-se o modelo da audiência una e foi prevista uma audiência preliminar de conciliação (art. 277, CPC/73), na qual seria apresentada a defesa e, eventualmente, o processo seria extinto ou julgado antecipadamente (art. 278, CPC/73);[296] a audiência de instrução e julgamento, se necessária, seria designada para outra data (art. 278, § 2º, CPC/73). Além disso, optou-se por (i) reduzir o número de causas submetidas a esse rito; (ii) prever a possibilidade de sua conversão para o rito ordinário, notadamente na hipótese de necessidade de prova técnica complexa (art. 277, § 5º, CPC/73); (iii) abolir a declaratória incidental e a intervenção de terceiros, excetuando-se a assistência e o recurso de terceiro prejudicado (art. 280, I, CPC/73); e (iv) permitir ao réu formular pedido contraposto com fundamento nos mesmos fatos deduzidos pelo autor (art. 278, § 1º, CPC/73). Com essas soluções, pretendia-se eliminar causas de lentidão e "ordinarização" do procedimento sumário,[297] ainda que eventualmente fosse reduzida a informalidade do modelo.[298]

Nesse período também se destacam as mudanças introduzidas pela Lei 9.494/1997. Com o seu art. 2º, essa lei limitou a "coisa julgada *erga omnes*" prevista pelo art. 16, LACP, aos "limites da competência territorial do órgão prolator". Além disso, com o art. 2º-A, inserido pela MP 2.180-35/2001, exigiu-se requisitos adicionais para a propositura de demandas coletivas por associação, praticamente equiparando-as a uma situação de substituição processual em relação a seus associados, tal como ocorreria no processo civil individual. Além disso, em seu art. 1º, a Lei 9.494/1997, limitou sensivelmente a possibilidade de concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda

---

[296] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.811, de 11 de junho de 1993. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, relativos ao procedimento sumário. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 26 dez. 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216157. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 12382.

[297] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.811, de 11 de junho de 1993. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, relativos ao procedimento sumário. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 26 dez. 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216157. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 12382.

[298] A racionalidade instrumental também se fez notar no art. 1.031, § 2º, acrescentado ao CPC/73, pela Lei 9.280/1996: ao procedimento amigável e mais célere de partilha previsto pela Lei 7.019/1982 [ver nota 171], acrescentou-se a previsão de que o formal e os alvarás a serem expedidos após o trânsito em julgado da decisão homologatória dependeriam da comprovação do pagamento de tributos (art. 1.031, § 2º). O dispositivo, ao condicionar a satisfação do direito da parte à quitação de tributos, permite a satisfação do débito com o Estado a um custo bastante reduzido, sem demandar instrumentos complexos de controle. Ver BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.314, de 15 de dezembro de 1992. Acrescenta um § 2º ao artigo 1.031 do Código de Processo Civil, transformando o atual parágrafo único em § 1º. Autor: Mauricio Correa. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 31 mai. 1996. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ fichadetramitacao?idProposicao=211600. Acesso em: 17 nov. 2017.

Pública.[299] Em alguma medida, essa hipótese, ainda que não se justifique apenas desde um prisma interno ao direito processual, também pode ser vista como uma mudança alinhada a uma racionalidade instrumental na medida em que as considerações que a justificaram possuíam relação com os impactos econômicos dessas medidas nos cofres públicos.[300]

Ainda no sentido dessas alterações, a Lei 9.756/1998 fortaleceu os poderes do relator para permitir que ele (i) decidisse de plano o conflito de competência quando houvesse jurisprudência dominante no tribunal sobre a questão suscitada (art. 120, parágrafo único, CPC/73); (ii) conhecesse do agravo para dar provimento ao REsp, quando o acórdão recorrido confrontasse súmula ou jurisprudência (art. 544, § 3º, CPC/73); e (iii) desse provimento ao recurso quando a decisão recorrida confrontasse súmula ou jurisprudência dos tribunais superiores (art. 557, § 1º-A, CPC/73). Ademais, estabeleceu que os órgãos fracionários não submeteriam arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial quando estes já houvessem se pronunciado sobre a questão (art. 481, parágrafo único, CPC/73) e previu, ainda, a imposição de multa ao recorrente quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo (art. 557, § 2º, CPC/73).

Nesse período também foram adotadas outras medidas para coibir comportamentos protelatórios da parte: a Lei 9.668/1998 incluiu o ato de interpor recurso manifestamente protelatório como hipótese de litigância de má-fé (art. 17, VII, CPC/73) e previu, além da responsabilidade civil, multa não excedente a um por cento do valor da causa ao litigante de má-fé (art. 18, CPC/73).

Essas soluções pretendiam "racionalizar o funcionamento dos Tribunais Superiores", lidando com a "enxurrada de recursos" a eles submetidos que, supostamente, seria causada por uma "intrincada sistemática recursal".[301] Naquela época já se apontava a "tão esgrimida independência do magistrado na interpretação da lei" como uma das causas da avalanche de processos, a criar um risco de colapso operacional das cortes.[302] A

---

[299] Sobre a condição do Estado como "superparte", favorecida por diversas previsões legislativas, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 156-157.

[300] Note-se a fundamentação do acórdão que julgou procedente a ADC 4/DF [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 4/DF, Redator do Acórdão Min. Celso de Mello, Plenário, STF, Brasília, DF, 01 de outubro de 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub /paginador.jsp?docTP=AC&docID=630103. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 14]

[301] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.070, de 14 de janeiro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 18 dez. 1998. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=218511. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 18.

[302] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.070, de 14 de janeiro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,*

solução, afirmava-se, não passaria por um aumento no número de juízes ou tribunais, "[...] mas por uma reformulação de pontos básicos da sistemática decisória e recursal em relação ao modelo ora vigente".[303] Não por acaso, a exposição de motivos da Lei 9.756/1998 apontava como melhor solução ao problema a adoção da súmula vinculante que, à época, era objeto da PEC 96/1992,[304] e que foi incorporada ao direito brasileiro com a EC 45/2004.[305]

Apesar das diversas modificações que já haviam sido realizadas no sistema recursal, outras ainda mais representativas foram proporcionadas pela Lei 10.352/2001. Ela eliminou a remessa necessária da sentença que anulasse o casamento (art. 475, I, CPC/73) e, nas hipóteses envolvendo o Estado, limitou-a a condenações maiores do que 60 salários mínimos (art. 475, § 2º, CPC/73) e a decisões que não estivessem fundadas em jurisprudência ou súmula dos tribunais superiores (art. 475, § 3º, CPC/73).[306] Além disso, (i) permitiu ao tribunal julgar imediatamente o mérito da causa quando este não tivesse sido apreciado pelo juízo, desde que estivesse em condições de sê-lo e envolvesse exclusivamente questões de direito (art. 515, § 3º, CPC/73); (ii) previu que os agravos das decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento seriam retidos exceto nos casos de urgência (art. 523, § 4º, CPC/73); e (iii) reduziu as hipóteses de

---

Brasília, DF, 18 dez. 1998. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=218511. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 19-20.

[303] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.070, de 14 de janeiro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 18 dez. 1998. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=218511. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 25.

[304] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.070, de 14 de janeiro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 18 dez. 1998. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=218511. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 19.

[305] A justificativa dessa lei poderia ser aplicada a diversas outras modificações ocorridas nesse período: "a praxe que as Cortes Superiores têm adotado é a do julgamento em conjunto de tais matérias. declinando-se apenas o número dos processos, para os quais o relator dá a mesma decisão, com o referendum do colegiado, sem que este tenha ouvido relatório circunstanciado ou discutido o processo. Assim, na prática, as decisões nesses processos já têm sido adotadas de forma monocrática, baseadas na confiança que o colegiado atribui ao relator no enquadramento da matéria como pacificada" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.070, de 14 de janeiro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 18 dez. 1998. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=218511. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 20].

[306] Ver BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.474, de 21 de agosto de 2000. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), referentes a recursos e reexame necessário. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 27 dez. 2001. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19720. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 21-22.

cabimento dos embargos infringentes (art. 530 a 534, CPC/73).[307] Segundo a exposição de motivos da Lei 10.352/2001, essas mudanças iriam "[...] ao encontro da almejada eficiência e celeridade da prestação jurisdicional".[308]

Também a Lei 10.358/2001 procurou ampliar a celeridade do processo. Para tanto, entre outras modificações, estendeu os deveres que antes eram apenas das partes a todos que, de qualquer forma, participassem do processo, e incluiu em seu rol "cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final" (art. 14, V, CPC/73) – o descumprimento dessa hipótese foi previsto como ato atentatório à dignidade da justiça, passível de imposição de multa (art. 14, parágrafo único, CPC/73). Além disso, alterou a forma de fixação do prazo para apresentação do rol de testemunhas, visto como "[...] um dos freqüentes motivos para o adiamento de audiências e a procrastinação dos processos", e modificou o art. 253, CPC/73, para prever a distribuição por dependência de "ações repetidas", isto é, aquelas que tratem de idêntica questão de direito.[309] Essa última modificação é um primeiro indicativo de uma preocupação que foi objeto de inúmeras outras alterações desse período: o tratamento das demandas e recursos repetitivos.

A Lei 10.444/2002, por sua vez, previu a fungibilidade entre a antecipação de tutela e a cautelar (art. 273, § 7º, CPC/73), procurando impedir que uma celeuma doutrinária resultasse no acúmulo de recursos ou na denegação de tutela. Com o mesmo sentido, estabeleceu que o registro seria apenas condição de eficácia perante terceiros, e

---

[307] No mesmo sentido, a Lei 10.352/2001 ainda estabeleceu (i) que a petição do art. 526, CPC/73, com a qual se comunicava a interposição do recurso ao juízo recorrido, seria condição de admissibilidade do recurso; (ii) que o Relator poderia negar seguimento ao recurso liminarmente nas hipóteses do art. 557, CPC/73 (art. 527, CPC/73) e converter o agravo de instrumento em retido (art. 527, II, CPC/73); (iii) que o advogado poderia declarar a autenticidade das cópias sob pena de responsabilidade (art. 544, CPC/73); (iv) a expansão do "protocolo unificado" (arts. 542 e 547, CPC/73), e, em linha com a tendência à unificação da jurisprudência, (v) que o relator poderia prevenir divergências remetendo o recurso a um colegiado maior (art. 555, § 1º, CPC/73) [ver BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.474, de 21 de agosto de 2000. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), referentes a recursos e reexame necessário. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 27 dez. 2001. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19720. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 24].

[308] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.474, de 21 de agosto de 2000. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), referentes a recursos e reexame necessário. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 27 dez. 2001. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19720. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 25.

[309] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.475, de 21 de agosto de 2000. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativos ao processo de conhecimento. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 28 dez. 2001. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19722. Acesso em: 20 nov. 2017, p. 15.

não da própria existência da penhora (art. 659, CPC/73). A lei também procurou melhorar a execução, prevendo a imposição de multa na efetivação da tutela específica (arts. 461, § 5º, e 644 CPC/73) e sua aplicabilidade para a entrega de coisa (arts. 461-A, 621 e 624, CPC/73), bem como uma maior abrangência e eficácia à execução provisória da sentença (art. 588, CPC/73).[310]

Dois anos depois, com a EC 45/2004, que realizou a denominada "reforma do Judiciário", ocorreram três importantes modificações relacionadas com o processo civil e com o aumento da eficiência no sistema público de prestação da justiça.[311] A primeira foi a previsão, no art. 5º, LXXVIII, CF/88, do direito fundamental à duração razoável do processo, com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Apesar dessa inclusão ter um cunho essencialmente principiológico, é preciso notar que a celeridade serviu de fundamento expresso para diversas modificações posteriores sofridas pelo processo civil.[312] A segunda modificação, com consequências práticas mais diretas, foi a criação da repercussão geral das questões constitucionais no recurso extraordinário (art. 102, § 3º, CF/88) e da súmula vinculante do STF (art. 103-A, CF/88). Para além de permitir que, com a súmula, decisões do STF pudessem ter efeito vinculante sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, essas duas mudanças representaram um importante passo no tratamento da repetitividade e no surgimento de filtros no sistema recursal. Afinal, como dispunha o art. 103-A, § 1º, CF/88, em relação à súmula vinculante, ela se dirigia a situações que poderiam acarretar "[...] grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica" (art. 103-A, § 1º, CF/88). A terceira delas foi a criação do CNJ (art. 103-B, CF/88), órgão que capitaneou diversas políticas voltadas à eficientização do Poder Judiciário. Dentre as mais destacadas é possível mencionar a instituição de mecanismos de controle de produtividade por meio de critérios objetivos, relacionados à quantidade de processos, como as metas previstas pela Resolução CNJ 70/2009 e pela Resolução 198/2014.[313]

---

[310] Com esse intuito, também deu disciplina mais detalhada à apresentação de memória de cálculo pelo credor e à realização de cálculo pelo contador (art. 604, CPC/73).

[311] MENDES, Gilmar. A Reforma do Sistema Judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no País. In: C*onferência promovida pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE*), Paris, França, 18 mai. 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/discParisport1.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017, p. 2.

[312] Ver BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 16.

[313] Além das metas, é possível se referir também à coleta de dados básicos para se permitir mudanças administrativas, tal como vem sendo realizado pelo CNJ [OLIVEIRA, Leonel G. Lima. Uma década de CNJ:

Na sequência, a disciplina da execução, considerada, juntamente com o sistema recursal, o "calcanhar de Aquiles" do processo,[314] também passou por profundas alterações. A partir da crítica do "tecnicismo formal" e da "velha tendência de restringir a jurisdição ao processo de conhecimento", a Lei 11.232/2005 promoveu o que reputava ser uma indispensável integração entre as atividades cognitivas e executivas:[315] com a modificação dos arts. 475-A e ss., CPC/73, a execução da sentença condenatória se tornou uma etapa final do processo de conhecimento (processo sincrético), sem necessidade de um processo autônomo de execução; a liquidação de sentença passou a ser um procedimento incidental; e os embargos do executado contra título judicial se tornaram impugnação ao cumprimento de sentença.[316] Além disso, na execução contra a fazenda pública, previu-se que "[...] título judicial fundado em lei, ato normativo ou em sua interpretação ou aplicação declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal" seria inexigível (art. 741, parágrafo único, CPC/73).[317]

Diversas outras modificações com o mesmo sentido foram promovidas pela Lei 11.382/2006.[318] Afirmou-se que a Lei 11.232/2005 havia tido o objetivo de "obter maior

---

reflexes sobre o envolvimento com a melhoria da eficiência do judiciário. In: *VIII Congresso de Gestão Pública (CONSAD)*, Brasília, DF, mai. 2015. Disponível em: http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/1329/1/UMA%20D%C3%89CADA%20DE%20CNJ%20REFLEX%C3%95ES%20SOBRE%20O.pdf. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 11-13].

[314] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.253, de 29 de abril de 2004. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 23 dez. 2005. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=158523. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 8.

[315] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.253, de 29 de abril de 2004. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 23 dez. 2005. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=158523. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 8.

[316] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.253, de 29 de abril de 2004. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 23 dez. 2005. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=158523. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 9. Outra modificação relevante foi a disciplina mais adequada aos efeitos da condenação a emitir declaração de vontade (arts. 466-A, 466-B, 466-C, CPC/73).

[317] Esse dispositivo foi inicialmente previsto pelo art. 3º, MP 1.997-37/2000, muitas vezes reeditado, entre elas na MP 2180-35/2001. Com modificação apenas em seu texto, ele foi incluído no CPC/73 pela Lei 11.232/2005.

[318] Não por acaso, a exposição de motivos do projeto de lei que lhe deu origem fez inúmeras referências à do PL 3.253/2004, que deu origem à Lei 11.232/2005 [BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.497, de 19 de novembro de 2004. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos*

celeridade e eficiência na etapa do 'cumprimento' da sentença", e que seria preciso adaptar também a execução dos títulos extrajudiciais.[319] Previu-se, então: (i) a penhora e avaliação três dias após a citação, quando não ocorresse o pagamento, podendo os bens ser indicados pelo credor na inicial (art. 652, CPC/73); (ii) a defesa do executado sem depender da segurança do juízo (art. 736, CPC/73)[320] e sem ter efeito suspensivo (art. 739-A, CPC/73); (iii) a possibilidade de o executado requerer o parcelamento do débito em seis parcelas, mediante depósito de 30% do valor (art. 745-A, CPC/73); (iv) a adjudicação pelo credor como meio expropriatório preferencial (art. 685-A, CPC/73); (v) a possibilidade de alienação por iniciativa particular ou por agentes credenciados (art. 685-C, CPC/73); e (vi) a possibilidade de a alienação ser realizada pela internet (art. 689-A, CPC/73). Além disso, a Lei 11.382/2006 pretendeu adotar "[...] condutas preconizadas pela doutrina e pelos tribunais ou sugeridas pela dinâmica das atuais relações econômicas, inclusive com o apelo aos meios eletrônicos, limitando-se o formalismo ao estritamente necessário".[321] Entre essas "condutas", destacava-se a denominada "penhora online" por meio do sistema eletrônico BACENJUD, que foi prevista pelo art. 655-A, CPC/73. Segundo a exposição de motivos do anteprojeto de NCPC, essas mudanças, além de bem recebidas pela comunidade jurídica, "[...] geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema [processual]".[322]

Após quase 4 anos, o sistema recursal também foi objeto de um novo ciclo de reformas, inspirado pela necessidade de conferir "racionalidade e celeridade ao serviço de

---

Deputados, Brasília, DF, 07 dez. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=270517. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 16-18].

[319] BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.497, de 19 de novembro de 2004. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 07 dez. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=270517. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 18.

[320] Com isso, objetivava-se eliminar a denominada "exceção de pré-executividade" [ver BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.497, de 19 de novembro de 2004. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 07 dez. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=270517. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 18].

[321] BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.497, de 19 de novembro de 2004. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 07 dez. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=270517. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 19.

[322] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 12.

prestação jurisdicional", "eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade".[323] Esse ciclo foi iniciado pela Lei 11.187/2005, que alterou, novamente, a sistemática dos agravos, pretendendo fazer com que a modalidade retida se tornasse a mais usual (arts. 522 e 523, CPC/73), e eliminou o recurso de agravo interno contra a conversão do agravo de instrumento em retido (art. 527, CPC/73).[324] A Lei 11.276/2006, por sua vez, previu que, havendo nulidade sanável, o tribunal poderia determinar a realização ou renovação do ato processual sem retorno dos autos à origem, prosseguindo no julgamento da apelação (art. 515, § 4º, CPC/73); e que a apelação não seria recebida pelo juiz quando a sentença fosse conforme a súmula do STJ ou do STF (art. 518, § 1º, CPC/73). Com isso, afirmou-se na exposição de motivos, pretendia-se contribuir "[...] para a redução do número excessivo de impugnações sem possibilidades de êxito", bem como para a maior celeridade dos processos.[325]

As mudanças mais profundas, porém, vieram com um impulso decisivo ao tratamento da repetitividade, com a Lei 11.277/2006, a Lei 11.418/2006 e a Lei 11.672/2006 – apenas a primeira delas não dirigida ao sistema recursal.

A Lei 11.277/2006, conquanto não tratasse diretamente de recursos, inseriu no CPC/73 o art. 285-A, criando mecanismo que permitia "[...] nos casos de processos repetitivos, em que a matéria controvertida for unicamente de direito, e no juízo já houver sentença de total improcedência, dispensar a citação e proferir decisão reproduzindo a anteriormente prolatada".[326] Ademais, facultou ao juiz, em caso de apelação, rever a decisão no prazo de 5 dias (art. 285-A, § 1º, CPC/73).[327]

---

[323] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.727, de 27 de dezembro de 2004. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 19 out. 2005. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb /fichadetramitacao?idProposicao=274440. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 2.

[324] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.727, de 27 de dezembro de 2004. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 19 out. 2005. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ fichadetramitacao?idProposicao=274440. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 2.

[325] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.724, de 27 de dezembro de 2004. Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 08 fev. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao= 274427. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 2.

[326] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.728, de 19 de novembro de 2004. Acresce o artigo 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativo à racionalização do julgamento de processos repetitivos. Autor: Marcio Thomaz Bastos. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 09

A Lei 11.418/2006, por sua vez, disciplinou a repercussão geral das questões constitucionais em recurso extraordinário[328] e previu diversas medidas para o tratamento da repetitividade, como: (i) que a decisão favorável à repercussão geral por 4 (quatro) votos dispensaria a remessa ao Plenário (art. 543-A, § 4º, CPC/73); (ii) que, negada a repercussão geral, a decisão valeria para todos os recursos sobre matéria idêntica, que seriam indeferidos liminarmente (art. 543-A, § 5º, CPC/73); e (iii) que a súmula da decisão valeria como acórdão (art. 543-A, § 7º, CPC/73). Além disso, estabeleceu um regime para a análise da repercussão geral quando houvesse "multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia" (art. 543-B, CPC/73). Esse regime foi a primeira manifestação do julgamento por amostragem: a seleção de um ou mais recursos representativos da controvérsia e o sobrestamento dos demais no tribunal de origem (art. 543-B, § 1º, CPC/73).[329] Esse modelo pretendia fazer com que o STF, diante da "[...] maior crise de sua história, abarrotado de processos de relevância duvidosa [...]", capazes de comprometer a prestação de tutela jurisdicional, fosse transformado em uma corte constitucional.[330]

Com o art. 543-C, CPC/73, instituído pela Lei 11.672/2008, previu-se o tratamento da repetitividade no âmbito do STJ, com a escolha de recursos especiais "representativos da controvérsia" e a suspensão dos demais pelo tribunal de origem (art.

---

nov. 2004. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=260588&filename=PL+4728/2004. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 2.

[327] Com essas modificações, afirmou-se a pretensão de permitir a "racionalização do julgamento de processos repetitivos" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.728, de 19 de novembro de 2004. Acresce o artigo 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativo à racionalização do julgamento de processos repetitivos. Autor: Marcio Thomaz Bastos. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 09 nov. 2004. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=260588&filename=PL+4728/2004. Acesso em: 16 nov. 2017].

[328] Previu-se o que seria considerado para fins de repercussão geral (art. 543-A, § 1º, CPC/73), a necessidade do recorrente de demonstrá-la (art. 543-A, § 2º, CPC/73), reconhecendo sua existência sempre que houvesse impugnação de "[...] decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal" (art. 543-A, § 3º, CPC/73), e estabelecendo como consequência de sua falta, o não conhecimento do recurso pelo STF em decisão irrecorrível (art. 543-A, *caput*, CPC/73).

[329] Previu-se, ainda, que negada a repercussão geral, os sobrestados não seriam admitidos (art. 543-B, § 2º, CPC/73), e a possibilidade de após o julgamento do mérito pelo STF, o tribunal de origem se retratar ou declarar prejudicados os demais recursos "idênticos" (art. 543-B, § 3º, CPC/73); em caso de manutenção da decisão, poderia o STF, nos termos de seu regimento interno, "[...] cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada" (art. 543-B, § 4º, CPC/73).

[330] BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.648, de 21 de fevereiro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o art. 102, § 3º, da Constituição Federal. Autor: Senado Federal – Comissão Mista Especial de Reforma do Judiciário. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) do PL nº 6.648. Autor: Odair Cunha. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 30 mai. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=399380&filename=Tramitacao-PL+6648/2006. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 4.

543-C, § 1º, CPC/73) ou por determinação do relator no STJ (art. 543-C, § 2º, CPC/73).[331] Esse mecanismo, análogo ao previsto pelos arts. 543-A e 543-B, CPC/73, em relação ao STF,[332] foi justificado a partir da necessidade de conferir eficiência, racionalidade e celeridade aos processos, amenizando o excesso de demandas do STJ.[333-334]

Outro aspecto relevante nesse período, em relação à preponderância de uma racionalidade instrumental, foi o avanço de novas tecnologias comunicacionais. Apesar de terem sido contempladas pela Lei 11.280/2006[335] e pela Lei 11.341/2006[336], o passo

---

[331] Além disso, foi prevista a preferência de julgamento sobre os demais feitos – exceto habeas corpus e os que envolvessem réu preso (art. 543, § 6º, CPC/73), e que os recursos sobrestados teriam "[...] seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido [coincidisse] com a orientação do Superior Tribunal de Justiça" (art. 543-C, § 7º, I, CPC/73) ou seriam reapreciados pelo tribunal de origem caso não houvesse essa coincidência (art. 543-C, § 7º, II, CPC/73).

[332] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.213, de 30 de maio de 2007. Acresce o artigo 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Autor: Tarso Genro. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 05 abr. 2007. Disponível em: http://www.camara.gov.br /proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F41A01896B8850B937F69A33C17AAABD.node1?codteor=465291&filename=PL+1213/2007. Acesso em: 27 mai. 2013, p. 4.

[333] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.213, de 30 de maio de 2007. Acresce o artigo 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Autor: Tarso Genro. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 05 abr. 2007. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F41A01896B8850B937F69A33C17AAABD.node1?codteor=465291&filename=PL+1213/2007. Acesso em: 27 mai. 2013. No mesmo sentido o parecer da CCJ, em que se afirmou: "no mérito, o Projeto é oportuno e conveniente, vindo ao encontro dos anseios dos jurisdicionados por uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente. Com o volume de processos atualmente existentes nos tribunais, fica impossível julgar com rapidez e eficácia, o que tem produzido a morosidade da justiça e o descontentamento dos jurisdicionados. O Projeto traz inovações salutares, como a simplificação no julgamento de recursos múltiplos, cujo fundamento seja idêntico" [BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.213, de 30 de maio de 2007. Acresce o artigo 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Autor: Poder Executivo. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) do PL nº 1.213. Autor: Maurício Rands. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 09 out. 2007. Disponível em: http://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/integras/512215.htm. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 2].

[334] Essas características também foram apontadas pela doutrina [NOGUEIRA, Daniel Moura. A nova sistemática do processamento e julgamento do recurso especial repetitivo, artigo 543-C, do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v.33, n.164, p. 235-244, out. 2008, p. 237. FARIA, Marcela Kohlbach de. Recursos repetitivos no novo Código de Processo Civil: uma análise comparativa. *Revista de Processo,* São Paulo, v.37, n.209, p. 337-348, jul. 2012, p. 339] e por ministros da corte, que celebraram a mudança, por ser capaz de produzir "resultados promissores" [ANDRIGHI, Fátima Nancy. Recursos repetitivos. *Revista de Processo,* São Paulo, v.35, n.185, p. 265-281, jul. 2010, p. 281] e de "resgatar o STJ da inviabilidade" [BARROS, Humberto Gomes de. Carta de alforria – Lei nº 11.672/08 vai resgatar o STJ da inviabilidade. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 mai. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-mai-16/lei_1167208_resgatar_stj_inviabilidade. Acesso em: 04 dez. 2017].

[335] Essa lei recepcionou "inovações tecnológicas" e "sistemas de comunicação modernos" que permitiriam "a troca de informações e a prática de atividades de maneira eficiente" (art. 154, Parágrafo único, CPC/73) [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.726, de 27 de dezembro de 2004. Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o artigo 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos*

decisivo no sentido da informatização do processo judicial brasileiro foi dado com a Lei 11.419/2006, que criou o processo eletrônico. Diversas manifestações durante o longo processo de tramitação do PL 5.828/2001, que deu origem à Lei 11.419/2006, demonstram que a principal preocupação a movimentar a iniciativa legislativa foi a necessidade de maior celeridade e eficiência na prestação jurisdicional.[337] De fato, "as ideias de celeridade

---

Deputados, Brasília, DF, 17 fev. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=274431. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 3]. Além disso, ela permitiu o pronunciamento da prescrição de ofício pelo juiz (art. 219, § 5º, CPC/73) [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.726, de 27 de dezembro de 2004. Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o artigo 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 17 fev. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ fichadetramitacao?idProposicao=274431. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 3-4].

[336] Ao prever que nos casos de divergência jurisprudencial enquanto hipótese de recurso especial prevista no art. 105, III, c, CF/88, o dever do recorrente de provar o dissídio poderia ser cumprido com a reprodução de julgado disponível na internet e a indicação de sua fonte.

[337] Nesse sentido, a AJUFE, que formulou a sugestão de lei, afirmou: "a morosidade é, sem dúvida, o principal fato gerador de insatisfação com o serviço judiciário" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Sugestão nº 01, de 05 de setembro de 2001. Dispõe sobre a informatização do processo judicial e dá outras providências. Autor: Associação dos Juízes Federais do Brasil. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 04 dez. 2001. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?id Proposicao=32873&ord=1. Acesso em: 10 ago. 2016, p. 7]. Na mesma linha, o relator da proposta na então recém-criada Comissão de Legislação Participativa (CLP) da Câmara dos Deputados, Deputado Ney Lopes, afirmou que a lei teria "[...] uma contribuição ao relevante tema da eficácia dos procedimentos judiciais, principalmente no que diz respeito à sua celeridade e à economia [...]" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.828, de 04 de dezembro de 2001. Dispõe sobre a informatização do processo judicial e dá outras providências. Autor: Comissão de Legislação Participativa. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 29 dez. 2001. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29DEZ2001.pdf#page=21. Acesso em: 10 ago. 2016, p. 68192]. Afirmações similares foram repetidas em maior ou menor medida durante todo o processo legislativo. Na primeira passagem pela CCJ, o Relator Deputado José Roberto Batochio, afirmou que a instalação do processo eletrônico era "[...] oportuna e conveniente, moderniza a tramitação processual, imprime celeridade, dessacraliza o processo, sem ferir os direitos e garantias das partes" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.828, de 04 de dezembro de 2001. Dispõe sobre a informatização do processo judicial e dá outras providências. Autor: Comissão de Legislação Participativa. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 29 dez. 2001. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29DEZ2001.pdf#page=21. Acesso em: 10 ago. 2016, p. 2]. No dia da primeira votação em plenário, a presidente da CLP, Deputada Luiza Erundina, foi ainda mais categórica: "a informatização do processo judicial resultará em economia de gastos, agilizará os procedimentos e, naturalmente, assegurará resposta mais ágil e maior dinâmica à tramitação das ações judiciais apresentadas pela sociedade" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.828, de 04 de dezembro de 2001. Dispõe sobre a informatização do processo judicial e dá outras providências. Autor: Comissão de Legislação Participativa. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 19 dez. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=41619. Acesso em: 10 ago. 2016, p. 31862]. Por fim, já em 2006, quando do retorno do projeto à CCJ, o Deputado José Eduardo Cardozo manteve a mesma linha de entendimento, afirmando a importância do projeto para ampliar a "celeridade da prestação jurisdicional", a "eficiência" e a "capacidade de atendimento" do Poder Judiciário [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.828, de 04 de dezembro de 2001. Dispõe sobre a informatização do processo judicial e dá outras providências. Autor: Comissão de Legislação Participativa. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 19 dez. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao ?idProposicao=41619. Acesso em: 10 ago. 2016, p. 20].

e de economia de recursos presentes na Exposição de motivos sintetizam diversas vantagens específicas [...] atribuídas ao processo eletrônico".[338]

Entre todas as alterações normativas, talvez o processo eletrônico tenha sido aquela que mais evidenciou o contraste entre o segundo e o terceiro períodos do processo civil examinados nesta tese. Afinal, surgiram dúvidas consistentes quanto à relação entre processo eletrônico e acesso à justiça, fato que pode ser atribuído a dois fatores: as dificuldades decorrentes da nova linguagem imposta pelo meio eletrônico, em regra não dominada pelos operadores do direito e pelas partes;[339] e a grande quantidade de pessoas na sociedade brasileira que não têm acesso à internet (a denominada exclusão digital).[340-341]

De fato, o processo eletrônico impõe uma maior formalização na relação entre jurisdicionado, operador do direito e Poder Judiciário – presente tanto numa nova regulação do trâmite processual quanto na redução da oralidade que costumava mediar o andamento do processo físico.[342] Essa formalização, contudo, não promove apenas valores jurídicos, mas extrajurídicos, como os apontados à exaustão durante o processo legislativo – não por acaso, uma das grandes discussões relativas ao processo eletrônico é justamente a violação de direitos e garantias decorrentes da inacessibilidade da linguagem virtual.[343]

---

[338] CAMARGO GOMES, Adriano; YARSHELL, Flávio Luiz. Processo judicial eletrônico e acesso à justiça. In: COELHO, Marcus V. F.; ALLEMAND, Luiz C. *Processo judicial eletrônico*. Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014. p. 279-295, p. 280. Sobre as vantagens do processo eletrônico, ver MILBRADT, Patrícia Amaral. *A efetividade do acesso à justiça por meio do processo eletrônico.* 2010. 93 p. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: http://hdl.handle.net/10183/27084. Acesso em: 27 nov. 2017, p. 83.

[339] Sobre a questão da linguagem em relação ao processo eletrônico, ver CAMARGO GOMES, Adriano; YARSHELL, Flávio Luiz. Processo judicial eletrônico e acesso à justiça. In: COELHO, Marcus V. F.; ALLEMAND, Luiz C. *Processo judicial eletrônico*. Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014. p. 279-295, p. 289 e ss.

[340] NERI, Marcelo Cortes (Coord.). *Mapa da inclusão digital*. Rio de Janeiro: FGV, 2012. Disponível em: http://www.cps.fgv.br/cps/bd/mid2012/MID_sumario.pdf. Acesso em: 30 nov. 2017.

[341] Não surpreende, portanto, que em livro organizado pelo Conselho Federal da OAB sobre o Processo Judicial Eletrônico, 15 dos 28 capítulos sejam dedicados à relação do processo eletrônico com o acesso à justiça [COELHO, Marcus V. F. ; ALLEMAND, Luiz C. Processo judicial eletrônico. Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014].

[342] Afinal, "situado no contexto relacional de comunicação entre Estado e cidadão, o processo eletrônico se constitui em meio ativo que, além de estabelecer critérios de seleção de acesso a conteúdos, fixa todo um conjunto de regras de transmissão e de recepção de tais conteúdos: uma estrada de tal modo normatizada e controlada que afeta profundamente a duração e a qualidade do percurso" [CAMARGO GOMES, Adriano; YARSHELL, Flávio Luiz. Processo judicial eletrônico e acesso à justiça. In: COELHO, Marcus V. F.; ALLEMAND, Luiz C. *Processo judicial eletrônico*. Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014. p. 279-295, p. 290].

[343] Essa inacessibilidade não se manifesta apenas na ausência de conhecimento informático suficiente para a compreensão dos complexos sistemas de funcionamento do processo eletrônico, como também,

De modo similar a outros mecanismos de aceleração, como os julgamentos por amostragem e o incidente de resolução de demandas repetitivas, o processo eletrônico formaliza e complexifica para agilizar e reduzir o custo do processo.

Esse avanço inquestionável no sentido de uma maior eficiência no período tem reflexos na capacidade do processo de oferecer um resultado de tutela mais justo: enquanto melhora ou piora do acesso à justiça, sob o aspecto quantitativo, pode ser vista como externalidade positiva ou negativa da adoção do processo eletrônico,[344] as perdas qualitativas são uma consequência inexorável dessa mudança na forma de acesso. Em certa medida, o mesmo se aplica às outras mudanças ocorridas nesse período,[345] em especial ao tratamento da repetitividade.

---

eventualmente, em relação às pessoas com deficiência. Por esse motivo, o art. 199, NCPC, dispôs sobre a acessibilidade na prática eletrônica de atos processuais.

[344] Esse impacto dependeria de outras variáveis externas ao sistema processual, como é o caso de uma maior ou menor inclusão digital da população.

[345] Outras leis desse período, ainda que menos significativas, também possuíam uma racionalidade instrumental. São exemplos (i) a Lei 11.112/2005, que incluiu no art. 1.121, CPC/73, "como requisito indispensável à petição da separação consensual, o acordo entre os cônjuges relativo ao regime de visitas dos filhos menores", tentando tornar mais eficiente esse procedimento; (ii) a Lei 11.280/2006 que, com o intuito de evitar manobras processuais com o ajuizamento sucessivo de demandas, ampliou casos de distribuição por dependência [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.726, de 27 de dezembro de 2004. Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o artigo 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 17 fev. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ fichadetramitacao?idProposicao=274431. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 3]; (iii) a Lei 12.125/2009, que, em atenção aos princípios da economia e da celeridade, previu que a citação do embargado nos embargos de terceiro apenas seria pessoal caso este não tivesse procurador constituído nos autos da ação principal [BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.282, de 18 de junho de 2003. Altera o disposto nos arts. 1.050 e 1.053 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Autor: Inaldo Leitão. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) do PL nº 1.283. Autor: Ney Lopes. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 23 mar. 2004. Disponível em: http://www.camara.gov.br/ proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=205165&filename=Tramitacao-PL+1282/2003. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 1-2]; (iv) a Lei 12.322/2010, que transformou o agravo de instrumento interposto contra a inadmissão de recursos especiais e extraordinário, em agravo nos próprios autos (art. 544, CPC/73); (v) a Lei 12.810/2013 que previu o dever do autor – aplicável às causas que tivessem por objeto obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil – de "[...] discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso" (art. 285-B, CPC/73), continuando a pagar o valor incontroverso no tempo e modo contratados (art. 285-B, § 1º, CPC/73). O projeto que originou a Lei 12.322/2010 também é exemplar por ter analisado detalhadamente aspectos do recurso especial no STJ, como seu custo e tempo de tramitação, tendo sido apontadas três vantagens para as alterações: celeridade processual, diminuição de custo e tempo, economia do espaço físico de armazenamento dos processos – que repercutiriam também em "mão-de-obra desnecessária" [BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.778, de 04 de agosto de 2008. Transforma o agravo de instrumento, interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial, em agravo nos próprios autos. Autor: Paes Landim. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 04 ago. 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb /fichadetramitacao?idProposicao=405593. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 5-6]. Ver também BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.778, de 04 de agosto de 2008. Transforma o agravo de instrumento,

Convém ressaltar que, da mesma forma que ocorreu com relação aos períodos anteriores, neste também há alterações normativas imbuídas de outras racionalidades, tanto imergentes, como a material, quanto emergentes, como a participativa[346] – embora sejam em menor número e menos significativas. Entre as primeiras, podem ser incluídas (i) a EC 20/1999, que modificou o art. 100, § 3º, CF/88, para prever um regime de requisição diferente dos precatórios para obrigações de pequeno valor; (ii) a Lei 10.173/2001, que acrescentou os arts. 1.211-A, 1.211-B e 1.211-C, CPC/73, prevendo a prioridade na tramitação de processos judiciais em que fosse parte ou interveniente pessoa com sessenta e cinco anos ou mais, bem como a Lei 12.008/2009, que modificou esses artigos para ampliar os casos de prioridade de tramitação, prevendo que, em caso de morte do beneficiário, ela se estenderia em favor do cônjuge ou companheiro; (iii) a Lei 10.259/2001, que, cumprindo o disposto pela EC 22/1999, criou os juizados especiais federais; (iv) a lei 10.444/2002, que modificou o procedimento sumário, ampliando a alçada para até 40 salários mínimos (art. 275, CPC/73); (v) a Lei 11.382/2006, quando ampliou as hipóteses de impenhorabilidade (art. 659, CPC/73); (vi) a Lei 11.965/2009, que previu assistência pela defensoria pública nos casos de separação e divórcio, inventário e partilha consensuais, assim como reforçou, nesse último caso, que a escritura e os demais atos seriam gratuitos àqueles que se declarassem pobres (art. 982, CPC/73);[347] (vii) a Lei 12.122/2009, que reinseriu entre as hipóteses de procedimento sumário as causas que versassem sobre revogação de doação (art. 275, II, g, CPC/73); (viii) a Lei 12.126/2009, ao alterar o art. 8º, § 1º, Lei 9.099/1995, ampliando o rol de pessoas capazes de propor ação perante os juizados especiais; e (ix) a Lei 12.195/2010, que pretendeu "[...] assegurar ao companheiro sobrevivente o mesmo tratamento legal conferido ao cônjuge supérstite no que se refere à nomeação do inventariante" (art. 1º, Lei 12.195/2010), alterando o art. 990, I e II, CPC/73.

---

interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial, em agravo nos próprios autos. Autor: Paes Landim. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) do PL nº 3.778. Autor: Regis de Oliveira. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 13 nov. 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=614020&filename=Tramitacao-PL+3778/2008. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 2.

[346] Sobre a racionalidade participativa, ver tópico 2.2.3. Em apertada síntese, essa racionalidade consiste na ampliação da participação dos interessados por meio da criação de espaços capazes de recepcionar a tensão entre elementos e valores externos ao sistema processual e ao direito. Como essa racionalidade depende de estratégias argumentativas (ponderação entre princípios, estabelecimento de consensos, etc.), ela também envolve uma ampliação, no âmbito do processo, de deveres relacionados à motivação das decisões.

[347] A hipótese de gratuidade em relação aos documentos da separação e do divórcio já havia sido reforçada pela Lei 11.441/ 2007.

Com uma racionalidade participativa, merecem destaque as seguintes alterações normativas: (i) a Lei 9.145/1996, que alterou o art. 82, III, CPC/73, para prever a intervenção do Ministério Público "nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural [...]";[348] (ii) a Lei 9.462/1997, que assegurou maior publicidade no processo falimentar;[349] (iii) a Lei 9.868/1999, que ampliou a possibilidade de manifestação no âmbito da arguição de inconstitucionalidade, prevendo-a em relação ao Ministério Público, às pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato inquinado, aos legitimados para a propositura da ação e a outros órgãos ou entidades em função da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes (art. 482, CPC/73); (iv) a Lei 11.418/2006 e a Lei 11.672/2006, que previram, no âmbito do julgamento por amostragem, a possibilidade de o relator admitir no STF a manifestação de terceiros (art. 543-A, § 6º, CPC/73) e, no STJ, a "manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia" (art. 543-C, § 4º, CPC/73), bem como do Ministério Público (art. 543, § 5º,

---

[348] A lei foi aprovada em um contexto social de massacres em processos de reintegração de posse, como o de Eldorado dos Carajás em abril do mesmo ano. Na justificação ao projeto o Deputado Domingos Dutra afirmou que nesses casos ocorriam "[...] despejos violentos e brutais, com gente morrendo ou ficando com sequelas para o resto da vida devido à violência das decisões judiciais" [BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 716, de 29 de junho de 1995. Da nova redação ao inciso III do artigo 82, da Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Autor: Domingos Dutra. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 10 ago. 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ fichadetramitacao?idProposicao=181322. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 17160]. A intervenção do MP teria, então, o fim de trazer "[...] mais segurança a todo o processo de desocupação, não permitindo, como fiscal da lei, que atos arbitrários, ilegais, desumanos e autoritários sejam praticados por quem se diz possuidor de direitos" [BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 716, de 29 de junho de 1995. Da nova redação ao inciso III do artigo 82, da Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Autor: Domingos Dutra. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 10 ago. 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=181 322. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 17160]. Assim, para o deputado proponente, "o Ministério Público atuaria direta e especificamente como guardião dos direitos da coletividade e do exercício da dignidade da cidadania, frente às pressões posturas e atos em muitas das vezes autoritários ou ilegais, ou então inconstitucionais" [BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 716, de 29 de junho de 1995. Da nova redação ao inciso III do artigo 82, da Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Autor: Domingos Dutra. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 10 ago. 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ fichadetramitacao?idProposicao=181322. Acesso em: 06 nov. 2017, p. 17160]. Ainda que a mudança tivesse um forte acento em preocupações extrajurídicas, a solução proposta foi ampliar a participação e o controle no âmbito processual. Note-se que essa tendência foi seguida também pelo NCPC, que previu que "os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório" (art. 565, § 4º, NCPC).

[349] Ver BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.293, de 30 de outubro de 1995. Determina seja dada maior publicidade aos editais, avisos, anúncios e quadro geral de credores na falência, na concordata e na insolvência civil. Autor: Lauro Campos. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 20 jun. 1997. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=190225. Acesso em: 22 nov. 2017, p. 9.

CPC/73);[350] e (v) a Lei 13.300/2016, que disciplinou o mandado de injunção, ação constitucional que tem por finalidade impedir que "[...] a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania" (art. 2º, Lei 13.300/2016).

As principais tendências presentes nas reformas desse período, descritas acima, sejam elas afins ou não à racionalidade instrumental preponderante, também podem ser notadas no texto da exposição de motivos do anteprojeto de NCPC e, também, na sua redação definitiva – embora haja significativas diferenças entre ambas.

De fato, na exposição de motivos ao anteprojeto do NCPC, afirmou-se a pretensão de elaborar um código funcional,[351] conservando institutos do CPC/73 "cujos resultados foram positivos" e incluindo outros que pretendiam lhe atribuir um "alto grau de eficiência".[352] Não por acaso, afirmou-se que "uma das principais linhas de trabalho" na elaboração do anteprojeto foi resolver problemas, reconhecendo que apesar da necessidade de "construir um Código coerente e harmônico", "[...] não se cultivou a obsessão em elaborar uma obra magistral, estética e tecnicamente perfeita, em detrimento de sua funcionalidade".[353] Coerentemente, os cinco objetivos precípuos apontados pela comissão como responsáveis por orientar seus trabalhos e, especialmente, a forma como foram explicados, deixam evidente uma preocupação preponderante com a eficiência do processo – associada a uma racionalidade instrumental – e outra secundária, ainda que relevante, com aspectos relacionados àquilo que se denominou de uma racionalidade participativa, como o contraditório e a publicidade.[354] Para compreender essa relação, é oportuno mencionar os objetivos indicados pela comissão:

---

[350] Nesse caso, a previsão da participação serviu como uma troca compensatória às restrições impostas pelo julgamento por amostragem que restringiram sensivelmente a possibilidade de se manifestar das partes diretamente interessadas.

[351] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 12.

[352] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 13.

[353] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 13.

[354] Nesse sentido, aplica-se ao NCPC aquilo que disse o Presidente da Comissão Elaboradora, Luiz Fux, a respeito da metodologia adotada para a concepção de um novo código: "a metodologia utilizada pela comissão visou a um só tempo vencer o problema e legitimar a sua solução. Para esse desígnio, a primeira etapa foi a de detectar as barreiras para a prestação de uma justiça rápida; a segunda, legitimar democraticamente as soluções" [BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 8]. Dessa afirmação também é possível perceber que a tensão entre as exigências conflitantes de justiça e celeridade, apontadas por Dinamarco, resolveram-se em favor

> 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.[355]

À exceção do último objetivo, aspecto formal ínsito à própria ideia de codificação, todos os demais possuem considerável relação com a busca por um processo civil mais eficiente ou, ainda que em muito menor medida, com a ampliação da participação.

No tópico destinado a analisar a harmonia com o texto constitucional, a exposição de motivos destacou, de início, a atenção aos princípios do contraditório[356] e da publicidade.[357] Para além disso, foi reforçado o compromisso do NCPC com a busca da eficiência: "[...] tornar o processo mais eficiente e efetivo [...] significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal [...]". Com esse sentido, foram feitas extensas referências à busca por um processo mais célere, relacionando-a com o princípio da duração razoável do processo e afirmando que esse objetivo seria atendido pelo julgamento conjunto de demandas.[358] Por fim, associou-se a segurança jurídica e a isonomia decorrentes de uma jurisprudência pacificada ou sumulada[359] com a redução do número de recursos e a atenuação do assoberbamento do Poder Judiciário,[360] destacando, nesse

---

desta última [DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 376].

[355] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 14.

[356] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 15.

[357] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 16.

[358] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 16. Esse benefício seria atingido com o julgamento conjunto, de um lado, em relação aos processos individualmente considerados; de outro, por atenuar o excesso de trabalho do Poder Judiciário, permitindo que o tempo utilizado para decidi-los seja "mais eficazmente aproveitado em todos os outros" [BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 16].

[359] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 18-19.

[360] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 20.

sentido, "[...] a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos [...]".[361]

Quanto à inserção do processo no contexto social, a exposição de motivos deu ênfase à tendência de desjudicialização consubstanciada no estímulo à mediação e à conciliação. Além disso, destacou a figura do *amicus curiae* e sua "[...] aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país",[362] bem como a mitigação da formalidade, a partir da previsão de que os tribunais superiores poderiam relevar o não preenchimento de requisitos de admissibilidade menos importantes em prol da apreciação do mérito de recursos que veiculam questões relevantes.[363] Apesar de se ter afirmado pretensão de construir um processo "[...] mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo",[364] esta última alteração foi um dos poucos exemplos da exposição de motivos a prestigiar uma racionalidade de tipo material.

Em relação à simplificação, que pode ser associada à tendência de deformalização com vistas ao atingimento de objetivos internos, destacou-se a possibilidade de formulação de pedido pelo réu sem ter de recorrer ao "[...] expediente formal da reconvenção, que desapareceu",[365] e a eliminação de incidentes (como a declaratória incidental),[366] das cautelares nominadas[367] e de recursos (como o agravo retido e os embargos infringentes).[368] Além disso, fez-se referência à tutela de urgência requerida em caráter antecedente,[369] à possibilidade de advogado promover intimações,[370] à unificação dos

---

[361] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 21. Com o mesmo argumento, de ampliação da eficiência, destacaram-se também as modificações realizadas em relação aos embargos de divergência [BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 22].

[362] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 23.

[363] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 23.

[364] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 14.

[365] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 24.

[366] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 24.

[367] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 25.

[368] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 27-28.

[369] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 25.

[370] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 26.

prazos recursais em 15 dias[371] e à previsão de remessa dos autos ao tribunal competente quando o tribunal destinatário entendesse que o recurso é de competência de outro tribunal.[372]

Quanto à ideia de que "o novo sistema permite que cada processo *tenha [o] maior rendimento possível*",[373] é de se notar, primeiramente, que tal ideia é ínsita à noção de eficiência: a maximização do resultado pela minimização de variáveis como o tempo e o custo. Nesse passo, destacou-se a coisa julgada sobre questões prejudiciais, a estabilização da tutela antecipada, a maior flexibilidade quanto à alteração do pedido e o poder do juiz de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa.[374]

Diante desses elementos, é possível perceber que as afirmações de que o código buscou construir um processo mais célere e menos complexo,[375] bem como um sistema mais coeso e ágil,[376] correspondem ao sentido das alterações. Contudo, a pretensão de construir um processo "mais justo, porque mais rente às necessidades sociais",[377] dada a desproporção entre transformações voltadas à eficiência e a uma racionalidade material, revelou-se um argumento quase que estritamente retórico.

Ainda que tenham havido importantes mudanças na redação final do NCPC em comparação com o anteprojeto, ela preservou muitos dos aspectos mencionados na exposição de motivos. De modo a ter uma percepção melhor do sentido das mudanças efetivamente realizadas pelo NCPC em relação à legislação anterior, optou-se por classificar as alterações a partir das três formas como se procurou atingir objetivos internos ao sistema processual por meio da eficiência:[378] desjudicialização, deformalização (por meio da eliminação de atos processuais desnecessários e a limitação dos recursos) e formalização (por meio do fortalecimento dos poderes do relator, dos mecanismos de

---

[371] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 26.
[372] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 28.
[373] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 28.
[374] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 28-30.
[375] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 14.
[376] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 33.
[377] BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 14.
[378] Ainda que, note-se uma vez mais, nenhuma delas implica, por si só, uma racionalidade instrumental; isso decorre da forma e dos objetivos com que são adotados.

julgamento por amostragem, da criação de "precedentes", da ampliação da prática de atos processuais por meio eletrônico e de sanções para condutas protelatórias).[379]

A desjudicialização foi um dos principais pontos de mudança no NCPC. Em primeiro lugar, por favorecer soluções extrajudiciais, seja concedendo uma extensa disciplina da conciliação e da mediação (arts. 165 a 175, NCPC) ou incluindo a previsão de uma audiência específica e prévia à contestação com essa finalidade (art. 334, NCPC),[380] seja ao estipular a possibilidade de reconhecimento extrajudicial de usucapião (art. 1.071, NCPC).[381] Em segundo lugar, porque o processo passou a recepcionar com intensidade muito superior manifestações de vontade e disposição das partes, permitindo que elas afastassem diversas normas processuais.[382] É assim com a ampla possibilidade de as partes celebrarem negócios jurídicos processuais, adaptando o procedimento às especificidades da causa (art. 190, NCPC), podendo fixar, juntamente com o juiz, um calendário para a prática dos atos processuais (art. 191, NCPC), ou escolhendo o perito (art. 471, NCPC).[383] É assim também com a previsão de segredo de justiça para os processos "que versem sobre

---

[379] Note-se que a ideia de formalização não necessariamente corresponde à de racionalidade formal, na medida em que essa se relaciona com a busca por uma maior coerência interna do direito positivo. Não obstante, o termo "formalização" é propositalmente utilizado como forma de destacar que apesar do discurso de "simplificação" do sistema processual, diversas mudanças associadas a uma racionalidade instrumental implicam sua complexificação, por meio do avanço de técnicas processuais mais formais (como é o caso dos julgamentos repetitivos). Ainda que muitas delas sejam afeitas ou tenham como externalidade uma maior coerência interna do processo, seu objetivo, como deixa clara a exposição de motivos, é resolver problemas de funcionalidade – ampliando a eficiência do sistema – ainda que ao custo de soluções tecnicamente não tão perfeitas [BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 12-13].

[380] Nesses casos é notável que, além do objetivo de desafogar o Poder Judiciário, podem haver externalidades positivas em relação a uma racionalidade material. É o que ocorre com a mediação antes de apreciação de liminar no litígio coletivo pela posse de imóvel (art. 565, NCPC), e a tentativa de solução consensual da controvérsia nas ações de família (art. 694, NCPC).

[381] Referido dispositivo acrescentou o art. 216-A, à Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos – LRP), que foi posteriormente modificada pela Lei 13.465/2017, que previu que o silêncio dos titulares registrados ou averbados, bem como dos confinantes, seria interpretado como concordância ao pedido de usucapião.

[382] Essa característica, assim como ocorre em relação à adoção de mecanismos consensuais, apresenta uma interseção com a racionalidade participativa. Ela será mais afeita a essa racionalidade do que a uma racionalidade instrumental sempre que for capaz de ampliar a receptividade do processo a elementos não formais. Assim, nesses casos, essas características são classificadas como características de uma racionalidade instrumental porque se pressupõe um tratamento formal: o uso de mecanismos extrajudiciais como forma de desafogar o Poder Judiciário e a recepção das manifestações das partes de maneira estritamente formal para permitir a eliminação de atos processuais ou sua desjudicialização.

[383] Nesse ponto também é preciso notar que soluções como essas poderiam, em determinadas circunstâncias ampliar a participação das partes, favorecendo uma racionalidade participativa. Contudo, considerando o contexto em que foram concebidas, parece mais adequado associá-las a uma racionalidade instrumental. Nesse sentido, destaque-se a associação feita por Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna entre os negócios jurídico processuais e uma tendência ao "contratualismo" no âmbito do processo civil [ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os "acordos processuais" no novo CPC – Aproximações preliminares. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v.4, n.39, p. 103-117, abr. 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/12943882/Os_Acordos_Processuais_no_Novo_CPC_-_Aproxima%C3%A7%C3 %B5es_ Preliminares. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 104 e ss].

arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo" (art. 189, NCPC). Em terceiro lugar, pelo tratamento conferido à arbitragem, reconhecendo a carta arbitral prevista no art. 22-C, Lei 9.307/1996, e dando-lhe disciplina semelhante à da carta precatória (art. 237, IV, NCPC). Em quarto, pela possibilidade de que os advogados promovam a "[...] intimação do advogado da outra parte por meio do correio, juntando aos autos, a seguir, cópia do ofício de intimação e do aviso de recebimento" (art. 269, § 1º, NCPC), bem como o dever de fazê-lo com relação às testemunhas por si arroladas, dispensando-se a intimação do juízo (art. 455, NCPC).

A deformalização no NCPC se verifica com relação à tentativa de simplificação procedimental que envolveu, basicamente, a eliminação de atos processuais entendidos como desnecessários, tal como diversos incidentes existentes no CPC/73; a redução de formalismos, com a flexibilização das hipóteses de reunião de processos para julgamento conjunto, contemplando "[...] processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles" (art. 55, § 3º, NCPC); a flexibilização do aditamento ou da alteração do pedido (art. 329, NCPC);[384] a simplificação das hipóteses de concessão da tutela de urgência (art. 300 e 301, NCPC); a admissão da reconvenção na própria contestação (art. 343, NCPC); a previsão de citação pessoal e por edital na ação possessória com grande número de pessoas no polo passivo (art. 554, § 1º, NCPC); a possibilidade de o autor desistir da ação após a publicação de acórdão paradigma, antes de proferida a sentença, sem o consentimento do réu (art. 1.040, § 1º a 3º, NCPC); e as limitações a meios de impugnação, como a redução das hipóteses de remessa necessária (art. 496, § 3º e 4º, NCPC), a eliminação dos embargos infringentes e sua substituição por uma forma de prosseguimento da sessão de julgamento (art. 942, NCPC), a eliminação do agravo retido (art. 1.009, § 1º, NCPC) e a redução das hipóteses de agravo de instrumento (art. 1.015, NCPC).

Quanto a soluções que aumentaram o formalismo do processo com vistas à promoção de objetivos internos ao sistema, merecem destaque a tentativa de evitar atos

---

[384] Destacou-se que a flexibilização procedimental prestigiaria a eficiência, impedindo o ajuizamento de nova demanda [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.025, de 06 de outubro de 2005. Altera o artigo 666 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para dispor acerca da penhora sobre máquinas, instrumentos e implementos agrícolas. Autor: César Borges. Relatório da Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do Código de Processo Civil. Relator: Paulo Teixeira. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 25 mar. 2014. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130509-07.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017, p. 376].

protelatórios, por meio do reforço nos deveres das partes (art. 77, NCPC) e da ampliação dos poderes do juiz (art. 139, NCPC); de acelerar o processo, com a criação da tutela antecipada antecedente e de sua estabilização (arts. 303 e 304, NCPC), a ampliação das hipóteses de tutela da evidência (art. 311, NCPC) e a previsão mais ampla de situações que justificam o julgamento liminar pela improcedência do pedido (art. 332, NCPC); de lidar com a repetitividade, por meio do reforço da tendência à uniformização da jurisprudência como forma de tratar a repetitividade (arts. 926, 927, e 928, NCPC), do fortalecimento do papel do relator (art. 932, NCPC), da previsão do incidente de assunção de competência para a prevenção ou composição de divergência (art. 947, § 4º, NCPC), do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR (art. 976, NCPC)[385] – e da reclamação para garantir a observância da uniformização da jurisprudência (art. 988, NCPC); de ampliar a eficiência das medidas executivas por meio da adoção de soluções de baixo custo, como o protesto da sentença (art. 517, NCPC), a multa de 10% na execução provisória (art. 520, § 2º, NCPC), a inclusão do executado no cadastro de inadimplentes (art. 782, § 3º, NCPC), o detalhamento do cálculo (arts. 524, 534 e 798, NCPC) e de outros aspectos do processo executivo;[386] de ampliá-la também em relação aos atos processuais, por meio da extensa previsão da sua prática eletrônica (art. 194, NCPC),[387] bem como do uso de meios eletrônicos nas citações (art. 246, V, NCPC) e intimações (art. 270, NCPC), na realização de audiências (art. 334, § 7º, NCPC), na colheita de depoimentos das partes (arts. 385, § 3º, NCPC), na oitiva de testemunhas (art. 453, § 1º, NCPC), na realização de penhoras (art. 837, NCPC) e leilões (art. 882, NCPC), assim como autorizando o uso de fotografias digitais, mensagens eletrônicas e de outros documentos digitais (art. 422, NCPC), inclusive no processo físico (arts. 439 a 441, NCPC).[388] Isso sem falar em soluções como a

---

[385] O IRDR foi considerado no parecer do Deputado Miro Teixeira como a principal inovação do NCPC [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.025, de 06 de outubro de 2005. Altera o artigo 666 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para dispor acerca da penhora sobre máquinas, instrumentos e implementos agrícolas. Autor: César Borges. Relatório da Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do Código de Processo Civil. Relator: Paulo Teixeira. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 25 mar. 2014. Disponível em: http://www.migalhas .com.br/arquivo_artigo/art20130509-07.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017, p. 63].

[386] Como a garantia real (art. 804, NCPC), a penhora de salários (art. 833, § 2º, NCPC) a penhora em dinheiro (art. 854, NCPC), a penhora de quotas e ações (art. 861, NCPC), entre outros.

[387] A informatização da atividade jurisdicional é associada ao princípio da eficiência por GONÇALVES FILHO, João Gilberto. *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*. 2010. 455 p. Tese para obtenção do título de doutor (Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-085839/publico/Microsoft_Word_ tese_doutorado_joao_gilberto_filho.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017, p. 207.

[388] Note-se que o art. 945, NCPC, revogado pela Lei 13.256/2016, previa a realização de julgamentos, pelo plenário virtual, de recursos que não admitissem sustentação oral. A revogação deveu-se ao fato de que o art.

dinamização do ônus da prova (art. 373, § 1º, NCPC), a produção antecipada da prova (art. 381, NCPC) e a adoção da coisa julgada sobre questão prejudicial (art. 503, § 1º, NCPC), que se afastaram das técnicas tradicionalmente adotadas no processo civil brasileiro com a intenção de ampliar sua eficiência, respectivamente, na produção da prova, na realização de soluções consensuais e na eliminação de controvérsias.

Esse considerável avanço de uma racionalidade instrumental no NCPC, a exemplo do que ocorreu com as diversas reformas ao CPC/73 analisadas neste período, também envolveu importantes trocas compensatórias em relação a uma racionalidade material e a uma racionalidade participativa.[389] Assim, também é possível identificar alterações apresentadas pelo NCPC que pretenderam mitigar o rigor "formal" quantitativo envolvido na busca por mais eficiência, seja recepcionando elementos extrajurídicos por meio de soluções menos formais, isto é, menos preocupadas com a coerência interna do sistema (racionalidade material), seja ampliando a possibilidade de que esses elementos extrajurídicos sejam apresentados no interior do processo por meio da ampliação da participação de interessados ou do controle sobre as decisões judiciais.[390]

Entre as mudanças que favoreceram uma racionalidade material, destacam-se medidas voltadas à ampliação da tutela, como o tratamento conferido à gratuidade da justiça (art. 98 e ss., NCPC), a criação do julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356, NCPC) e da ação de dissolução parcial da sociedade (art. 599, NCPC); à redução de soluções formais justificáveis a partir da coerência interna do sistema, com a previsão de tempestividade de atos processuais praticados antes do início do prazo (art. 218, § 4º, NCPC) e a flexibilização da revelia, por meio da previsão de que ela não produz o efeito de

---

945, §2º e 3º, NCPC, previa a possibilidade de a parte sem motivação, requer o julgamento presencial. Segundo Parecer da CCJ, isso poderia "[…] ampliar sobremaneira o número de petições a serem analisadas pelos tribunais superiores, inviabilizando a Corte e o funcionamento do plenário virtual" [BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.384, de 15 de julho de 2015. Disciplina o juízo prévio de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial; altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil e dá outras providências. Autor: Carlos Manato. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ). *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 15 jul. 2015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1402334&filename=PPP+1+CCJC+%3D%3E+PL+2384/2015. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 6].

[389] Em sentido contrário, associando o princípio da eficiência ao princípio da atipicidade e às formas de participação no julgamento por amostragem, ver GONÇALVES FILHO, João Gilberto. *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*. 2010. 455 p. Tese para obtenção do título de doutor (Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-085839/publico/Microsoft_Word_tese_doutorado_joao_gilberto_filho.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017, p. 208 e 214.

[390] Nesse sentido, analisando os julgamentos por amostragem e apontando a necessidade de criar mecanismos que ampliem a participação, ver MARINONI, Luiz Guilherme. O "problema" do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v.249, n.40, p. 399-419, nov. 2015.

presunção da verdade quando "as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos" (art. 345, IV, NCPC), bem como da produção de provas pelo réu revel (art. 349, NCPC); e à eliminação de outras soluções formalistas limitadoras da prestação de tutela, especialmente em sede recursal, por meio da flexibilização da pena de deserção nos casos de falta de preparo recursal (art. 1.007, § 4º, NCPC), da possibilidade de desconsideração de vício formal nos recursos especial e extraordinário (art. 1.029, § 3º, NCPC) e de o STF e o STJ remeterem recursos entre si quando entenderem que a questão suscitada é de competência do outro tribunal (arts. 1.032 e 1.033, NCPC).

Conquanto algumas dessas mudanças também sirvam para ampliar a participação no processo, outras podem ser apontadas, de modo mais específico, como representativas de uma racionalidade de tipo participativa, voltadas a assegurar a participação dos interessados e, com isso, facilitar o ingresso de elementos extrajurídicos no processo: (i) a previsão de que "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida" (art. 9º, NCPC); (ii) a vedação a que o juiz decida com fundamento em algo a respeito do que as partes não tenham tido a possibilidade de se manifestar (art. 10, NCPC); (iii) a criação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, assegurando a participação do sócio ou da pessoa jurídica que podem ser prejudicados (art. 133 e ss., NCPC); (iv) a previsão de manifestação de *amicus curiae*, "considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia", aplicável em qualquer instância (art. 138, NCPC); (v) a previsão de garantias em relação ao processo eletrônico, especialmente voltadas à participação e ao acesso (arts. 194, 198 e 199, NCPC); (vi) a necessidade de concessão de oportunidade para a parte corrigir vício antes de que se profira decisão de extinção do processo (art. 317, NCPC); e (vii) a ampliação das hipóteses de sustentação oral (art. 937, NCPC). Além disso, também merecem destaque alterações normativas que permitem que as partes, destinatárias da tutela, exerçam um maior controle sobre a atuação do juiz, como a menção expressa à publicidade e à motivação (art. 11, NCPC), a explicitação das hipóteses de quando não se considera fundamentada uma decisão judicial (art. 489, § 1º, NCPC) e a definição ampla das hipóteses de omissão na decisão judicial (art. 1.022, parágrafo único, NCPC).

Apesar de, como demonstrado, existirem diversas alterações afins a uma racionalidade material ou a uma racionalidade participativa no NCPC, é preciso reconhecer que essas soluções, estando em pequeno número e sendo pouco representativas se

comparadas a alterações que ampliaram a racionalidade instrumental, não são capazes de modificar significativamente a tendência prevalecente nesse período. De todo modo, elas são suficientes para revelar a existência de uma tensão com a racionalidade preponderante no NCPC.

De fato, o conflito insolúvel, apontado por Weber,[391] entre princípios formais e substantivos de administração da justiça não desaparece, antes é reforçado com a tendência de ampliação da racionalidade instrumental. Afinal, a racionalidade instrumental preponderante, de natureza econômica e pautada por resultados quantitativos, pode conflitar tanto com uma racionalidade de tipo material que se preocupa com resultados substancialmente mais justos quanto com uma racionalidade participativa, que visa uma maior democratização do processo.[392] As reformas que supostamente visam a eficiência, por si só, não ampliam a efetividade material do processo, seu âmbito de tutela, sua capacidade de pacificação ou, ainda, sua aderência à realidade empírica. Muito pelo contrário: podem reduzi-las. Perceba-se, por exemplo, que o modelo utilizado pelo NCPC no tratamento da repetitividade ou da vinculação aos "precedentes" acentua o caráter abstrato das decisões, a sua "formalidade", e, em contrapartida, reduz tanto a preocupação com o caso concreto (característico da racionalidade material) como a possibilidade de manifestação das partes (característico da racionalidade participativa).

É nesse contexto que podem ser lidas as recentes modificações do direito processual que procuram reforçar a incidência do dever de motivação das decisões judiciais e ampliar as formas de participação no processo – influxos resistentes a uma racionalidade instrumental no período de sua preponderância. O aumento da publicidade e da transparência, a inclusão de outros atores no âmbito do processo e o controle interorgânico da atividade jurisdicional realizada pelo CNJ são possíveis trocas compensatórias que pretendem oferecer respostas a uma maior objetivação e formalização

---

[391] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 893.

[392] Essa tensão pode ser percebida, ainda que sob diferentes pressupostos, na explicação de André Cordeiro Leal, para quem: "o primeiro aspecto relevante para que se desenvolva um enfoque adequado à compreensão do direito em sociedades secularizadas é a necessidade da ruptura com a razão prática em suas diversas formas e com a racionalidade instrumental weberiana, substituindo-as pela *razão comunicativa*, a qual, por sua vez, ao contrário daquelas, não se destinaria a fornecer conteúdos determinantes para a ação, mas ao entendimento mútuo dos sujeitos, pela linguagem, sobre algo no mundo. Isso afasta as premissas da filosofia do sujeito até então utilizadas para a compreensão da racionalidade moderna" [LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Malheiros, 2008, p. 144].

do processo, provocada por técnicas que visam ampliar a eficiência.[393] São as principais formas por meio das quais se procura impedir que a busca da eficiência e da celeridade tenha resultado antitético à qualidade da prestação jurisdicional, ignorando completamente elementos materiais.

Reconhecer que a institucionalização do processo eletrônico e a série de reformas tendentes a ampliar a celeridade e reduzir o custo do processo, efetivamente, têm racionalidade distinta da ampliação dos deveres de motivação das decisões judiciais e da participação no âmbito do processo também auxilia na compreensão de dificuldades explicativas no âmbito doutrinário.[394] Afinal, para aqueles que veem o processo como se sua realidade atual autorizasse a prevalência de uma racionalidade preponderantemente material, inspirada pela constitucionalização do acesso à justiça, é difícil classificar ou compreender o novo sentido das reformas examinadas neste tópico. Da mesma forma, para aqueles que entendem que as mudanças no processo se resumem a uma tendência de aceleração e de redução de custos, é extremamente difícil explicar medidas como o *amicus curiae*, a ampliação das hipóteses de sustentação oral ou o reforço ao dever de fundamentação das decisões, que tendem ao resultado inverso. Enquanto essas mudanças reforçam, complexificam e enriquecem o âmbito informacional do processo para qualificar a prestação jurisdicional, a racionalidade preponderante nas reformas, inspirada pelo princípio da eficiência, pretende simplificá-lo do ponto de vista substancial, reduzindo o grau de informação por meio de expedientes formais como a súmula vinculante e os julgamentos por amostragem.

A não percepção dessa evidente contradição e tensão entre racionalidades distintas pode ter dois resultados igualmente perversos, em que o discurso assume uma conotação

---

[393] O reforço do dever de motivação, tal como previsto no art. 11, *caput*, reforçado pelo art. 489, § 1º, NCPC, não pode ser explicado à luz da celeridade e da economia. Da mesma forma, a ampliação da participação das partes, com a obrigatoriedade de sua oitiva antes de proferida qualquer decisão (art. 9º, *caput*, e art. 10, NCPC), ou a valorização da figura do *amicus curiae* – que é capaz de trazer para dentro do processo, elementos extrajurídicos, mais próximos da realidade empírica e menos limitados ao formalismo jurídico – implicam maior demora e maior custo para o processo. Nesse sentido, contrapondo uma "tecnologia da jurisdição" à necessidade de "[...] institucionalização das condições para que os afetados pelas decisões possam participar da construção e interpretação normativas", ainda que adotando pressupostos teóricos distintos daqueles propugnados nesta tese, ver LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Malheiros, 2008, p. 148.

[394] Essa tensão parece ser bem compreendida, ainda que a partir de uma perspectiva distinta da elaborada neste trabalho, por André Cordeiro Leal: "se quisermos empreender reflexões no Estado Democrático, não pode ser levada a sério nenhuma proposta de deformalização do processo ou de supressão de procedimentalidade, que, a pretexto de afastar limites burocráticos à atividade "jurisdicional", ou de extirpar entraves que emperram a "máquina judiciária", buscam manter uma espécie de dominação social pela impossibilidade do discurso" [LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Malheiros, 2008, p. 153].

fortemente ideológica, no sentido da legitimação do sistema vigente por meio de sua distorção. O primeiro é que os processualistas continuem a reproduzir um discurso de prevalência da racionalidade material, reforçando com sua retórica um modelo processual distante da realidade. O segundo, é que os processualistas defendam medidas que possuem uma racionalidade voltada à "eficientização" do processo civil como se elas representassem avanços em termos de acesso à justiça – defendendo as reformas e sua racionalidade, mas escamoteando suas verdadeiras consequências.

4 RACIONALIDADES PREPONDERANTES NO DIREITO CONCORRENCIAL

Mário André Machado Cabral inicia sua tese de doutorado sobre a história do direito antitruste no Brasil afirmando que ela "ainda precisa ser mais bem contada".[1] De fato, ressalvados alguns trabalhos, entre eles o seu próprio, é plenamente válido o alerta do autor: "A literatura que se debruçou sobre o tema o fez de modo pouco detido e, na maioria dos casos, introdutório".[2] No esforço para superar essa deficiência, Cabral sugere a divisão da história do antitruste em três períodos, tendo como referente a história política do país: "(i) um primeiro período, de 1930 a 1964, (ii) um segundo, de 1964 a 1985, compreendendo a ditadura militar, e (iii) um terceiro, do fim da ditadura aos dias atuais".[3] Utilizando o critério da racionalidade preponderante nas alterações normativas do antitruste,[4] parece possível reconhecer certa identidade com os períodos identificados por Cabral.[5]

Não obstante, os dois primeiros não serão analisados neste trabalho. Isso porque, apesar de ser rica a história legislativa brasileira em matéria antitruste mesmo antes da ditadura[6] – com destaque para a Lei 4.137/1962, que regulava a repressão ao abuso de poder econômico –, a doutrina sugere que, até a década de 1990, o direito concorrencial

---

[1] CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia:* convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 14.

[2] CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia:* convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 14.

[3] CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia:* convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 14.

[4] Note-se que o termo racionalidade segue aqui o que foi exposto no capítulo 2 e, dessa forma, se diferencia do emprego desse termo realizado por Schuartz, que o trata como fundamento de validade em termos jurídico-normativos do direito antitruste [SCHUARTZ, Luis Fernando. As razões do direito da concorrência. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v.39, n.118, p. 77-87, abr. a jun. 2000].

[5] A característica do segundo período, sob o prisma apontado, seria a ausência de alterações normativas relevantes em matéria antitruste, somada à prevalência de uma "[...] franca política de agregação empresarial [que] verificou-se, sob o prisma jurídico, pelas Leis 5.727/71 e 6.151/74 [...]" [FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste.* 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 118]. Destaca-se, nesse período, a criação da Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas (COFIE).

[6] Com destaque para o primeiro período. Por uma detalhada análise dele, ver CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia:* convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

"não encontrou uma maior efetividade na realidade brasileira,[7] não sendo possível identificar qualquer atuação linear e constante de uma política econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência".[8] Além disso, deve-se considerar também que a curtíssima vigência do Decreto-Lei 7.666/1945 (pouco mais de quatro meses),[9] o distanciamento entre o texto da Lei 4.137/1962 e a sua aplicação durante a ditadura militar, a existência de mecanismos de controle de preços,[10] bem como a inocorrência de alterações normativas relevantes após a edição dessa lei por mais de duas décadas,[11]

---

[7] Nesse sentido, Lucia Helena Salgado afirma que: "a eficácia da Lei nº 4.137/1962 foi rigorosamente nula. Em três décadas de vigência (de 1962 a 1991), houve 117 casos que redundaram em condenações de práticas restritivas da concorrência, todas anuladas por decisões judiciais. A principal fragilidade da defesa da concorrência ao longo desse período era sua incompatibilidade, como instrumento de defesa do livre mercado, com um ambiente de economia comandada pelo Estado. Enquanto sucessivos governos, entre 1968 e 1989, comandavam verdadeiros cartéis, por meio dos mecanismos de controles de preços, além do direcionamento de investimentos e de produção por meio de instrumentos de politica industrial e da proteção contra a concorrência internacional imposta por instrumentos de politica comercial, o Cade cuidou, em seus 30 primeiros anos de vida, de 117 processos que resultaram em condenação, todas derrubadas por decisões judiciais" [SALGADO, Lucia Helena. Defesa da concorrência no Brasil: aspectos institucionais, desempenho recente e perspectivas de reforma. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Texto para discussão*, Brasília, n.1386, p. 6-26, fev. 2009. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_ 1386.pdf. Acesso em: 04 out. 2017, p. 8].

[8] FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste.* 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 120. No mesmo sentido, Ragazzo, Notas Introdutórias (Revista CADE). No mesmo sentido, ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 58.

[9] O Decreto-Lei 8.167, de 9 de novembro 1945, revogou o Decreto-Lei 7.666, de 22 de junho de 1945.

[10] Como explica Elizabeth Farina: "Do ponto de vista estritamente econômico, a política antitruste só tem sentido em uma economia de mercado em que o Estado se abstém de regular a entrada de concorrentes, de estabelecer cotas de produção, ou de fixar preços. Portanto, só fará sentido na economia brasileira se, efetivamente, os tentáculos estatais forem recolhidos. Trata-se, adicionalmente, de um instrumento adequado para indústrias cuja configuração estrutural admita diferentes níveis de concentração, compatíveis com a eficiência, e para harmonizar a ação de oligopólios naturais com o interesse público" [FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Desregulamentação e o controle do abuso do poder econômico: teoria e prática. *Revista de Economia Política,* São Paulo, v.14, n.3 (55), p. 78-93, jul. a set. 1994, p. 92]. Esse contexto de economia de mercado existia no Brasil, mas é reconfigurado no início dos anos 1990, acentuando a necessidade de uma política antitruste. Como explica Paulo Furquim de Azevedo: "[...] no mundo empresarial, o processo de reestruturação industrial que se seguiu à abertura de mercado e desregulamentação, na primeira metade dos anos 1990, colocou os problemas de concorrência na ordem do dia, conferindo um papel de destaque ao Cade. Setores empresariais especialmente sensíveis a problemas concorrenciais, como a indústria siderúrgica e a petroquímica, que eram dominadas por empresas públicas, foram objeto de privatização no início dos anos 1990. Posteriormente, na mesma década, setores de utilidade pública, como telecomunicações e energia elétrica, também foram privatizados. Em paralelo a este movimento, diversas indústrias que estava sujeitas à regulação de qualidade ou estratégias empresariais em geral foram desregulamentadas, de tal modo que essas estratégias, antes sob o controle direto do Estado, passaram para o controle privado" [AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise econômica da defesa da concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 266-295, p. 270].

[11] Praticamente durante todo o segundo período identificado por Cabral.

comprometeriam o objeto de investigação.[12] Afinal, como visto,[13] não há interesse, aqui, em examinar as razões para a suposta inefetividade da legislação.[14]

A análise realizada neste capítulo tem como objeto apenas as alterações ocorridas no antitruste no terceiro período apontado por Cabral, que, segundo ele:

> englobaria os debates da Constituinte de 1987-1988 que deram ensejo ao art. 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988, a lei natimorta de 1990 (Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991), a lei de 1994 (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994) e a atual lei brasileira de defesa da concorrência (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011).[15]

Esse período, contudo, pode ser subdividido em dois, com fundamento no pressuposto de que há, entre eles, uma diferença sensível quanto ao sentido do direito

---

[12] Deve-se notar que a análise restrita ao texto normativo, tal como proposto, já enfrenta consideráveis limitações em relação à compreensão da realidade. Nesse sentido, destaca-se a explicação de Elizabeth Farina, referindo-se ao contexto do direito antitruste após a redemocratização do país: "apesar de toda a agressividade verbal das autoridades governamentais contra oligopólios e cartéis, os cargos de presidente, secretaria executiva e conselheiros do CADE ficaram vagos por dois anos, por falta de indicação do presidente da República. Nenhuma sindicância ou averiguação preliminar pôde ser transformada em processo administrativo. Nenhuns processos puderam ser iniciados, nem sequer pela SNDE, já que não havia como encaminhá-los, pela falta de quem os recebesse. É, no mínimo, paradoxal manter um discurso ferino contra grandes empresas e, ao mesmo tempo, desprestigiar o órgão que por direito tem os meios de reprimir abusos. [...] Um ambiente como esse destitui de sentido qualquer iniciativa de aprimoramento da legislação existente a partir da experiência de sua aplicação. Os mais de vinte anos de atuação do CADE sugerem que a mesma legislação pode ser muito ou pouco eficaz, dependendo do interesse e agilidade do Conselho. [...] Sua atuação só não foi mais eficaz porque as sanções previstas pela Lei de 1962 mostraram-se insuficientes para deter grandes corporações ou poderosos cartéis" [FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Desregulamentação e o controle do abuso do poder econômico: teoria e prática. *Revista de Economia Política,* São Paulo, v.14, n.3 (55), p. 78-93, jul. a set. 1994, p. 91].

[13] Ver tópico 2.3.

[14] Não obstante, é eloquente nesse sentido a manifestação de Brandão Monteiro na apresentação de emendas ao texto constitucional relativo à ordem econômica: "o CADE – versão brasileira do Federal Trade Comission – foi impedido de funcionar durante o regime militar, para favorecer a oligopolização e cartelização da economia brasileira e o domínio de mercados pelas multinacionais. A espantosa cartelização, oligopolização, v.g., da distribuição de alimentos, do sistema financeiro, da indústria farmacêutica e da indústria automobilística só foi possível pela neutralização do CADE" [MONTEIRO, Brandão. Apresentação de emendas. In: BRASIL. *Constituinte fase B*: emendas ao ante-projeto do relator da subcomissão. Brasília, v.166, mai. 1987, p. 469. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-166.pdf. Acesso em: 03 out. 2017, p. 469]. Ver também SALGADO, Lucia Helena. As políticas de concorrência (ou antitruste): um panorama da experiência mundial e sua atualidade para o Brasil. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Texto para discussão*, Brasília, n.264, p. 1-44, 1992. Disponível em: http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0264.pdf. Acesso em: 04 out. 2017, p. 30-31; NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência:* o Cade (1962-1994). 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 123. Por um relato detalhado da atuação do Cade de 1962 a 1989, ver NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência:* o Cade (1962-1994). 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 25-101.

[15] CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia:* convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 14.

concorrencial. Essa diferença, que pode ser percebida a partir da acentuação das principais características presentes nas transformações normativas ocorridas em cada um deles, decorre do fato de que a racionalidade que permeou essas transformações também foi distinta.

De fato, no direito concorrencial é clara a existência de uma tensão entre racionalidade material e instrumental, a primeira procurando incorporar considerações extrajurídicas ao direito, a segunda buscando eliminá-las em favor de uma racionalidade de mercado.[16] Ao lado disso, há também uma tensão entre as racionalidades material e instrumental, de um lado, e uma racionalidade puramente formal, de outro:[17] quando a forma é utilizada para permitir um controle mais rigoroso sobre o mercado, ela conflita com a racionalidade instrumental;[18] quando, ao contrário, ela serve para limitar as

[16] Essa tensão é identificada no âmbito do antitruste por Arthur Villamil Martins. No entanto, o autor, fazendo referência às ideias de Weber, restringe a noção de eficiência econômica à adequação entre meios e fins, sem explorar a relação entre fins e consequências. Com isso, o autor apresenta, incorretamente, a tensão entre essas racionalidades como um resultado da disjuntiva entre ação racional em relação a fins e ação racional em relação a valores: "nos estudos de microeconomia, que têm sido largamente utilizados pelas diversas correntes da Análise Econômica do Direito e, por consequência, no Direito Antitruste, todo o debate em torno da eficiência econômica parece estar sendo travado ainda por meio de uma racionalidade estratégica (razão instrumental), já que os fins não têm sido discutidos em sua plenitude, concentrando-se as análises apenas no aprimoramento ou na adequação dos meios (ideia de eficiência). Ocorre que a adequação dos meios aos fins, ou a própria instrumentalidade inerente à eficiência, não diz nada a respeito dos fins, mas tão somente sobre os meios. Assim, se os fins são bons, a eficiência fundada em uma racionalidade instrumental trará bons resultados. Caso os fins não sejam desejáveis, porém, a eficiência servirá apenas para conduzir mais rapidamente ao que é indesejável. As críticas ao predomínio da razão instrumental como meio de dominação e controle social são elucidativas e alertam o jurista e o economista sobre os riscos de uma análise baseada unicamente no princípio da eficiência" [MARTINS, Arthur Villamil. *As políticas econômicas constitucionais como fator de legitimidade das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – Cade. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 171]. Em algumas passagens, porém, Martins parece expor a tensão de forma um pouco distinta, transpondo a noção de eficiência também para o conflito entre fins: "a real tensão existente nas tomadas de decisões no âmbito do Cade, estabelece-se a partir do momento em que o julgador tem de fazer uma opção entre a maximização de riqueza pela via da eficiência, de um lado, e o eventual sacrifício de outros valores atinentes à ordem econômica, de outro lado" [MARTINS, Arthur Villamil. *As políticas econômicas constitucionais como fator de legitimidade das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – Cade. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 178]. Sobre o tema, ver tópico 2.2.

[17] Evidentemente, nem sempre as racionalidades se encontram em tensão entre si. Um exemplo disso em relação ao Cade é fornecido por Navarrete: "A Lei no 4.137/62, que criou o CADE, encontrava defensores, tanto entre os reformistas, quanto entre os liberais. Por um lado, representava uma reforma que dotava o Estado de poderes de controle sobre os empresários e, em última instância, sobre o mercado. Por outro lado, e da mesma forma, a lei continha elementos que representava a defesa do livre mercado, da eficiência econômica e da livre iniciativa. Esse panorama explica, em parte, a resistência do CADE às mudanças políticas e às alterações de Constituições. Esse fator de resistência residia no consenso entre nacional-progressistas e liberal-conservadores acerca das diretrizes e conceitos que deveriam guiar a política econômica daquele período" [NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência:* o Cade (1962-1994). 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 30].

[18] Um exemplo de situação em que houve a pretensão de se valer de uma solução formal para reduzir a intervenção, reduzir a burocracia e simplificar a atuação do Cade foi a criação do procedimento preparatório.

possibilidades de intervenção, ela se distancia da racionalidade material. A questão se torna ainda mais complexa quando se nota que o contraponto à predominância de uma racionalidade instrumental envolve aquilo que se denominou racionalidade participativa:[19] a criação de mecanismos que ampliam a intervenção de considerações extrajurídicas por meio da participação de agentes capazes de vocalizá-las – como aqueles que facilitam o acesso à informação, promovendo publicidade e *accountability*.

Assim, a subdivisão proposta neste capítulo, decorrente da tensão apontada entre as diferentes racionalidades, utiliza como marco algumas mudanças ocorridas no direito antitruste brasileiro a partir da segunda metade da década de 1990, que resultaram na edição da Lei 10.149/2000, responsável por introduzir profundas mudanças na então vigente Lei 8.884/1994. Assim, seguindo essa divisão, o capítulo terá duas partes: (i) a primeira reservada ao período marcado por uma racionalidade material que teve início com a regulamentação da Lei 4.137/1962 pelo Decreto 92.323/1986, contemplando a CF/88, a MP 204/1990 – por meio da qual o Brasil "passou a efetivamente aplicar a legislação de defesa da concorrência"[20] – e a Lei 8.884/1994; e (ii) a segunda voltada para o período iniciado com a Resolução Cade 05/1996, contemplando a Lei 10.149/2000, que reformou profundamente a legislação vigente à época, e a Lei 12.529/2011, na qual prevalece uma racionalidade instrumental.

Ver BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. Projeto de Lei nº 3.937, de 2004. Autor: Carlos Eduardo Cadoca. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 06 nov. 2007. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=520669&filename=VTS+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 04 set. 2017, p. 40. Nesse caso, a forma é instrumental em relação a uma racionalidade econômica, não necessariamente por uma necessidade de coerência interna (como seria no caso de uma racionalidade formal típica).

[19] A forma de processar a tensão entre essas racionalidades compõe o objeto da tese de Arthur Villamil Martins [MARTINS, Arthur Villamil. *As políticas econômicas constitucionais como fator de legitimidade das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – Cade. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 17]. Não obstante, o método adotado pelo autor, ao buscar soluções a partir do princípio da dignidade da pessoa humana [MARTINS, Arthur Villamil. *As políticas econômicas constitucionais como fator de legitimidade das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – Cade. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 20 e ss.], implica o risco de "abuso de dedução" [sobre o tema, ver tópico 2.2]. Segundo Martins: "procura-se demonstrar, nesta tese, que a introdução de elementos de política econômica auxiliará a melhoria qualitativa das decisões do Cade, mormente quando se sabe que o princípio da livre concorrência não pode ser concebido como um fim em si mesmo, mas deve ser aplicado como princípio instrumental da ordem econômica brasileira, na busca maior de um direito de desenvolvimento que assegure a todos a possibilidade de uma existência digna" [MARTINS, Arthur Villamil. *As políticas econômicas constitucionais como fator de legitimidade das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – Cade. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 31].

[20] AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo Rosenthal. A evolução da legislação antitruste no Brasil. *Revista Concorrência & Regulação*, Coimbra, v.7-8, p. 139-159, 2012, p. 142.

Antes, porém, de iniciar essa análise, é preciso, tal como foi feito em relação ao processo civil, ressalvar que (i) a preponderância de um tipo de racionalidade não exclui sua possível convergência ou tensão com outras racionalidades emergentes ou imergentes;[21] e que (ii), apesar de se reconhecer a relevância de algumas "permanências",

[21] Assim pode ser entendida a afirmação de Iagê Miola, para quem "a reforma [neoliberal brasileira] foi um processo marcado por lutas e compromissos políticos que, como argumento, constituem outro indicativo das raízes da reforma no neoliberalismo". Tradução livre de: "[Brazilian neoliberal] reform was a process marked by struggles and political compromises that, as I argue, constitute another indicator of the roots of reform in neoliberalism" [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 236]. Exemplo disso é o reconhecimento de tensões na atuação do Cade no período entre 1996-1998 [BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 244-250]. No entanto, a sugestão do autor, de que na Constituição de 1988 já se estava incorporando a teoria econômica *mainstream* ao antitruste [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 234], apenas pode ser aceita no contexto do trabalho caso se reconheça que a CF/88 contém alguns elementos que apontam para o surgimento de uma racionalidade que apenas se tornaria preponderante muitos anos depois. Quanto ao momento dessa preponderância também se discorda de Miola, para quem as raízes institucionais de um sistema concorrencial neoliberal estariam consolidadas em 1994 [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 234]. Uma possível explicação para isso, reside no fato de que Miola sustenta que "[...] as regras e instituições concebidas para o campo que resultam dessas lutas foram informados pelos princípios neoliberais de transformação do Estado e da economia". Tradução livre de: "[…] the rules and institutions designed for the field that result from theses struggles were informed by the neoliberal tenets of transforming the state an the economy" [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 231]. Assim, ao explicar as tensões, Miola afirma a existência de tentativas de subverter as tendências neoliberalizantes [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 237]. Contudo, na medida em que o autor pressupõe uma certa afinidade entre um sistema moderno de direito concorrencial e ideias alinhadas à eficiência econômica, deixa de reconhecer que em determinado momento ideias alinhadas a uma racionalidade de mercado enfrentavam resistência justamente por serem insurgentes, razão pela qual foram contempladas nos textos legislativos de forma mais tímida que a racionalidade preponderante à qual se contrapunha. Uma possível explicação para isso é o fato de Miola conferir excessiva importância à ação individual, sem analisar as constrições estruturais que ela pode sofrer (a agência é examinada como condição para a estrutura, mas o impacto desta na primeira não é analisado). Apesar da referência do autor ao pensamento de Pierre Bourdieu [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 326], outras afirmações demonstram a plausibilidade dessa explicação: "[...] eu busco ilustrar como o campo foi estruturado depois de sua criação – isto é, os agentes que detêm o monopólio para determinar a legislação, suas posições e *habitus* – replica a tendência central identificada na reforma da política concorrencial: a presença dominante de advogados corporativos e economistas da corrente dominante profissionalmente alinhados com o projeto neoliberal". Tradução livre de: "[…] I seek to illustrate how the field was structured after its creation – i.e. the agents that hold monopoly to determine the law, their positions and habitus – replicates the central trend identified in the reform of competition policy: the dominant presence of corporate lawyers and mainstream economists professionally aligned with the neoliberal project" [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 240]. Neste ponto, parece mais adequada a afirmação de Gustavo

procura-se compreender o sentido dos períodos examinados especialmente a partir das transformações proporcionadas por cada nova legislação.[22]

4.1 DO DECRETO 92.323/1986 À LEI 8.884/1994

Ainda que um exercício como o proposto não tenha sido realizado pela doutrina brasileira, diversos autores fizeram referência ao sentido das leis promulgadas na primeira metade da década de 1990. Alguns as relacionaram com o então recente texto constitucional,[23] chegando a sustentar que "os princípios da *livre iniciativa* e da *livre concorrência* são *instrumentais* da promoção da *dignidade humana*".[24] Outros, mais preocupados com o contexto institucional do que com o contexto jurídico da época, associaram a legislação do período "à liberalização econômica da década de 1990, quando novos instrumentos e ferramentas jurídicas de disciplina das relações econômicas foram adotados".[25] Ignorando até mesmo os "surtos de vigência" da Lei 4.137/1962,[26] houve também quem afirmasse que o Cade e o direito concorrencial no Brasil existiram apenas formalmente até meados da década de 1990.[27]

Onto, para quem "caso a economização da política antitruste dependesse exclusivamente da adoção discricionária de economistas, sua simples presença no conselho e a presença de conceitos econômicos na lei 'economizaria' a política por si só. […] Porém, a performatividade exige a construção de um conjunto de elementos que tornam a análise econômica realizável" [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 106].

[22] Ver a introdução ao capítulo 3.

[23] FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste.* 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 183.

[24] FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste.* 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 186-187.

[25] AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo Rosenthal. A evolução da legislação antitruste no Brasil. *Revista Concorrência & Regulação*, Coimbra, v.7-8, p. 139-159, 2012, p. 143.

[26] FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste.* 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 116 e ss.

[27] AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo Rosenthal. A evolução da legislação antitruste no Brasil. *Revista Concorrência & Regulação*, Coimbra, v.7-8, p. 139-159, 2012, p. 143. Nesse sentido, afirmando que o direito antitruste no Brasil existia apenas formalmente antes da Lei 8.884/1994, ver ARAUJO JR. José Tavares de. Prefácio. In: MATTOS, César (Org.). *A revolução do antitruste no Brasil:* a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 5-7, p. 6; SALGADO, Lucia Helena. Defesa da concorrência no Brasil: aspectos institucionais, desempenho recente e perspectivas de reforma. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Texto para discussão*, Brasília, n.1386, p. 6-26, fev. 2009. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1386.pdf. Acesso em: 04 out. 2017, p. 12. Essa perspectiva, para além de polêmica, revela-se equivocada ao fazer coro à noção de "revolução do antitruste" como um marco para a efetiva existência da disciplina e não como um marco de uma mudança em sua racionalidade. A tese de Mário Cabral contesta essa noção ao demonstrar que em outros períodos históricos também havia uma relação entre antitruste e teoria econômica, configurando-se o período da "revolução do antitruste" como o estabelecimento de uma relação entre esse ramo do direito e

A diferença entre esses posicionamentos, por si só, justifica uma análise mais detida quanto à racionalidade preponderante no direito concorrencial brasileiro nesse momento histórico. Para tanto, é preciso se referir ao primeiro diploma jurídico que a representa: o Decreto 92.323/1986, que revogou o Decreto 52.025/1963 e conferiu nova regulamentação à Lei 4.137/1962. Esse decreto foi a primeira alteração significativa no direito positivo após o período compreendido entre 1964 e 1985, em que prevaleceu o ostracismo do direito concorrencial e o apoio institucional à concentração de empresas.[28]

Apesar de conferir uma disciplina menos detalhada, menos técnica e mais informal ao tema do que o regulamento anterior, o Decreto 92.323/1986 produziu alterações relevantes no direito concorrencial brasileiro: (i) eliminou a tipicidade dos ilícitos concorrenciais (art. 1º, Decreto 92.323/1986), em contraposição à definição típica feita pelo art. 2º, Decreto 52.025/1963; (ii) definiu de forma ampla os agentes sujeitos à legislação antitruste, em contraste com a definição restritiva do art. 5º, Decreto 52.025/1963; (iii) recrudesceu as sanções, prevendo, além de multa e intervenção, a possibilidades de liquidação judicial (art. 6º, Decreto 92.323/1986), bem como, nessa hipótese, desapropriação pela União em prol do interesse público (art. 7º, Decreto 92.323/1986); (iv) reforçou a obrigatoriedade de comunicação do Ministério Público ao fim da tramitação do processo administrativo (art. 8º, Decreto 92.323/1986); (v) ampliou os poderes instrutórios da autoridade concorrencial, com a extensão a todas as pessoas

---

uma espécie de "teoria econômica" associada à Escola de Chicago [ver CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia:* convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 17 e ss.].

[28] Nesse sentido, MONTEIRO, Brandão. Apresentação de emendas. In: BRASIL. *Constituinte fase B*: emendas ao ante-projeto do relator da subcomissão. Brasília, v.166, mai. 1987, p. 469. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-166.pdf. Acesso em: 03 out. 2017, p. 469; SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. *Direito Rio – textos para discussões*, Rio de Janeiro, out. 2008. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/1762. Acesso em: 15 set. 2017, p. 7; SALGADO, Lucia Helena. As políticas de concorrência (ou antitruste): um panorama da experiência mundial e sua atualidade para o Brasil. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Texto para discussão*, Brasília, n.264, p. 1-44, 1992. Disponível em: http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0264.pdf. Acesso em: 04 out. 2017, p. 33-34. Apesar de ser esse o quadro geral do período, é possível apontar, no seu curso, diferentes momentos quanto à atuação antitruste: um crescimento de julgamentos do Cade no início da segunda década de regime militar [NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência:* o Cade (1962-1994). 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 60-77], sucedido por um "esquecimento" do Cade na primeira metade da década de 80 [NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência:* o Cade (1962-1994). 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 77-85].

físicas ou jurídicas, públicas ou privadas da obrigação de prestar as informações solicitadas pelo Cade (art. 17, Decreto 92.323/1986)[29].

Essas alterações permitem situar o referido decreto em um período histórico em que prevaleceu, nas alterações normativas promovidas no direito concorrencial, uma racionalidade de tipo material.[30] Essa racionalidade se caracteriza por uma ampliação do controle estatal sobre o mercado, tendo como pressuposto a atenção a interesses externos ao direito e ao próprio mercado, bem como o aumento dos poderes de investigação da autoridade concorrencial e a previsão de punições mais severas e mais interventivas.[31]

Com isso, reduz-se a certeza e a segurança jurídica desses agentes, com o propósito de permitir que sejam atingidos resultados consentâneos com valores extrajurídicos. Efetivamente, ainda que nem todos os elementos que caracterizam essa racionalidade sejam identificados em todas as alterações normativas do período examinado, há entre elas uma afinidade que pode ser identificada como uma tendência comum em direção a uma racionalidade de tipo material.

Tal racionalidade também é característica do texto constitucional vigente. Afinal, diferentemente das constituições anteriores, a CF/88 previu, expressamente,[32] a livre

---

[29] Nesse sentido, Cleveland Prates, após se referir à Lei 4.138/1962, e ao fato de que ela criou o Cade, afirma: "Este Conselho só veio a adquirir maiores poderes em 1986 (DL nº 93.323) quando obteve a prerrogativa de solicitar intervenção judicial e até a expropriação do infrator" [TEIXEIRA, Cleveland Prates. *Controle preventivo da concorrência:* a experiência brasileira em 1994-1996. 1997. Dissertação (Mestrado em Economia de Empresas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Faculdade Getúlio Vargas, 1997, p. 40].

[30] A manifestação de José Paulo Cavalcanti Filho, então presidente do Cade, no início do ano de 1986, também é um indicativo da preponderância de uma racionalidade material: "Nos últimos seis meses, a experiência do CADE revela claramente, com base na sua ação, que dentre as formas mais freqüentes do abuso se situam as práticas destinadas a estabelecimento de monopólios ou cartéis, via eliminação de concorrência e a obtenção de lucros desmedidos, com prejuízo evidente ao público consumidor. No jogo desigual que se estabelece, é indispensável a presença do Estado como parceiro do economicamente mais fraco ou na preservação dos interesses do público consumidor. Os pequenos e médios empresários sabem bem desse material" [CAVALCANTI FILHO, José Paulo. O cerco ao capitalismo selvagem. *Revista de Direito Econômico,* Brasília, n.1, jan. 1986].

[31] Nesse sentido, é exemplar a afirmação de Navarrete de que: "Em 1987, estudava-se no Congresso e nos Ministérios, uma nova lei antitruste, que dotasse o CADE de maiores poderes, que fundisse a Lei 4.137/62 com a Lei delegada nº 4 - que dispunha sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao 'consumo do povo'. Dessa forma, o governo poderia intervir diretamente, controlando os estoques e o fornecimento de mercadorias e serviços essenciais por meio das decisões do Conselho" [NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência:* o Cade (1962-1994). 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 99].

[32] Não obstante, a EC 01/1969 estabelecia entre os princípios da ordem econômica e social: "repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (art. 160, V, EC 01/1969). Outras constituições também previam de diferentes formas a repressão ao abuso de poder econômico (art. 148, CF/46) ou a crimes contra a economia popular (art. 141, CF/37).

concorrência entre os princípios da ordem econômica e social. Como explica Carlos Emmanuel Ragazzo:

> Como a livre iniciativa, na qualidade de fundamento da ordem econômica, é um instrumento que deve levar em consideração a finalidade de garantir a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, com esse propósito a Constituição de 1988 houve por bem determinar a observância a alguns princípios, entre os quais se destacam, para o assunto ora tratado, o princípio da livre concorrência (artigo 170, inciso IV) e o princípio de defesa do consumidor (artigo 170, inciso V).[33]

Com isso, o texto constitucional afastou "a interpretação liberal clássica no sentido de que a livre iniciativa seria absoluta e que, em conseqüência, dela decorreria a livre concorrência".[34] Nesse passo, segundo Ragazzo, a CF/88 pressupõe que o poder econômico é capaz de provocar distorções no mercado, reclamando a atuação estatal. De fato, apesar de ser praticamente uma repetição de outros textos constitucionais anteriores, é expressiva a previsão do art. 173, § 4º, CF/88: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros". De um lado, porque representava, nas palavras de Mario Amato,[35] "[...] uma contrapartida da garantia do capital";[36] de outro, porque a previsão de repressão ao aumento arbitrário de lucros, em um contexto de garantia expressa da livre iniciativa e de "liberalização" da economia, não pode ser considerada análoga a essa mesma previsão no contexto econômico das décadas de 1940 ou 1960.[37]

Ainda que isso não costume ser reconhecido pela doutrina, o que foi dito em relação à CF/88 também se aplica à Lei 8.158/1991, originada a partir da MP 204/1990 e

---

[33] RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus. Evolução do combate à corrupção no Reino Unido. In: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; MOHALLEM, Michael Freitas. (Orgs.). *Diagnóstico institucional:* primeiros passos para um plano nacional anticorrupção. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 19-38.

[34] RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus. Evolução do combate à corrupção no Reino Unido. In: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; MOHALLEM, Michael Freitas. (Orgs.). *Diagnóstico institucional:* primeiros passos para um plano nacional anticorrupção. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 19-38.

[35] Amato foi presidente da FIESP e um dos mais participativos "populares" nos debates sobre a ordem econômica durante a constituinte.

[36] BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Atas de comissões. Brasília, DF, 1987. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/sistema.pdf. Acesso em: 21 out. 2017, p. 526.

[37] Nesse sentido é notável o art. 1º, § 1º, Lei 8.002/1990, que dispõe sobre a repressão de infrações atentatórias contra os direitos do consumidor: "Quando o ponto de venda da mercadoria for distinto da fábrica, o frete a ser cobrado pelo transporte entre a fábrica e aquele ponto deverá estar sujeito a controle de preços da mesma forma que a mercadoria transportada, vedado qualquer acréscimo".

primeira a atender o disposto no art. 173, § 4º, CF/88.[38] De fato, diversos autores costumam sugerir que essa lei (assim como a Lei 8.884/1994) foi fruto de um contexto no qual "o novo governo alardeava a abertura do mercado brasileiro e a liberalização da economia",[39] e que diante da "intenção declarada" de deixar que o "mercado se autorregulasse", seria necessário evitar comportamentos disfuncionais por parte dos agentes econômicos.[40] Nesse sentido, é contundente a afirmação de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

> [...] a proposta de liberalização da economia trazida por um novo Governo em março de 1990 tinha dois objetivos básicos: a renúncia do Estado às diferentes formas interventivas e o desbloqueio da iniciativa privada, pela implosão dos cartéis e dos "cartórios". E com esta finalidade, a ressurreição da lei antitruste [por meio da então MP 204/1990] era uma peça fundamental.[41]

Conquanto alguns trechos da exposição de motivos da MP 204/1990 aparentem referendar essa afirmação,[42] outros trechos, e as próprias alterações promovidas pela Lei 8.158/1991, colocam em xeque essa perspectiva de que a legislação concorrencial estaria orientada a uma racionalidade de mercado. Nesse sentido, afirma-se na exposição de

---

[38] Até ser transformada na Lei 8.158/1991, a MP 204/1990 sofreu algumas alterações durante suas diversas reedições, a última delas foi a MP 276/1990.

[39] FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste.* 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 140.

[40] FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste.* 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 140.

[41] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Lei de defesa da concorrência*: origem histórica e base constitucional. [S.l.: s.n.], 2012. Disponível em: http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/132>. Acesso em: 04 out. 2017, p. 71.

[42] Afirma-se que a eficácia da liberação do controle de preços dependeria "de um mecanismo legal capaz de prevenir distorções e corrigir abusos", criticando a falta de resultados práticos proporcionados pelos procedimentos estabelecidos na Lei 4.137/1962 e, diante disso, sugerindo que as alterações promovidas iriam "conferir eficiência e rapidez a atuação do poder público" [BRASIL. Presidência da República. *Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 204,* de 2 de Agosto de 1990. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/1990/medidaprovisoria-204-2-agosto-1990-371107-norma-pe.html. Acesso em: 20 jan. 2015, p. 3661]. Nesse sentido, Gustavo Gomes Onto sugere que "diversas menções a moderna teoria econômica do antitruste são feitas no texto da lei. Inicia-se o uso, por exemplo, dos conceitos de eficiência e de mercado relevante" [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 64]. Apesar de afirmar que a lei possuía um caráter mais técnico, reconheceu que ela recebeu críticas relacionadas a sua reduzida fundamentação econômica [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 65].

motivos que as mudanças promovidas no direito antitruste tinham a pretensão de fornecer meios para "enfrentar um dos maiores males da cultura brasileira: a impunidade",[43] e que

> [...] ao reconhecer que uma realidade econômica pode chegar à perversão do mercado por meio das próprias leis do mercado, a Constituição Federal traça um limite teológico [teleológico] à livre iniciativa, para que esta não se torne autofágica e desagregadora. Por isso mesmo não pode o poder público furtar-se ao dever de exercer vigilância, nos limites da legalidade e do respeito à liberdade.[44]

Com isso, fica clara não uma crença, mas uma desconfiança em relação ao mercado. Efetivamente, a referência do texto da exposição de motivos à eficiência e à eficácia não pode ser considerada, de maneira simplista, uma opção "neoliberalizante".[45] A preocupação expressada pelo Executivo e ratificada pelo legislador volta-se, substancialmente, à efetividade de uma política de concorrência que pressupõe, como se extrai do texto normativo, uma limitação à livre iniciativa maior do que aquela então vigente.[46] Afinal, eram tão significativas as hipóteses e formas de intervenção, bem como tão permeáveis a elementos externos ao direito, que a Lei 8.158/1991 se tornou suscetível

---

[43] BRASIL. Presidência da República. *Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 204,* de 2 de Agosto de 1990. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/1990/medidaprovisoria-204-2-agosto-1990-371107-norma-pe.html. Acesso em: 20 jan. 2015, p. 3661.

[44] BRASIL. Presidência da República. *Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 204,* de 2 de Agosto de 1990. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/1990/medidaprovisoria-204-2-agosto-1990-371107-norma-pe.html. Acesso em: 20 jan. 2015, p. 3661.

[45] Não é, pois, aceitável a conclusão de que "[...] no início dos anos noventa, as reformas do Governo Collor trouxeram nova visão, um novo consenso, entendido como neoliberal. Esse novo consenso foi estruturado no Governo Itamar e Cardoso" [NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência:* o Cade (1962-1994). 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 10], sem a ressalva de que os reflexos dessa visão, como predominante, não emergiram na legislação concorrencial com a Lei 8.884/1994, muito menos com a Lei 8.158/1991. Também em sentido contrário, Ana Paula Martinez insere a Lei 8.884/1994 como elemento do pacote de reformas forjado a partir de uma agenda econômica e política liberal [MARTINEZ, Ana Paula. *Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil*. [S.l.: s.n.], 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3768038/mod_resource/content/1/CHY%20-%20Texto%20 AMP.pdf. Acesso em: 19 set. 2017, p. 24]. De fato, como afirma Cabral, referindo-se a Iagê Miola, "[...] a narrativa de que, a partir dos anos 1990, notadamente com a Lei no 8.884/1994, a política antitruste brasileira se tornou mais 'técnica' e 'despolitizada' é comum e reiterada" [CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia:* convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 35].

[46] Isso não significa sugerir que há, em princípio, incompatibilidade entre "liberalização" da economia e controle do abuso do poder econômico, até porque este apenas faz sentido em uma economia de mercado [FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Desregulamentação e o controle do abuso do poder econômico: teoria e prática. *Revista de Economia Política,* São Paulo, v.14, n.3 (55), p. 78-93, jul. a set. 1994, p. 78-79]. No entanto, há diferentes formas de realizar esse controle, que podem ser mais próximas ou mais distantes de uma racionalidade de mercado.

de ser utilizada como "instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia".[47]

Assim, ao contrário do que sustenta Paula Forgioni, para além de algumas expressões pontuais de vontade política no período, parece difícil conciliar o fato de que uma lei "desenhada para corrigir disfunções que se apresentam no mercado" ou para "auxiliar a implementação de uma determinada política pública [liberalizante]" pudesse ser utilizada ao talante da conveniência política "contra agentes econômicos que auferissem 'lucros abusivos'".[48]

Diante disso, como forma de demonstrar a preponderância de uma racionalidade material entre as alterações normativas nesse período, é imprescindível um exame cuidadoso daquelas que foram introduzidas pela Lei 8.158/1991.

De início, essa lei caracterizou a infração à ordem econômica de modo mais amplo e mais rigoroso do que a anterior, com texto bastante similar ao que foi posteriormente adotado pela Lei 8.884/1994: a configuração de infrações não dependia da produção de efeitos (art. 3º, *caput,* Lei 8.158/1991), tampouco de culpa ou dolo do agente (art. 22, Lei 8.158/1991). Esse tratamento mais formal conferido às infrações favorecia uma racionalidade material, expressando uma desconfiança nos mecanismos de mercado: essas regras criavam um risco maior de haver erro ao serem punidas condutas benéficas ao mercado (falsos positivos), do que o contrário, de que condutas eventualmente maléficas não fossem responsabilizadas (falsos negativos).

Ademais, foram concedidos poderes bastante extensos e ampla discricionariedade para a SNDE[49] (art. 4º, Lei 8.158/1991), que podia: (i) recomendar "medidas de correção" aos agentes econômicos e, caso essas fossem desatendidas, poderia providenciar, cumulativa ou alternativamente, a inidoneidade para licitar ou contratar com o Poder Público; (ii) determinar a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (iii) recomendar que não fosse concedido parcelamento de tributos; e (iv) solicitar que o Cade

---

[47] FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste.* 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 121.

[48] FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste.* 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 121. Pedro Henrique Navarrete parece seguir a mesma linha de Forgioni: "o governo Collor favoreceu a aprovação de nova legislação de defesa da concorrência e criação de mecanismos legais para sua implementação. Como muitas medidas desse governo, a legislação antitruste aprovada nesse período foi influenciada por sua visão de Reforma de Estado, que misturava aspectos liberais com elementos intervencionistas" [NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência:* o Cade (1962-1994). 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 101]. (grifou-se).

[49] Secretaria Nacional de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, origem da também extinta Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE).

"delibere, liminarmente, sobre a prática ilícita e determine sua imediata cessação, se for o caso, até final julgamento do processo" (art. 7º, Lei 8.158/1991). Além disso, até mesmo os prazos eram prorrogáveis "a juízo e na extensão que a SNDE considerar adequada à espécie" (art. 5º, Lei 8.158/1991).

Outro ponto relevante é o reconhecimento da autoridade do Cade e da SNDE para adotar medidas preventivas "em qualquer fase da averiguação preliminar do processo administrativo, da execução ou da intervenção" (art. 12, Lei 8.158/1991). Essa disposição, associada ao art. 3º, Lei 8.158/1991, que previa a configuração de infração à ordem econômica "ainda que os fins visados não sejam alcançados", representou a recepção, pelo direito concorrencial brasileiro, de uma preocupação com as infrações à ordem econômica em momento anterior à produção de resultados danosos. Essa preocupação ainda foi reforçada pelo art. 1º, Lei 8.884/1994, ao estabelecer que "esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica [...]".

A adoção de medidas preventivas e de sanções não pecuniárias pela Lei 8.158/1991 também não parece se adequar a uma racionalidade de mercado informada pela monetização das relações sociais,[50] mas a uma racionalidade material. Além disso, como se não bastasse, o rol de sanções foi ampliado em relação à legislação anterior e as penas foram recrudescidas. A severidade das sanções e o grau de discricionariedade ficam claros com o art. 15, Lei 8.158/1991, que permitia ao Cade "recomendar a desapropriação de empresas, de suas ações ou quotas, as quais deverão ser, no mais breve tempo possível, objeto de alienação mediante licitação ou em bolsas de valores". Antes, o art. 61, Lei 4.137/1962, tal como regulado pelo art. 7º, Decreto 92.323/1986, apenas ressalvava a possibilidade de a União desapropriar a empresa se conviesse ao interesse público, sem que isso constituísse uma espécie de sanção. Trata-se, pois, de opção notadamente contrária aos interesses do mercado, que de modo algum pode ser denominada "liberalizante".[51]

---

[50] Em geral, as sanções pecuniárias são adequadas à racionalidade formal e à racionalidade instrumental, mas de diferentes modos: na primeira, as sanções costumam ser negativas e impostas; na segunda, positivas e negociadas, representando incentivo ao agente para que aja conforme à norma.

[51] Ainda que não seja objeto desta tese, a conjuntura que justifica a preponderância da racionalidade material no direito antitruste durante esse período parece ser bem resumida por Elizabeth Farina: "A força dos oligopólios brasileiros, condenado com veemência pelo governo, imprensa e parlamentares, foi magnificada nos anos 80 pela generalização da reserva de mercado, antes privilégio de alguns setores definidos pela política industrial. Esse regime de proteção sem dúvida conferiu aos grandes negócios ampla liberdade para estabelecer políticas de preço e produção, nem sempre condizentes com o interesse público. Responsabilizados pelo insucesso de vários planos de estabilização e baixa qualidade de seus produtos, monopólios, oligopólios e cartéis passaram a ser tratados agressivamente, com ameaças de devassa fiscal,

Quanto aos aspectos procedimentais, a Lei 8.158/1991 previu que os processos oriundos da SNDE poderiam ser julgados pelo Cade "independentemente da realização de novas diligências ou de abertura de prazo de alegações finais" (art. 8º, Lei 8.158/1991). Ainda que esse dispositivo pudesse acelerar o procedimento, outros, como o art. 21, Lei 8.158/1991, que previa que as decisões administrativas seriam "passíveis de recurso, voluntário ou de ofício, interposto ao Ministro da Justiça", produziam o resultado inverso. Essa disposição, inexistente na Lei 4.137/1962, não apenas era suscetível de retardar o procedimento, como também assegurava um controle político mais intenso sobre as decisões do Cade. Uma racionalidade mais adequada ao mercado indicaria, em nome de uma maior previsibilidade, a solução oposta: a atribuição de um caráter mais técnico e menos político às decisões da autoridade concorrencial.[52] Se, por um lado, a manutenção do elemento político permite uma maior adesão aos reclamos da sociedade e de interesses setoriais do mercado, por outro, ela gera insegurança jurídica e despreza os valores competitivos propugnados em uma economia "mais livre".[53]

Essa tendência de ampliação dos poderes da SNDE, transformada em SDE pela Lei 8.884/1994, também é marcante nesta lei,[54] conforme expresso na exposição de motivos do PL 3712/1993, que lhe deu origem:

> [...] dá-se à Secretaria de Direito Econômico competência para a fiscalização permanente de setores monopolizados e oligopolizados, podendo requisitar, para tanto, as informações necessárias. Com isto, o órgão terá condições de se aparelhar convenientemente para a repressão de abusos, organizando um verdadeiro sistema de acompanhamento daqueles setores.[55]

---

importações e até cadeia. [...] A ira contra os oligopólios fez com que fossem editadas nada menos do que cinco medidas provisórias (nºs 153, 204, 218, 246 e 276), que estabeleciam regras e ampliavam punições para o abuso do poder econômico. Criou-se a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) [...]. A SNDE passou a ser uma instância anterior ao CADE, cujo objetivo era tornar ágeis os processos contra ações abusivas, aplicando sanções antes mesmo que fosse instaurado um processo administrativo" [FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Desregulamentação e o controle do abuso do poder econômico: teoria e prática. *Revista de Economia Política,* São Paulo, v.14, n.3 (55), p. 78-93, jul. a set. 1994, p. 90-91].

[52] Sobre a relação entre "técnica" e "política", ver CAMPILONGO, Celso. Democracia e legitimidade: representação política e paradigma dogmático. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.86, p. 29-40, abr. a jun. 1985, p. 39.

[53] Valores como "calculabilidade e previsibilidade e, de forma ampla, eficiência econômica". Ver AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo Rosenthal. A evolução da legislação antitruste no Brasil. *Revista Concorrência & Regulação*, Coimbra, v.7-8, p. 139-159, 2012, p. 142.

[54] Nesse sentido, é equivocada a associação feita por César Mattos entre a ampliação dos poderes do Cade, "especialmente para a análise e julgamento de atos de concentração econômica" e a denomina revolução do antitruste [MATTOS, César. Introdução. In: _____. *A revolução do antitruste no Brasil:* a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 19-28, p. 21-22].

[55] BRASIL. Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional: Seção I. Exposição de motivos nº184, de 24 de abril de 1993, do Senhor Ministro de Estado da Justiça. *Congresso Nacional,* Brasília, DF, mai. 1993. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13MAI1993.pdf#page=7. Acesso em: 09 out. 2017, p. 9.

Nesse sentido, competia à SDE monitorar e acompanhar as práticas de mercado (art. 14, I, Lei 8.884/1994) e "acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de [agentes] que detiverem posição dominante [...], para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários [...]" (art. 14, II, Lei 8.884/1994).[56] Não há como sustentar que essa competência, atribuída a órgão localizado no Ministério da Justiça, representaria confiança nos mecanismos de mercado ou envolveria uma racionalidade instrumental.[57]

O mesmo pode ser percebido em relação à implementação de um controle de concentrações, anteriormente inexistente.[58] Ainda que o art. 2º, I, Lei 4.137/1962, previsse a concentração de empresas com a finalidade de dominar mercados ou eliminar a concorrência como forma de abuso do poder econômico, fazia isso apenas em sede do controle de condutas.[59] Ao contrário do que parece sugerir a doutrina,[60] o controle de concentrações foi previsto pela primeira vez, de forma dissociada do controle de condutas,

---

[56] Note-se, ainda, que a redação original do PL 3712/1993 era ainda mais explícita, prevendo a competência da SDE de "fiscalizar" em vez de "acompanhar" o mercado.

[57] Nesse sentido, Washington Peluso Albino de Souza afirma que com a criação da SDE, pela MP 204/1990, "alegava-se suprir uma falha ou completar as funções [do Cade]. Porém ficaria bem clara a intenção do Governo em manter-se mais perto desse órgão, por meio do Ministério da Justiça, no caso de sua completa autonomia, como se veria por ocasião da Lei n. 8.884/1994" [ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. Achegas à Lei n. 8884/94. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. *Lei Antitruste*: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 265-278, p. 270]. Em outra passagem Albino de Souza se refere ao desenho institucional do SBDC e, especialmente à SDE e a SEAE, "[…] como formas de manter a autarquia [Cade] de certo modo condicionada à máquina tradicional do governo" [ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. Achegas à Lei n. 8884/94. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. *Lei Antitruste*: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 265-278, p. 275].

[58] É significativa a resistência de autores mais liberais a esse tipo de controle. Ver LIMA, Ruy Afonso de Santacruz. *Prevenção antitruste no Brasil*: 1991-1996. 1998. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1998.

[59] Isso é similar ao que ocorria na União Europeia, em que antes Regulamento (CEE) nº 4064/89 do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, relativo ao controle das operações de concentração de empresas, os atos de concentração eram analisados sob o regime das condutas (então previsto nos arts. 85 e 86, atuais arts. 101 e 102, Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE).

[60] AMANN, Edmund; BAER, Werner. Neoliberalismo e concentração de mercado no Brasil: a emergência de uma contradição? *Revista Econômica,* Rio de Janeiro, v.8, n.2, p. 269-289, dez. 2006. Disponível em: http://www.uff.br/revistaeconomica/v8n2/baer.pdf. Acesso em: 20 set. 2017, p. 279. Nesse sentido, é paradoxal a afirmação de Gesner Oliveira e Cinthia Paulo, que sugerem que a Lei 8.884/1994 introduziu o controle de concentrações, mas reconhecem que o art. 54, Lei 8.884/1994 reteve parte da estrutura do art. 13, Lei 8.158/1991 e do art. 74, Lei 4.137/1962 [OLIVEIRA, Gesner; PAULO, Cinthia Konichi. Aspects of Brazilian competition policy. *Revista de Direito da Concorrência,* Brasília, n.9, p. 35-59, jan. a mar. 2006, p. 42].

pelo art. 13, Lei 8.158/1991, que alterou o art. 74, Lei 4.137/1962, tendo sido mantido nos diplomas posteriores.[61]

Para além de bastante rigoroso, esse controle conferia papel pouco significativo a um eventual aumento de eficiência (art. 13, Lei 8.158/1991, que modificou o art. 74, a, Lei 4.137/1962) e permitia, em determinados casos, a aprovação de operações que em princípio eram anticompetitivas, "por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final" (art. 13, Lei 8.158/1991, que modificou o art. 74, § 1º, da Lei 4.137/1962).[62]

A utilização de critérios abertos e extrajurídicos como "motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum" na análise de concentrações reforça a presença de uma racionalidade material. Ademais, nesse período, a rigidez do controle de concentrações, ligado ao estruturalismo da escola de Harvard, não é mitigada por uma aceitação ampla do aumento de eficiência como justificativa para a aprovação de operações, tal como defendido pela escola de Chicago,[63] à qual se associa a denominada "revolução do antitruste".[64]

---

[61] Nesse sentido, corretamente, contrariando praticamente toda a doutrina que costuma afirmar que essa previsão ocorreu apenas com o art. 54, Lei 8.884/1994, ver NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência:* o Cade (1962-1994). 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 10.

[62] O sentido dessa redação foi mantido no art. 54, § 2º, Lei 8.884/1994. Apesar de afirmar que esse dispositivo não tinha legitimidade, Bello considera a hipótese de que ele pretendia "[...] dar a oportunidade para vincular a aplicação da lei a outros objetivos econômicos e sociais [...]" [BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 79]. Adotando uma diferente perspectiva e analisando o dispositivo à luz da política industrial brasileira, ver FARIA, José Eduardo. Política industrial e Direito antitruste: a experiência brasileira e seu sentido atual. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 10, n.37, p. 109-149, jan. a mar. 2012, p. 123-129.

[63] Ver HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise*: principle and execution. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 35.

[64] CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia:* convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 20 e ss. Elizabeth Farina, em texto publicado em 1994, afirmou que "as leis antitrustes podem enfrentar as consequências do poder de monopólio de duas maneiras: i) aproximando a *estrutura* de mercado às características competitivas de forma a aumentar a probabilidade de emergência de condutas e desempenhos desejados, mais ou menos automaticamente; e ii) inibindo ou proibindo certos tipos indesejáveis de *conduta* das firmas. Há uma tendência atual para que esta segunda modalidade [o controle de condutas] prevaleça, o que tem se refletido inclusive na denominação das leis […]" [FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Desregulamentação e o controle do abuso do poder econômico: teoria e prática. *Revista de Economia Política,* São Paulo, v.14, n.3 (55), p. 78-93, jul. a set. 1994, p. 82 e ss]. (grifou-se). Assim, reforça-se o argumento de que o desenvolvimento legislativo do controle de concentrações, tendência no Brasil no início da década de 1990, não pode ser associada à desregulamentação e ao controle de condutas, duas "tendências" apontadas por Farina. Para mais elementos sobre a distinção entre as formas de controle, ver FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Desregulamentação e o controle do abuso do poder econômico: teoria e prática. *Revista de Economia Política,* São Paulo, v.14, n.3 (55), p. 78-93, jul. a set. 1994.

Esse exame detalhado da Lei 8.158/1991, considerada uma lei de segunda importância na história do direito da concorrência devido a sua curta vigência e reduzida efetividade,[65] particularmente se comparada com a Lei 8.884/1994 que a sucedeu, não foi, de modo algum, desprovido de propósito. Ela se justifica na medida em que a Lei 8.884/1994 representou a permanência no direito da concorrência brasileiro de muito daquilo que fora previsto pelo Decreto 92.323/1986 e pela própria Lei 8.158/1991.[66]

Efetivamente, na exposição de motivos do Projeto de Lei 3.712/1993, que deu origem à Lei 8.884/1994, reconheceu-se que a legislação anterior possuía meios adequados para implementar a repressão prevista no art. 173, § 4º, CF/88, mas que reclamava "[...] um aperfeiçoamento dos critérios e procedimentos de sua aplicação, na consciência de que a consolidação institucional das leis, pela sua efetivação, é mais importante do que a reforma de seus textos".[67] Nesse sentido, estabeleceu-se como "princípio de orientação" do projeto de lei "aproveitar a legislação vigente".[68]

Algumas dessas "permanências" na legislação são relevantes por assumirem um sentido diferente quando analisadas a partir das transformações ocorridas na realidade nacional. Nesse sentido, nota-se que a Lei 8.884/1994 manteve as linhas gerais do controle

---

[65] Sobre a inefetividade do direito antitruste nesse período, ver SALGADO, Lucia Helena. As políticas de concorrência (ou antitruste): um panorama da experiência mundial e sua atualidade para o Brasil. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Texto para discussão*, Brasília, n.264, p. 1-44, 1992. Disponível em: http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0264.pdf. Acesso em: 04 out. 2017, p. 35-36.

[66] Nesse sentido, Guilherme Favaro Corvo Ribas: "[...] o viés protecionista da economia popular perdurou até mesmo na edição da vigente Lei nº 8.884/1994" [RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Contratualização administrativa no direito concorrencial. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo. (Orgs.). *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 87-104, p. 91]. Em sentido contrário, ainda que reconheça que a Lei 8.884/1994 continha elementos que "[…] fugiam à racionalidade econômica moderna […]", Onto sugere que ela representou "[…] uma grande revolução na legislação […]" [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 73].

[67] BRASIL. Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional: Seção I. Exposição de motivos nº 184, de 24 de abril de 1993, do Senhor Ministro de Estado da Justiça. *Congresso Nacional,* Brasília, DF, mai. 1993. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13MAI1993.pdf#page=7. Acesso em: 09 out. 2017, p. 9.

[68] BRASIL. Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional: Seção I. Exposição de motivos nº184, de 24 de abril de 1993, do Senhor Ministro de Estado da Justiça. *Congresso Nacional,* Brasília, DF, mai. 1993. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13MAI1993.pdf#page=7. Acesso em: 09 out. 2017, p. 9. De forma um pouco enigmática, também se afirmou que "partiu-se, também, do pressuposto de que a legislação de defesa da concorrência não é, por natureza, nem instrumento fundamental para o eficiente e justo funcionamento da economia de mercado, mormente num mundo em transformação e, particularmente, para os chamados países em desenvolvimento" [BRASIL. Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional: Seção I. Exposição de motivos nº184, de 24 de abril de 1993, do Senhor Ministro de Estado da Justiça. *Congresso Nacional,* Brasília, DF, mai. 1993. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/ DCD13MAI1993.pdf#page=7. Acesso em: 09 out. 2017, p. 9.].

de concentrações[69] e de condutas estabelecido sob a égide da legislação anterior, dando-lhes disciplina mais detalhada.[70] Além disso, também manteve o aumento abusivo de preços como uma das infrações à ordem econômica.[71] Bem verdade que a tipificação desse ilícito concorrencial remonta à Lei 4.137/1962; porém, sua manutenção em um contexto no qual deixa de haver controle estatal de preços[72] e, de modo mais geral, quando supostamente há um movimento de "liberalização" da economia brasileira é bastante representativa.[73] Afinal, a Lei 8.884/1994 não apenas manteve a proibição à imposição de preços excessivos e ao aumento injustificado de preços", como conferiu maior detalhamento à sua disciplina (art. 21, parágrafo único).[74] Um detalhamento que, é necessário sublinhar, não expressa, em absoluto, a "suposição, liberal no sentido econômico, de que as falhas de mercado existem mas são menos graves que as falhas de

---

[69] Uma das poucas modificações foi a previsão de que as eficiências necessárias para aprovar atos de concentração (art. 53, § 1º, Lei 8.884/1994), passaram a ser aceitas também alternativamente e não mais apenas cumulativamente como previsto na Lei 8.158/1991 [ver BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 77].

[70] BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 59.

[71] Em verdade, a Lei 8.884/1994, também previu a tutela penal dessas infrações ao incluir no art. 4º, Lei 8.137/1990, o seguinte inciso: "VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado". Essa previsão foi revogada pelo art. 116, Lei 12.529/2011.

[72] Considerado um dos responsáveis por ter se "[...] deixado de operacionalizar de forma abrangente e consistente [...]" a defesa da concorrência. [AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo Rosenthal. A evolução da legislação antitruste no Brasil. *Revista Concorrência & Regulação*, Coimbra, v.7-8, p. 139-159, 2012, p. 143].

[73] Evidentemente, em termos econômicos, as duas leis antitruste da primeira metade da década de noventa são mais "liberais" que um sistema de controle de preços, tal como afirma Navarrete: "Sua motivação imediata era a criação de bases institucionais para garantir preços moderados, promovendo um ambiente competitivo e compatível com uma conjuntura econômica de baixa inflação. A Defesa da Concorrência seria, assim, um modelo alternativo (liberal) que deveria substituir os velhos mecanismos (intervencionistas) de administração de preços" [NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência:* o Cade (1962-1994). 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 102-103]. Por outro lado, a adoção de um controle de concentrações é menos "liberal" do que a sua inexistência ou do que uma política pública de estímulo às concentrações.

[74] Sobre esse detalhamento, é interessante notar que na Exposição de Motivos do PL 3.712/1993, o Ministro da Justiça Maurício Corrêa, ao listar cinco pontos de estrangulamento da legislação então vigente, afirmou: "em quarto lugar, alguns tipos de abuso, como o aumento arbitrário de preços, não encontram satisfatória configuração legal. É verdade que este é um problema altamente complexo em todos os países que se preocupam com a defesa dos interesses econômicos difusos. No Brasil, porém, o intense processo inflacionário agrava a questão, que merece, por isto, tratamento direto para dar-lhe a eficácia requerida" [BRASIL. Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional: Seção I. Exposição de motivos nº184, de 24 de abril de 1993, do Senhor Ministro de Estado da Justiça. *Congresso Nacional,* Brasília, DF, mai. 1993. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13MAI1993.pdf#page=7. Acesso em: 09 out. 2017, p. 9]. Merece destaque também a afirmação de Carlos Bello de que "a principal diferença entre a Lei nº 8.884/1994 e as lei anteriores quanto às infrações à ordem econômica é a redefinição do conceito de preços excessivos" [BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 74].

governo".[75-76] Nem se diga, ademais, que o controle de preços se inspirava em uma crença na direção da economia pelo Estado ou na necessidade de seu controle sobre uma variável concorrencial; era fruto, isso sim, de um temor decorrente do processo inflacionário.[77]

Ademais, conquanto tenha deixado de prever a possibilidade de o Cade recomendar a desapropriação de empresas, a Lei 8.884/1994 manteve a tendência de ampliação do rol de sanções não pecuniárias e de seu caráter interventivo.[78] Nesse sentido, duas das três hipóteses previstas na Lei 8.158/1991 foram ampliadas (art. 24, II e IV, b, Lei 8.884/1994), a terceira foi mantida (art. 24, III, Lei 8.884/1994), e mais quatro foram

---

[75] AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo Rosenthal. A evolução da legislação antitruste no Brasil. *Revista Concorrência & Regulação*, Coimbra, v.7-8, p. 139-159, 2012, p. 143.

[76] Expressa menos ainda essa "suposição liberal", a previsão do art. 10, Lei 9.021/1995: "art. 10. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae), quando verificar a existência de indícios da ocorrência de infração prevista nos incisos III ou IV do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994, mediante aumento injustificado de preços ou imposição de preços excessivos, convocará os responsáveis para, no prazo máximo de dez dias úteis, justificarem a respectiva conduta. Parágrafo único. Não justificado o aumento, ou preço cobrado, presumir-se-á abusiva a conduta, devendo a Seae representar fundamentalmente à Secretaria de Direito Econômico - SDE, do Ministério da Justiça, que determinará a instauração de processo administrativo". Afinal, referido dispositivo estabelece a possibilidade de criação de uma presunção de infração à ordem econômica, em caso de ausência de justificação, nos casos de aumento abusivo de preços.

[77] BRASIL. Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional: Seção I. Exposição de motivos nº184, de 24 de abril de 1993, do Senhor Ministro de Estado da Justiça. *Congresso Nacional,* Brasília, DF, mai. 1993. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13MAI1993.pdf#page=7. Acesso em: 09 out. 2017, p. 9. Ver também BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 53. Ademais, não parece possível associar toda e qualquer política de combate a inflação a um consenso neoliberal, sob pena de se chegar a conclusões paradoxais, como: "o neoliberalismo no Brasil, ao contrário do seu discurso, teve um viés altamente intervencionista" [NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência:* o Cade (1962-1994). 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 86-87] ou ainda, como "quando o governo Collor resolveu priorizar o organismo, o Conselho passou a ser visto como forte instrumento para atingir os objetivos do grande consenso liberal que se instaurava naquele momento" [NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência:* o Cade (1962-1994). 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 103]. Ver também NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência:* o Cade (1962-1994). 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 113 e 121-122. No mesmo sentido, Miola afirma que "a forma como foi articulada entre o final dos anos 1980 e começo dos anos 1990, a política antitruste foi parte integral das políticas neoliberais de liberalização, desregulamentação e privatização que ganharam terreno como uma resposta apropriada à longa crise inflacionária". Tradução livre de: "the way it was articulated between the late 1980s and early 1990s, Competition policy was an integral part of neoliberal policies of liberalization, deregulation and privatization that gained ground as an appropriate response to a decade long inflationary crisis" [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 238]. Esse tipo de afirmação contrasta não apenas com o sentido presente nos textos legislativos do período como, inclusive, com o procedimento estabelecido no Plano Real de controlar as regras de conversão monetária por meio da Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB).

[78] Além disso, é de se notar que o valor das multas foi consideravelmente aumentado pela Lei 8.884/1994, alcançando patamares elevados no substitutivo apresentado ao Projeto de Lei 3.712/1993 pelo Deputado Fábio Feldmann [BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 59-60 e 74-75].

criadas (art. 24, I, IV, a, V, Lei 8.884/1994) – incluindo a possibilidade de o Cade determinar "a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica" (art. 24, IV, Lei 8.884/1994).

Além disso, também é notável que, mesmo após a promulgação da Lei 8.884/1994, uma racionalidade material ainda poderia ser identificada em outras alterações normativas. Um exemplo disso é o art. 78, Lei 9.609/1995, que alterou o percentual relativo à presunção de poder dominante prevista nos arts. 20, § 3º, e 54, § 3º, Lei 8.884/1994, reduzindo-o de 30% para 20% e, com isso, ampliando o controle sobre o comportamento dos agentes de mercado.

Se o sentido das transformações ocorridas no direito concorrencial brasileiro no período analisado fosse, de fato, determinado meramente por um espírito (neo)liberalizante,[79] seria muito difícil justificar os dispositivos mencionados acima. Afinal, tal espírito se caracteriza por uma racionalidade instrumental, inspirada na crença de que se deveria "[...] deixar, na medida do possível, que o mercado se auto-regulasse".[80] Um direito da concorrência assim constituído tenderia a ser menos interventivo, com procedimentos mais céleres, com análises mais voltadas aos efeitos produzidos na realidade concreta e, certamente, menos suscetível ao poder político.[81]

Apesar da preponderância de uma racionalidade material nesse período, há algumas alterações relevantes no direito concorrencial proporcionadas pela Lei 8.884/1994 que podem ser associadas a uma racionalidade instrumental: elas revelam a existência de

---

[79] FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste.* 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 120. No mesmo sentido, Gustavo Onto afirma que "[…] a formulação da Lei [8.884/1994] foi influenciada pelo paradigma neoliberal, que foi utilizado como ideologia das reformas econômicas das reformas econômicas adotadas no período no Brasil e na América Latina" [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 68]". Paradoxalmente, duas páginas antes o autor sugere que "[…] a ideia de reforçar a lei de concorrência surge de uma concepção de Estado interventor do Presidente da República" [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 66].

[80] FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste.* 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 120.

[81] Reforça esse argumento o fato de que o processo de liberalização da economia brasileira apenas se acelerou a partir de 1995 [AMANN, Edmund; BAER, Werner. Neoliberalismo e concentração de mercado no Brasil: a emergência de uma contradição? *Revista Econômica,* Rio de Janeiro, v.8, n.2, p. 269-289, dez. 2006. Disponível em: http://www.uff.br/revistaeconomica/v8n2/baer.pdf. Acesso em: 20 set. 2017, p. 275].

uma tensão entre a racionalidade preponderante (material, "extrajurídica") e uma racionalidade insurgente (instrumental, associada aos interesses de mercado).[82-83]

Um dos principais traços dessa racionalidade instrumental é a adoção de soluções negociadas entre a autoridade e os investigados, que reduzem ou excluem a aplicação de penalidades. É o caso do Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), previsto pelo art. 58, Lei 8.884/1994,[84] e do Termo de Compromisso de Cessação (TCC), previsto pelo art. 53, Lei 8.884/1994.[85] O caráter negocial dessas figuras e sua convergência com uma lógica de mercado foram, com o passar do tempo, intensificados tanto na prática do Cade quanto na legislação.[86]

Outro exemplo é a concessão de autonomia ao Cade por meio (i) de sua conversão em autarquia federal (art. 3º, Lei 8.884/1994), (ii) da impossibilidade de revisão administrativa de suas decisões (art. 50, Lei 8.884/1994), (iii) do estabelecimento de

---

[82] O caráter incipiente da racionalidade instrumental na Lei 8.884/1994 pode ser percebido, entre outros elementos, pelo fato de que algumas das mudanças mais significativas proporcionadas pela Lei 12.529/2011 ocorreram justamente nos pontos em que essa racionalidade foi introduzida na Lei 8.884/1994: entre eles, destaca-se o desenho institucional, a ampliação da autonomia, a contratualização das relações com os administrados, e a disciplina das eficiências.

[83] De certo modo, a tensão entre racionalidade formal e material (em suas diferentes manifestações) está sempre presente, seja porque têm consequências distintas, seja porque, mesmo quando resultariam nas mesmas consequências, a *ratio* que as preside é distinta. Nesse sentido, ainda que sem demonstrar a afirmação feita, é sugestiva a afirmação de Navarrete: "a Lei nº 4.137/62, que criou o CADE, encontrava defensores, tanto entre os reformistas, quanto entre os liberais. Por um lado, representava uma reforma que dotava o Estado de poderes de controle sobre os empresários e, em última instância, sobre o mercado. Por outro lado, e da mesma forma, a lei continha elementos que representava a defesa do livre mercado, da eficiência econômica e da livre iniciativa. Esse panorama explica, em parte, a resistência do CADE às mudanças políticas e às alterações de Constituições. Esse fator de resistência residia no consenso entre nacional-progressistas e liberal-conservadores acerca das diretrizes e conceitos que deveriam guiar a política econômica daquele período" [NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência:* o Cade (1962-1994). 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 30].

[84] Apesar do TCD ser indicativo de uma racionalidade instrumental, o art. 58, § 1º, Lei 8.884/1994, tinha o sentido oposto ao prever que: "na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes" [ver BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 80]. Ver também MARTINS, Arthur Villamil. *As políticas econômicas constitucionais como fator de legitimidade das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – Cade. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 32.

[85] Criado pelo art. 15, Decreto 92.323/1986, o TCC não foi previsto pela Lei 8.158/1991, tendo ressurgido no ordenamento jurídico brasileiro apenas com a Lei 8.884/1994. Posteriormente, recebeu nova disciplina em outros diplomas legais.

[86] Ver tópico 4.2. Não por acaso, Carlos Bello reconhece o "sentido diametralmente oposto" do TCC em comparação com outras mudanças da Lei 8.884/1994, como a previsão de medidas preventivas e o recrudescimento das penalidades [BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 75].

garantias para a perda de mandato dos seus membros (art. 5º, Lei 8.884/1994), e (iv) da previsão de elaboração de proposta orçamentária (art. 7º, XXI, Lei 8.884/1994).[87]

No entanto, é importante destacar que o reclamo pela autonomia do Cade decorreu de críticas à subalternidade do órgão durante o governo Collor, que, no juízo dos críticos, impedia a própria efetividade da aplicação do direito antitruste. Não por acaso, esses são argumentos presentes na justificativa da Emenda Substitutiva nº 7 ao Projeto de Lei 3.712/1993, apresentada pelo Deputado Vladimir Palmeira, então líder da bancada do Partido dos Trabalhadores.[88] Segundo ele, era fundamental uma reconstrução do Cade, que lhe conferisse autonomia e assegurasse a seus membros mandato fixo.[89] Além disso, a articulação da autonomia do Cade pela Lei 8.884/1994 foi bastante limitada,[90] especialmente se comparada com as mudanças introduzidas pela Lei 12.529/2011.

De todo modo, a redução do controle político que era exercido sobre o Cade, por meio de sua transformação em autarquia (art. 3º, Lei 8.884/1994) e da eliminação dos recursos "voluntário e de ofício" ao Ministro da Justiça (art. 50, Lei 8.884/1994), representou uma das principais inovações dessa legislação,[91] constituindo um passo importante em prol de uma legitimação de tipo técnico das autoridades da concorrência. Essa valorização da técnica sobre a política efetivamente atende a interesses de mais calculabilidade e previsibilidade na aplicação do direito, favorecendo o avanço de uma racionalidade instrumental, mais voltada à eficiência.[92]

Não obstante, há pelo menos duas importantes "trocas compensatórias" em relação à maior autonomia concedida ao Cade:[93] o reconhecimento da coletividade como

---

[87] Ver NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência:* o Cade (1962-1994). 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 122.

[88] BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Substitutiva nº 7 ao Projeto de Lei 3.712/1993. Autor: Vladimir Palmeira. *Congresso Nacional.* Brasília, DF, 6 mai. 1993. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07MAI1993.pdf#page=156. Acesso em: 20 out. 2017, p. 9163-9172.

[89] BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Substitutiva nº 7 ao Projeto de Lei 3.712/1993. Autor: Vladimir Palmeira. *Congresso Nacional.* Brasília, DF, 6 mai. 1993. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07MAI1993.pdf#page=156. Acesso em: 20 out. 2017, p. 9163-9172.

[90] Ver, nesse sentido, BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 56-57.

[91] RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus. Evolução do combate à corrupção no Reino Unido. In: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; MOHALLEM, Michael Freitas. (Orgs.). *Diagnóstico institucional:* primeiros passos para um plano nacional anticorrupção. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 19-38.

[92] Apesar disso, é preciso lembrar que desde a Lei 4.137/1962, que criou o Cade, existe o requisito de que os membros do conselho sejam brasileiros "[…] de notório saber jurídico ou econômico e de reputação ilibada" [art. 9º, Lei 4.137/1962].

[93] Ver tópico 4.2.

titular dos bens jurídicos previstos na lei e a participação, no tribunal administrativo, do Ministério Público Federal (MPF)[94].

O primeiro aspecto tem impacto tanto na previsão da tutela jurisdicional aos lesados,[95] que de acordo com o art. 29, Lei 8.884/1994, pode assumir forma coletiva (ainda que ela não se verifique na prática),[96] quanto na destinação das multas ao Fundo de Direitos Difusos (FDD), estabelecida no art. 84, Lei 8.884/1994. Sobre esse ponto, era eloquente a pretensão de que, com uma procuradoria própria, o Cade pudesse se valer da Lei 7.346/1985. [97] Afinal, segundo Maurício Corrêa, então Ministro da Justiça:

> Com esse instrumento processual, o CADE [passaria] a agir, na Justiça, como um verdadeiro curador do mercado, nos moldes, aliás, da exitosa experiência estrangeira, que soube incorporar, de modo eficiente, o aparelho judicial na defesa da concorrência e na repressão do abuso do poder econômico.[98]

Em relação ao segundo aspecto, a participação obrigatória do MPF no Cade representa o fortalecimento, no SBDC, de uma racionalidade voltada à proteção da ordem jurídica em sua totalidade e à defesa de interesses da sociedade. Sobre esse ponto, aliás, é digno de menção que, como justificativa para recomendar a tramitação do PL 3712/1993 em regime de urgência, Maurício Corrêa apontou o "reclamo da sociedade em reprimir, de forma eficaz, todas as formas de abuso do poder econômico".[99]

---

[94] Essa participação seria, inicialmente, facultativa, uma vez que o texto do art. 10, Projeto de Lei 3.712/1993, previa: "o Ministério Público Federal poderá designar representante para atuar junto ao CADE na qualidade de fiscal da lei". Quando da redação final (art. 12, Lei 8.884.1994) constou, em lugar de "poderá designar" (comando facultativo), "designará" (comando imperativo) [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.712, de 23 de abril de 1993. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 23 abr. 1993. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13MAI1993.pdf#page=7. Acesso em: 09 out. 2017].

[95] Importante ressaltar que tal forma de tutela já era prevista na Lei 4.137/62: "art. 20. Independentemente da responsabilidade de que trata o artigo anterior, poderá a parte lesada por abuso de poder econômico exigir do órgão e seus administradores ou quaisquer responsáveis, solidariamente, a satisfação das perdas e danos na forma do direito comum".

[96] A preocupação com a tutela jurisdicional é reforçada do ponto de vista processual pela possibilidade de participação processual do Cade na condição de assistente (art. 89), mas enfraquecida sob a perspectiva do direito material por não haver previsão quanto à responsabilidade solidária daqueles que concorreram para a infração à ordem econômica.

[97] BRASIL. Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional: Seção I. Exposição de motivos nº184, de 24 de abril de 1993, do Senhor Ministro de Estado da Justiça. *Congresso Nacional,* Brasília, DF, mai. 1993. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13MAI1993.pdf#page=7. Acesso em: 09 out. 2017, p. 9.

[98] BRASIL. Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional: Seção I. Exposição de motivos nº184, de 24 de abril de 1993, do Senhor Ministro de Estado da Justiça. *Congresso Nacional,* Brasília, DF, mai. 1993. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13MAI1993.pdf#page=7. Acesso em: 09 out. 2017, p. 9.

[99] BRASIL. Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional: Seção I. Exposição de motivos nº184, de 24 de abril de 1993, do Senhor Ministro de Estado da Justiça. *Congresso Nacional,* Brasília, DF, mai. 1993.

4.2 DA RESOLUÇÃO CADE 05/1996 À LEI 12.529/2011

Como visto, a doutrina geralmente trata como unívoco o sentido do direito concorrencial brasileiro a partir do fim da década de 80, associando-o a tendências neoliberalizantes.[100] Aqueles que divergem costumam apontar uma subdivisão nesse período, sugerindo que entre a promulgação da CF/88 e a Lei 8.884/1994 houve um período de transição que antecedeu "[...] a promoção da concorrência propriamente dita [...]".[101] Apesar dessa divergência, a doutrina é quase unânime ao apontar que em um determinado momento histórico – por vezes, o marco indicado são as mudanças legislativas ocorridas em 1994,[102] outras vezes, a nomeação de determinados conselheiros para o Cade em 1996[103] – ocorreu uma "revolução" no direito antitruste nacional.[104] Ele

---

Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13MAI1993.pdf#page=7. Acesso em: 09 out. 2017, p. 9.

[100] MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 231 e ss.

[101] MARTINEZ, Ana Paula. *Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil*. [S.l.: s.n.], 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3768038/mod_resource/content/1/CHY%20-%20Texto%20AMP.pdf. Acesso em: 19 set. 2017, p. 42. Nesse sentido, Gustavo Gomes Onto afirma que "a constituição de 1988 marca o início de um período de transição da política antitruste que culmina com a nomeação de três economistas para o plenário do Cade em 1996" [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 63].

[102] MARTINEZ, Ana Paula. *Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil*. [S.l.:s.n.], 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3768038/mod_resource/content/1/CHY%20-%20Texto%20AMP.pdf. Acesso em: 19 set. 2017, p. 42. Ainda que não aponte a mencionada subdivisão, Miola dá a entender que a Lei 8.884/1994 seria neoliberalizante e que seus desígnios apenas não teriam sido atendidos até 1996 devido aos agentes que atuavam no Cade e que estariam ligados a uma perspectiva tradicional [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 323]. Em sentido contrário, apesar de afirmar que na Lei 8.884/1994 não é possível identificar "[...] uma orientação que pautasse sua aplicação", Carlos Bello sustenta que havia "[...] espaço para consideração de valores mais amplos do que a mera defesa da concorrência" [BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 81]. Efetivamente, uma lei da concorrência que permite a consideração desses valores não pode ser qualificada de neoliberal.

[103] MATTOS, César. Introdução. In: _____. *A revolução do antitruste no Brasil:* a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 19-28, p. 21.

[104] MARTINEZ, Ana Paula. *Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil*. [S.l.:s.n.], 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3768038/mod_resource/content/1/CHY%20-%20Texto%20AMP.pdf. Acesso em: 19 set. 2017, p. 42. MATTOS, César. Introdução. In: _____. *A revolução do antitruste no Brasil:* a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 19-28, p. 20. Onto, ao analisar a eficácia no julgamento de processos, afirma que houve uma "[...] radical transformação da organização [Cade] após 1994 e, mais especificamente, após 1996" [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica

teria saído de "[...] vertentes mais populistas voltadas à chamada 'defesa da economia popular', menos preocupada com questões de eficiência [...]", até "[...] vertentes mais próximas à concepção mais moderna de 'defesa da concorrência'".[105]

Segundo Cabral, essas ideias teriam um caráter "evolucionário": elas apresentam a história do antitruste como a sucessão linear – apesar do emprego do termo "revolução" – entre diferentes estágios de evolução, cujo ápice seria sua utilização como "[...] instrumento para fortalecer mercados competitivos e estimular investimentos privados [...]".[106] Apesar de identificar períodos históricos, esta tese não os articula segundo a referida perspectiva porque não pressupõe a necessidade de sucessão entre eles, tampouco de um progressivo aprimoramento do antitruste ao longo da história que permitisse classificá-lo como melhor ou pior. Não obstante isso, algumas observações apresentadas por aqueles que defendem a "revolução" são relevantes e podem ser muito úteis para a análise proposta.

A tese da revolução antitruste consiste, fundamentalmente, na ideia de que com ela se introduziu no direito brasileiro "uma análise econômica mais sofisticada", alinhada às ideias da Escola de Chicago,[107] que, ao menos até 1996, não estava presente nas

---

e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 81].

[105] MATTOS, César. Introdução. In: _____. *A revolução do antitruste no Brasil:* a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 19-28, p. 21. No mesmo sentido, MARTINEZ, Ana Paula. *Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil*. [S.l.:s.n.], 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3768038/mod_resource/content/1/CHY%20-%20Texto%20 AMP.pdf. Acesso em: 19 set. 2017, p. 42.

[106] CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia:* convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 35. Miola também critica esse tipo de perspectiva por entender que elas concebem o processo de reformas neoliberais "[...] como um processo consensual em direção a um objetivo comumente compartilhada". Tradução livre de: "[…] as a consensual process toward a commonly shared objective […]" [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 238]. Um exemplo seria a afirmação de Gustavo Onto de que houve "[…] processo contínuo de economicização das práticas organizacionais do CADE" [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 68].

[107] MATTOS, César. Introdução. In: _____. *A revolução do antitruste no Brasil:* a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 19-28, p. 20. Como explica Cabral, "ela teria se dado com o uso alegadamente inédito de 'elementos de análise da teoria econômica' em decisões antitruste. Depreende-se disso que, antes da 'revolução', antitruste e economia pouco teriam se relacionado. A incorporação de elementos de teoria econômica na análise antitruste seria, nesse sentido, algo novo, que se deu a partir de meados da década de 1990" [CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia:* convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 18]. Tal como colocada nesses termos, a tese é refutada por Cabral que demonstra a existência de relação entre economia e antitruste

decisões do Cade.[108] De um modo geral, considera-se que a mudança de perspectiva, a "revolução", teria começado quando um grupo de economistas com uma orientação diferente dos conselheiros anteriores foi empossada em 1996.[109] A decisão do caso

---

no direito brasileiro antes mesmo da década de 60, do que é possível concluir que a ideia de "revolução antitruste" está, na verdade, associada à adoção de determinados pressupostos alinhados a uma determina perspectiva de teoria econômica [ver CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia:* convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 20-40].

[108] Ruy Santacruz Lima denomina a abordagem do Cade entre junho de 1994 e dezembro de 1996 de tradicional e legalista [LIMA, Ruy Afonso de Santacruz. *Prevenção antitruste no Brasil*: 1991-1996. 1998. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1998, p. 88-89]. Um exemplo seria a decisão do caso Gerdau-Pains [LIMA, Ruy Afonso de Santacruz. *Prevenção antitruste no Brasil*: 1991-1996. 1998. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1998, p. 94-95]. Bello, por sua vez, afirma que "as decisões da gestão 1994-1996 do Cade quanto aos ACs revelaram uma orientação comum: altas concentrações de mercado só foram aprovadas quando foram assegurados benefícios aos consumidores (principalmente referentes a preços), caso contrário, eram vetadas" [BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 159]. No mesmo sentido, Miola se refere às decisões desse período como excessivamente intervencionistas, algo que foi sendo transformado a partir de 1996 [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 319]. Reforça essa perspectiva a explicação de Cabral: "após questionamentos que surgiram a reboque do alegado 'excessivo rigor' com que o Cade atuou entre 1994 e 1996, notadamente no caso Gerdau-Pains (Ato de Concentração nº 16/1994), Gesner Oliveira procurou endereçar uma abordagem da política antitruste que não fosse frontal e necessariamente contrária às concentrações econômicas. Buscava-se compatibilizar essa política com um novo ambiente de economia liberalizada" [CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia:* convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 36].

[109] LIMA, Ruy Afonso de Santacruz. *Prevenção antitruste no Brasil*: 1991-1996. 1998. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1998, p. 124; ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 82 e ss. Iagê Miola afirma que mais importante do que uma mudança na quantidade de economistas foi uma mudança qualitativa em seu perfil [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 246 e ss.]. Para o autor, essa mudança também seria perceptível na reanálise do caso Gerdau-Pains [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 265-266]. No mesmo sentido, Mattos fala em uma "grande troca de guarda no Conselho do Cade" [MATTOS, César. Introdução. In: _____. *A revolução do antitruste no Brasil:* a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 19-28, p. 21]. Ana Paula Martinez, por sua vez, refere-se "[…] ao empenho do CADE, já em 1996, em se firmar como instituição e expandir sua área de atuação" [MARTINEZ, Ana Paula. *Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil*. [S.l.:s.n.], 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3768038/mod_resource/ content/1/CHY%20-%20Texto%20AMP.pdf. Acesso em: 19 set. 2017, p. 42]. Schuartz destaca a "[…] influência determinante de economistas, seja no papel de autoridades, seja no papel de consultores privados" como um fator que contribuiu para a revolução do antitruste [SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. *Direito Rio – textos para discussões*, Rio de Janeiro, out. 2008. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/1762. Acesso em: 15 set. 2017, p. 10].

Kolynos-Colgate seria o marco inicial dessa transformação radical:[110] a partir dela "a boa teoria econômica vinha para ficar na defesa da concorrência".[111]

Nesse período também são identificados outros elementos que corroborariam a ideia de que teria havido essa transformação do direito antitruste brasileiro, como (i) a redação de teses de doutorado em economia voltadas ao tema, a maioria delas escrita entre 1996 e 1998;[112] (ii) a extinção da SUNAB pelo Decreto2.280/1997, combinado com a Lei 9.618/1998;[113] e (iii) a aprovação de novas resoluções pelo Cade.[114] Considerando a especificidade da abordagem proposta neste trabalho, que se volta à análise dos atos normativos no direito antitruste, e que, apesar de simbólica, a extinção da SUNAB extrapola esse âmbito, assume maior importância o item (iii): as resoluções do Cade e outros atos normativos das autoridades concorrenciais tiveram um papel destacado na emergência de uma nova racionalidade no direito antitruste brasileiro.

Entre as resoluções aprovadas, a primeira a possuir uma racionalidade instrumental foi a Resolução Cade 05/1996,[115] que revogou a Resolução Cade 01/1995 e

---

[110] MATTOS, César. Introdução. In: _____. *A revolução do antitruste no Brasil:* a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 19-28, p. 22. No mesmo sentido, Onto afirma que "o caso Kolynos-Colgate foi o precursor na introdução de conceitos básicos da análise econômica do antitruste […]" [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 100].

[111] MATTOS, César. Introdução. In: _____. *A revolução do antitruste no Brasil:* a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 19-28, p. 22.

[112] MATTOS, César. Introdução. In: _____. *A revolução do antitruste no Brasil:* a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 19-28, p. 21. CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia:* convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 28.

[113] Para Paulo Furquim de Azevedo a extinção da SUNAB "[…] símbolo do controle de preços nos anos 1990 […]" representaria um dos elementos da transformação do antitruste [AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise econômica da defesa da concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 266-295, p. 270].

[114] TEIXEIRA, Cleveland Prates. *Controle preventivo da concorrência:* a experiência brasileira em 1994-1996. 1997. Dissertação (Mestrado em Economia de Empresas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Faculdade Getúlio Vargas, 1997, p. 50; MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 266 e 270; ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 106.

[115] Sobre o impacto da Resolução Cade 05/1996 na tramitação dos processos, ver ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 79. Ademais, Onto afirma que a Resolução Cade 11/1997, ao reduzir o período de recesso do Cade, também contribuiu para que as decisões do órgão fossem tomadas em "tempo econômico" [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao*

instituiu um requerimento simplificado para a apresentação de atos de concentração ao Cade (art. 2º, Resolução Cade 05/1996).[116] Ainda que singela, essa foi uma primeira modificação "[...] em consonância com a própria dinâmica do mercado, a qual exige uma avaliação flexível e rápida dos processos de fusões, aquisições e *joint-ventures*".[117] Ela substituiu a "burocracia excessiva" da Resolução Cade 01/1995, que não concedia tratamento diferenciado a operações simples e, com isso, desonerou os agentes de mercado.[118]

Editada pouco tempo depois, a Resolução Cade 06/1996 também compartilhava dessa racionalidade: ela estabelecia a tramitação prioritária "[dos] atos e contratos previstos no art. 54 da Lei nº 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avençados sob condição suspensiva" (art. 1º, I, Resolução Cade 06/1996).[119] Com essa previsão, em um contexto no qual a notificação prévia de atos de concentração não era obrigatória, o Cade estabeleceu uma sanção positiva para esse comportamento: a prioridade na tramitação.

Ainda que essas resoluções representem apenas alguns dos aspectos que configuram uma racionalidade instrumental (eficiência, celeridade e uso de sanções positivas), outras, editadas pelo Cade na sequência, também promoveram transformações

---

mercado relevante: economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 79]. A noção de "decisão em tempo econômico" foi utilizada pelo Cade no BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Relatório anual 1996*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, fev. 1997. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/antes_2003/rel_1996.pdf. Acesso em: 15 abr. 2017, p. 16 e ss.

[116] Por uma comparação detalhada entre as referidas resoluções, ver TEIXEIRA, Cleveland Prates. *Controle preventivo da concorrência:* a experiência brasileira em 1994-1996. 1997. Dissertação (Mestrado em Economia de Empresas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Faculdade Getúlio Vargas, 1997, p. 50-52.

[117] TEIXEIRA, Cleveland Prates. *Controle preventivo da concorrência:* a experiência brasileira em 1994-1996. 1997. Dissertação (Mestrado em Economia de Empresas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Faculdade Getúlio Vargas, 1997, p. 52.

[118] Segundo Cleveland Prates, "o volume de informações e documentos nas operações simples reduziu-se significativamente, passando de 43 itens exigidos pela Resolução nº 1/95 (artigos 9 e 10), para 9 de acordo com a Resolução nº 5/96 (artigo 2)" [TEIXEIRA, Cleveland Prates. *Controle preventivo da concorrência:* a experiência brasileira em 1994-1996. 1997. Dissertação (Mestrado em Economia de Empresas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Faculdade Getúlio Vargas, 1997, p. 51].

[119] Nesse sentido, Cleveland Prates afirma que esses dois mecanismos "[...] foram introduzidos com a finalidade de melhorar e agilizar o trabalho da agência [Cade]": a Resolução Cade nº 05/1996 "ao reduzir a burocracia e racionalizar a análise dos atos diminui o tempo necessário para sua apreciação"; a Resolução nº 06/1996, "procurou reduzir o custo envolvido na dissolução da [integração]" [TEIXEIRA, Cleveland Prates. *Controle preventivo da concorrência:* a experiência brasileira em 1994-1996. 1997. Dissertação (Mestrado em Economia de Empresas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Faculdade Getúlio Vargas, 1997, p. 84]. Em ambos os casos se tentou desformalizar para agilizar, para adaptar a atuação do Cade à racionalidade de mercado.

que podem ser com ela identificadas.[120] Assim, entre 1996 e 1998 é possível mencionar, a título de exemplo: (i) a prioridade na tramitação das concentrações decorrentes do Programa Nacional de Desestatização – PND (Resolução Cade 07/1997); (ii) a possibilidade de elaboração de relatórios simplificados na apreciação de atos de concentração (Resolução Cade 08/1997); (iii) a redução da multa (sanção positiva) em caso de pagamento dentro de determinados prazos (Resolução Cade 09/1997); (iv) a previsão de súmula da jurisprudência do Cade (art. 30, Resolução Cade 10/1997); (v) a previsão de tratamento sigiloso de documentos e informações (art. 10, Resolução Cade 12/1998);[121] (vi) a regulamentação da aprovação de atos de concentração por decurso de prazo prevista no art. 54, § 7º, Lei 8.884/1994 (Resolução Cade 17/1998).

Desde uma perspectiva procedimental, essas diversas resoluções procuraram aumentar a eficiência na atuação do Cade, proporcionando maior celeridade e reduzindo custos. Essa tendência, presente nos atos normativos do Cade desde 1996, ganhou status constitucional com a Emenda Constitucional 19/1998, que, modificando o art. 37, CF/88, incluiu entre os princípios da administração pública o princípio da eficiência.[122] Ainda que já existissem muitas resoluções adequadas ao sentido da emenda quando de sua edição, outras que surgiram na sequência também indicam a preponderância de uma racionalidade instrumental. São exemplos a previsão da possibilidade de o relator apresentar sucintamente o voto nos processos em que houvesse unanimidade nas conclusões dos pareceres técnicos (Resolução Cade 22/2000) e a instituição de procedimento sumário para análise de atos de concentração no âmbito da SDE e da SEAE (Portaria Conjunta SEAE/SDE 01/2003).[123]

Assim, pode-se perceber que, apesar de ter havido, no período anterior, algumas mudanças pontuais alinhadas a uma racionalidade instrumental,[124] a sua adoção apenas pode ser identificada como uma tendência nas normas de direito antitruste a partir de

---

[120] Sobre a preponderância de uma racionalidade instrumental na prática do Cade, ver MARTINS, Arthur Villamil. *As políticas econômicas constitucionais como fator de legitimidade das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – Cade. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p, 28-29.

[121] Sobre o tema ver tópico 5.4.2.2.

[122] Antes, a única previsão constitucional relacionada à eficiência se limitava ao exercício da atividade de controle interno quanto aos resultados da gestão orçamentária, financeira e patrimonial da administração pública (art. 74, II, CF/88).

[123] Merecem destaque alguns "considerandos" da referida portaria: "[…] a necessidade de racionalização dos trabalhos das Secretarias na área de defesa da concorrência; e a necessidade de serem estabelecidos princípios comuns para a sistematização da análise de atos de concentração econômica, de forma a proporcionar maior segurança jurídica aos agentes privados, bem como transparência e celeridade aos respectivos procedimentos administrativos […]".

[124] Ver tópico 4.1.

1996.[125] Com efeito, ainda que noções relacionadas à eficiência e à liberalização econômica estivessem presentes no discurso daquele período – especialmente nas vozes de especialistas do direito antitruste e de representantes dos interesses de mercado[126] –, sua repercussão na esfera normativa era, quando existente, pouco expressiva. Nesse sentido, não parece adequado sugerir, como faz Miola, que a tarefa desempenhada no direito antitruste a partir de 1996 foi a de "[...] trazer de volta o futuro da política concorrencial, como desenhada pelas iniciativas reformistas entre 1988 e 1994 [...]".[127] Ao menos do ponto de vista normativo, a racionalidade instrumental se tornou uma tendência predominante no direito antitruste apenas nesse segundo período.

Efetivamente, em relação ao conteúdo da análise antitruste, a economização somente repercute nos atos normativos do Cade a partir da edição da Resolução Cade 15/1998 e, em seguida, da Resolução Cade 20/1999.[128] A primeira esclareceu o conteúdo de diversos conceitos econômicos utilizados nas análises de atos de concentração (Anexo V, Resolução Cade 15/1998); a segunda definiu "[...] condutas anticompetitivas em linha com a teoria *mainstream* e com as práticas estrangeiras [bem como] critérios de análise de condutas, veiculando instrumentos econômicos do grau de concentração de mercado, como os índices Herfindahl Hirschman (HHI) e Ci" (Anexos, Resolução Cade

---

[125] Ainda que vislumbre a preponderância de tendências neoliberais desde a promulgação da CF/88, Miola reconhece que esses ideais foram expandidos especialmente a partir de 1996, quando foi possível produzir resultados "funcionais" ao projeto político e econômico neoliberal [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) – Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 327].

[126] Ver BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 257 e 265-271.

[127] MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 259. Tradução livre de: "[…] bringing back the future of competition policy, as designed in the reformist initiatives between 1988 and 1994 […]". Em relação a essa afirmação, Miola parece assumir ao menos um dos pressupostos de uma perspectiva evolucionária que havia criticado anteriormente: o autor dá a entender que reconhece uma determinada forma de direito antitruste como superior às demais e como representativa do "futuro".

[128] Reconhecendo que essas resoluções são exemplares do processo de economicização: MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) – Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 275. Onto afirma que essas resoluções "[…] tornam a política antitruste mais econômica ao tornarem o órgão um espaço, um centro de calculabilidade" [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 114]. Ainda segundo esse autor, elas não apenas contribuem para o aumento de eficiência, como também no processo de economicização do antitruste [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 115].

20/1999).[129-130] Não por acaso, o próprio Miola identifica, a partir de 1998, a consolidação de um credo econômico (*economic creed*) que tornou o Cade verdadeiramente "técnico".[131] Como explica Cabral, "esse processo de economização dava ao Cade o

---

[129] CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia:* convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 37. Ver também MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) – Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 275. Segundo o Relatório Anual do Cade 1998-1999, a Resolução Cade 20/1999 ofereceu "[…] um roteiro detalhado dos critérios técnicos utilizados na avaliação do CADE, definindo condutas como a formação de cartéis, venda casada, fixação de preços de revenda, restrições territoriais e de base de clientes e os acordos de exclusividade, conferindo, dessa forma, maior transparência e segurança jurídica ao administrado" [BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Relatório anual 1998/99*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, mai. 1999. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/antes_2003/relatorio-anual-98-99-10-05-99.pdf.Acesso em: 20 mai. 2017, p. 37]. Além dos critérios econômicos, essa resolução pretendia reforçar o compromisso do Cade de "[…] decisão em tempo econômico tanto na prevenção quanto na repressão aos abusos […]" [BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Relatório anual 1998/99*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, mai. 1999. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/antes_2003/relatorio-anual-98-99-10-05-99.pdf. Acesso em: 20 mai. 2017, p. 37].

[130] É notável, ademais, a ênfase concedida pelos Anexos, Resolução Cade 20/1999, aos efeitos das condutas potencialmente lesivas à concorrência, em detrimento de uma perspectiva que as considerasse ilícitas por seu objeto. Não por acaso, Calixto Salomão Filho afirma que "uma segunda preocupação do legislador de 1994 era encontrar uma via intermediária entre a regra da razão, considerada eficaz e flexível, mas pouco adaptável ao 'formalismo civilista', e a regra *per se*, considerada excessivamente rígida. Era o que se vinha tentando fazer, sem sucesso, desde 1962, através da interpretação das leis anteriores" [SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as condutas. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 102]. Em certa medida, essa discussão evidencia a tensão entre, respectivamente, uma racionalidade instrumental e uma racionalidade formal, tal como indicado acima. Sobre a distinção entre restrição por efeito ou por objeto no âmbito do direito concorrencial europeu, ver MAHTANI, Munesh Ram. Thinking outside the object box: an EU and UK Perspective. *European Competition Journal,* v.8, n.1, p. 1-39, 2012. Note-se que, no Brasil, as disjuntivas efeito-objeto (direito europeu) e regra da razão-ilicitude *per se* (direito estadunidense) não costumam ser diferenciadas.

[131] MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 271. Em outra passagem, o autor afirma que, no âmbito do antitruste, a valoração positiva do Cade costuma estar atrelada ao fato de ele ser considerado uma autoridade técnica [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 247]. Essa perspectiva também é seguida por Lucia Helena Salgado, que destaca a importância da Resolução Cade 20/1999: "assim, 1997 caracterizou-se como um ano em que foram arquivados mais de 90% dos casos em decisões de julgamento, em função das duas razões apontadas. Em 1998, foi ainda significativo o percentual dos casos levados a julgamento que foram arquivados: 87,21%. Esse cenário sofreu mudança com a edição da Resolução nº 20 do Cade em 1999, que definiu procedimentos técnicos para a instrução de processos de conduta anticompetitiva. A partir daí, verificou-se uma inflexão na tendência ao arquivamento de casos, uma vez que aumentou a qualidade da investigação, processo este reforçado pelo próprio acumulo de experiência e de aprendizado do corpo técnico das autoridades de concorrência na aplicação da lei. [...] Nova inflexão observa-se a partir de 2004, fruto dos esforços internos da Secretaria [SDE] de utilização mais eficiente de seus recursos e também da parceria consolidada, para fins de investigação, com o Ministério Público e a Polícia Federal" [SALGADO, Lucia Helena. Defesa da concorrência no Brasil: aspectos institucionais, desempenho recente e perspectivas de reforma. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Texto para discussão*, Brasília, n.1386, p. 6-26, fev. 2009. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1386.pdf. Acesso em: 04 out. 2017, p. 15].

caráter 'técnico' alegadamente necessário para superar os períodos anteriores da política antitruste brasileira – supostamente menos 'técnicos' – e torná-la 'moderna'".[132]

Tal processo também se manifesta na elaboração, pelas autoridades concorrenciais, de dois guias de análise econômica: o primeiro, de atos de concentração (Portaria Conjunta SEAE/SDE 50/2001),[133] que contemplou "[...] aspectos que iam além do paradigma estrutura-conduta-desempenho, como o exame de eficiências econômicas decorrentes da operação";[134] o segundo, da prática de preços predatórios, que "[...] definiu diversos conceitos antitruste com base em teorias econômicas, e estabeleceu parâmetros econômicos para a detecção de práticas anticompetitivas" (Portaria SEAE 70/2002).[135]

As resoluções e portarias mencionadas sinalizam para a adoção de determinados critérios alinhados à perspectiva econômica representada na ideia de "revolução" antitruste: sai de cena o modo de análise "tradicional", inspirado na Escola de Harvard,[136]

---

[132] CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia:* convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 37.

[133] Essa portaria teve origem na Portaria SEAE 29/1999 [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 282].

[134] CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia:* convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 38. A maioria deles alinhados às diretrizes das agências estadunidenses, tal como descritas por BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 63-64.

[135] Tradução livre de: "[...] the guidelines for predatory pricing defined several antitrust concepts based on economic theories, and established economic parameters for the detection of anticompetitive practices [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 283].

[136] Não por acaso se indica que, até 1996, a análise antitruste se pautava pelas ideias da Escola de Harvard e por uma visão legalista [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 269; ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 103]. Contudo, segundo Ruy Santacruz Lima, sequer as ideias da Escola de Harvard eram bem compreendidas ou aplicadas: "[…] a legislação brasileira não parece ter capturado o sentido da discussão que envolve o pensamento *mainstream* antitruste, representado pelos adeptos do modelo estrutura-conduta-desempenho, nem da sua crítica, na forma apresentada pela escola da eficiência de Chicago. Dessa discussão emergiu a síntese que compõe a metodologia de controle das estruturas de mercado atual, que considera a questão das eficiências como fator compensatório de possíveis prejuízos na concorrência, isto é, de elevações no poder de mercado. A legislação brasileira, entretanto, exige que não ocorra criação ou elevação de poder de mercado e que, ao mesmo tempo, a operação gere eficiências econômicas para ser aprovada. Essa interpretação da aplicação antitruste, que demonstra o não entendimento da tese da existência de um *trade-off* entre poder de mercado e eficiência, foi observada em várias decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica [...]" [LIMA, Ruy Afonso de Santacruz. *Prevenção antitruste no Brasil*: 1991-1996. 1998. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1998, p. 79]. No mesmo

dando lugar aos conceitos necessários para análises "modernas", inspiradas na Escola de Chicago e na Nova Economia Institucional.[137] Essa mudança revela uma tendência, que se fortaleceu no Cade durante esse período, de maior confiança nos mecanismos de mercado e de valorização da eficiência econômica. Apesar de adotar uma perspectiva distinta da sugerida nesta tese quanto à racionalidade da Lei 8.884/1994, Gustavo Onto faz uma afirmação exemplar:

> [...] a legislação [Lei 8.884/1994] ainda continha diversos elementos não "puramente" econômicos, que tornavam a prática do conselho mais discricionária quanto a suas decisões. Foi apenas com a institucionalização de portarias, resoluções e com a evolução da jurisprudência das decisões que a regra da razão tornou-se a regra da "razão econômica".[138]

---

sentido: "o CADE, portanto, não realizou um controle preventivo das estruturas dos mercados, conforme a proposição normativa do modelo ECD, mas sim um controle do grau de concentração da oferta - apenas um dos tantos atributos da estrutura dos mercados. Não investigou os efeitos da concorrência potencial e de outros atributos estruturais dos mercados sobre o poder de mercado das firmas, negando a possibilidade real de que a redução da concorrência efetiva pudesse ser contrabalançada por outras variáveis no processo concorrencial. Dessa forma, não capturou o sentido do conceito de poder de mercado. Ou seja, controlou o grau de concentração da oferta e não o poder de mercado" [LIMA, Ruy Afonso de Santacruz. *Prevenção antitruste no Brasil*: 1991-1996. 1998. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1998, p. 125].

[137] Sobre a prevalência dessas teorias entre os conselheiros do Cade formados em economia, ver MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 313 e ss. Entre os pressupostos da Nova Economia Institucional estaria a ideia neoliberal de que falhas próprias do mercado seriam menos graves de que as que poderiam ser introduzidas pelo governo ao atuar sobre ele, reduzindo o intervencionismo e buscando criar desenhos institucionais eficientes [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 314-315].

[138] ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 75. Apesar de ser categórico no sentido de que a Lei 8.884/1994 foi inspirada por um "paradigma neoliberal" [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 68], Onto também afirma que a ambiguidade do texto do projeto de lei permitiu "[…] aos adeptos de distintos paradigmas de política econômica interpretarem a Lei ao seu modo" [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 69-70]. O autor chega a afirmar, apesar de parecer extremamente difícil conciliar essa afirmação com a ideia de que a lei foi informada por um paradigma neoliberal, que a lei permitiria até mesmo a volta de uma política de controle de preços em função da vedação a aumentos abusivos [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 70].

Com essas mudanças, a intervenção do governo, por meio da autoridade concorrencial, passou a se pautar por uma racionalidade mais próxima ao mercado, representando a prevalência da "técnica" sobre a "política".[139] A qualidade da atuação do Cade, então, passou a ser medida não mais pela consecução de valores materiais "externos" ao mercado e ao direito antitruste, como alguns dos previstos no art. 170, CF/88,[140] mas pela adequação no emprego de conceitos e análises econômicas capazes de, por operar com a linguagem e a racionalidade dos agentes de mercado, oferecer-lhes segurança jurídica e previsibilidade.[141] Nesse sentido, Onto se refere a "[...] um duplo

---

[139] Nesse sentido, Miola associa uma atuação técnica do Cade a uma aplicação antitruste compatível com os imperativos da liberalização econômica [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 308]. Ver MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 318 e ss. Sobre o tema, ver também ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 83-84. Como explica Onto, ao relacionar essa tendência ao ingresso de economistas no conselho: "A entrada de economistas no CADE, entendida como trazendo uma maior 'racionalidade', ou cientificidade para a política antitruste possibilita a criação de um campo autônomo de expertise, em que somente economistas ou advogados com especialização no tema são permitidos de participar. Os economistas, assim como outros cientistas, criam um discurso político do qual exclui-se o elemento político" [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 96-97].

[140] Defendendo esses valores, Arthur Martins afirma: "um exame do dispositivo constitucional em debate revela seguramente que o objetivo maior da ordenação jurídica da economia nacional consiste justamente em assegurar a todos, indistintamente, uma existência digna" [MARTINS, Arthur Villamil. *As políticas econômicas constitucionais como fator de legitimidade das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – Cade. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 32]. Também em relação a eles se manifesta Carlos Melfi: "essa preocupação com os valores sociais, justa e importante, merece análise cuidadosa. Alguns valores são extraídos do texto expresso da lei e, principalmente, da Constituição da República, como é o caso da busca do pleno emprego, da dignidade da pessoa humana, da livre concorrência, dentre outros. Mesmo em relação a eles, as situações de conflito aparente nem sempre são de simples solução" [MELFI, Carlos Mazza Britto. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência:* vulnerabilidade e desarmonia jurídica do controle administrativo. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 80]. A partir dessa perspectiva, Melfi se posiciona em prol de "[...] uma retomada dos valores jurídicos e sociais em sua maioria, no caso brasileiro, expressos na Constituição da República. A proteção da concorrência, a busca do pleno emprego, o intento de redução das desigualdades regionais e muitos outros princípios não poderão jamais ser ignorados em nome de qualquer critério de eficiência econômica. Ainda que se adotasse uma repudiada lógica puramente formal, não seria jurídico o desprezo aos vetores constitucionais, sob o argumento de falta de concreção ou de princípios de eficiência" [MELFI, Carlos Mazza Britto. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência:* vulnerabilidade e desarmonia jurídica do controle administrativo. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 89].

[141] Como explica Onto, o "[…] órgão antitruste passou a utilizar conceitos jurídico-econômicos que eram entendidos como mais 'racionais' e que possibilitavam uma prática mais eficaz da nova lei. O novo discurso tornou possível a 'calculabilidade' das decisões do órgão […]" [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de

aspecto do processo de economicização da política antitruste no Brasil":[142] de um lado, procurou-se promover uma maior eficiência na atividade do Cade, "racionalizando" os métodos de análise e reduzindo a burocracia;[143] de outro, o conteúdo das análises passou a se pautar por critérios da "moderna" teoria econômica, transformando o Cade em um "centro de calculabilidade".[144]

Elemento característico da racionalidade instrumental adequado a esse processo, as soluções negociadas entre o poder público e os agentes econômicos foram ampliadas no início dos anos 2000,[145] quando a Lei 10.149/2000 instituiu o acordo de leniência no direito concorrencial brasileiro (art. 35-B e art. 35-C, Lei 8.884/1994).[146] Esse instituto serve para ampliar o alcance da tutela concorrencial por meio da concessão de imunidade a infratores que delatem condutas ilícitas;[147] sua racionalidade é instrumental em relação aos próprios objetivos internos do sistema concorrencial: aceita-se não punir um infrator com vistas a detectar uma conduta e punir os demais envolvidos. Efetivamente, essa técnica não

---

São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 98]. Sobre o tema, ver SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. *Direito Rio – textos para discussões*, Rio de Janeiro, out. 2008. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/1762. Acesso em: 15 set. 2017, p. 10 e ss.

[142] ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 113.

[143] ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 113-114. Sobre isso, Schuartz afirma: "de repositório para o uso ornamental de citações, o *antitrust economics* foi então se convertendo silenciosamente, poder-se-ia dizer com um pouco só de exagero, em *fonte* do direito brasileiro de defesa da concorrência, ou seja, em fator de produção, modificação e seleção das *premissas* normativas empregadas nos julgamentos de casos concretos" [SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. *Direito Rio – textos para discussões*, Rio de Janeiro, out. 2008. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/1762. Acesso em: 15 set. 2017, p. 10].

[144] ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 114. No mesmo sentido, o autor, afirmando que a atuação do Cade passou por uma transformação no fim da década de 90, explica que isso se deu "não apenas pela crescente inserção do conhecimento econômico mas pela crescente atividade e eficiência do órgão antitruste" [ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 76].

[145] Como explica Luiz Neves, esses acordos entre a administração pública e os administrados visam racionalizar custos e tempo, e melhorar a eficiência no combate das infrações à ordem econômica [NEVES, Luiz das. *O modelo antitruste brasileiro*: Lei nº 12.529/2011. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 155].

[146] Também foi prevista a figura da leniência *plus,* permitindo que o agente, ao relatar outro ilícito não conhecido pela autoridade, além de aproveitar os benefícios da leniência comum, receba uma redução de 1/3 da pena no processo decorrente da conduta conhecida (art. 35-B, § 7º e 8º, Lei 8.884/1994, incluído pela Lei 10.149/2000).

[147] Sobre o tema, especialmente sobre sua relação com a tutela reparatória de danos causados por condutas anticompetitivas, ver tópico 5.4.3.

encontra respaldo em uma racionalidade estritamente formal. Afinal, desde uma perspectiva lógico-jurídica, aquele que realiza uma conduta tipificada como ilegal deve, sempre, ser punido. O mesmo se diga em relação a uma racionalidade material: a promoção de valores de igualdade fática reclama que uma transferência ilícita de riqueza, especialmente quando de consumidores para membros do cartel, não passe impune. Contudo, é justamente isso que ocorre em relação àquele que obtém um acordo de leniência com a autoridade concorrencial.

Se, por um lado, a leniência é "juridicamente contraditória", por outro, ela é economicamente racional: é capaz de instrumentalizar o direito para atingir, de modo mais satisfatório e com menor custo, o objetivo de defender o mercado contra práticas ilícitas. Desde a perspectiva dos agentes de mercado, a leniência manifesta essa racionalidade na medida em que cria um estímulo à delação (uma sanção positiva), que consiste em oferecer uma condição privilegiada a um dos infratores em detrimento dos demais.[148] Além disso, por resultar em um acordo, a leniência baseia-se em uma lógica de troca: o delator concede informações à autoridade como contrapartida à imunidade em relação às sanções previstas na legislação.

Contudo, a Lei 10.149/2000, em seu art. 1º, também foi responsável por limitar o uso dos TCCs, ao incluir no art. 53, Lei 8.884/1994, a previsão de que "o disposto neste artigo não se aplica às infrações à ordem econômica relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 desta Lei" (art. 53, § 5º, Lei 8.884/1994).[149] Com esse dispositivo, vedava-se a celebração de TCCs em casos de cartel, restringindo, sensivelmente, a utilidade do mecanismo.[150] No entanto, é preciso notar que o TCC, mesmo na forma em que foi concebido na redação original do art. 53, Lei

---

[148] Ver tópico 5.4.3. O acordo de leniência evidencia um traço relevante da racionalidade instrumental: o fato de ser informada mais pelos resultados obtidos (relação entre fim e consequência), enfatizando-os, do que pelos meios empregados (relação entre meio e fim), o que seria característico de uma racionalidade jurídico-formal típica. A ênfase no resultado pretende legitimar a renúncia à punição de infratores quando ela se presta a permitir a punição de um número maior de infratores do que seria possível sem esse recurso. O direito estritamente formal costuma ser estranho a esse tipo de lógica que possui semelhanças com as relações mercadológicas de troca.

[149] Sobre a disciplina do TCC sob a égide da Lei 8.884/1994, ver PEREIRA, Guilherme Teixeira. *Política de combate a cartel no Brasil:* análise jurídica do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento Econômico e Social) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011, p. 48-53.

[150] Até 2007 só haviam sido celebrados TCCs em dois casos de cartel, nos quais se exigiu apenas a cessação da prática [PEREIRA, Guilherme Teixeira. *Política de combate a cartel no Brasil:* análise jurídica do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento Econômico e Social) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011, p. 53-59].

8.884/1994, possuía falhas que limitavam sua funcionalidade, como a ausência de obrigatoriedade de recolhimento de contribuição pecuniária por parte do agente investigado em casos de cartel.[151]

De modo a supri-las, a disciplina sobre o tema foi alterada pelo art. 16, Lei 11.482/2007, que deu nova redação ao art. 53, Lei 8.884/1994. Mais detalhado e técnico do que o da anterior,[152] o novo texto reforçava a autonomia do Cade para celebrar TCCs: de um lado, previa que ele poderia "[...] tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, [entendesse] que atende aos interesses protegidos por lei" (art. 53, *caput*, Lei 8.884/1994); de outro, estabelecia sua competência para definir, "[...] em resolução, normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração do termo de compromisso de cessação" (art. 53, § 9º, Lei 8.884/1994).[153] Além disso, com a mudança também foram definidos, com mais clareza, os elementos que deveriam constar do TCC (art. 53, § 1º, Lei 8.884/1994), como "a fixação do valor de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos [FDD] quando cabível". Nos casos de cartel, como contrapartida do fim da proibição de celebrar TCCs, estabelecida pelo art. 1º, Lei 10.149/2000, a contribuição pecuniária passou a ser obrigatória (art. 53, § 2º, Lei 8.884/1994).

Por isso, apesar de lacônico, é representativo, diante das mudanças introduzidas no art. 53, Lei 8.884/1994, o texto da exposição de motivos da Lei 11.482/2007, quando afirma que com elas se pretendeu "[…] aperfeiçoar a legislação sobre o assunto, com vistas a promover uma defesa da concorrência mais eficiente no país".[154] Afinal, ao ampliar os

---

[151] Por esse motivo, como explica Carlos Ragazzo, "a utilização de termos de compromisso de cessação pelo CADE intensificou-se, especialmente após 2007, quando a Lei nº 11.482/2007 modificou o artigo 53 da Lei nº 8.884/94 e retirou o impeditivo de celebração do termo em casos de cartel. Entre 1994 e 2007, foram celebrados aproximadamente 10 (dez) termos de compromisso de cessação, uma média de 1 (um) acordo a cada 1,3 anos. De 2007 até o início de 2012, por sua vez, foram mais de 30 (trinta) termos firmados, uma média de 6 (seis) acordos por ano. Nestes acordos celebrados no período atual, é indiscutível que, do ponto de vista dos investigados, a possibilidade de resolução célere das pendências concorrenciais superou as indefinições (que ainda persistem) quanto à utilização do termo de compromisso pelo CADE" [RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *A regulação da concorrência*. [S.l.:s.n.], jan. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/174307/mod_resource/content/1/fulltext-2. Acesso em: 04 out. 2017, p. 10].

[152] Ressalva feita ao equívoco grosseiro do art. 53, § 4º, Lei 8.884/1994, que dispunha: "O termo de compromisso constitui título exclusivo extrajudicial". (grifou-se).

[153] Isso resultou na Resolução Cade 46/2007, que aprovou a Emenda Regimental 01/2007, modificando o art. 129 e o art. 130, e criando os arts. 129-A a 129-H. Com isso, também no âmbito regimental, a disciplina do TCC foi muito mais detalhada do que era anteriormente.

[154] BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Mista destinada a emitir parecer sobre a Medida Provisória nº 340, de 29 de dezembro de 2006. Mensagem nº 146, de 2006. *Congresso Nacional,* Brasília, DF, 2007.

estímulos para que o Cade[155] e os agentes de mercado[156] celebrassem TCCs, acentuou, ainda mais, a "contratualização" do direito concorrencial brasileiro a partir de uma lógica de mercado.[157] Como explica Guilherme Teixeira Pereira, com o TCC:

> O compromissário economizaria os recursos que seriam gastos com a gestão do processo (advogados, taxas, tempo despendido), e ainda minimizaria o custo que teria com uma eventual punição, eliminando o risco de uma decisão incerta. A autoridade antitruste também economizaria os recursos que seriam gastos com a gestão do processo podendo alocá-los na persecução de outros casos aumentando o seu poder de detecção das infrações, assim como eliminaria eventual incerteza da condenação do representado.[158]

O ingresso de uma racionalidade de mercado no âmbito do Cade também se revela com a intensificação do uso e a criação de estratégias negociais em atos de concentração, como o Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) e o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO).

O TCD, previsto pelo art. 58, Lei 8.884/1994, consistia em um acordo celebrado entre o Cade e as partes de uma operação capaz de prejudicar a concorrência,

---

Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=452897&filename=PPP+1+MPV34006+%3D%3E+MPV+340/2006. Acesso em: 22 set. 2017, p. 19.

[155] Não por acaso, em 2012, os TCCs respondiam, em média, por 70% do total arrecadado pelo Cade [BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Defesa da concorrência no Brasil:* 50 anos. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013, p. 126-127]. Ver também RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Regulação consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. *Revista Estudos Institucionais,* Rio de Janeiro, v.3, n.1, p. 89-122, 2017, p. 99.

[156] Como explica Guilherme Teixeira Pereira: "Levando-se em consideração a premissa de que a racionalidade dos agentes os levaria a escolher a alternativa que lhe trouxesse maior benefício, é razoável assumir que a economia dos custos envolvidos em um processo através da celebração de um acordo pode ser uma solução eficiente para ambas as partes" [PEREIRA, Guilherme Teixeira. *Política de combate a cartel no Brasil:* análise jurídica do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento Econômico e Social) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011, p. 59].

[157] Deve-se notar que esse movimento comporta também riscos de inefetividade, pois "uma política de TCC poderá diminuir a dissuasão das práticas anticoncorrenciais se esta for calcada numa redução da penalidade prevista elevada ao ponto de se configurar vantajoso para o agente econômico cometer a infração e em caso de ser detectado firmar um acordo no qual desembolsará um valor menor do que os ganhos auferidos com a atividade ilícita" [PEREIRA, Guilherme Teixeira. *Política de combate a cartel no Brasil:* análise jurídica do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento Econômico e Social) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011, p. 61].

[158] PEREIRA, Guilherme Teixeira. *Política de combate a cartel no Brasil:* análise jurídica do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento Econômico e Social) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011, p. 60.

estabelecendo remédios estruturais ou comportamentais.[159] Trata-se da primeira consistente manifestação no sentido da adoção dessas estratégias no direito concorrencial brasileiro, tendo sido bastante utilizado pelo Cade desde meados da década de 1990.[160] Não obstante o uso dos TCDs nesse período, é interessante notar que seu caráter negocial foi intensificado a partir do biênio 2006-2007, quando receberam disciplina mais detalhada no art. 131, Resolução Cade 45/2007.[161] Com isso, passaram a ser utilizados com mais frequência antes de proferido o voto do relator, contemplando um processo de negociação prévio, anterior ao julgamento dos casos.[162]

O APRO, por sua vez, consistia em um mecanismo contratual criado pelo próprio Cade "para assegurar a reversibilidade da operação, na hipótese de ela ser rejeitada ao final da análise antitruste".[163] Previsto pela Resolução Cade 28/2002, que também dispunha sobre medidas cautelares em atos de concentração,[164] ele oferecia uma solução negocial para um problema decorrente da ausência de análise prévia nos atos de concentração:[165] o alto custo envolvido nas restrições ou proibição impostas pelo Cade quando as mudanças estruturais decorrentes da operação já estivessem consolidadas. Assim, as vantagens atribuídas ao APRO eram consequência de sua racionalidade instrumental: (i) evitar o uso desse problema de forma estratégica, adequando-se à racionalidade dos agentes de mercado;[166] e (ii) reduzir o alto custo decisório decorrente da reprovação ou imposição de restrições em atos de concentração quando não há análise prévia.

---

[159] Sobre os TCDs, ver ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS. *Lei e política de concorrência no Brasil*: uma revisão pelos pares. [S.l.: s.n.], 2010. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf. Acesso em: 04 out. 2017, p. 36-37.

[160] CABRAL, Patrícia Semensato. Remédios em atos de concentração: uma análise da prática do Cade. *IX Prêmio SEAE*, Brasília, 2014. Disponível em: http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2014/ix-premio-seae-2014/tema1-1lugar-patricia.pdf. Acesso em: 18 set. 2017, p. 37 e ss.

[161] Entre outras coisas previa-se: "o Relator poderá, caso julgue conveniente e oportuno, negociar o teor do Compromisso de Desempenho (TCD) com os interessados, bem como submeter minutas a Consulta Pública, na forma do art. 31 da Lei n. 9.784/99" (art. 131, § 3º).

[162] CABRAL, Patrícia Semensato. Remédios em atos de concentração: uma análise da prática do Cade. *IX Prêmio SEAE*, Brasília, 2014. Disponível em: http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2014/ix-premio-seae-2014/tema1-1lugar-patricia.pdf. Acesso em: 18 set. 2017, p. 39-42.

[163] AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo Rosenthal. A evolução da legislação antitruste no Brasil. *Revista Concorrência & Regulação*, Coimbra, v.7-8, p. 139-159, 2012, p. 145.

[164] Deve-se notar que durante o período em que o jurista João Grandino Rodas foi presidente do Cade, (2000-2004) foram aprovadas 16 resoluções, das quais a maioria possuía uma racionalidade formal. Em geral, elas sistematizaram procedimentos a partir de uma lógica interna ao funcionamento da autarquia, não tendo comprometido a racionalidade instrumental característica do período em prol de outros valores extrajurídicos.

[165] MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 282.

[166] Esse uso consistia, essencialmente, no pedido de concessão de medidas de urgência junto ao Poder Judiciário com fundamento no risco de dano decorrente do desfazimento de operações, venda de ativos, etc., tal como ocorreu no caso Nestlé-Garoto.

Outra manifestação do avanço das estratégias negociais foi a nova disciplina conferida a elas pela Lei 12.529/2011, que implicou sua consolidação e aprimoramento. No âmbito do controle de condutas, (i) expandiu-se a consequência criminal do acordo de leniência de impedimento ao oferecimento da denúncia e possível extinção de punibilidade, prevista no art. 35-C, Lei 8.884/1994, a todos os "crimes diretamente relacionados à prática de cartel" (art. 87, Lei 12.529/2011); (ii) previu-se a extensão dos benefícios da leniência não apenas aos dirigentes e administradores (art. 35-B, Lei 8.884/1994), como também às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus empregados (art. 86, § 6º, Lei 8.884/1994). No âmbito do controle de concentrações, destaca-se o veto ao art. 92, Lei 12.529/2011, que definia o Acordo em Controle de Concentrações (ACC), sucedâneo do antigo TCD. A razão do veto à disciplina do ACC, ao contrário do que se poderia imaginar, decorreu do fato de que se entendeu que o art. 92, Lei 12.529/2011, restringiria "[...] a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica".[167] Ou seja, vetou-se o dispositivo justamente em prol da amplitude dessa estratégia negocial.

É nesse sentido que se afirma que a regulação econômica, especialmente no caso do Cade, "[...] vem sofrendo influxo de uma perspectiva mais instrumental, focada na eficiência e aberta às influências do consensualismo"[168] – algo que se aplica à análise tanto de infrações quanto de atos de concentração. Contudo, em relação a esse influxo, é preciso notar que existe uma diferença significativa entre o consensualismo, enquanto característica de uma racionalidade instrumental, voltada a estratégias negociais, e uma racionalidade participativa ou consensual[169]. Conquanto essas racionalidades possam compartilhar traços comuns, como a "[...] oposição à atuação administrativa impositiva e

---

[167] BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 536, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União,* Brasília, DF, 1º dez. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/msg/vep-536.htm. Acesso em: 15 out. 2017.

[168] RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Regulação consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. *Revista Estudos Institucionais,* Rio de Janeiro, v.3, n.1, p. 89-122, 2017, p. 91. Ver também RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Contratualização administrativa no direito concorrencial. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo. (Orgs.). *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 87-104; MARTINS, Arthur Villamil. *As políticas econômicas constitucionais como fator de legitimidade das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – Cade. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 35.

[169] Ver tópico 2.2.

unilateral",[170] pode haver uma tensão considerável entre a busca por resultados, pautada na eficiência, e o estabelecimento de "[...] uma postura mais dialógica entre administradores e administrados, havendo uma inclusão da participação popular nas decisões administrativas [...]".[171] Essa tensão pode ser percebida quando se define consensualidade como "[...] o emprego em larga escala de métodos e técnicas negociais ou contratualizadas no campo das atividades perpetradas pelos órgãos e entidades públicas",[172] ou mesmo quando se afirma que ela tende a reduzir custos na medida em que acordos substitutivos costumam diminuir o tempo de tramitação de investigações e processos administrativos.[173] Enquanto a negociação e a contratualização se adequam à racionalidade dos agentes de mercado e reduzem os custos envolvidos na atuação administrativa, a participação popular nas decisões pode ter o efeito contrário: de um lado, porque contempla reclamos estranhos ao mercado, associados a uma racionalidade material; de outro, porque amplia o custo e o tempo dispendido na tomada de decisões. Nesse passo, estratégias de controle democrático e de tomada de decisões envolvendo a sociedade civil – associadas a uma racionalidade participativa – podem servir como trocas compensatórias a soluções negociais e, de modo geral, ao avanço de uma racionalidade instrumental, mas com elas não se confundem. Conquanto seja possível, no período analisado, identificar elementos dessa racionalidade participativa, eles não são suficientes para afastar a preponderância de uma racionalidade instrumental nas alterações normativas.

---

[170] RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Regulação consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. *Revista Estudos Institucionais,* Rio de Janeiro, v.3, n.1, p. 89-122, 2017, p. 93.

[171] RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Regulação consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. *Revista Estudos Institucionais,* Rio de Janeiro, v.3, n.1, p. 89-122, 2017, p. 92-93. Os autores, contudo, associam essas racionalidades sem apontar as distinções ora propostas. Também Guilherme Ribas parece associar práticas consensuais e soluções negociais Guilherme Ribas: "[…] o uso de práticas consensuais e negociais no âmbito do Direito Concorrencial [...] deve acompanhar a velocidade das transformações na economia e dar respostas eficazes e diretas aos anseios dos administrados e daqueles que são por ele tutelados" [RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Contratualização administrativa no direito concorrencial. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo. (Orgs.). *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 87-104, p. 93-94]. Na sequência, Ribas afirma que "[...] esses acordos podem, por exemplo, reduzir gastos, aumentar a eficiência das autoridades de defesa da concorrência, diminuir o tempo das investigações, desobstruir a pauta do Poder Judiciário e assumir uma função essencial na política de advocacia da concorrência" [RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Contratualização administrativa no direito concorrencial. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo. (Orgs.). *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 87-104, p. 94].

[172] RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Regulação consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. *Revista Estudos Institucionais,* Rio de Janeiro, v.3, n.1, p. 89-122, 2017, p. 95.

[173] RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Regulação consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. *Revista Estudos Institucionais,* Rio de Janeiro, v.3, n.1, p. 89-122, 2017, p. 95.

Essa preponderância também foi reforçada pela internacionalização do Cade, que, a partir de 1996, celebrou diversos acordos e protocolos de cooperação com outras agências e organismos internacionais.[174] Além de favorecer a detecção de infrações à ordem econômica, isso inseriu o Cade em um contexto internacional de economicização do direito antitruste.

Esse processo foi especialmente claro na Europa, a partir das alterações promovidas pelo Regulamento CE 01/2003, que tinham como sentido a promoção de uma racionalidade distinta daquela que informava o direito da concorrência europeu quando de sua concepção: a ideia de uma concorrência que servia de instrumento aos objetivos de integração comunitária e não podia ser reduzida à tutela da eficiência econômica[175] passou a ser substituída por uma abordagem mais econômica (*a more economic approach*).[176] Como explica David Gerber, o pressuposto desse movimento é o de que "a teoria econômica neoclássica fornece, por si só, as normas e objetivos do direito concorrencial europeu e também os principais métodos para aplicar essas normas".[177]

Esse fenômeno, delineado em relação ao direito europeu, insere-se em um contexto mais amplo, de uma tendência à harmonização e à convergência no direito da concorrência mundial[178] a partir de influências estadunidenses.[179] Analisando esse

---

[174] MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) – Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 267-268. Apenas a título exemplificativo, é possível mencionar, além da participação do Cade nas discussões da International Competition Network (ICN) e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), acordos e protocolos de cooperação celebrados com Rússia (2001), Argentina (2003), EUA (Decreto 4.702/2003), Portugal (2005), Canadá (2008), Chile (2008), União Europeia (2009), Mercosul (Portaria Conjunta Cade/SDE/SEAE 148/2009), França (2011) e BRICS (2011). Por uma relação mais detalhada dos acordos internacionais celebrados pelo Cade, ver NEVES, Luiz das. *O modelo antitruste brasileiro*: Lei nº 12.529/2011. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 163-166.

[175] FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste.* 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 179-182.

[176] Ver GERBER, David J. Two Forms of Modernization in European Competition Law. *Fordham International Law Journal*, New York, v.31, n.5, p. 1235-1265, 2008. Disponível em: http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol31/iss5/8/. Acesso em: 04 out. 2017, p. 15.

[177] Ver GERBER, David J. Two Forms of Modernization in European Competition Law. *Fordham International Law Journal*, New York, v.31, n.5, p. 1235-1265, 2008. Disponível em: http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol31/iss5/8/. Acesso em: 04 out. 2017, p. 16. Tradução livre de: "the assumption embodied in the 'more economic approach movement' is, however, that neo-classical economics itself provides the norms and goals for European competition law and that it also furnishes the principal methods for applying those norms. It is this more fundamental and far-reaching aspect of the use of economics that represents the core of the "more economic approach".

[178] Ver EZRACHI, Ariel. Sponge. *Journal of Antitrust Enforcement,* v.5, n.1, p. 49-75, abr. 2017. Disponível em: https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnw011. Acesso em: 10 jul. 2017, p. 51-52. Sobre essa tendência, explica Stark: "aqueles que dizem que a convergência percorreu um longo caminho estão certos. Se olharmos os Estados Unidos e a União Europeia, as duas paradas mais importantes no circuito antitruste de hoje, a

processo, Randolph Tritell afirma que, apesar das reconhecidas diferenças entre países desenvolvidos e em desenvolvimento,

> […] existem alguns preceitos centrais do antitruste moderno comuns à maioria, se não a todos os esforços de produzir uma política antitruste sólida [...]: o objetivo de promover o bem-estar do consumidor; a importância da economia na análise antitruste; a necessidade de dissuadir e punir cartéis *hard-core*; o valor de separar as políticas social e de emprego da política antitruste; e a não-discriminação pelo critério da nacionalidade.[180]

No mesmo sentido, analisando a manifestação desse processo de convergência no direito antitruste brasileiro, Schuartz explica:

> Aquilo que, nos Estados Unidos, era resultado parcial de uma complexa interação entre direito e ciência econômica e de uma evolução jurisprudencial com fissuras e tensões, celebrou-se, no Brasil, como referencial normativo indisputado, pronto e acabado para uso imediato. E o que Posner afirmou com verve polêmica acerca de si mesmo e de Robert Bork quanto à escolha da melhor teoria normativa do direito antitruste nos Estados Unidos, vale dizer: que os juízes deveriam interpretar a legislação aplicável tendo em vista exclusivamente

---

dimensão em que os dois regimes encontraram um terreno comum nos últimos anos é notável. Mas estamos muito longe da convergência, se o nosso ponto de referência não é o local em que estávamos, mas onde devemos chegar se o nosso objetivo for um sistema coerente, eficiente e com bom funcionamento". Tradução livre de: "those who say convergence has come a long way are right. If we look at the United States and the European Union, the two most important stops on today's antitrust circuit, the extent to which the two regimes have found common ground in recent years is remarkable. But we are a long way from convergence if our reference point is not where we once were, but where we ought to be if our objective is a coherent, efficient, and smoothly functioning system" [STARK, Charles S. The view without the rose-colored glasses. *Antitrust magazine,* Connecticut, p. 28, Summer 2005. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/tritellpositiveview.pdf. Acesso em: 04 out. 2017, p. 28]. Assim, apesar da convergência, é notável também a existência de conflitos, mesmo entre o direito antitruste americano e o europeu. Por uma análise de algumas das divergências entre eles, ver DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Antitrust divergence and the limits of economics. *Northwestern University Law Review,* Illinois, v.104, n.1, p. 253-292, 2010. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1429541. Acesso em: 04 out. 2017.

[179] Analisando essas influências no contexto do direito concorrencial Europeu nas décadas de 1960 e 1970, ver LEUCHT, Brigitte; MARQUIS, Mel. American Influences on EEC Competition Law: Two Paths, How Much Dependence? (eds.). In: PATEL, Kiran Klaus; SCHWEITZER, Heike. *The historical foundations of EU Competition Law.* New York: Oxford University Press, 2013, p. 125-161. As autoras também reconhecem que, após o período por elas analisado, ao menos dois elementos reforçam essa tendência: "[...] an international spread of neo-liberal ideas by the latter part of the 1980s, and especially the developments in the EC/EU context collectively known as 'modernization', which is generally traced to the early 1990s [...]" [LEUCHT, Brigitte; MARQUIS, Mel. American Influences on EEC Competition Law: Two Paths, How Much Dependence? (eds.). In: PATEL, Kiran Klaus; SCHWEITZER, Heike. *The historical foundations of EU Competition Law.* New York: Oxford University Press, 2013, p. 125-161, p. 130].

[180] TRITELL, Randolph W. International Antitrust convergence: a positive view. *Antitrust magazine,* Connecticut, p. 25-28, Summer 2005. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/tritellpositiveview.pdf. Acesso em: 04 out. 2017, p. 26. Tradução livre de: "[…] there are some central precepts of modern antitrust common to most if not all efforts to impart sound competition policy [...]: the goal of promoting consumer welfare; the importance of economics in competition analysis; the need to deter and punish hard-core cartels; the value of separating social and employment policy from competition policy; and non-discrimination on the basis of nationality".

> a maximização de alguma medida de bem-estar econômico (para os dois autores, identificada com a soma dos excedentes do produtor e do consumidor), estava deste lado do equador, pacificamente em vias de se tornar uma norma quase auto-evidente.[181]

Desse modo, é possível perceber que, abstraídas as peculiaridades do contexto de cada país,[182] avança no direito da concorrência desse período, em âmbito global com reflexos evidentes na realidade brasileira, uma linguagem comum, afeta a uma racionalidade de mercado tanto na definição das normas quanto na sua forma de aplicação.[183]

Essa tendência se revela também nas alterações realizadas na estrutura e no funcionamento das autoridades concorrenciais, que envolveram tanto iniciativas de cooperação institucional quanto tentativas de reduzir a complexidade procedimental, eliminando a redundância e a sobreposição de tarefas entre elas.

Nesse sentido, destacam-se os acordos de cooperação do Cade com outros entes da administração pública (ANP,[184] ANVISA,[185] ANCINE,[186] Receita Federal, etc.),[187] bem como com o Ministério Público da União e dos Estados – nesse caso, cooperação técnica e operacional, especialmente relacionada ao uso de instrumentos investigativos.[188] Esse movimento também refletiu (i) no deslocamento, do plenário (art. 7º, XVI, Lei 8.884/1994) para o presidente do tribunal, da competência para "firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça

---

[181] SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. *Direito Rio – textos para discussões*, Rio de Janeiro, out. 2008. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/1762. Acesso em: 15 set. 2017, p. 9-10.

[182] Ver EZRACHI, Ariel. Sponge. *Journal of Antitrust Enforcement,* v.5, n.1, p. 49-75, abr. 2017. Disponível em: https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnw011. Acesso em: 10 jul. 2017, p. 72-75.

[183] Jörg Philipp Terhechte analisa a possibilidade de convergência nos regimes de aplicação do direito concorrencial, para além da já consolidada harmonização do direito substantivo [TERHECHTE, Jörg Philipp. *International Competition Enforcement Law between cooperation and convergence*. Springer: Berlin, 2011, p. 2-3]. Sobre a repercussão no Brasil, revelando uma surpresa injustificada ante o conjunto de mudanças com o mesmo sentido, Carlos Melfi afirma: "O que causa espécie, no âmbito do sistema da Lei nº 12.529/11, é a prevalência da lógica econômica. É inegável a influência recebida do direito estrangeiro nesse respeito, cabendo mencionar aqui a Escola Econômica do Direito, ou *law and economics*" [MELFI, Carlos Mazza Britto. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência:* vulnerabilidade e desarmonia jurídica do controle administrativo. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 86-87].

[184] Acordo de Cooperação Técnica Cade 06/2013.

[185] Acordo de Cooperação Técnica Cade 02/2013.

[186] Acordo de Cooperação Técnica Cade 30/2015.

[187] MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) – Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 267.

[188] STRAUSS, Daniel. *A accountability no sistema antitruste brasileiro*: as indefinições de seu desenvolvimento institucional. 2005. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2005, p. 99 e ss.

os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais" (art. 10, XI, Lei 12.528/2011); e (ii) na previsão da competência da SEAE para "celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência" (art. 19, § 1º, II, Lei 12.529/2011).

Em relação à busca por maior eficiência administrativa por meio de modificações normativas, são exemplares a Portaria Conjunta SEAE/SDE 33/2006 e a Resolução Cade 52/2009. A primeira, que estabeleceu uma divisão de trabalho em atos de concentração e análise de condutas entre SEAE e SDE, reduzindo a sobreposição na atuação desses órgãos, tinha como diretrizes: "[...] o espírito cooperativo, a transparência na comunicação, a coordenação de ações, a racionalização dos trabalhos, a economia processual e a não duplicação de esforço" (art. 2º, Portaria Conjunta SEAE/SDE 33/2006). A segunda, que extinguiu a Comissão de Acompanhamento das Decisões do Cade (CAD/Cade), restituindo suas funções à ProCade, tinha como fundamento

> [...] propiciar maior celeridade e eficiência no emprego dos diversos instrumentos administrativos e judiciais de execução forçada das decisões do CADE, mediante o aumento do conhecimento técnico de cobrança e a eliminação de etapas redundantes e burocráticas, racionalizando os escassos recursos humanos e materiais da autarquia (Resolução Cade 52/2009).

Não obstante a importância dos acordos e convênios voltados à cooperação institucional, bem como de outros instrumentos normativos internos, as mudanças mais relevantes quanto à estrutura e funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) no sentido de uma racionalidade de tipo instrumental foram introduzidas pela Lei 12.529/2011.[189]

O desenho institucional concebido pela Lei 8.884/1994 era considerado "multifacetado", "gerador de ineficiência" e um dos principais obstáculos para a eficácia da defesa da concorrência, reclamando a "unificação da autoridade antitruste e a simplificação de seus procedimentos".[190] Assim, atendendo a esse apelo, a Lei

---

[189] Por um resumo das principais mudanças introduzidas na Lei 12.529/2011, ver SALGADO, Lucia Helena. Defesa da concorrência no Brasil: aspectos institucionais, desempenho recente e perspectivas de reforma. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Texto para discussão*, Brasília, n.1386, p. 6-26, fev. 2009. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1386.pdf. Acesso em: 04 out. 2017, p. 21-22.

[190] SALGADO, Lucia Helena. Defesa da concorrência no Brasil: aspectos institucionais, desempenho recente e perspectivas de reforma. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Texto para discussão*, Brasília, n.1386, p. 6-26, fev. 2009. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_

12.529/2011 reuniu, em um renovado "SuperCade" (art. 5º, Lei 12.529/2011), a maioria das funções desempenhadas pela SDE, no âmbito do Ministério da Justiça, e da SEAE, no âmbito do Ministério da Fazenda.[191] Com essa reorganização administrativa, procurou-se eliminar a fragmentação e a redundância nas funções dos diferentes órgãos,[192] passando o Cade a ser composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, responsável por julgar os atos de concentração e processos administrativos para apuração de condutas; pela Superintendência-Geral, responsável por instrui-los; e pelo Departamento de Estudos Econômicos, responsável por "elaborar estudos e pareceres econômicos [...], zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão" (art. 17, Lei 12.529/2001).[193] Além disso, com a ampliação do mandato dos conselheiros (art. 6º, § 1º, Lei 12.529/2011), a instituição de um mandato para o Secretário-Geral (art. 12, § 2º, Lei 12.529/2011)[194] e a concessão de maior autonomia financeira e orçamentária ao Cade (arts. 21 a 30, Lei 12.529/2011), a interferência do Ministério da Justiça no âmbito antitruste foi ainda mais reduzida.

1386.pdf. Acesso em: 04 out. 2017, p. 16-17. Nesse sentido, Ciro Gomes afirmou em seu parecer sobre PL 3937/2004: "De outro lado, decisões colegiadas tendem a ser mais lentas e burocráticas, o que se torna um problema grave no atual estágio de desenvolvimento do país, em que decidir em tempo econômico representa a diferença entre competir no mercado global ou estancar na periferia da economia internacional. Diga-se de passagem, a racionalização burocrática constitui um dos principais objetivos das propostas de reestruturação do SBDC. Como destacado pelos representantes do Sistema nas audiências da Câmara, houve um esforço considerável de simplificação, inclusive com maior integração do trabalho entre as Secretarias e o CADE. Este processo, no entanto, chegou ao seu limite. Mais do que isso, não se pode contar com um sistema cujo bom funcionamento dependa da identidade dos burocratas do momento. Esta é simplesmente a antítese das instituições de um moderno Estado democrático de direito" [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=569964&filename=PRL+2+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004, p. 22].

[191] A SEAE continuou fazendo parte do SBDC (art. 3º, Lei 12.529/2011), mas sua competência ficou restrita essencialmente à atividade de promoção da concorrência (art. 19, Lei 12.529/2011).

[192] AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo Rosenthal. A evolução da legislação antitruste no Brasil. *Revista Concorrência & Regulação*, Coimbra, v.7-8, p. 139-159, 2012, p. 143.

[193] CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada*: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 33. Como afirmou Lucia Helena Salgado, antes da promulgação da Lei 12.529/2011, "a criação de um departamento econômico no âmbito do Cade é medida esperada para conferir racionalidade ao desenho institucional da autoridade antitruste brasileira" [SALGADO, Lucia Helena. Defesa da concorrência no Brasil: aspectos institucionais, desempenho recente e perspectivas de reforma. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Texto para discussão*, Brasília, n.1386, p. 6-26, fev. 2009. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1386.pdf. Acesso em: 04 out. 2017, p. 17]. Em verdade, o DEE acabou sendo criado pela Resolução Cade 53/2009, como órgão de assessoria do Plenário do Cade. No entanto, sua previsão na nova lei como um dos órgãos que compõe o Cade (art. 3º, Lei 12.529/2011) implicou um maior fortalecimento institucional.

[194] Ver BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. Projeto de Lei nº 3.937, de 2004. Autor: Carlos Eduardo Cadoca. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 28 mai. 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=569964&filename=PRL+2+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 06 set. 2017, p. 23.

Do ponto de vista procedimental, foram eliminadas diversas etapas, como os pareceres obrigatórios,[195] concentrando-se atividades na Secretaria Geral. À disciplina processual mais detalhada (art. 48 e ss., Lei 12.529/2011) e aos prazos claros e reduzidos (arts. 63, 70 a 79, e 88, § 2º, Lei 12.529/2011), somou-se a eliminação da obrigatoriedade de algumas hipóteses de julgamento colegiado pelo tribunal, permitindo uma maior celeridade às decisões.[196] A temporalidade lenta do Cade, que sempre foi entendida como um dos grandes defeitos de sua atuação – reclamando decisões em "tempo econômico", tal como referido nos relatórios anuais do fim da década de 1990 –, foi um dos principais alvos das mudanças introduzidas pela Lei 12.529/2011.[197]

Não por acaso, o controle de concentrações, por ser mais interventivo e exigir notificação prévia, recebeu tratamento que lhe conferisse mais celeridade: eliminação da manifestação do MPF (art. 20, Lei 12.529/2011),[198] prioridade na tramitação de atos de concentração (art. 51, I, Lei 12.529/2011), possibilidade de autorização precária e liminar desses atos (art. 59, § 1º, Lei 12.529/2011) e de decisão simplificada nos casos mais simples (art. 51, I, Lei 12.529/2011) foram algumas das mudanças introduzidas com esse sentido. Afinal, como afirma Cleveland Prates, a obrigatoriedade de notificação prévia

---

[195] AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo Rosenthal. A evolução da legislação antitruste no Brasil. *Revista Concorrência & Regulação*, Coimbra, v.7-8, p. 139-159, 2012, p. 143. Sobre eles, assim se manifestou o Deputado Ciro Gomes em seu parecer: "A tramitação dos processos em três órgãos distintos, CADE, SDE e SEAE, corresponde a uma multiplicação de pareceres completamente anacrônica e excessivamente burocrática" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. Projeto de Lei nº 3.937, de 2004. Autor: Carlos Eduardo Cadoca. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 28 mai. 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra ?codteor=569964&filename=PRL+2+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 06 set. 2017, p. 21].

[196] NEVES, Luiz das. *O modelo antitruste brasileiro*: Lei nº 12.529/2011. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 162.

[197] Mais recentemente, esse movimento também foi favorecido pela Resolução Cade 11/2014, que criou o Sistema Eletrônico de Informações (SEI) e pela Resolução Cade 14/2015, que disciplinou o protocolo eletrônico.

[198] De acordo com esse artigo, a competência do MPF ficou restrita apenas à emissão de pareceres em processos administrativos voltados à apuração de infrações à ordem econômica. Para Vinícius Marques de Carvalho, essa mudança implica maior racionalização da participação do MPF no âmbito antitruste [CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada*: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 39]. Sobre o papel do MPF junto ao Cade, conquanto as emendas propostas não tenham sido acolhidas, ver o parecer do Deputado Paes Landim [BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 3937, de 2004. Voto em separado do deputado Paes Landim. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 28 mai. 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br/ proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=560900&filename=VTS+3+PL393704+%3D%3E+PL+3937/ 2004. Acesso em: 05 set. 2017]; ver também o parecer do Deputado Pedro Eugênio sobre as emendas do Senado [BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 6/2009 do Senado e 3937/2004 da Câmara dos Deputados, de 05 de outubro de 2011. Autor: Carlos Eduardo Cadoca. *Senado Federal*, Brasília, DF, 05 out. 2011. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=928019& filename=PSS+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 03 out. 2017, p. 42-43].

demanda do Cade a capacidade de "[...] compatibilizar o tempo gasto na análise com o tempo econômico requerido pelas partes".[199]

A Resolução Cade 02/2012 e a Resolução Cade 16/2016, editadas após a Lei 12.529/2011, reforçaram a tentativa de atender a essa demanda. A primeira delas previu um procedimento sumário para operações de concentração, estabelecendo critérios econômicos para determinar seu enquadramento (art. 8º, Resolução Cade 02/2012). Por ocasião da sua atualização pela Resolução Cade 09/2014, os referidos critérios se tornaram mais brandos, criando-se a hipótese de enquadramento devido à "ausência de nexo de causalidade: concentrações horizontais que resultem em variação de HHI inferior a 200 desde que a operação não gere o controle de parcela de mercado relevante superior a 50%" (art. 8º, V, Resolução Cade 02/2012). Essas modificações, apesar do texto do art. 7º, Resolução Cade 02/2012,[200] reduziram a discricionariedade na análise do enquadramento dos casos no procedimento sumário que havia quando da vigência da Portaria Conjunta SEAE/SDE 01/2003. Em sintonia com essas alterações, a Resolução Cade 16/2016 estabeleceu prazo de 30 dias para análise, pela Superintendência-Geral, de atos de concentração com base em procedimento sumário.

Do ponto de vista substancial, as alterações, apesar de em número mais reduzido, também foram bastante significativas. No âmbito do controle de condutas,[201] a mais

---

[199] TEIXEIRA, Cleveland Prates. *Controle preventivo da concorrência:* a experiência brasileira em 1994-1996. 1997. Dissertação (Mestrado em Economia de Empresas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Faculdade Getúlio Vargas, 1997, p. 53.

[200] "Art. 7º A decisão de enquadramento do pedido de aprovação de ato de concentração em Procedimento Sumário é discricionária, e será adotada pelo Cade conforme os critérios de conveniência e oportunidade, com base na experiência adquirida pelos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na análise de atos de concentração e na identificação daqueles que tenham menor potencial ofensivo à concorrência. Parágrafo único. Os atos em análise com base no Procedimento Sumário serão objeto de decisão simplificada por parte da Superintendência, nos termos do artigo 54, I, da Lei 12.529/11".

[201] Apesar de não ter sido adotada na redação final, é representativa a mudança sugerida pelo parecer quanto à forma de análise no controle de condutas: "um outro ponto importante ainda em relação à questão das condutas é a necessidade de explicitação de que, assim como em uma análise de atos de concentração, se faça uma análise de custo-benefício, o que é chamado no jargão da área como a aplicação da "regra da razão". Nesse entendimento, nenhuma conduta como venda casada, exclusividade, fixação de preço de revenda, dentre outras, deve ser condenada *per se*, mas sim à luz de seus potenciais efeitos negativos e positivos. Afinal, o objetivo da defesa da concorrência é aumentar o bem-estar social, promovendo a eficiência econômica, e daí não cabe inibir condutas que gerem efeitos líquidos positivos sobre a sociedade como um todo. Assim, acrescentamos um novo parágrafo ao artigo 21, deixando clara a consideração da regra da razão, com base na análise econômica, no tratamento de condutas potencialmente anticompetitivas" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3937, de 7 de julho de 2004. Autor: Carlos Eduardo Cadoca. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 07 de jul. 2004. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_ mostrarintegra?codteor=233311&filename=PL+3937/2004. Acesso em: 02 out. 2017, p. 11]. A partir disso Aguillar e Coutinho sustentam que "continua, portanto, válido o debate teórico a respeito da ilegalidade *per se* e a regra da razão (*rule of reason*), ainda que o relatório do projeto de lei declare que não há dúvidas sobre a predominância desta última no regime brasileiro" [AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo

representativa delas foi a eliminação do aumento abusivo de preços, que recebia detalhada disciplina na Lei 8.884/1994 e não foi previsto no rol de infrações do art. 36, § 3º, Lei 12.529/2011.[202] Quanto às penalidades, de um lado, acrescentou-se a proibição de exercer o comércio passível de imposição a pessoas físicas (art. 38, VI, Lei 12.529/2011), mas, de outro, reduziu-se substancialmente a pena pecuniária (art. 37, Lei 12.529/2011).[203] No âmbito do controle de concentrações, o art. 88, II, Lei 12.529/2011, acrescentou ao requisito de faturamento mínimo de uma das partes do ato de concentração a previsão de que também ao menos outra parte tenha um determinado faturamento, eliminando a necessidade de submissão de concentrações muito pequenas.[204] Além disso, com

---

Rosenthal. A evolução da legislação antitruste no Brasil. *Revista Concorrência & Regulação*, Coimbra, v.7-8, p. 139-159, 2012, p. 148].

[202] O sentido dessa mudança é expresso no parecer da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, em que se reconhece quanto ao aumento arbitrário de lucros e à imposição de preços excessivos que: "De fato, em muitas circunstâncias, as eficiências geradas por tais condutas mais do que compensam eventuais efeitos anticompetitivos e, portanto, devem ser autorizadas" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de desenvolvimento econômico, indústria e comércio. Projeto de Lei nº 3.937, de 2004. Autor: Carlos Eduardo Cadoca. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 15 dez. 2004. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=259004&filename=PRL+1+CDEICS+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 09 set. 2017, p. 3]. Por esse motivo, os dois "reparos" sugeridos pelo parecer na disciplina das condutas dizem respeito ao tema. Quanto ao primeiro, afirmou-se que "[...] não há como se definir, do ponto de vista econômico, o que é um 'aumento arbitrário de lucros'. Esse dispositivo é usualmente interpretado pelo setor privado como uma possibilidade de intervenção indevida do Estado sobre a livre iniciativa, coibindo o maior incentivo ao empreendedorismo, que é a busca de lucro" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de desenvolvimento econômico, indústria e comércio. Projeto de Lei nº 3.937, de 2004. Autor: Carlos Eduardo Cadoca. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 15 dez. 2004. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=259004&filename=PRL+1+CDEICS+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 09 set. 2017, p. 3]. Além disso, "o segundo reparo diz respeito à manutenção da 'imposição de preços excessivos' como exemplo de conduta anticompetitiva no inciso XIX do § 4º do aludido art. 20 da Lei nº 8.884/94, cuja redação não foi alterada na proposta contida no art. 1º do projeto de lei sob exame. De fato, não cabe atribuir ao CADE uma função de 'xerife dos preços', completamente estranha ao objetivo da defesa da concorrência, que é o de ampliar a eficiência econômica" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de desenvolvimento econômico, indústria e comércio. Projeto de Lei nº 3.937, de 2004. Autor: Carlos Eduardo Cadoca. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 15 dez. 2004. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=259004&filename=PRL+1+CDEICS+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 09 set. 2017, p. 3].

[203] O art. 23, I, Lei 8.884/1994, previa multa de 1% a 30% do faturamento bruto da empresa no último exercício, enquanto o art. 37, I, Lei 12.529/2011, prevê multa de 0,1% a 20% do faturamento bruto da empresa "[...] no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração [...]". É interessante notar que houve manifestações na Comissão Especial de Defesa da Concorrência que defendiam regras ainda mais brandas. Vide o parecer do Deputado Eduardo da Fonte [BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. Projeto de Lei nº 3.937, de 2004. Autor: Carlos Eduardo Cadoca. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 06 nov. 2007. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=520669&filename=VTS+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 04 set. 2017].

[204] Segundo a justificativa da proposta apresentada pelo Deputado Carlos Cadoca: "A alteração que consideramos mais importante é a que modifica os critérios de notificação de operações. De fato, atualmente, há uma infinidade de operações que devem ser notificadas sem o menor risco de efeito anticompetitivo no mercado. Primeiro, o critério de mercado relevante é, de fato, muito impreciso, eis que a delimitação desse

fundamento no art. 88, § 1º, Lei 12.529/2011,[205] os valores que determinam a submissão de atos de concentração ao Cade foram aumentados substancialmente (Portaria Interministerial MJ/MF 994/2012), reduzindo o controle sobre o mercado.[206] Ademais, com esse mesmo sentido foi modificada a disciplina das "eficiências"[207] capazes de autorizar atos de concentração que "[...] impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços[...]" (art. 88, § 5º, Lei 12.529/2011).[208] Afinal, estipulou-se que (i) os objetivos ou condições a serem observados poderão ser atingidos cumulativa ou alternativamente (art. 88, § 6º, I, Lei12.529/2011); e que (ii) os benefícios deles decorrentes sejam repassados em parte aos consumidores (art. 88, § 6º, II, Lei 12.529/2011), não sendo necessária a distribuição

---

espaço deve ser feita pelo regulador da concorrência e não pelas empresas a notificarem suas operações. Daí que faz sentido remover o percentual de 20% previsto no atual § 3º do artigo 54, tal como procedido no projeto. Em segundo lugar, deixar claro que o valor do faturamento a ser levado em conta é aquele obtido no país e não no mundo reduz bastante o número de operações, sem qualquer risco à concorrência, que deixarão de ser notificadas. Mais do que isso, a demanda de que o segundo grupo envolvido na operação tenha um valor mínimo de faturamento (R$ 30 milhões) reduz também acentuadamente o volume de operações que só fazem abarrotar o sistema de concorrência" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de desenvolvimento econômico, indústria e comércio. Projeto de Lei nº 3.937, de 2004. Autor: Carlos Eduardo Cadoca. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 15 dez. 2004. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=259004&filename=PRL+1+CDEICS+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 09 set. 2017, p. 4].

[205] Referido artigo estabeleceu uma inovadora delegação legislativa para que os valores que balizam a submissão de atos de concentração sejam alterados por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça, a partir de indicação do plenário do Cade.

[206] Poucos dias após o início da vigência da Lei 12.529/2011, o valor previsto no art. 88, I, foi aumentado de R$ 400.000.000,00 para R$ 750.000.000,00, e o previsto no art. 88, II, de R$ 30.000.000,00 para R$ 75.000.000,00.

[207] Por uma análise do conceito de eficiência em relação ao antitruste, ver MARTINS, Arthur Villamil. *As políticas econômicas constitucionais como fator de legitimidade das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – Cade. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 55-71. E, especificamente em relação à prática do Cade, ver SATO, Cynthia Ayako. *A eficiência como critério decisório na jurisprudência do CADE sobre atos de concentração.* 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. A eficiência como critério decisório na jurisprudência do CADE sobre atos de concentração. Ver também LIMA, Ruy Afonso de Santacruz. *Prevenção antitruste no Brasil*: 1991-1996. 1998. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1998, p. 11-19. Analisando essa tendência em relação ao direito antitruste a partir de uma perspectiva crítica, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v.16, p. 305-323, jan. 2009.

[208] Ainda que sem citar fontes, na justificativa do projeto de autoria do Dep. Carlos Cadoca, confirma-se essa tendência de confiança no mercado, ao se sustentar que "pelo menos 95% dos atos de concentração apresentados não requerem qualquer tipo de intervenção, podendo inclusive estar gerando eficiências econômicas como ganhos de escala ou escopo, a combinação de tais medidas se tornava desejável" [BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. Projeto de Lei nº 3.937, de 2004. Autor: Carlos Eduardo Cadoca. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 28 mai. 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=569964&filename=PRL+2+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 06 set. 2017, p. 9-10].

equitativa, antes prevista no art. 54, § 1º, II, Lei 8.884/1994.[209] Além disso, os arts. 88 e 90, Lei 12.529/2011, definiram de forma mais clara os atos de concentração do que fazia o art. 54, Lei 8.884/1994.[210] Como explica Vinícius Marques de Carvalho:

> A definição de ato de concentração na nova lei também é mais objetiva. Ao invés da linguagem aberta que tratava da notificação de 'atos sob qualquer forma manifestados que possam prejudicar a livre concorrência' e determinava a notificação de 'qualquer forma de concentração econômica', agora temos uma lista das hipóteses em que se considera realizado um ato de concentração. Essa opção aumenta a segurança jurídica em torno do tipo de ato a ser notificado [...].[211]

Assim, é possível concluir com Coutinho que, "em grandes linhas, a nova sistemática do Cade tem por objetivo aumentar a eficiência geral dos processos aos cuidados da autarquia, fixando prazos para o andamento mais ágil dos processos"[212] – sistemática essa indubitavelmente mais adequada a uma racionalidade de mercado do que a anterior.[213]

---

[209] Essa exigência era pouco viável no contexto de uma economia capitalista [BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 78].

[210] Diante desse conjunto de mudanças introduzidas pela Lei 12.529/2011, é possível afirmar que: "uma leitura atenta da nova lei de proteção da concorrência revela que, atualmente, a sistemática de análise de atos de concentração econômica se tornou mais permissiva que a anterior" [MARTINS, Arthur Villamil. *As políticas econômicas constitucionais como fator de legitimidade das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – Cade. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 33]. De modo mais contundente, Carlos Melfi afirma: "é ínsito o espírito utilitarista econômico na redação da Lei no 12.529/11. Explicitamente, as interpretações podem variar conforme as consequências para o mercado, mormente nos atos de concentração" [MELFI, Carlos Mazza Britto. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência:* vulnerabilidade e desarmonia jurídica do controle administrativo. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 76].

[211] CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada*: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 40.

[212] AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo Rosenthal. A evolução da legislação antitruste no Brasil. *Revista Concorrência & Regulação*, Coimbra, v.7-8, p. 139-159, 2012, p. 158.

[213] É exemplar, nesse sentido, o contraste entre as alterações mencionadas a partir de 1996 e a defesa de uma racionalidade material na análise de atos de concentração tal como proposta por Carlos Melfi: "e, mesmo que houver comprovação contundente de alguma das ressalvas, a única forma de se aplicá-las validamente é utilizar na avaliação do ato de concentração os vetores constitucionais. Em termos mais precisos, caberá ponderar sobre a possibilidade de perda de empregos, sobre as consequências para as empresas de pequeno porte, ou mesmo sobre a possibilidade de sustentação dos benefícios ao consumidor a longo prazo. Postulados como o da razoabilidade, proporcionalidade e ponderação, poderão ser utilizados para a solução em concreto do conflito entre princípios, não para o afastamento de um pelo outro, mas sim para a busca de uma preponderância em determinada situação" [MELFI, Carlos Mazza Britto. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência:* vulnerabilidade e desarmonia jurídica do controle administrativo. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 92-93]. Também fazendo essa defesa, Arthur Martins: "no capítulo anterior, foram apresentadas as bases para a realização de um balanço técnico-político-jurídico da eficiência econômica e das políticas econômicas constitucionais. Nesse processo de balanço, o Cade poderá atribuir, caso a caso, pesos diferentes para cada valor em jogo, na tentativa de estabelecer a conciliação entre a eficiência econômica e os demais elementos da ordem econômica brasileira, compatibilizando a quantidade de bens ofertados com a qualidade

Apesar disso, nesse período também é possível identificar mecanismos que ampliam o controle, a publicidade e a participação no âmbito de atuação do Cade.[214] Esses mecanismos servem como uma resposta ao considerável aumento de autonomia e à consequente maior probabilidade de responsabilização de seus dirigentes.[215] Eles podem não se adequar a uma racionalidade instrumental e, em determinadas instâncias, a ela se contrapor – incrementando custos administrativos e propiciando o ingresso de conteúdos extrajurídicos que podem conflitar com o critério de eficiência. Nesses casos, não sendo possível promover tanto uma racionalidade instrumental quanto uma racionalidade participativa, ocorrem trocas compensatórias. Com isso, a preponderância de critérios de eficiência acaba sendo confrontada pela criação de espaços, em tensão e contraditoriedade com o seu entorno, que permitem o ingresso de valores extrajurídicos.[216]

São exemplos do ingresso dessa racionalidade participativa no âmbito do direito antitruste: (i) a previsão da Auditoria como um órgão seccional do Cade, com competência de fiscalização e controle (art. 16, Decreto 9.011/2017); (ii) a criação do Serviço de Informação ao Cidadão (SIC/Cade), responsável por atender aos pedidos de acesso a informação (Portaria Cade 46/2012); (iii) a criação de um Código de Ética do Cade

---

de vida das pessoas, em uma linha de maior vantagem social. [...] Isso porque, as decisões compatíveis com o paradigma do Estado Democrático de Direito não podem ser fundamentadas apenas em uma racionalidade técnica ou instrumental de orientação de meios a fins" [MARTINS, Arthur Villamil. *As políticas econômicas constitucionais como fator de legitimidade das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – Cade. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 170]. Prossegue, ainda, Martins: "é na política econômica constitucional que estão definidos os 'bons fins' desejados pela sociedade brasileira e cristalizados na Constituição da República pelo constituinte" [MARTINS, Arthur Villamil. *As políticas econômicas constitucionais como fator de legitimidade das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – Cade. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 172]. Ver também MARTINS, Arthur Villamil. *As políticas econômicas constitucionais como fator de legitimidade das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – Cade. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 180-186.

[214] Nesse sentido, apesar de reconhecer limitações na tendência de publicização, Carlos Bello afirma que "a transparência [do Cade] aumentou a partir de maio de 1996 […]" [BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 240-241].

[215] Nesse ponto, é exemplar o fato de que, além de alterações no direito, existem outras barreiras que precisam ser superadas para a sua efetividade. Sobre essas barreiras na participação de consumidores no direito antitruste, ver BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 262-263. A ressalva, evidentemente, aplica-se ao direito como um todo e, portanto, a todas as alterações analisadas. Contudo, essa questão, como diversas vezes repetido, não é examinada no âmbito deste trabalho.

[216] Evidencia essa tensão a perspectiva de Carlos Bello defendendo a "democratização da política antitruste brasileira": "A constituição do direito antitruste enquanto direito social depende da existência de espaços institucionais de representação, interlocução e negociação que processem democraticamente as diversas demandas, confrontando-as e difundindo-as para outros espaços públicos, de modo a propiciar debates amplos que possam ser veiculados pelos meios de comunicação, evitando que estes sejam capturados pelos discursos liberais" [BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 271-272].

(Resolução Cade 16/1999) e sua modificação na forma do Código de Conduta dos Agentes Públicos do Cade (Resolução Cade 19/2017); (iv) a publicização de informações, por meio da divulgação eletrônica de autos (art. 108, RICade)[217] e da agenda das autoridades (Portaria Cade 115/2016);[218] e (v) a criação da Política de Gestão de Riscos e Controles Internos da Gestão do Cade (Portaria Cade 173/2017).

Nesse sentido, merecem ainda mais destaque no período examinado a consulta pública, a Ouvidoria do Cade e o *amicus curiae*. A introdução das consultas públicas como etapa do processo de emenda regimental (art. 175, § 2º, Resolução Cade 45/2007 – RICade)[219] implicou a positivação de uma prática realizada pelo Cade ao menos desde 1997,[220] que permite a participação da sociedade civil na atividade normativa da autoridade. O mesmo se aplica à Ouvidoria do Cade, que, apesar de suas limitações institucionais – é prevista por ato normativo interno e se encontra vinculada diretamente à Presidência do Cade (art. 1º, Portaria Cade 78/2010) –, tem como finalidade "[...] garantir os direitos do cidadão usuário do serviço público" (art. 2º, Portaria Cade 78/2010). Já o *amicus curiae*, criado pelo art. 160, Resolução Cade 01/2012, está previsto atualmente no art. 200, RICade, que estabelece: "A convite do Presidente, por indicação do Conselheiro Relator, qualquer pessoa poderá apresentar esclarecimentos ao Tribunal, na condição de *amicus curiae*, a propósito de assuntos que estejam em pauta".[221-222]

---

[217] Nesse caso, devem ser ressalvadas as inúmeras hipóteses de sigilo. Sobre o tema, ver tópico 5.4.2.2.

[218] A produção de relatórios anuais e a intensificação da advocacia da concorrência, ampliou a publicidade das atividades da autarquia [MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) – Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 266].

[219] Atualmente, a Consulta Pública é prevista nos arts. 270 e 271, RICade.

[220] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Relatório anual 1997*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, mar. 1998. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/antes_2003/relfim97.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 27. Ver também BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Relatório anual 1998/99*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, mai. 1999. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/antes_2003/relatorio-anual-98-99-10-05-99.pdf. Acesso em: 20 mai. 2017, p. 168 e 171.

[221] Sobre essa modificação é interessante notar que (i) no caso Kolynos-Colgate a relatora Lucia Helena Salgado realizou audiência pública com participação de órgãos de defesa do consumidor e concorrentes [BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 242]; (ii) em proposta não contemplada de emenda ao projeto de lei que deu origem à Lei 12.529/2011, os Deputados Antonio Carlos Mendes Thame e Luiz Carlos Hauly, manifestando preocupação com a necessidade de uma maior participação dos consumidores, procuram instituir uma consulta a entidades voltadas à sua proteção no âmbito da análise de ACs [BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 3937, de 2004. Voto em separado (dos Deputados Antonio Carlos Mendes Thame e Luiz Carlos Hauly). *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 20 nov. 2007. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=525827&filename=VTS+2+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 07 set. 2017, p. 6 e 10].

Enquanto a Ouvidoria do Cade permite uma atuação mediada por parte do cidadão, a participação possibilitada pela consulta pública e pelo *amicus curiae* é direta. Diferem, porém, quanto ao seu objeto: enquanto naquela a participação se relaciona a atos normativos gerais e abstratos, neste se relaciona a um processo em curso, possuindo incidência mais restrita. Não obstante existam diferenças entre essas figuras, pode-se reconhecer que todas elas ampliam o ingresso de conteúdos extrajurídicos no contexto de aplicação do direito concorrencial. Desse modo, devido ao tempo e aos recursos dispendidos com esses instrumentos, bem como a sua receptividade a elementos materiais, eles se diferenciam e se contrapõem a uma racionalidade de mercado. Servem como uma importante troca compensatória diante do progressivo aumento de autonomia do Cade e, também, do avanço de critérios estritamente econômicos em sua análise.

---

[222] Diante do disposto no art. 138, CPC, a figura do *amicus curiae* pode se tornar útil para ampliar a participação dos consumidores no direito da concorrência também no âmbito do Poder Judiciário. Analisando essa possibilidade de participação, ainda que sem considerar essa figura, ver BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 263-265.

5 TÉCNICAS PROCESSUAIS E TUTELA REPARATÓRIA NO DIREITO CONCORRENCIAL

É axiomático na doutrina o entendimento de que as técnicas processuais devem ser pensadas à luz do direito material, e de que isso seria uma decorrência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF/88).[1] Não obstante, as diferentes técnicas previstas na legislação infraconstitucional, ao mesmo tempo em que positivam esse direito fundamental, também servem para limitá-lo: elas dão forma a regras e procedimentos que precisam ser seguidos como condição para que a tutela seja prestada.[2]

Tendo isso em vista, a análise feita neste capítulo terá em consideração as peculiaridades do direito material, que podem ensejar a aplicação de regras processuais especiais, de um regime jurídico processual diferenciado, ou, ainda, fazer com que a submissão às regras gerais aplicáveis acarrete consequências para a sua tutela.

O pressuposto fundamental dessa análise é o reconhecimento de que as técnicas processuais, conquanto não possam ser consideradas o único aspecto relevante para o sucesso da tutela reparatória examinada neste trabalho, são um dos elementos centrais para que ela tenha êxito.[3] Afinal, as técnicas processuais aplicáveis, como visto ao longo desta tese, repercutem diretamente nos incentivos e desincentivos que se apresentam aos potenciais litigantes para buscar a reparação dos danos sofridos por meio da tutela jurisdicional.[4]

Como a análise considera os potenciais incentivos e desincentivos das técnicas processuais existentes, não é possível partir do pressuposto de que as técnicas processuais adequadas ao caso concreto serão, caso não previstas legalmente, construídas pelo juiz – ainda que esse tenha o dever de fazê-lo.[5] Parte-se, diferentemente, da suposição de que o legislador construiu técnicas que reputava idôneas para efetivar plenamente o direito à tutela jurisdicional e que, caso isso não tenha ocorrido, o litigante terá, quando menos, um substancial desestímulo para pleitear a tutela em juízo – uma vez que terá o ônus

---

[1] MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.
[2] Sobre o tema, ver YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 15 e ss.
[3] No direito europeu, essa premissa foi demonstrada por Hviid e Peysner, p. 210.
[4] HVIID, Morten. PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States.* p. 195-222. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 202-210.
[5] MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 145-146.

argumentativo de demonstrar, a partir do caso concreto, uma inadequação das técnicas existentes capaz de reclamar a concepção de mecanismos diferenciados pelo próprio juiz. É dizer, o exame proposto analisa as técnicas processuais previstas na legislação, sem recorrer àquelas que poderiam ter sido previstas legalmente ou que poderiam ser reconhecidas judicialmente, a partir da aplicação do art. 5º, XXXV, CF/88, e não foram.

Com isso, pretende-se evitar o risco de descrever o sistema de forma não correspondente ao que foi positivado pelo legislador tal como interpretado pela jurisprudência dominante.[6] Não obstante, excepcionalmente, considerando a ausência de consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre alguns temas, particularmente diante de inovações legislativas do NCPC, será preciso sugerir, dentre as interpretações possíveis, aquela que se reputa mais adequada ao direito positivo.

De qualquer forma, o objetivo deste capítulo é essencialmente descritivo: pretende-se retratar, na medida do possível, as técnicas processuais existentes naquilo em que, diante das peculiaridades do direito concorrencial e da pretensão reparatória nesse âmbito, seguem um regime especial ou produzem resultados distintos do usual. De maneira incidental, essa análise também será feita em relação à arbitragem. Para tanto, divide-se a exposição em cinco subcapítulos que têm por objeto: o perfil dos prejudicados e os diferentes meios para obterem reparação (5.1); as possíveis relações entre as demandas reparatórias e a aplicação do direito concorrencial nas esferas administrativa e criminal (5.2); os danos passíveis de reparação e as técnicas processuais existentes para a sua quantificação e execução (5.3); as técnicas processuais relativas à prova (5.4).

5.1 PREJUDICADOS E MEIOS DE REPARAÇÃO

Este subcapítulo analisará as especificidades dos diferentes meios de obter reparação no âmbito antitruste, bem como dos atores legitimados a requerê-la ou a intervir no processo judicial que a tenha como objeto. Essas questões dependem, em larga medida, do perfil dos prejudicados por infrações à ordem econômica.

Efetivamente, esse perfil tem relação direta com o comportamento dos prejudicados em relação aos danos sofridos e, consequentemente, com os incentivos ou desincentivos processuais a que estão sujeitos. Assim, traçar esse perfil, ainda que de

[6] Quer-se evitar, desse modo, uma descrição do direito processual que corresponda apenas às garantias constitucionais ou, ainda, aos pressupostos axiológicos pertencentes ao investigador. Essa possibilidade remete ao denominado abuso de dedução examinado no capítulo 2.

forma ideal típica, auxilia a identificar os diferentes mecanismos dos quais os prejudicados podem se valer para ver reparado o dano sofrido.

Ademais, o perfil dos prejudicados também envolve a questão de sua legitimação para agir e, reflexamente, da reparabilidade do dano sofrido: em outros sistemas jurídicos discute-se, por exemplo, a possibilidade de compradores indiretos demandarem por infrações à ordem econômica. Além de explorar a validade dessa restrição no direito brasileiro, também se optou por analisar, neste subcapítulo, a possibilidade de participação da autoridade concorrencial em processos que envolvam demandas reparatórias por infrações à ordem econômica: de um lado, porque o tema guarda estreita relação com o reconhecimento da legitimidade do Cade para propor demandas reparatórias; de outro, porque a possibilidade de participação da autoridade concorrencial também pode ser entendida como um estímulo adicional para os potenciais litigantes.

A partir disso, este subcapítulo contempla cinco tópicos: o primeiro analisa o perfil dos prejudicados por infrações à ordem econômica (5.1.1); o segundo e o terceiro se dedicam aos meios alternativos de solução de conflitos (*alternative dispute resolution* – ADR), tratando de mecanismos autocompositivos – mediação e conciliação (5.1.2) – e heterocompositivos – arbitragem (5.1.3); o quarto tópico examina as potencialidades e limitações da tutela coletiva nos processos judiciais ou arbitrais voltados à reparação no âmbito antitruste (5.1.4); por fim, o quinto e último tópico se dedica ao tema da participação nesses processos, contemplando duas questões peculiares no âmbito antitruste, quais sejam, a legitimação para agir do comprador indireto e a possibilidade de intervenção do Cade (5.1.5).

5.1.1 Perfil dos prejudicados

O art. 47, Lei 12.529/2011, que prevê a tutela reparatória de danos causados por condutas anticompetitivas, refere-se ao exercício desse direito pelos "prejudicados", por si ou por meio de legitimados coletivos. A questão que se coloca, então, é saber quem são esses prejudicados. Afinal, "diferentes tipos de infração à ordem econômica podem causar danos a diferentes conjuntos de vítimas".[7]

---

[7] KESKE, Sonja E. *Group litigation in European Competition Law - a law and economics perspective*. 2009. 340 p. Tese (Doutorado), Erasmus Universiteit Rotterdam, Tübingen, 2009, p. 56. Tradução livre de: "different types of competition law infringements can harm different sets of victims".

Segundo Sonja Keske, é possível distinguir ao menos seis tipos de vítimas de condutas anticompetitivas:

> Primeiro, compradores diretos (geralmente outras empresas) podem sofrer perdas quando eles vendem seus produtos a um preço mais alto devido a um preço aumentado de uma de suas matérias-primas. Segundo, clientes que se recusam a comprar o produto em questão ou mudam para substitutos menos favoráveis sofrem um dano, que forma o assim chamado peso-morto (*deadweight loss*). Terceiro, clientes de empresas fora do cartel, que também têm seus preços aumentados por causa do *umbrella effect*, sofrem dano por também terem que pagar preços supracompetitivos. Quarto, compradores indiretos dos produtos das empresas infratoras podem ter que pagar parte do sobrepreço que foi transferido a partir dos compradores diretos. Quinto, fornecedores dos infratores vendem menos dos seus produtos quando a produção destes é reduzida. Por último, competidores podem sofrer dano por conduta anticompetitiva quando certas condutas ilícitas têm o objetivo de reduzir sua habilidade de entrar ou competir no mercado, ou simplesmente têm esse efeito".[8-9]

Ainda que essas definições sejam plenamente aplicáveis ao contexto do direito brasileiro, deve-se notar que o segundo tipo receberia tratamento distinto dos demais. Conquanto envolva um dano efetivamente causado por condutas anticompetitivas, é difícil imaginar como o peso-morto (*deadweight loss*) ensejaria a reparação de danos individuais[10] – ao menos caso seja exigida sua individualização: como demonstrar que se

---

[8] KESKE, Sonja E. *Group litigation in European Competition Law - a law and economics perspective*. 2009. 340 p. Tese (Doutorado), Erasmus Universiteit Rotterdam, Tübingen, 2009, p. 56-57. Tradução livre de: "first, direct purchasers (generally other businesses) can incur losses when they sell less of their products at higher prices due to an increased price for their input factor. Second, customers that refrain from buying the product in question or switched to less favourable substitutes are harmed, which forms the so called deadweight loss. Third, customers of firms outside a cartel, that have also raised their prices under the price umbrella, are harmed as they also have to pay supra competitive prices. Fourth, indirect purchasers of the infringing firm(s) products may have to pay part of the overcharging that have been passed on by the direct purchasers. Fifth, suppliers to the infringing parties sell less of their products when output is reduced by the offending party. And last, competitors can be harmed by anti-competitive conduct when certain illegal behaviour is aimed at reducing their ability to enter or compete on the market, or simply has that effect". Além disso, a autora também menciona a possibilidade de que sócios ou acionistas e empregados, inclusive das empresas infratoras, sejam negativamente afetados pela infração [KESKE, Sonja E. *Group litigation in European Competition Law – a law and economics perspective*. 2009. 340 p. Tese (Doutorado), Erasmus Universiteit Rotterdam, Tübingen, 2009, p. 57]. No mesmo sentido, ver PADELLARO, Matteo. *Il risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*: legittimazione ed antitrust injury. 2009. 210 p. Tese (Doutorado) – Università degli studi Roma Tre, Roma, 2009, p. 83-86. Os danos sofridos por esses sujeitos, porém, não são objeto da análise realizada nesta tese.

[9] Empresas que não são competidores mas atuam em mercados relacionados àquele no qual ocorreu a infração também podem ser afetadas devido à redução da demanda como um todo: um cartel no mercado de tijolos pode reduzir a demanda por construções e, consequentemente, afetar os fornecedores de outros produtos dessa indústria (cimento, telhas, etc.) [KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 27].

[10] Em uma definição sumária, "peso-morto é o excedente que é perdido em relação aos consumidores e não transferido aos produtores quando o preço destes sobem, e é por vezes denominado de triângulo de

deixou de comprar algum produto por causa de aumento no preço e como mensurar a perda decorrente disso? Desse modo, em que pese essa seja uma das consequências sociais negativas causadas por infrações à ordem econômica, aqueles que deixaram de adquirir produtos por causa dela não serão considerados como prejudicados para fins de demanda reparatória.[11] Ademais, é preciso reconhecer que a condição subjetiva da vítima pode variar em alguns desses tipos: um exemplo é o caso do comprador direto que pode ser tanto um consumidor final como outra empresa revendedora.[12]

Por esse motivo, ao propor uma classificação das categorias de sujeitos prejudicados que estariam "abstratamente legitimados" para propor demandas reparatórias no direito antitruste, Matteo Padellaro atenta mais à posição por elas ocupada em relação ao infrator, fazendo referência a: (i) concorrentes, por causa de tentativas de exclusão; (ii) fornecedores ou distribuidores ao longo da cadeia produtiva, que podem ser vitimados mesmo quando não são os sujeitos passivos da conduta ilícita, sofrendo um dano reflexo; e (iii) consumidores finais, em função das consequências verticais, em cadeia, dos ilícitos.[13]

Ambas as classificações permitem notar que, na definição dos prejudicados, concorrem ao menos dois critérios distintos: a posição ocupada pelo sujeito em relação ao agente infrator (comprador direto ou indireto[14], vendedor direto ou indireto[15] e competidor) e os tipos de sujeitos lesados (grande empresa, micro ou pequena empresa – MPE – e consumidor). Ainda que, evidentemente, haja uma conexão entre ambos, que precisa ser

---

Harberger. Tradução livre de: "deadweight loss is the surplus that is lost to consumers and not transferred to producers when prices increase, and is sometimes known as the Harberger triangle" [DAVIS, Peter J.; GARCÉS, Eliana. *Quantitative techniques for competition and antitrust analysis*. New Jersey: Princeton University Press, 2010, p. 16].

[11] A situação é diferente em relação àqueles que podem se considerar prejudicados quanto ao peso-morto (*deadweight loss*) para fins de propositura de demanda que vise a "obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica", também prevista pelo art. 47, Lei 12.529/2011.

[12] KESKE, Sonja E. *Group litigation in European Competition Law – a law and economics perspective*. 2009. 340 p. Tese (Doutorado), Erasmus Universiteit Rotterdam, Tübingen, 2009, p. 57.

[13] PADELLARO, Matteo. *Il risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*: legittimazione ed antitrust injury. 2009. 210 p. Tese (Doutorado) – Università degli studi Roma Tre, Roma, 2009, p. 77-91.

[14] A posição de compradores de outros agentes econômicos no mercado em que ocorre a infração ou em mercados conexos, devido ao *umbrella effect,* pode ser equiparada à do comprador direto ou indireto. Ver nota 167.

[15] A doutrina costuma dar muita atenção ao tema dos compradores diretos e indiretos. No entanto, em alguns casos, um dano relacionado à diminuição das vendas também pode ser associado aos fornecedores diretos ou mesmo indiretos dos infratores. Sobre o tema, ver BUEREN, Eckart; SMUDA, Florian. A primer on damages of cartel suppliers: Determinants, standing US vs. EU and econometric estimation. *ZEW Discussion Paper*, n.13, p. 1-28, 2013. Disponível em: http://hdl.handle.net/ 10419/88947. Acesso em: 23 dez. 2017.

reconhecida,[16] separar os critérios é útil para compreender as implicações no âmbito processual.

De fato, a partir disso é possível conceber os seguintes tipos ideais de sujeitos lesados: empresa, consumidor e MPE. A empresa lesada é aquela, de médio ou grande porte, capaz de suportar o custo das demandas reparatórias e de ser economicamente beneficiada de forma satisfatória em caso de sucesso; em contrapartida, o consumidor é aquele que tem mais dificuldade de arcar com o custo e que sofreu um dano em montante inferior ao necessário para se sentir financeiramente estimulado a buscar reparação.[17] Enquanto a empresa pode ocupar qualquer posição em relação ao infrator, o consumidor é, necessariamente, um comprador direto ou indireto. De modo particular, o tipo ideal de MPE se assemelha aos consumidores quanto aos desestímulos econômicos para litigar,[18] e às empresas quanto às posições em relação ao infrator.

Esses dois elementos – o tipo de sujeito a que corresponde a vítima e sua relação com o infrator – têm repercussão em diversos aspectos processuais relacionados com a reparação de danos causados por infrações à ordem econômica. Entre eles, pode-se mencionar a legitimidade, o meio utilizado para a solução dos conflitos, a via processual eleita, a forma de quantificação dos danos sofridos, etc.

---

[16] Note-se, por exemplo, que o tipo de sujeito lesado "consumidor" apenas pode ocupar a posição de comprador direto ou indireto do agente infrator.

[17] Maria Ioannidou, considerando os tipos de consumidores lesados por condutas anticompetitivas, diferencia-os em dois grupos, "A" e "B": "o grupo A compreende demandas de um certo valor que podem potencialmente ser propostas como demandas individuais e o grupo B, demandas de consumidores que possuem um valor tão baixo que apenas podem ser propostas coletivamente". Tradução livre de: "'group A' comprises claims of a certain value that can potentially be brought as individual claims and 'group B' consumer claims that are of such a low value that can only be brought collectively" [IOANNIDOU, Maria. Enhancing the consumers' role in EU private competition law enforcement: a normative and practical approach. *The competition law review*, v.8, p. 59-85, dez. 2011, p. 69]. Para a autora, no grupo "B" estariam as ações em que os custos judiciais excederiam o valor da reparação [IOANNIDOU, Maria. Enhancing the consumers' role in EU private competition law enforcement: a normative and practical approach. *The competition law review*, v.8, p. 59-85, dez. 2011, p. 69]. Ainda que a análise da Autora não considere outros custos envolvidos, como o de oportunidade, o critério utilizado é suficiente para perceber que "dada a complexidade de demandas concorrenciais, parece pouco provável que consumidores proponham demandas superiores a várias centenas de euros [o custo judicial estimado é de duas mil libras] sendo que, em qualquer caso, os danos causados ao consumidor decorrentes de uma violação do direito da concorrência seriam, na maioria dos casos, inferiores a esse patamar". Tradução livre de: "[...] given the complexity of competition claims it seems unlikely for consumers to bring claims exceeding several hundred Euros and in any case consumer damage flowing from a competition law violation would in the majority of cases be lower than this threshold" [IOANNIDOU, Maria. Enhancing the consumers' role in EU private competition law enforcement: a normative and practical approach. *The competition law review*, v.8, p. 59-85, dez. 2011, p. 71].

[18] Distinção similar também é reconhecida por Christopher Hodges, que sugere tratar separadamente demandas envolvendo empresas e consumidores – incluindo nesse último caso também as pequenas empresas [HODGES, Christopher. Delivering competition damages in the UK. *Oxford Legal Studies Research Paper*, n.66, nov. 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2170385. Acesso em: 06 dez. 2017, p. 35].

Ademais, esses elementos permitem identificar, ainda que de forma caricatural, os incentivos e desincentivos existentes para que um lesado proponha uma demanda reparatória. Essa análise contempla os potenciais custos e benefícios decorrentes da propositura da demanda, considerando questões como a capacidade da vítima de suportar os custos e a suficiência dos benefícios esperados para justificá-los, entre outros fatores capazes de estimular ou desestimular um potencial litigante.

Exemplo dessa análise pode ser dado em relação às empresas que possuem uma relação comercial direta com o infrator (compradoras ou vendedoras diretas). Como explica Sonja Keske, elas frequentemente:

> [...] consomem grandes quantidades do produto afetado pela infração à ordem econômica, têm uma relação mais direta com o infrator, possuem melhor conhecimento sobre o mercado e o direito concorrencial, e têm mais recursos disponíveis do que um consumidor final [e do que uma MPE].[19]

Por outro lado, elas podem possuir um forte interesse na manutenção das relações comerciais com o infrator e, assim, reconhecer um risco significativo de que a propositura da demanda possa implicar sanções comerciais futuras por parte dele – como condições de preço piores do que as oferecidas aos seus concorrentes que optarem por não litigar.

Análises como essa, ainda que se esteja diante de tipos ideais,[20] são fundamentais para compreender tanto as consequências da aplicação de determinadas técnicas processuais como suas vantagens ou desvantagens. Desde logo é possível perceber que, da mesma forma como varia o perfil dos prejudicados, também variam suas habilidades e incentivos para promover demandas reparatórias.[21]

---

[19] KESKE, Sonja E. *Group litigation in European Competition Law - a law and economics perspective*. 2009. 340 p. Tese (Doutorado), Erasmus Universiteit Rotterdam, Tübingen, 2009, p. 56-57. Tradução livre de: "[…] consume larger amounts of the product affected by the competition law infringement, have a more direct relationship with the offender, possess better knowledge about the market and competition law, and have larger resources available for litigation than a private end consumer".

[20] Na prática, nem todos os elementos a ele atribuídos são encontrados nas vítimas, que podem inclusive apresentar características de diferentes tipos.

[21] KESKE, Sonja E. *Group litigation in European Competition Law – a law and economics perspective*. 2009. 340 p. Tese (Doutorado), Erasmus Universiteit Rotterdam, Tübingen, 2009, p. 56-57.

5.1.2 Conciliação e mediação

Sabe-se que a solução de conflitos por meios autocompositivos tem sido estimulada pelo Estado como forma de "desafogar" o Poder Judiciário.[22] A questão que se coloca neste tópico não é a de avaliar essa política, mas apenas de compreender a possibilidade de utilização desses meios para a reparação de danos decorrentes de infrações à ordem econômica, reconhecendo as peculiaridades relacionadas ao perfil dos prejudicados e das lesões por eles sofridas.

Os métodos consensuais de solução de conflitos se distinguem dos métodos adversariais: aqueles se caracterizam pela autocomposição – o conflito é resolvido pelas partes, eventualmente assistidas por terceiro; estes, pela heterocomposição – o conflito entre as partes é decidido de forma impositiva por um terceiro imparcial, como na arbitragem e no processo judicial.[23]

Ainda que os meios consensuais se caracterizem pela flexibilidade procedimental e pela informalidade,[24] observam requisitos legais quanto ao seu objeto: nem todos os conflitos podem ser a eles submetidos de forma válida. A legislação estabelece como objeto de mecanismos consensuais: direitos que sejam disponíveis ou, se indisponíveis, que sejam passíveis de transação (art. 3º, Lei 13.140/2015). Conquanto essa última hipótese tenha suscitado questionamentos na doutrina,[25] estes não se aplicam às pretensões reparatórias no direito concorrencial, que são disponíveis e admitem autocomposição: os litígios relativos a tais pretensões são passíveis de solução válida pelas próprias partes,

---

[22] Ver, no tópico 3.3, algumas das alterações normativas realizadas com esse sentido.

[23] GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos**.** *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.11, n.43, p. 171-207, out. a dez. 2014.

[24] A informalidade é prevista como princípio da mediação (art. 2º, IV, Lei 13.140/2015, e art. 166, NCPC), aplicável, quando cabível, a outras formas consensuais (art. 41, Lei 13.140/2015) e, além disso, estas são "[...] regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais" (art. 166, § 4º, NCPC). Não obstante, é possível cogitar do estabelecimento de mecanismos consensuais mais sofisticados e, portanto, mais procedimentalizados a partir do *Dispute System Design* [GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos**.** *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.11, n.43, p. 171-207, out. a dez. 2014].

[25] VAZ, Paulo Afonso Brum. *Lei de mediação e conciliação tem pontos positivos e algumas falhas.* Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jul-03/paul-vaz-lei-mediacao-pontos-positivos-algumas-falhas. Acesso em: 07 dez. 2017. A solução pode ser o reconhecimento de indisponibilidades relativas e absolutas [CALMON DE PASSOS, Jose Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil: (Lei nº 5.869, de janeiro de 1973).* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, v.3, 1998, p. 376-377]. Defendendo essa proposta, ver MARTINS, Gabriela Freire. "Direitos indisponíveis que admitem transação": breves considerações sobre a lei nº 13.140/2015. *Caderno Virtual*, Brasília, v.1, n.33, jul. 2016. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/1198/718. Acesso em: 05 dez. 2017.

mesmo quando envolvem o Poder Público,[26] independentemente da propositura de demanda judicial.[27]

Apesar de ser possível o uso de mecanismos consensuais de modo amplo nesse âmbito, é preciso destacar a maior necessidade de se socorrer deles quando há uma relação comercial continuada entre vítima (comprador ou vendedor direto) e infrator.[28] Afinal, nessas situações, a preservação da relação é favorecida por diversas características presentes nas formas autocompositivas: a maior possibilidade de adimplemento espontâneo em oposição à exequibilidade de decisões jurisdicionais; o maior sigilo,[29] com a faculdade de se observar a confidencialidade, em contraste com a publicidade do processo judicial; a maior celeridade no alcance da solução; os menores custos; e a utilização de uma linguagem menos formal e mais próxima ao cotidiano das partes.[30]

---

[26] Nesse caso, as soluções consensuais devem obedecer ao disposto nos arts. 32 e ss., Lei 13.140/2015.

[27] TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). In: *A Justiça Federal e o processo civil*, Curitiba, PR, 04 jun. 2004. Disponível em: https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_p%C3%BAblico_consequ%C3%AAncias_processuais_2005. Acesso: 05 dez. 2017, p. 16. A necessariedade de intervenção jurisdicional parece corresponder à hipótese que Calmon de Passos denomina de indisponibilidade relativa, enquanto a indisponibilidade absoluta envolveria aquelas situações em que "[...] é o próprio bem, conteúdo do direito, que se faz insuscetível de disposição, porque de tal modo se vincula ao sujeito que dele é indissociável" [CALMON DE PASSOS, Jose Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil: (Lei nº 5.869, de janeiro de 1973)*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, v.3, 1998, p. 376]. Sobre a relação entre indisponibilidade e autocomposição, ver MESQUITA LAUX, Francisco de. *Autocomposição e processo societário*. 2016. 174 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 126-127.

[28] Nesse sentido, analisando o tema no âmbito do direito concorrencial, Daniela Gabbay e Ricardo Pastore afirmam que "uma das principais vantagens dos meios consensuais é buscar manter relações continuadas [...]" [GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos**.** *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.11, n.43, p. 171-207, out. a dez. 2014]. Ainda, os autores explicam: "Quando há uma relação continuada entre demandante e demandado, o que é comum nesse mercado, outra vantagem em uma solução consensual consiste em evitar a ruptura dessa relação continuada ou prevenir um litígio alongado que possa desgastar tal relação, pois os métodos consensuais facilitam a comunicação e diálogo entre as partes envolvidas na busca dos resultados" [GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira**.** Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos**.** *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.11, n.43, p. 171-207, out. a dez. 2014]. Não por acaso, ao analisar a possibilidade de promover ADR nas demandas reparatórias concorrenciais, fazendo com que o recurso ao Poder Judiciário se tornasse o último recurso, o *Department for Bussiness Innovation & Skills* (BIS) do Reino Unido indicou como principal vantagem da ADR "restaurar relações funcionais positivas entre as partes". Tradução livre de: "restoring positive working relationships between the parties" [DEPARTMENT FOR BUSINESS INNOVATION & SKILLS. *Private actions in competition law*: a consultation on options for reform. Londres: BIS, 2012, p. 40].

[29] O art. 166, NCPC, e o art. 2º, VII, Lei 13.140/2005, preveem a confidencialidade como princípio da conciliação e da mediação. Além disso, o art. 166, § 1º, NCPC, estabelece que "a confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes".

[30] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial.* 6. ed. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf. Acesso em: 05 dez. 2017, p. 19. As vantagens da mediação também são destacadas no contexto das disputas envolvendo o direito concorrencial pela OCDE

De fato, quando a vítima teme que o recurso ao Poder Judiciário ou mesmo à arbitragem possa comprometer seu relacionamento com o infrator, recorrer a soluções que possuam as características mencionadas acima pode ser imprescindível. Mesmo porque é comum que abusos de poder econômico ocorram em mercados altamente concentrados, nos quais a dependência da vítima em relação ao infrator é muito grande.

Por esse motivo, não surpreende que, em pesquisa realizada no direito britânico, Barry Rodger tenha notado que um percentual de aproximadamente 50% dos acordos envolvendo pretensões no âmbito do direito concorrencial ocorreram em função das relações comerciais mantidas entre as partes, mesmo em casos de cartéis – o que seria indicativo, justamente, de poucas opções para substituir os fornecedores e de um receio de retaliação (recusa no fornecimento de mercadorias) por causa do prosseguimento de demandas reparatórias.[31]

A hipótese da pesquisa de Rodger é de que o recurso aos mecanismos consensuais pode ser uma das razões pelas quais um número muito pequeno de disputas relacionadas ao direito concorrencial tem sido objeto de judicialização no Reino Unido.[32] Apesar de a hipótese ainda não ter sido testada em relação ao direito brasileiro, é fundamental perceber que, aqui – ressalvados os casos em que há outros riscos não econômicos envolvidos no processo judicial, como um dano reputacional para o infrator – há poucos estímulos para o uso de mecanismos consensuais no âmbito concorrencial.[33]

Esse não é um juízo quanto à política governamental, pelo contrário, trata-se de um diagnóstico de que falta no direito brasileiro o principal incentivo econômico a soluções consensuais:[34] a probabilidade de condenação do infrator no âmbito judicial.[35]

[IDOT, Laurence. Arbitration and competition p. 51-86. In: OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392. pdf. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 9 e ss].

[31] RODGER, Barry J. Why not court? A study of follow-on actions in the UK. *Journal of Antitrust Enforcement*, v.1, abr. 2013, p. 01-28. Disponível em: https://academic.oup.com/antitrust/article/1/1/104/274780. Acesso em: 06 dez. 2017, p. 111-112.

[32] RODGER, Barry J. Why not court? A study of follow-on actions in the UK. *Journal of Antitrust Enforcement*, v.1, abr. 2013, p. 01-28. Disponível em: https://academic.oup.com/antitrust/article/1/1/104/274780. Acesso em: 06 dez. 2017, p. 28.

[33] Por uma análise econômica detalhada sobre os incentivos para a realização de acordos envolvendo pretensões reparatórias no direito concorrencial, ver BOURJADE, Sylvain; REY, Patrick; BRIGHT, Paul S. Private Antitrust Enforcement in the Presence of Pre-Trial Bargaining. *The Journal of Industrial Economics*, v.57, n.3, p. 374-375, set. 2009.

[34] Há, evidentemente, diversas limitações em se restringir essa análise aos impactos financeiros diretos sobre a vítima e o infrator. Como explicam Sylvain Bourjade, Patrick Rey e Paul Seabright, ao analisar os limites de seu estudo: "[…] nós consideramos apenas os motivos financeiros diretos para que o autores-prejudicados proponham uma demanda reparatória, e apenas os custos financeiros que o pagamento da reparação e o processo judicial podem impor em réus-infratores. Como nós sugerimos, há um número importante de motivos estratégicos que podem fazer com que autores-prejudicados proponham demandas (como o desejo

Um sistema processual funcional é um importante requisito para que os infratores considerem a adesão a essas soluções como um comportamento racional.[36] No caso brasileiro, as diversas dificuldades processuais analisadas neste capítulo para a obtenção de tutela reparatória – afora outras relativas ao direito material, como a contagem do prazo prescricional – constituem substancial desincentivo à adoção dos mecanismos consensuais: elas estimulam que o infrator aposte no risco de não ser condenado judicialmente como forma de reduzir os custos que teria com a reparação das vítimas.

Entre os meios autocompositivos mais comuns, suscetíveis de aplicação para dirimir conflitos relativos a pretensões reparatórias no âmbito concorrencial, merecem destaque a negociação, a mediação e a conciliação.[37]

A primeira delas se caracteriza pela tentativa das partes de alcançar uma solução de forma direta, sem a participação de terceiros.[38] Por meio da comunicação, busca-se um acordo capaz de resolver a disputa: a negociação "é, por excelência, o mais fluido, básico e elementar meio de resolver controvérsias; é também o menos custoso".[39] Pode-se dizer, valendo-se de analogia ao entendimento de Francisco Laux quanto às relações societárias,

---

de enfraquecer competidores), e há correspondentes custos estratégicos que tais casos podem impor em réus-infratores. Nossa simplificação é motivada pelo fato de que tais considerações estratégicas podem ser bastante complexas". Tradução livre de: "[…] we consider only the direct financial motives of plaintiffs for bringing private actions in pursuit of damages, and only the direct financial costs damage payments and the cost of trial may impose on defendants. As we have suggested, there are a number of important strategic motives that might lead some plaintiffs to open cases (such as the wish to weaken competitors), and there are some corresponding strategic costs that such cases may impose on defendants. Our simplification is motivated by the fact that such strategic considerations may be quite complex" [BOURJADE, Sylvain; REY, Patrick; BRIGHT, Paul S. Private Antitrust Enforcement in the Presence of Pre-Trial Bargaining. *The Journal of Industrial Economics*, v.57, n.3, p. 374-375, set. 2009, p. 376].

[35] Assim, não surpreende que ao analisar os incentivos para a utilização de métodos consensuais no âmbito das demandas reparatórias decorrentes de cartéis, Gabbay e Pastore considerem, sob a perspectiva do réu-infrator, apenas fatores não financeiros: "a utilização de métodos consensuais para a resolução desses conflitos se afigura apropriada e interessante, pois traz vantagens para ambos os lados da demanda. Do ponto de vista do demandante, a resolução rápida do conflito lhe dá o conforto de não ter de enfrentar longos anos de discussão judicial e lhe oferece um mecanismo adequado, menos custoso e mais flexível e rápido para a sua remuneração pelos danos sofridos; do ponto de vista do demandado, uma solução negociada do conflito lhe traz a segurança da confidencialidade do possível acordo, da redução de sua exposição negativa na mídia em razão da prática de um ilícito concorrencial" [GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos**.** *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.11, n.43, p. 171-207, out. a dez. 2014].

[36] BOURJADE, Sylvain; REY, Patrick; BRIGHT, Paul S. Private Antitrust Enforcement in the Presence of Pre-Trial Bargaining. *The Journal of Industrial Economics*, v.57, n.3, p. 374-375, set. 2009, p. 374-375.

[37] Por uma análise mais detalhada desses métodos, ainda que não especificamente no âmbito concorrencial, ver CALMON, Petronio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 107 e ss.

[38] MESQUITA LAUX, Francisco de. *Autocomposição e processo societário*. 2016. 174 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 84-85.

[39] FALECK, Diego; GABBAY, Daniela; TARTUCE, Fernanda. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 19.

que a negociação é imprescindível para a manutenção de relações comerciais continuadas que poderiam ser afetadas por disputas judiciais concorrenciais.[40] Afinal, nesses casos, "a judicialização, ou até mesmo a participação de terceiros em toda e qualquer discussão advinda da relação jurídica existente entre as partes pode significar o comprometimento material da relação contratual".[41]

Como explicam Gabbay e Pastore, "na mediação e conciliação, diferentemente da negociação, há a presença de um terceiro (mediador e conciliador), capacitado, responsável pela facilitação da comunicação entre as partes".[42] A partir disso, diferencia-se a autocomposição direta, que tem como exemplo a negociação, e a assistida, da qual são exemplos a mediação e a conciliação.[43] A mediação "[...] ocorre quando uma negociação é conduzida, intermediada, por um terceiro imparcial [...] que incentiva, mas não prescreve, a solução".[44] Já a conciliação se caracteriza pela "intermediação avaliativa e propositiva, por terceiro, das possibilidades de composição do conflito":[45] avaliativa porque o conciliador deve avaliar as chances de sucesso; propositiva porque pode propor soluções para o conflito.[46] A partir dessa distinção quanto ao papel do terceiro, costuma-se reconhecer que a mediação se volta mais a relações continuadas – podendo ser útil nos

---

[40] MESQUITA LAUX, Francisco de. *Autocomposição e processo societário*. 2016. 174 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 85.

[41] MESQUITA LAUX, Francisco de. *Autocomposição e processo societário*. 2016. 174 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 85.

[42] GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.11, n.43, p. 171-207, out. a dez. 2014.

[43] GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. 274 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-141447/pt-br.php. Acesso em: 05 dez. 2017, p. 48. A autora reconhece, porém, a possibilidade de negociação assistida, o que reduziria sua diferença em relação à mediação [GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. 274 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-141447/pt-br.php. Acesso em: 05 dez. 2017, p. 48].

[44] MESQUITA LAUX, Francisco de. *Autocomposição e processo societário*. 2016. 174 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 90.

[45] MESQUITA LAUX, Francisco de. *Autocomposição e processo societário*. 2016. 174 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 93.

[46] GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. 274 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-141447/pt-br.php. Acesso em: 05 dez. 2017, p. 49. Por uma análise de outras diferenças entre os métodos de mediação e conciliação, para além da forma de atuação do terceiro, ver GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. 274 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-141447/pt-br.php. Acesso em: 05 dez. 2017, p. 48-52.

casos envolvendo compradores ou vendedores diretos – e a conciliação a situações de conflitos pontuais, quando não há vínculo anterior entre as partes.[47] Essas duas diferenças entre os métodos, quanto ao papel do terceiro e ao tipo de relação a que se aplicam, são reconhecidas pelo art. 165, § 2º e § 3º, NCPC.

Para além dessas formas ordinariamente utilizadas, tem surgido uma tendência em outros ordenamentos de estimular mecanismos de solução consensual e, em particular, esquemas de reparação propostos pelo infrator.[48] O fundamento alegado, novamente, é evitar os custos, a demora, as incertezas e a complexidade do processo judicial por meio de soluções mais fáceis e rápidas.[49]

Na Holanda e no Reino Unido, por exemplo, existem mecanismos de ADR voltados à realização de acordos judiciais em âmbito coletivo, seguindo o critério do *opt-out*.[50] Ainda que no Brasil não haja previsão jurídica para o uso desses mecanismos, é possível reconhecer, com Gabbay e Pastore, sua eventual relação com a tutela coletiva:

> havendo uma sentença genérica condenatória (no caso dos interesses individuais homogêneos), ou mesmo antes dela, o desenho de sistema/programa de indenização extrajudicial também permite às partes resolver o litígio de forma estratégica, com uma melhor alocação de riscos, identificação de titulares, e definição de mecanismos consensuais adequados para a definição dos valores da indenização.[51]

No direito britânico há a previsão, ainda, de um modelo de acordo voluntário, que pode ser proposto pelo infrator perante a autoridade da concorrência e que, caso aprovado,

---

[47] GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. 274 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-141447/pt-br.php. Acesso em: 05 dez. 2017, p. 49; MESQUITA LAUX, Francisco de. *Autocomposição e processo societário*. 2016. 174 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 93.

[48] OECD. Relationship between public and private antitrust enforcement. *Working Party n.3 on Co-operation and Enforcement*, jun. 2015. Disponível em: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&doclanguage=en. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 30.

[49] OECD. Relationship between public and private antitrust enforcement. *Working Party n.3 on Co-operation and Enforcement*, jun. 2015. Disponível em: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&doclanguage=en. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 30.

[50] OECD. Relationship between public and private antitrust enforcement. *Working Party n.3 on Co-operation and Enforcement*, jun. 2015. Disponível em: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&doclanguage=en. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 31-32.

[51] GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos**.** *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.11, n.43, p. 171-207, out. a dez. 2014.

torna-se vinculante – as vítimas, então, precisam optar por se submeter ao esquema de compensação proposto (*opt-in*).[52] No direito estadunidense, a restituição às vítimas, quando possível, é uma das condições para participar do programa de leniência.[53] Modelos como esses, que podem levar à elaboração de mecanismos similares à transação por adesão prevista para os conflitos envolvendo a administração pública (art. 35, Lei 13.140/2015), não são disciplinados pelo direito concorrencial brasileiro. Não obstante, um esquema desse tipo já foi proposto e aceito pelo Cade como um dos elementos de um TCC no cartel do suco que, posteriormente, acabou não sendo implementado.[54]

A concepção desses esquemas de reparação, ainda que ordenados pela própria autoridade concorrencial em acréscimo à multa, também tem sido entendida como uma alternativa à tutela coletiva em casos nos quais a perda unitária de cada consumidor é muito pequena, mas o dano causado a todos os consumidores é grande.[55] Por fim, quanto a esses esquemas e ao uso de mecanismos consensuais, é preciso notar que diversos países europeus consideram o pagamento voluntário realizado pelo infrator como uma circunstância de mitigação da multa ou contribuição pecuniária na esfera administrativa.[56] Solução semelhante seria válida e poderia ser aplicada no direito brasileiro a partir das

---

[52] Ver COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (CMA). *Guidance on the approval of voluntary redress schemes for infringements of competition law*. Londres: The National Archives Kew, 2015.

[53] Ver DEPARTMENT OF JUSTICE. *Corporate Leniency Policy*. Disponível em: https://www.justice.gov/atr/corporate-leniency-policy. Acesso em: 07 dez. 2017.

[54] CAMARGO GOMES, Adriano. Public compensation in Brazilian competition law: a mechanism to enhance the effectiveness of enforcement. p. 479-498. In: *Ideias em competição*: 5 anos do prêmio IBRAC-TIM. São Paulo: Singular, 2015, p. 161-162. Ver nota 230. Esse modelo de compensação pública também poderia ser implementado na forma de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) celebrado pelo Cade ou pelo Ministério Público [ver CAMARGO GOMES, Adriano. Public compensation in Brazilian competition law: a mechanism to enhance the effectiveness of enforcement. p. 479-498. In: *Ideias em competição*: 5 anos do prêmio IBRAC-TIM. São Paulo: Singular, 2015, p. 162-164]. Sobre o TAC no direito da concorrência ver GRINOVER, Ada Pellegrini. O termo de ajustamento de conduta no âmbito da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v.16, n.1, p. 187-197, 2009, p. 187-197.

[55] HODGES, Christopher. Delivering competition damages in the UK. *Oxford Legal Studies Research Paper*, n.66, nov. 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2170385. Acesso em: 06 dez. 2017, p. 24. Nesse sentido, afirma Hodges: "para tais demandas, é pouco provável mesmo que uma demanda coletiva *opt-out* seja eficiente como mecanismos para obtenção de reparação, dado que identificar o nível exato de compras realizadas pelos demandantes-prejudicados seria extremamente difícil e a motivação da cada consumidor individual de reclamar a sua parcela do fundo seria muito fraca". Tradução livre de: "for such claims, even an opt-out class action is unlikely to be an efficient means of redress, given that identifying the exact level of purchases of claimants will be extremely difficult, and the motivation of each individual consumer to come forward to claim its share of a fund would be very weak" [HODGES, Christopher. Delivering competition damages in the UK. *Oxford Legal Studies Research Paper*, n.66, nov. 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2170385. Acesso em: 06 dez. 2017, p. 24].

[56] OECD. Relationship between public and private antitrust enforcement. *Working Party n.3 on Co-operation and Enforcement*, jun. 2015. Disponível em: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&doclanguage=en. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 33.

circunstâncias utilizadas para fixação da multa, dispostas no art. 45, II, III, V e VI, Lei 12.529/2011.

5.1.3 Arbitragem

Muito utilizada como meio heterocompositivo privado de solução de conflitos comerciais, a arbitragem pode envolver questões de direito antitruste: diversos contratos que optam por esse mecanismo são, também, potencialmente sensíveis do ponto de vista concorrencial, seja porque uma das partes envolvidas possui poder de mercado e pode se valer dele de forma ilícita no âmbito da relação comercial; seja porque a relação pode ser afetada por comportamentos ilícitos de um dos contratantes em decorrência do envolvimento com seus concorrentes.[57]

Em um cenário no qual avança o *private enforcement* do direito concorrencial, é de se esperar que também avance a utilização da arbitragem como meio para obtenção da tutela reparatória nesse âmbito. De um modo geral, essa utilização "[...] não ameaça ou prejudica a aplicação das leis antitruste e não há necessidade de alterar a abordagem básica em relação à arbitragem e à revisão das sentenças arbitrais para acomodar o aumento de controvérsias no âmbito do direito concorrencial".[58] No entanto, seja porque a arbitragem costuma ser relacionada com interesses exclusivamente privados, legitimando-se a partir da vontade manifestada pelos contratantes,[59] seja porque o direito concorrencial é

[57] Como recorda Bruno Becker, em geral "[…] os agentes econômicos que mais se utilizam da arbitragem como forma de resolução de conflitos, acabam sendo os que igualmente são dotados de poder econômico" [BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Lisboa, v.1, n.2, p. 239-270, fev. a mai. 2015, p. 240].

[58] IDOT, Laurence. Arbitration and competition p. 51-86. In: OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 12. Tradução livre de: "[...] does not threaten or jeopardise the application of competition laws and there is no need to change the basic approach of arbitration and the review of arbitral awards to accommodate the increase of competition law disputes".

[59] RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Iura novit Curia na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v.1, n.1, p. 54-78, jul. a out. 2003, p. 62-63; VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do Direito da Concorrência. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v.16, p. 359-363, jan. 2009, p. 355.

associado ao interesse público devido à sua capacidade de afetar toda a sociedade,[60-61] a relação entre eles possui algumas particularidades dignas de exame.[62]

De início, é importante destacar que a arbitragem analisada neste tópico é aquela utilizada no âmbito do *private enforcement*, correspondente ao mecanismo previsto na Lei 9.307/1996, que não se confunde com a "arbitragem" que tem sido utilizada pelo Cade,[63] como solução para atos de concentração em que há a necessidade de monitoramento dos remédios estabelecidos.[64] Ainda que a distinção não costume ser reconhecida pela doutrina,[65] há diferenças significativas entre os institutos:[66] (i) enquanto a decisão da arbitragem é definitiva, constituindo título executivo judicial e não sendo passível de revisão no âmbito do Poder Judiciário, a decisão na "arbitragem" se submete não apenas ao controle judicial, como também ao do próprio Cade; (ii) enquanto a sentença arbitral resolve conflitos entre as partes no âmbito de suas esferas jurídicas, na "arbitragem" se exerce controle sobre a satisfação de preceitos estabelecidos em decisão proferida pelo Cade, ou acordo no qual ele é parte, tutelando o direito concorrencial em nome da coletividade; (iii) enquanto a arbitragem é, ao menos em princípio e salvo se as partes estipularem de forma diversa, independente do *public enforcement*, a "arbitragem" pressupõe que o "árbitro" atuará como auxiliar do Cade no monitoramento dos remédios impostos no controle de concentrações.[67]

---

[60] LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 93.

[61] No direito brasileiro, o art. 1º, parágrafo único, Lei 12.529/2011, dispõe que a coletividade é a titular dos bens jurídicos por ela protegidos.

[62] Por uma análise detalhada dessa relação no direito europeu e estadunidense, ver IDOT, Laurence. Arbitration and competition p. 51-86. In: OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf. Acesso em: 08 dez. 2017.

[63] A solução foi utilizada nos casos ICL/Fosbrasil (2014), ALL/Rumo (2015), e Bovespa/Cetip (2017).

[64] IDOT, Laurence. Arbitration and competition p. 51-86. In: OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 15. Gordon Blanke denomina a primeira delas de "arbitragem concorrencial ordinária" (*ordinary competition arbitration*) e a segunda delas de "arbitragem de compromisso" (*commitment arbitration*) porque seriam decorrentes de decisões ou acordos relativos a remédios adotados no controle de concentrações [BLANKE, Gordon. EU Competition Arbitration. p. 1075-1113. In: BLANCO, Luis Ortiz. *EU Competition Procedure*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1078].

[65] Ver, por exemplo, CAMARGO, Rodrigo Cavalcanti de. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. *Revista do CADE*, Brasília, v.3, n.2, p. 28-45, nov. 2015.

[66] IDOT, Laurence. Arbitration and competition p. 51-86. In: OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 15-17.

[67] Por uma análise das distinções entre os institutos, ver IDOT, Laurence. Arbitration and competition p. 51-86. In: OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 79-86. Para o autor, na hipótese do instituto utilizado pelas autoridades da concorrência só é possível falar em arbitragem em um sentido lato [IDOT, Laurence. Arbitration and competition p. 51-86. In: OECD. *Arbitration and Competition,*

Como apenas a arbitragem diz respeito ao *private enforcement* do direito concorrencial, aspectos relativos à "arbitragem" utilizada pelo Cade para o monitoramento de seus remédios não serão analisados. Dentro desses limites, compreender a relação entre arbitragem e direito da concorrência demanda o exame do perfil dos prejudicados por infrações à ordem econômica que podem se valer desses mecanismos de solução de conflitos.

Para buscar a reparação dos prejuízos sofridos em sede arbitral, é necessário que tanto a vítima quanto o infrator sejam signatários de uma convenção de arbitragem.[68] Além disso, essa convenção (seja cláusula compromissória ou compromisso arbitral) deve possuir redação suficientemente ampla para contemplar a pretensão reparatória amparada no direito antitruste.[69-70] A hipótese mais plausível, porque aplicável a muitos dos contratos celebrados entre grandes empresas, particularmente em se tratando de comércio internacional,[71] é a de que infrator e vítima tenham uma relação contratual prévia que preveja uma cláusula compromissória. Afinal, é bastante improvável que as partes tenham estímulo suficiente para, após o surgimento do conflito, celebrarem um compromisso arbitral.[72] Ainda assim, essa hipótese não pode ser descartada: de um lado, a vítima pode se

---

Working Party N. 3, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 79].

[68] BLANKE, Gordon. EU Competition Arbitration. p. 1075-1113. In: BLANCO, Luis Ortiz. *EU Competition Procedure*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1090.

[69] Em geral, sob o aspecto objetivo, quanto à matéria que pode ser objeto da arbitragem, as cláusulas costumam ter uma redação ampla o suficiente para permitir que pretensões reparatórias relativas ao direito concorrencial sejam arbitráveis [ver BLANKE, Gordon. EU Competition Arbitration. p. 1075-1113. In: BLANCO, Luis Ortiz. *EU Competition Procedure*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1090; IDOT, Laurence. Arbitration and competition p. 51-86. In: OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 57; BREALEY, Mark; GREEN, Nicholas. *Brick Court Chambers: Competition Litigation UK Practice and Procedure*. Reino Unido: Oxford University Press, 2010, p. 611-612]. Ainda que seja nulo o contrato, e que esse seja um dos pontos suscitados pela parte, é válida a submissão do conflito à arbitragem em função da autonomia da cláusula compromissória (art. 8º, Lei 9.307/1996). Note-se, porém, que nada impede que a redação da cláusula possa excluir questões relativas ao direito antitruste, fazendo com que elas precisem ser levadas ao Poder Judiciário. Ver, em relação à arbitragem internacional, GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1999, p. 198 e ss.

[70] No direito europeu, a doutrina sugere que argumentos de direito concorrencial seriam mais comumente utilizados como defesas em casos no qual a vítima é demandada pela quebra do contrato. Alhures, isso faz especial sentido considerando que uma das sanções a condutas anticompetitivas é a nulidade contratual [ver KOMNINOS, Assimakis P. *Arbitration and EU Competition Law*. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1520105. Acesso em: 07 dez. 2017, p. 6-7].

[71] BLANKE, Gordon. EU Competition Arbitration. p. 1075-1113. In: BLANCO, Luis Ortiz. *EU Competition Procedure*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1079.

[72] KOMNINOS, Assimakis P. *Arbitration and EU Competition Law*. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1520105. Acesso em: 07 dez. 2017, p. 7. No mesmo sentido, IDOT, Laurence. Arbitration and competition p. 51-86. In: OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 57.

beneficiar com a celeridade; de outro, o infrator, por causa da confidencialidade da arbitragem,[73] pode ser capaz de preservar sua imagem.

Diante disso, é possível reconhecer que, conquanto teoricamente a pretensão reparatória de qualquer prejudicado possa ser objeto de arbitragem,[74] ela será mais comum nos casos em que haja relação contratual entre vítima (comprador ou vendedor direto) e infrator, e que ao menos um deles seja uma grande empresa. Essa perspectiva é reforçada pela análise das vantagens e desvantagens da arbitragem, na medida em que revelam os estímulos que se apresentam aos litigantes para utilizá-la. Por um lado, costuma-se apontar como vantagens a possibilidade de escolher árbitros especialistas em direito concorrencial, a confidencialidade do procedimento, a celeridade e a maior facilidade de reconhecimento no âmbito internacional;[75] por outro, destaca-se o alto custo do procedimento arbitral.[76] Assim, aplica-se em relação à arbitragem, com ainda mais razão, a limitação que determinados perfis de prejudicados (consumidores e MPEs) têm para buscar tutela reparatória: o pequeno benefício que podem obter não se justifica diante do elevado custo da arbitragem. Nesses casos, é provável que mesmo que o prejudicado seja signatário de uma cláusula compromissória e decida agir para buscar reparação, ele prefira recorrer ao Poder Judiciário, alegando alguma razão para elidir o dever de submeter o conflito à arbitragem.[77]

---

[73] Essa vantagem é apontada por Gabbay e Pastore [GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v.11, p. 07-32, 2014, p. 26-28].

[74] Ver a discussão sobre arbitrabilidade, neste tópico, abaixo.

[75] OECD. Relationship between public and private antitrust enforcement. *Working Party n.3 on Co-operation and Enforcement*, jun. 2015. Disponível em: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&doclanguage=en. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 8 e 14; IDOT, Laurence. Arbitration and competition p. 51-86. In: OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 52-53; GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v.11, p. 07-32, 2014, p. 26-28. Laurence Idot, porém, ressalva que não necessariamente o procedimento arbitral será mais rápido do que o estatal [IDOT, Laurence. Arbitration and competition p. 51-86. In: OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 52].

[76] IDOT, Laurence. Arbitration and competition p. 51-86. In: OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 52.

[77] Entre as alegações, pode-se cogitar, entre outras, (i) que se trata de contrato de adesão, (ii) que a matéria envolve direito do consumidor, (iii) que a imposição da arbitragem seria abusiva e representaria denegação de acesso à justiça. Outra possibilidade seria sugerir, ainda, que a própria cláusula compromissória tem um efeito anticompetitivo [ver BREALEY, Mark; GREEN, Nicholas**.** *Brick Court Chambers: Competition Litigation UK Practice and Procedure*. Reino Unido: Oxford University Press, 2010, p. 612-613].

Essa situação poderia ser diferente caso se permitisse, de forma ampla, a possibilidade de que um legitimado coletivo substituísse, na arbitragem, uma pluralidade de lesados. Contudo, essa hipótese, que vem sendo analisada pela doutrina em outros âmbitos,[78] enfrenta diversos óbices, como a possível ausência de cláusula compromissória e a reduzida hipótese de celebração de compromisso arbitral;[79] o fato de que a arbitragem é prevista na forma individual e não na forma coletiva;[80] e a falta de disciplina legal específica em relação ao direito concorrencial.

Ademais, no âmbito da tutela individual e em situações nas quais os prejudicados efetivamente têm direito e estímulo para recorrer à arbitragem, há um outro problema a se considerar: havendo uma pluralidade de infratores (como no caso de ilícitos colusivos), muitos deles podem não ser signatários da cláusula compromissória ou sequer ter relação contratual com a vítima.[81] Caso eles não desejem se submeter à arbitragem, é muito pouco provável que a vítima consiga forçá-los a tanto.[82] Assim, o prejudicado teria que demandar na arbitragem perante o infrator com quem possui relação contratual contemplada pela cláusula compromissória e, caso entendesse necessário, no Poder Judiciário perante os demais infratores participantes da colusão.

---

[78] Particularmente, no direito societário. Ver PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luísa. *Arbitragem coletiva no Brasil: a atuação de entidades representativas (art. 5º, XXI, da Constituição Federal)*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150911-03.pdf. Acesso em: 06 dez. 2017; NERY, Ana Luiza. *Arbitragem Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: http://www6g.senado.gov.br/institucional/biblioteca/arquivo-sumario-publicacao/A/12432. Acesso em: 05 dez. 2017; MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil.* São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/95008/arbitragem_coletivas_brasil.pdf. Acesso em: 05 dez. 2017.

[79] Nesse sentido, José Lebre de Freitas explica que: "pese embora a existência de jurisprudência mais ousada, o princípio não pode sofrer dúvida: a convenção de arbitragem obriga apenas quem subscreve o documento (ou documentos) em que ela conste ou o documento que para ela remeta" [FREITAS, José Lebre de. Intervenção de terceiros em processo arbitral. Revista de Processo, São Paulo, v.209, n.37, p. 433-443, jul. 2012, p. 441].

[80] A possibilidade de reunião em um procedimento arbitral coletivo de várias demandas idênticas, originadas de contratos idênticos, em que há cláusula arbitral tem sido analisada no direito estadunidense [ver MULLENIX, Linda S. Arbitrating Federal Antitrust Claims, Class Action Waivers, and the 'Effective Vindication' Rule. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Texas, n. 349, p. 191-195, fev. 2013. Uma sugestão para contornar esse problema é apresentada por Cesar Pereira e Luísa Cantão a partir do direito constitucional de representação por associação, previsto no art. 5º, XXI, CF/88 [PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luísa. *Arbitragem coletiva no Brasil: a atuação de entidades representativas (art. 5º, XXI, da Constituição Federal)*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150911-03.pdf. Acesso em: 06 dez. 2017.

[81] IDOT, Laurence. Arbitration and competition p. 51-86. In: OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 57-58.

[82] Sobre a participação de terceiros na arbitragem, ver COSTA, Guilherme Recena. *Partes e terceiros na arbitragem*. 2015. 269 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 121 e ss.

Para além disso, a relação entre arbitragem e direito concorrencial possui outros aspectos controvertidos doutrinariamente e merecedores de exame: a arbitrabilidade, a obrigatoriedade de aplicação das normas antitruste e a extensão da análise das sentenças arbitrais em matéria concorrencial, realizada pelo Poder Judiciário, em sede de execução ou reconhecimento. Como forma de simplificar a análise desses pontos, o direito brasileiro será utilizado como parâmetro para a arbitragem interna – por causa de expressa determinação legal – e para a arbitragem internacional – porque não difere substancialmente do tratamento conferido em outros sistemas.[83]

Quanto à arbitrabilidade, a doutrina identifica uma tendência à sua ampliação em relação ao direito concorrencial.[84] Apesar disso, os limites precisos sobre a questão apenas podem ser compreendidos a partir do direito aplicável.[85] Em sua dimensão subjetiva, a arbitrabilidade de questões relativas ao direito concorrencial não é objeto de maiores questionamentos. Podem se submeter à arbitragem todas as pessoas capazes de contratar (art. 1º, Lei 9.307/1996).

Geralmente, infratores e vítimas de infrações à ordem econômica se enquadram na definição legal[86] e, ademais, não há particularidades em relação ao tema quando a arbitragem envolve questões de direito concorrencial. Ademais, a celeuma quanto à arbitrabilidade de conflitos envolvendo entes da administração pública direta e indireta foi superada, no direito brasileiro, em 2015, pela inclusão dos § 1º e 2º, no art. 1º, Lei 9.307/1996.[87] Desse modo, esses entes podem optar por submeter à arbitragem disputa decorrente de danos sofridos por causa de ilícitos concorrenciais.

---

[83] Isso também se justifica considerando a tendência à convergência entre os sistemas de direito concorrencial. Ver tópico 4.2.

[84] LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 90.

[85] LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 90.

[86] É muito difícil, no sentido referido no tópico 5.1.1, conceber um prejudicado que não seja contratante, no sentido de não se tratar de vendedor ou comprador de produtos ou serviços no mercado afetado pela infração.

[87] Sobre eventuais peculiaridades relativas ao tema, ver TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). In: *A Justiça Federal e o processo civil*, Curitiba, PR, 04 jun. 2004. Disponível em: https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_p%C3%BA blico_consequ%C3%AAncias_processuais_2005. Acesso: 05 dez. 2017; MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Arbitragem e Administração Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n.6, p. 47-81, 2015; VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do Direito da Concorrência. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v.16, p. 359-363, jan. 2009, p. 359-363. Ainda assim, esta é a principal questão referente à arbitrabilidade subjetiva em âmbito internacional [GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1999, p. 313-314].

Quanto à arbitrabilidade objetiva, já se afirmou que matérias afetas ao antitruste não poderiam ser submetidas à arbitragem.[88] Contudo, esse entendimento, que chegou a ser dominante no direito estadunidense até a década de 1970,[89] não encontra respaldo em grande parte dos sistemas jurídicos, como o brasileiro, tampouco na doutrina hoje majoritária.[90]

O art. 1º, Lei 9.307/1996, estabelece que a arbitragem pode ser utilizada "[...] para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Quanto à disponibilidade, como já mencionado em relação aos meios autocompositivos, nota-se que as pretensões reparatórias no âmbito antitruste envolvem questões que podem ser resolvidas pelas partes sem recurso necessário ao Poder Judiciário.[91] O outro requisito legal, a patrimonialidade do direito, também está presente, mormente quando se analisa a tutela reparatória. Afinal, como explica Eduardo Talamini:

> O interesse tem caráter patrimonial não apenas quando seu objeto diretamente se reveste de valor econômico. A patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico.[92]

---

[88] MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei da arbitragem. *Revista de Processo*, v.122, p. 151-166, abr. 2005, p. 162.

[89] Havia precedentes judiciais que davam tratamento mais restritivo à arbitrabilidade, inclusive em matéria antitruste, a qual se entendia não ser arbitrável por razões relativas ao interesse público [ver LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 96 e ss].

[90] Nesse sentido, ver VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do Direito da Concorrência. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v.16, p. 359-363, jan. 2009, p. 379-380; BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Lisboa, v.1, n.2, p. 239-270, fev. a mai. 2015; CRISTOFARO, Pedro Paulo S.; NEY, Rafael de Moura R. Possibilidade de Aplicação das Normas do direito Antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Interna e Internacional*: Questões de Doutrina e da Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Disponível em: http://www.loboeibeas.com.br/archives/1936. Acesso em: 05 dez. 2017, p. 351; GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v.11, p. 07-32, 2014.

[91] Ver nota 27. Isso vale também para entes públicos que, na condição de vítimas ou, eventualmente, de infratores, são titulares ou sujeitos passivos de direitos que admitem negociação, podendo contratar, celebrar acordos e transacionar desde que com observância das previsões legais aplicáveis [MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Arbitragem e Administração Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n.6, p. 47-81, 2015, p. 55-62]. Questão diferente se dá em relação à renúncia, por exemplo, de um direito à indenização titularizado por ente público. Sobre a relação entre indisponibilidade e renúncia, ver TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). In: *A Justiça Federal e o processo civil*, Curitiba, PR, 04 jun. 2004. Disponível em: https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_p%C3%BAblico_consequ%C3%AAncias_processuais_2005. Acesso: 05 dez. 2017, p. 14-16.

[92] TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). In: *A Justiça Federal e o processo civil*, Curitiba, PR, 04 jun. 2004. Disponível em: https://www.academia.edu/

As pretensões reparatórias no direito concorrencial são indiscutivelmente patrimoniais, uma vez que se revestem de conteúdo econômico mesmo quando passíveis de eventual reparação na forma específica.[93]

No direito internacional, aponta-se, genericamente, para a não arbitrabilidade de questões que (i) não envolvam interesses econômicos, (ii) tenham relação com direitos indisponíveis ou (iii) sejam sensíveis quanto ao interesse público.[94] Aos dois primeiros aspectos, aplica-se o que foi dito acima a partir do direito brasileiro. Assim, as objeções quanto à possibilidade de serem submetidas à arbitragem disputas envolvendo direito antitruste costumam ser consideradas sob o último aspecto.[95] Ainda que essas objeções tenham sido superadas na maioria dos países, permitindo-se a arbitrabilidade,[96] a ideia de que o direito concorrencial atende ao interesse público continua se manifestando por meio do reconhecimento de que suas normas são cogentes e de que não aplicá-las poderia ferir a ordem pública. Nas palavras de Phillip Landolt, o problema é "[...] se o Estado responsável por rever ou executar uma decisão arbitral tratará a não aplicação de normas cogentes de outros estados como uma violação da 'ordem pública'".[97]

Ao analisar esse problema, Landolt explica que, em que pese não se sobreporem, os conceitos de normas cogentes – aplicáveis em derrogação do direito escolhido pelas partes – e ordem pública – entendida como o critério para a recusa ao reconhecimento ou à execução de sentenças arbitrais – relacionam-se entre si.[98] Não obstante, em diversos sistemas jurídicos se considera que a ordem pública tem um significado mais limitado do que o de normas cogentes.[99] Afinal, muitas normas cogentes protegem interesses

---

231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_p%C3%BAblico_consequ%C3%AAncias_processuais_2005. Acesso: 05 dez. 2017, p. 17.

[93] Sobre a distinção entre as formas de tutela para a reparação do dano, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 308 e ss.

[94] GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1999, p. 339-348.

[95] GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1999, p. 342-343.

[96] Por uma análise de julgados na arbitragem internacional reconhecendo a arbitrabilidade do direito concorrencial, ver GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1999, p. 349-351.

[97] LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 106. Tradução livre de: "[…] whether the reviewing or enforcing State will treat the non-application of other States' mandatory norms as a violation of 'public policy'".

[98] LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 116-117.

[99] LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 117.

exclusivamente privados, como no caso em que se reconhece uma desigualdade excessiva no poder de barganha das partes.[100]

De qualquer forma, a partir do reconhecimento de que há interesse público na aplicação do direito da concorrência, diversos autores sugerem que os árbitros devem tratar as normas nesse âmbito como cogentes.[101] Em defesa dessa perspectiva, afirma-se (i) que o interesse público deveria ser capaz de afastar a vontade das partes; e (ii) que a não aplicação ou a aplicação incorreta do direito concorrencial poderia comprometer a reputação da arbitragem, na medida em que os Estados, insatisfeitos com esse fato, poderiam restringir a arbitrabilidade da matéria ou ampliar o escopo de revisão.[102]

No entanto, essa perspectiva, além de pressupor a possibilidade de a arbitragem ser utilizada para fins anticompetitivos,[103] parece dar pouca importância à manifestação de vontade das partes. De fato, é preciso reconhecer, de um lado, que as partes podem eleger o direito aplicável e, inclusive, limitar a atuação do árbitro "[...] às normas e qualificações jurídicas indicadas por elas próprias em suas petições";[104] e, de outro, que o uso fraudulento da arbitragem, com a intenção de evitar a aplicação do direito concorrencial, não elide eventual ilicitude da conduta, que pode ser reconhecida pela autoridade competente.[105] Dessas duas premissas, é possível concluir que é lícito às partes afastar a

---

[100] LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 115.

[101] Ver, por todos, LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 108. Essa tese também tem sido defendida no direito brasileiro, entre outros, por ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A arbitragem e o Direito da Concorrência. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.) *Arbitragem Doméstica e Internacional*: estudos em homenagem ao Prof. Teóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

[102] LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 108-109.

[103] Assimakis Komninos aponta uma situação similar no caso *Organic Peroxides*, em que um terceiro atuou como facilitador de um cartel [KOMNINOS, Assimakis P. *Arbitration and EU Competition Law*. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1520105. Acesso em: 07 dez. 2017, p. 34]. Ver também BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.27, p. 162-194, out. a dez. 2010, p. 14. Análise quanto a essa possibilidade é feita em relação ao direito brasileiro por BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Lisboa, v.1, n.2, p. 239-270, fev. a mai. 2015, p. 254 e ss.

[104] RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Iura novit Curia na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v.1, n.1, p. 54-78, jul. a out. 2003, p. 70. Isso não parece possível quando está envolvida a administração pública, uma vez que nesse caso, ao menos no direito brasileiro, a arbitragem será sempre de direito (art. 2º, 3º, Lei 9.307), revelando um menor poder de disposição em relação ao direito aplicável.

[105] Nesse sentido, CRISTOFARO, Pedro Paulo S.; NEY, Rafael de Moura R. Possibilidade de Aplicação das Normas do direito Antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Interna e Internacional*: Questões de Doutrina e da Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Disponível em: http://www.loboeibeas.com.br/archives/1936. Acesso em: 05 dez. 2017. Ver também BAQUERO, Ingrid Ortiz. El Arbitraje Como Vía de Aplicación Privada de las Normas de Libre Competencia en el Sistema Europeo. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Colombia, n.14, p. 3-48, set. 2010, p. 33. Na União Europeia, a execução de sentenças que violem o direito concorrencial pode implicar, inclusive, a responsabilização do

aplicação do direito da concorrência,[106] tal como lhes é permitido escolher as regras jurídicas aplicáveis (art. 2º, Lei 9.307/1996).[107] Contudo, em alguns casos, a violação de normas de direito concorrencial, diferentemente da mera não aplicação ou aplicação incorreta, poderá resultar também em contrariedade à ordem pública (art. 2º, § 2º, Lei 9.307/1996).

Assim, quando o árbitro, no contexto do *private enforcement*, ignora a ocorrência de uma infração e não reconhece o direito (patrimonial e disponível) de uma das partes à reparação que era devida, a decisão é injusta, mas não é contrária à ordem pública.[108] Por outro lado, se o árbitro, por não aplicar o direito concorrencial, decide que uma das partes está obrigada a cumprir uma disposição contratual que representa uma infração à ordem econômica, é possível que o reconhecimento ou a execução sejam recusados por violação da ordem pública.[109] De fato,

> [...] nem toda violação concebível ou descumprimento de uma norma cogente, e especificamente de uma norma de direito da concorrência, pode ser considerada uma transgressão à ordem pública com supedâneo no art. V, 2, b, da Convenção de Nova Iorque ou em dispositivos nacionais acerca da anulação de sentenças. São tão somente as violações mais sérias a estas regras que se elevam ao nível de transgressões à ordem pública.[110]

Estado que reconheceu ou executou a sentença arbitral [ver BLANKE, Gordon. EU Competition Arbitration. p. 1075-1113. In: BLANCO, Luis Ortiz. *EU Competition Procedure*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1104-1105].

[106] Assim, deve ser vista com ressalvas a afirmação da OCDE de que: "no raro caso em que as partes preveem instruções expressas para que se desconsidere o direito concorrencial, o árbitro deve se recusar a obedecer a essas demandas, e se necessário deve se retirar da arbitragem. Em alguns casos o árbitro pode ter inclusive uma obrigação de trazer a questão perante a autoridade concorrencial competente". Tradução livre de: "in the rare case where the parties provide express instructions to disregard competition law, the arbitrator should refuse to abide by these demands, and if necessary should walk away from the arbitration. In some cases the arbitrators may even have an obligation to bring the matter before the relevant competition authority" [OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.
pdf. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 12]. Sobre a forma como deve proceder o árbitro, segundo o direito brasileiro, ao se deparar com um crime contra a ordem econômica, ver BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Lisboa, v.1, n.2, p. 239-270, fev. a mai. 2015, p. 260-263].

[107] Como dito, essa escolha, no direito brasileiro, seria limitada em relação à Administração Pública, tal como prevê o art. 2º, § 3º, Lei 9.307/1996.

[108] Apesar de o árbitro ter o dever de aplicar o direito corretamente, trata-se, como explica Rodrigo Ramina de Lucca, de *error in iudicando* que não pode ser corrigido em sede de ação anulatória [RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Iura novit Curia na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v.1, n.1, p. 54-78, jul. a out. 2003, p. 74-75. Nesse sentido, analisando o direito concorrencial europeu, ver KOMNINOS, Assimakis P. *Arbitration and EU Competition Law*. Disponível em: https://ssrn.com/ abstract=1520105. Acesso em: 07 dez. 2017, p. 46-47.

[109] Ainda que não prevista no rol do art. 32, Lei 9.307/1996, a violação à ordem pública é reconhecida como hipótese de anulação da sentença arbitral nacional [CARMONA, Carlos Alberto. *Comentário à Lei de Arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 334-335].

[110] BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.27, p. 162-194, out. a dez. 2010, p. 5.

A questão que se coloca, então, é como a análise da sentença arbitral que contém elementos de direito concorrencial deve ser feita, quando de seu reconhecimento ou execução pelo Poder Judiciário, para examinar se há violação à ordem pública. A doutrina se divide, quanto à forma e ao conteúdo dessa análise, entre as denominadas correntes "minimalista" e "maximalista":[111] a primeira entende que não é necessária uma revisão profunda do mérito da sentença arbitral em nome da defesa da ordem pública, reconhecendo que esta não coincide com a aplicação de normas cogentes;[112] a segunda defende uma revisão irrestrita da sentença arbitral, em relação às suas premissas fáticas e jurídicas, de modo a verificar a correta aplicação do direito concorrencial.[113]

A doutrina internacional, de forma majoritária, inclina-se pela perspectiva minimalista.[114] Para a OCDE, uma revisão judicial mínima não ameaça seriamente a aplicação do direito concorrencial: o Judiciário "[...] deveria, portanto, focar apenas em violações concretas e graves, que realmente prejudicassem os objetivos do direito concorrencial".[115] Luca Di Brozolo, por sua vez, afirma que há consenso doutrinário em torno da ideia "[...] de que uma sentença deveria ser anulada ou ter sua execução recusada por violação ao direito da concorrência somente se [...] há uma evidência inequívoca de

---

[111] Sobre essa distinção, ver BLANKE, Gordon. EU Competition Arbitration. p. 1075-1113. In: BLANCO, Luis Ortiz. *EU Competition Procedure*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1102 e ss.

[112] BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.27, p. 162-194, out. a dez. 2010, p. 4-5.

[113] BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.27, p. 162-194, out. a dez. 2010, p. 3. Segundo Gordon Blanke: "enquanto os minimalistas insistem no caráter final e vinculante da sentença arbitral para justificar a sua revisão *pro forma* da parte dispositiva da decisão, os maximalistas esforçam-se para colocar em prática alguma forma de um sistema *efetivo* de revisão que permita uma genuína "segunda olhada" na conclusão do árbitro sobre sua omissão em considerar questões relevantes do direito concorrencial europeu". Tradução livre de: "Whereas the minimalists insist on the final and binding nature of an award to justify their *pro forma* review of the dispositive part of the award, the maximalists endeavour to put in place some form of *effective* review system that allows a *genuine* second look at the arbitrator's assessment of his or her omission to assess relevant EU competition law issues" [BLANKE, Gordon. EU Competition Arbitration. p. 1075-1113. In: BLANCO, Luis Ortiz. *EU Competition Procedure*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1103].

[114] Nesse sentido, KOMNINOS, Assimakis P. *Arbitration and EU Competition Law*. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1520105. Acesso em: 07 dez. 2017, p. 42. Ademais, segundo o autor, "uma análise da jurisprudência mostra que a abordagem minimalista é predominante entre as cortes dos Estados Membros da União Europeia". Tradução livre de "a review of the jurisprudence shows that the minimalist approach finds favour with the national courts in the EU"[KOMNINOS, Assimakis P. *Arbitration and EU Competition Law*. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1520105. Acesso em: 07 dez. 2017, p. 38].

[115] IDOT, Laurence. Arbitration and competition p. 51-86. In: OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 13. Tradução livre de: "[…] should therefore focus only on concrete and serious violations, which truly jeopardise the aims of competition law".

que ela perpetua uma transgressão concreta, efetiva e séria ao direito da concorrência".[116] Quanto à forma de revisão, parece correto concluir, com Gordon Blanke, que:

> um tribunal judicial de revisão irá essencialmente confinar a sua análise a um exame da motivação e da parte dispositiva da sentença arbitral à luz dos fatos tal como apresentados e interpretados pelos árbitros no texto de sua sentença, sem reabrir o processo ou, por causa dessa questão, reexaminar os fatos.[117]

No direito brasileiro, essa hipótese de anulação relacionada à violação da ordem pública (art. V, 2, b, Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, Decreto 4.311/2002; arts. 2º, § 1º, e 39, II, Lei 9.307/1996)[118] deve ser considerada muito excepcional, por transcender a mera análise de *error in procedendo* (art. 32, Lei 9.307/1996).[119] Conquanto não caiba ao Judiciário analisar o mérito da sentença arbitral, ele deverá considerar os fatos e preceitos jurídicos nela referidos para verificar não se é correta a aplicação do direito concorrencial, mas se ela viola ou não a ordem pública. Se não ocorrer tal violação, inexiste fundamento jurídico para a anulação da sentença arbitral, ainda que a aplicação do direito concorrencial tenha sido defectiva.

5.1.4 Tutela coletiva

Analisar a possibilidade de utilização da tutela coletiva para a reparação de danos causados por infrações à ordem econômica, à luz do direito positivo, significa indagar sua maior ou menor utilidade em relação à via individual.[120] Ainda que não seja possível determinar essa questão sem referência ao caso concreto, o exame do perfil dos

---

[116] BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.27, p. 162-194, out. a dez. 2010, p. 16.

[117] BLANKE, Gordon. EU Competition Arbitration. p. 1075-1113. In: BLANCO, Luis Ortiz. *EU Competition Procedure*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1104. Tradução livre de: "[...] a supervisory court will essentially confine its review to an examination of the reasoning and dispositive part of the award in light of the facts as presented and interpreted by the tribunal in the text of the award, without re-opening the proceedings or for that matter re-assessing the facts".

[118] Ver nota 109.

[119] Sobre a distinção entre *error in procedendo* e *error in iudicando*, especificamente quanto à correta aplicação do direito, ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Iura novit Curia na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v.1, n.1, p. 54-78, jul. a out. 2003, p. 74-77.

[120] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados. São Paulo, Revista dos Tribunais, v.3, 2017, p. 409. Ver também ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 152-153.

prejudicados e de seus interesses auxilia na compreensão da forma de tutela mais adequada à espécie.[121]

Há diversos ilícitos concorrenciais – mais comumente na forma de condutas unilaterais, mas também por meio de condutas colusivas – que são cometidos tendo como alvo um agente econômico específico ou uma quantidade pequena deles. Nessas situações, é possível que o dano se limite a um ou poucos prejudicados e que, assim, a tutela individual com a eventual formação de litisconsórcio seja a solução mais adequada. Por outro lado, há diversas infrações que repercutem, ao menos indiretamente, em um grande número de prejudicados – como ocorre no sobrepreço praticado por um cartel em relação aos consumidores finais.

Esse último caso costuma se caracterizar por uma situação na qual "[...] os danos individualmente considerados são pequenos, ainda que possam assumir elevado valor em seu conjunto".[122] Os prejudicados, então, correspondem de modo geral ao perfil de consumidores e MPEs, não tendo estímulo para demandar em juízo: os custos da demanda serão excessivamente elevados em relação ao benefício que podem obter.[123] Afirma-se, por isso, à luz do direito positivo, que a tutela coletiva representa, nesse contexto, a única forma de permitir que essas pretensões reparatórias sejam levadas a juízo.[124] Afinal, no direito brasileiro não existem outros mecanismos que facilitem a reparação,[125] e a tutela individual desses direitos não é viável.[126]

---

[121] Ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados. São Paulo, Revista dos Tribunais, v.3, 2017, p. 410.

[122] ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 226.

[123] ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 226.

[124] ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 226. Por isso, em outros sistemas jurídicos, renomados processualistas defendem até mesmo a necessidade de se instituírem ações coletivas obrigatórias para a determinação de questões comuns [HIGGINS, Andrew. ZUCKERMAN, Adrian A. S. Class Actions in England? Efficacy, Autonomy and Proportionality in Collective Redress. *Oxford Legal Studies Research Paper*, n.93. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2350141. Acesso em: 08 dez. 2017]. No mesmo sentido, afirmando que uma ação coletiva obrigatória, que reunisse todas as perdas individuais em um mesmo processo, seria mais eficiente do que os demais modelos, ver KESKE, Sonja E. *Group litigation in European Competition Law - a law and economics perspective*. 2009. 340 p. Tese (Doutorado), Erasmus Universiteit Rotterdam, Tübingen, 2009, p. 286.

[125] Como é o caso da compensação pública [ver nota 230].

[126] HIGGINS, Andrew. ZUCKERMAN, Adrian A. S. Class Actions in England? Efficacy, Autonomy and Proportionality in Collective Redress. *Oxford Legal Studies Research Paper*, n.93. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2350141. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 25. Esse também é o critério utilizado por Maria Ioannidou para denominar certas pretensões reparatórias no âmbito do direito antitruste como pertencentes ao "grupo B" das demandas consumeristas [IOANNIDOU, Maria. Enhancing the consumers'

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer resume essa situação no direito antitruste:

> A via mais efetiva para a reparação dos consumidores que tenham sofrido danos decorrentes de condutas anticoncorrenciais é a ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos. Isso porque normalmente o prejuízo sofrido não é elevado o suficiente para compensar os custos de uma ação individual. Ademais, a complexidade do tema e o acesso a informações também são obstáculos [...].[127]

Outrossim, apesar de serem esses "casos de pequena expressão econômica individual"[128] os que mais necessitam da tutela coletiva, há outras situações nas quais é possível reconhecer a utilidade dessa via. São casos em que os danos sofridos pelos prejudicados também têm origem comum (art. 81, parágrafo único, III, CDC),[129] mas estes teriam, em tese, estímulos para demandar individualmente. Nessas hipóteses, a coletivização ainda pode apresentar duas vantagens específicas: a redução do custo e a despersonalização das demandas.

Ora, a desnecessidade de adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas nas ações coletivas (art. 87, CDC, e art. 18, LACP) é, de fato, um estímulo adicional para que os prejudicados procurem os legitimados coletivos para a propositura de demanda reparatória capaz de beneficiá-los. Ainda que os custos pudessem ser reduzidos em caso de litisconsórcio, especialmente pela unificação da atividade instrutória,[130] a condição na via coletiva é ainda mais favorável. Afinal, os legitimados coletivos possuem, dada sua estrutura e seus objetivos institucionais, melhor capacidade para lidar com os custos da demanda; e o risco de abandono da causa por conta de interesses individuais é menor.[131]

Ademais, a despersonalização das demandas, que poderia ser considerada um inconveniente por reduzir o engajamento dos legitimados coletivos,[132] enseja uma

---

role in EU private competition law enforcement: a normative and practical approach. *The competition law review*, v.8, p. 59-85, dez. 2011, p. 69]. Ver nota 17.

[127] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 249.

[128] Termo utilizado por Sérgio Cruz Arenhart [ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 226].

[129] Ver DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual: processo coletivo. 8. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v.4, 2013, p. 81.

[130] Sobre a questão da prova, ver tópico 5.4.

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

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

externalidade positiva para algumas situações de reparação no âmbito concorrencial. Como dito anteriormente,[133] a possibilidade de compradores ou vendedores diretos, vítimas de infrações à ordem econômica, proporem demanda contra um infrator pode ser restrita pelo risco de sofrerem retaliações. Nesse caso, a atuação de um legitimado coletivo pode fazer com que o direito de reparação desses agentes seja reconhecido (ainda que não quantificado) sem que eles tenham exposição ou participação mais ativa no conflito, facilitando uma posterior solução consensual.[134] Além disso, é possível que, por meio de uma demanda proposta por entidade associativa, consiga-se reunir os interesses de diversos concorrentes prejudicados, reduzindo a capacidade do infrator de retaliá-los.[135]

Não por acaso, o Conselheiro Fernando Furlan, relator do processo administrativo que ensejou a condenação das empresas envolvidas no cartel dos gases, determinou o envio de sua decisão aos seguintes entes: Conselho Federal de Medicina, Confederação Nacional da Indústria, Associação Nacional de Hospitais Privados e Federação Brasileira de Hospitais.[136] Uma das ações civis públicas decorrentes desse esforço de divulgação por parte do Cade – proposta pela Associação dos Hospitais de Minas Gerais[137] – exemplifica o papel de relevo das associações como legitimadas ativas para ações coletivas. Nesse mesmo caso, ainda, mais duas ações coletivas foram propostas, uma pelo Ministério Público – que costuma ser o legitimado coletivo mais atuante em matéria antitruste[138] – e outra pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP).

A última delas serve para ilustrar o tratamento processual restritivo que recebem as ações civis públicas, contribuindo para sua subutilização no direito antitruste. Isso porque o juiz da 21ª Vara Federal de São Paulo, onde a SABESP propôs a ação, "[...] considerou a autora parte ilegítima para a demanda, sem legítimo interesse de agir, já que sua finalidade institucional não é vocacionada para ajuizar ação civil pública na defesa de

---

[133] Ver tópico 5.1.1.
[134] Ver tópico 5.1.2.
[135] O argumento, em verdade, não se aplica apenas para a tutela coletiva, mas para outras formas de representação (art. 5º, XXI, CF/88) que podem ser exercidas por esses órgãos, inclusive mediante a formação de litisconsórcio.
[136] GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.11, n.43, p. 171-207, out. a dez. 2014.
[137] BRASIL. 28ª Vara Cível de Belo Horizonte. Ação Civil Coletiva nº 7099345-90.2009.8.13.0024 – MG. Autor: Associação dos Hospitais de Minas Gerais; Réu: White Martins Gases Industriais LTDA. e outros. Belo Horizonte, MG, 25 de setembro de 2009.
[138] Sobre a legitimidade do Ministério Público para tais demandas, ver PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 255-257.

qualquer direito difuso ou coletivo".[139] Apesar de a decisão ter sido cassada pelo TRF-3 por atentar contra a literalidade do art. 5º, IV, Lei 7.347/1985, há ainda o risco de que prevaleça, no STJ, o entendimento pela extinção do processo sem resolução do mérito, mais de seis anos após a propositura da demanda.[140] Esse risco é considerável por duas razões: a uma, porque o art. 82, III, CDC, prevê que os entes da Administração Pública Indireta, para se legitimar à propositura de ação civil pública, devem ser "[...] especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código";[141] a duas, porque, como afirma Sérgio Arenhart, "é certo que, para alguns desses legitimados – em especial para os entes públicos [como é o caso da SABESP] – a jurisprudência tem sinalizado algumas limitações".[142]

De fato, as limitações impostas à tutela coletiva por meio de alterações legislativas,[143] entendimentos jurisprudenciais[144] e, até mesmo, no âmbito das demandas reparatórias por infrações à ordem econômica, defendidas pela doutrina,[145] criam um

---

[139] GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos**.** *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.11, n.43, p. 171-207, out. a dez. 2014.

[140] O processo tramita no STJ em segredo de justiça: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.538.904 – SP (2015/0145724-7). Relator: Ministro Olindo Menezes, Brasília, DF.

[141] No entanto, esse dispositivo contrasta com o já mencionado art. 5º, IV, Lei 7.347/1985, que concede legitimidade a entes da administração pública indireta, sem requerer que sejam destinados à proteção dos interesses veiculados na demanda.

[142] ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 227. Na sequência, o autor afirma que "limitações semelhantes [às que tem sido postas ao Ministério Público e à Defensoria Pública] podem ser postas aos demais órgãos públicos legitimados" [ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 228].

[143] Ver MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Da jurisdição coletiva à tutela judicial plurindividual: evolução da experiência brasileira com as demandas seriais. p. 221-256. In: PUOLI, José Carlos B. et al (Org.). *Direito Processual Constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 233-234.

[144] ZUFELATO, Camilo. Legitimidade Ativa de Associações, autorização individual, e os limites subjetivos da coisa julgada em recente decisão do STF: um retrato para a tutela coletiva. p. 25-51. In: PUOLI, José Carlos B. et al (Org.). *Direito Processual Constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 252.

[145] Ao fundamento de que propor ações civis públicas contra os infratores comprometeria a parcialidade do Cade no julgamento de processos administrativos, alguns autores têm defendido a inexistência de legitimidade ativa do órgão para a tutela coletiva [PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; FREITAS, Paulo Felipe Carneiro de. *Tutela Coletiva da Responsabilidade Civil por Infração à ordem econômica*. 2013. 120 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013]. Para Roberto Pfeiffer, ademais, "os argumentos contrários à tese de que foi conferida legitimação ativa ao Cade são reforçados pela circunstância de que a lei de defesa da concorrência atribuiu outro relevante papel à autarquia nas ações civis públicas e nas ações coletivas: o de assistente do autor" [PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 255]. Com esses dois argumentos, o autor modificou seu entendimento anterior de que o Cade pertencia ao rol dos legitimados para propor ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos [PFEIFFER, Roberto Augusto

relevante desestímulo para a utilização dessa via. Essas limitações, que envolvem não apenas a legitimidade para agir, como também aspectos relativos à competência e aos efeitos da decisão,[146] fazem com que seja pouco racional, para o demandante cuja demanda individual é viável, provocar a atuação de um legitimado coletivo ou requerer a suspensão da sua demanda com o intuito de se beneficiar de decisão na via coletiva (art. 104, CDC).

Esse cenário não se altera mesmo quando se reconhece o potencial da tutela coletiva de evitar decisões contraditórias, eliminando a perniciosa situação em que uma mesma causa ou interesses idênticos recebem decisões distintas.[147] Isso porque tal benefício não consiste em um verdadeiro estímulo para infratores ou prejudicados. Os primeiros poderiam, em tese, querer evitar decisões contraditórias com o fim de não serem obrigados a reparar mais do que devido. Contudo, a uniformidade decisória prometida pela tutela coletiva implica o risco de ampliação da responsabilidade a que os infratores costumam ser submetidos, devido à inefetividade da tutela reparatória no direito concorrencial. De fato, o atual contexto é mais benéfico ao infrator do que uma maior segurança jurídica. Por outro lado, a promessa de coerência decisória tampouco representa estímulo para as vítimas. Afinal, como a jurisprudência tem se mostrado bastante restritiva com relação à tutela coletiva, uma maior coerência decisória poderia implicar a generalização de limitações desvantajosas para os prejudicados.[148] Aqueles que têm condições e estímulo suficientes para demandar individualmente, se agirem de maneira economicamente racional, vão preferir evitar o risco de decisões defensivas na esfera

---

Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.50, p. 11-39, abr. a jun. 2004]. Nenhum dos dois, contudo, justifica a conclusão pela ilegitimidade. Em primeiro lugar, especialmente quando o Cade propusesse ação civil pública ou a impulsionasse (já que o órgão poderia propor a demanda quando da abertura do processo ou inquérito administrativo, promovendo a citação e requerendo a suspensão do feito com o fim de evitar a prescrição) após a conclusão do processo administrativo, ele estaria fazendo isso com fundamento na sua própria decisão. Além disso, há uma enorme probabilidade de que, após proferir decisão condenatória, o Cade se veja, de qualquer forma, obrigado a litigar contra os infratores em demandas anulatórias. Ainda, é de se destacar que a propositura da demanda reparatória coletiva seria realizada pela ProCade, sem que isso dependesse do envolvimento do conselheiro responsável pelo julgamento do processo administrativo. Em segundo lugar, a previsão do art. 118, LDC, que outorga ao Cade legitimidade, reconhecida também pela jurisprudência [ver tópico 5.1.5.2], para intervir como assistente nas demandas reparatórias, reforça o seu interesse jurídico também para a propositura da ação civil pública, e não o contrário. Para além disso, o caráter parcial da participação do assistente, e mesmo do *amicus curiae*, também reforça a improcedência do primeiro argumento quanto ao reflexo que a legitimidade ativa do Cade poderia ter sobre sua imparcialidade nos processos administrativos.

[146] ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 240.

[147] ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 153.

[148] Um exemplo é o reconhecimento da ilegitimidade de parte do autor coletivo que, segundo Arenhart, costuma ocorrer no final da demanda [ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 230].

coletiva, bem como de que o conflito de interesses com outros prejudicados possa limitar o benefício econômico pretendido.[149]

Além disso, quanto às diversas "questões unicamente de direito" em relação às quais não há normas adequadas à tutela reparatória no âmbito concorrencial – e, em regra, tampouco há consenso jurisprudencial ou doutrinário –, são aplicáveis mecanismos de aglutinação de demandas individuais, como o IRDR (art. 976, NCPC).[150] Esses mecanismos, que não se confundem com a tutela coletiva,[151] poderiam ser utilizados com o fim de promover a coerência na interpretação de questões relacionadas com a tutela reparatória no direito concorrencial. Contudo, apesar de resolverem o problema da incerteza jurídica, eles não se prestam a evitar a multiplicação de atos processuais, especialmente os de índole instrutória. Por isso, sob o prisma do Poder Judiciário, a multiplicação de atos processuais e a incoerência decisória decorrente de questões fáticas apenas seriam solucionados de forma mais eficiente pela tutela coletiva. Contudo, haveria um *trade-off* para o órgão, que sofreria com a ampliação do acesso à justiça e, consequentemente, com o aumento da demanda. De fato, essa perspectiva é reforçada pelas opções legislativas recentes.[152] Afinal, como explica Angelo Danilo de Santis:

> a nível geral, a intenção do legislador do novo código de processo civil [brasileiro] foi aquela de marginalizar a experiência do processo coletivo, que continuará a ser um microssistema separado do código e, sobretudo, de ampliar as técnicas de aceleração-aglomeração dos processos denominados repetitivos, isto é, aqueles relativos às controvérsias seriais individuais através da valorização do princípio do precedente vinculante.[153]

---

[149] O melhor exemplo é a situação em que os danos reclamados por compradores diretos podem ser reduzidos por causa das alegações dos compradores indiretos de que os primeiros lhes teriam repassado parcela do prejuízo. A contraditoriedade entre esses interesses foi reconhecida, no direito inglês, como argumento para afastar a possibilidade de uma ação representativa no caso *Emerald Supplies Ltd and another v British Airways plc*, no qual se pleiteava a reparação por danos causados por um cartel no mercado de serviços de frete aéreo [ver HIGGINS, Andrew. ZUCKERMAN, Adrian A. S. Class Actions in England? Efficacy, Autonomy and Proportionality in Collective Redress. *Oxford Legal Studies Research Paper*, n.93. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2350141. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 7 e ss]. Ademais, esse tema se relaciona com a denominada *passing-on defence*, com repercussões interessantes em relação à legitimidade [ver tópico 5.1.5.1].

[150] Sobre o IRDR, ver tópico 3.3.

[151] Sobre o tema, ver CAMARGO GOMES, Adriano. A crise do processo e o julgamento de Recursos especiais repetitivos. p. 323-360. In: BEDAQUE, José Roberto dos S.; CINTRA, Lia Carolina B.; EID, Elie Pierre (Org.). *Garantismo Processual*: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 336 e ss.

[152] Ver tópico 3.3.

[153] DE SANTIS, Angelo Danilo. Tecniche di tutela collettiva e selezione degli interessi. p. 229-238 In: *DALFINO, Domenico. Scritti dedicati a Maurizio Converso*. Roma: Ter-Press, 2016, p. 230. Tradução livre de: "sul piano generale, l'intenzione del legislatore del nuovo codice di procedura civile è stata quella di marginalizzare l'esperienza del processo collettivo, che continuerà ad essere un microsistema separato dal codice e, soprattutto, di ampliare le tecniche di accelerazione-agglomerazione dei processi c.d. ripetitivi, cioè

Considerando a grande quantidade de indefinições a respeito de temas relacionados ao *private enforcement* na jurisprudência e na doutrina, uma maior segurança jurídica quanto a eles efetivamente poderia representar um estímulo importante para prejudicados capazes de demandar na via individual – ela contribuiria para a projeção correta dos potenciais custos e benefícios da demanda. No entanto, se, por um lado, os mecanismos aglutinadores são úteis para pacificar (ainda que tardiamente) questões de direito controvertidas, por outro, deve-se notar que eles não resolvem o problema do acesso à justiça, tampouco da repetição de atos instrutórios com a mesma finalidade em distintos processos – atos esses responsáveis por aumentar os custos para a obtenção da tutela reparatória de danos decorrentes de infrações à ordem econômica.

Por fim, apesar de todas as mencionadas restrições e desestímulos aplicáveis à tutela coletiva, é possível identificar uma hipótese em que a redução de custos e a despersonalização da demanda podem fazer com essa via seja mais benéfica para os litigantes capazes de demandar individualmente. Trata-se da situação em que uma associação (ou outra entidade representativa) de empresas, cujo segmento foi afetado por infração à ordem econômica, propõe ação civil pública em favor de seus membros. Nesse caso, o tratamento extremamente restritivo conferido pela jurisprudência às ações coletivas propostas por associações,[154] limitando o grupo de beneficiários aos membros que outorgaram autorização individual,[155] não representa um grande óbice se o número de lesados não for tão significativo.[156 - 157] Em contrapartida, a despersonalização das

---

quelli relativi alle controversie seriali individuali attraverso la valorizzazione del principio del precedente vincolante".

[154] Nesse sentido, merece destaque a tese firmada pelo STF no julgamento do RE 612.043: "A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento" [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 612.043 - PR. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 10 de maio de 2017, p. 124-125].

[155] Ver ZUFELATO, Camilo. Legitimidade Ativa de Associações, autorização individual, e os limites subjetivos da coisa julgada em recente decisão do STF: um retrato para a tutela coletiva. p. 25-51. In: PUOLI, José Carlos B. et al (Org.). *Direito Processual Constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 49. Essa solução transforma, quanto ao aspecto da legitimidade, a ação civil pública proposta por associação à mera representação do interesse individual dos associados autorizada pelo art. 5º, XXI, CF/88.

[156] É o que ocorre, por exemplo, no caso da Associação dos Hospitais de Minas Gerais, que possuía em julho de 2016, 105 filiados [Associação dos Hospitais de Minas Gerais. Relação de Filiados em julho de 2016. Disponível em: http://www.centraldoshospitais.com.br/relacao-de-filiados/. Acesso em: 06 dez. 2017]. Pode-se cogitar de entidades com um número ainda menor de beneficiados, especialmente nos mercados mais concentrados.

demandas e, especialmente, a eliminação do risco de condenação em custas e honorários de sucumbência decorrente da tutela coletiva (art. 87, CDC, e art. 18, Lei 7.347/1985), representa um substancial estímulo para a propositura das demandas reparatórias. Afinal, incidiriam, *in casu*, apenas despesas indiretas:

> [...] como a contratação do advogado que representará a associação, ou as despesas feitas para a instrução da causa (seja em juízo, como ocorre com a contratação de assistente técnico para perícia) ou antes de seu ajuizamento (requisições de documentos, avaliação das evidências etc.).[158]

Embora relevante, o valor dessas despesas – se direta ou indiretamente dividido pelos prejudicados[159] – é muito pequeno quando comparado com o valor das despesas indiretas suportado por cada litigante nas demandas individuais, sem falar no considerável risco de condenação em custas e honorários advocatícios. Consequentemente, nesses casos, a tutela coletiva pode ser uma ferramenta útil para – reduzindo o risco de retaliação pelo infrator e o custo para obtenção de tutela reparatória – ampliar o estímulo e criar condições de viabilidade para que determinados prejudicados reclamem em juízo sua pretensão reparatória decorrente de infração à ordem econômica.

5.1.5 Participação de compradores indiretos e do Cade

José Inácio Botelho de Mesquita, professor de direito processual da USP, interpretou o art. 29, Lei 8.884/1994 (atual art. 47, LDC), no sentido de que ele:

> [...] conferiu legitimação a cada prejudicado não só para pleitear uma condenação que só a ele beneficie, como também para demandar a chamada *condenação genérica* à reparação de danos, a que se refere o CDC. É caso único, pois a tendência de nossa legislação se orienta no sentido de não conferir ao indivíduo essa legitimação.[160]

---

[157] Ainda que não seja sempre o caso, a situação pode ser distinta, implicando grande óbice, quando se aplica o art. 2º-A, Lei 9.494/1997, que restringe os beneficiados pela ação coletiva proposta por entidade associativa àqueles "[...] que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator". Sobre o tema, ver ZUFELATO, Camilo. Legitimidade Ativa de Associações, autorização individual, e os limites subjetivos da coisa julgada em recente decisão do STF: um retrato para a tutela coletiva. p. 25-51. In: PUOLI, José Carlos B. et al (Org.). *Direito Processual Constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 49.

[158] ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 226-227.

[159] Compensando a associação ou por meio da contribuição habitualmente paga.

[160] BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil:* jurisdição constitucional das liberdades e garantias constitucionais do processo, execução das decisões do CADE, outros estudos. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 181.

Essa interpretação tornaria a reparação de danos no antitruste quase tão democrática quanto a ação popular,[161] permitindo a propositura de demanda coletiva por qualquer prejudicado. Não obstante, ela deve ser vista como excepcional devido à escassez de posições doutrinárias nesse mesmo sentido, de julgados que reconheçam a legitimidade do indivíduo para a tutela coletiva e também pelo tratamento restritivo dado à legitimidade das associações pelos tribunais superiores.[162] Assim, conquanto ela seja juridicamente válida e consentânea à literalidade do texto da lei – "os prejudicados [...] poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos [...]" –, não pode ser considerada uma alternativa plausível, quiçá nem mesmo possível, em prol dos prejudicados.[163]

Apesar disso, do exemplo apresentado é possível perceber o impacto decisivo que a participação no âmbito do processo tem para a conformação das vias de acesso disponíveis. Assim, analisar os mecanismos de tutela significa também examinar quem tem acesso a eles. Ainda que isso já tenha sido realizado de modo incidental no curso deste subcapítulo, considerando o perfil dos prejudicados, há duas questões relativas ao tema das partes e terceiros que possuem particularidades relevantes no âmbito do *private enforcement* e que merecem exame mais detido: a legitimidade dos compradores indiretos prejudicados por infração à ordem econômica para a propositura de demanda reparatória (5.1.5.1); e a possibilidade de intervenção do Cade nos processos relativos a demandas reparatórias nos quais seja discutida a aplicação da Lei 12.529/2011 (5.1.5.2).

5.1.5.1 Compradores indiretos: legitimidade

Como explica Daniel Costa Caselta, "[…] os prejuízos causados por condutas anticompetitivas, em especial os cartéis, costumam se disseminar ao longo da cadeia produtiva do produto ou serviço afetado".[164] Isso decorre do fato de que "[...] um produtor que adquira determinado insumo a preços cartelizados tenderá, na medida do possível, a

---

[161] BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil:* jurisdição constitucional das liberdades e garantias constitucionais do processo, execução das decisões do CADE, outros estudos. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 182.
[162] Ver tópico 5.1.4.
[163] Note-se que não se pode, nesse caso, cogitar de abuso de dedução: a interpretação proposta por Botelho de Mesquita é a única possível do texto do art. 47, LDC.
[164] CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 86.

repassar o sobrepreço decorrente do cartel aos consumidores de seus próprios produtos, e assim por diante".[165] Assim, é possível que uma mesma infração cause dano a um grande número de prejudicados e que, entre eles, haja perfis muito variados.

Em determinados casos, a infração é praticada em mercados nos quais o comprador direto dos produtos ou serviços afetados pela ilicitude é o próprio consumidor final e não há a possibilidade de que o prejuízo seja transferido para outros agentes. Na maioria das situações, porém, isso não ocorre, e os prejuízos decorrentes da infração são repassados verticalmente até chegar ao consumidor final.[166] A partir disso, a doutrina costuma distinguir os afetados pela infração em compradores diretos e compradores indiretos – enquanto aqueles sofreriam dano por possuir relação direta com o infrator, estes seriam prejudicados por meio do repasse do sobrepreço ao longo da cadeia produtiva.[167]

Há sistemas jurídicos que não reconhecem a legitimidade para agir dos compradores indiretos. Nos Estados Unidos, por exemplo, as cortes federais não permitem que eles demandem pelos prejuízos que sofreram em decorrência do direito antitruste.[168] Em outros sistemas, porém, como no direito europeu e no direito japonês, inexiste essa limitação e a legitimidade de compradores indiretos é reconhecida.[169] Em contrapartida a

---

[165] CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 86.

[166] Como explica Simon Vande Walle: "Violações ao direito antitruste frequentemente afetam não apenas aqueles que compram diretamente um produto ou serviço a um preço supracompetitivo, mas também um grande número de indivíduos e empresas em mercados *downstream* [localizados abaixo na cadeia produtiva]: distribuidores, revendedores e consumidores finais. Esses compradores *downstream* que não compram diretamente do infrator – compradores indiretos – frequentemente sofrem danos difusos e de pequeno valor". Tradução livre de: "Antitrust violations often affect not only those who directly purchase a product or service at a supra-competitive price but also a multitude of individuals and companies downstream: distributors, retailers and ultimately consumers. These downstream purchasers who do not buy directly from the infringer – indirect purchasers – often suffer scattered and low-value damage" [WALLE, Simon Vande. *Private Antitrust Litigation in European Union and in Japan:* a comparative perspective. Antwerpen, Apeldoorn: Maklu, 2013, p. 255].

[167] Ver nota 166. Note-se que, como dito acima [ver tópico 5.1.1], em alguns casos, como o cartel, o dano provocado pelo sobrepreço não afeta apenas os compradores dos cartelistas, mas os compradores nos mercados em que eles atuam. Isso decorre do fato de que o efeito do cartel no mercado pode fazer com que outros competidores não cartelistas aumentem seu preço, prejudicando seus compradores. Esses compradores podem, em tese, demandar os cartelistas argumentando ter sido vítimas do denominado *umbrella effect*. Sobre o tema, analisando diversos sistemas jurídicos, ver HANSBERRY, Dorothy; HUMMER, Christina; LE BERRE, Morvan; LECLERC, Mélanie. Umbrella Effect: Damages Claimed by Customers of Non-cartelist Competitors. *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford, v.5, n.4, p. 196-205, mar. 2014.

[168] Esse entendimento é uma consequência da decisão do caso Illinois Brick Co. v. Illinois. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. Illinois Brick Co. v. Illinois. United States Supreme Court. 431 U.S. 720 (1977). Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/720/. Acesso em: 22 dez. 2017.

[169] WALLE, Simon Vande. *Private Antitrust Litigation in European Union and in Japan:* a comparative perspective. Antwerpen, Apeldoorn: Maklu, 2013, p. 256. Ver também PADELLARO, Matteo. *Il risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*: legittimazione ed antitrust injury. 2009. 210 p. Tese (Doutorado) – Università degli studi Roma Tre, Roma, 2009, p. 170.

tal reconhecimento, esses sistemas costumam permitir que os infratores aleguem o repasse de danos aos consumidores indiretos como forma de defesa perante os consumidores diretos, reduzindo o valor da indenização devida a estes (*passing-on defence*).[170]

Ainda que a questão da legitimidade dos compradores indiretos não tenha sido analisada de forma detida no direito brasileiro, a legislação, a jurisprudência e a doutrina fornecem consistentes indícios de que o comprador indireto possui legitimidade, à semelhança do direito europeu.

Em primeiro lugar, o art. 47, LDC, ao se referir a "prejudicados", não faz qualquer ressalva ou distinção entre compradores diretos ou indiretos. Considerando que a legitimidade ordinária é concedida ao titular do direito (art. 18, NCPC) e que compradores indiretos são prejudicados por infrações à ordem econômica devido ao sobrepreço, a questão é saber se esse prejuízo dá azo ao direito de ser indenizado (art. 927, CC). Reconhecido esse direito, sem que haja qualquer regra especial em sentido diverso, torna-se lógica a conclusão de que não há supedâneo jurídico para que se aplique no Brasil a limitação existente no direito estadunidense. Mesmo porque o entendimento contrário apenas seria possível caso se reconhecesse que o comprador indireto não sofre prejuízo indenizável.[171] Não fosse assim, estar-se ia diante de situação que excluiria a possibilidade de ele levar à apreciação do Poder Judiciário lesão ao seu direito, solução que violaria frontalmente o art. 5º, XXXV, CF/88.

Diante disso, o principal argumento em defesa da ilegitimidade é o de que o comprador indireto não teria direito à indenização porque o prejuízo sofrido não seria efeito direto e imediato da infração à ordem econômica (art. 403, CC). A partir desse dispositivo, conforme explica André Marques Francisco, doutrina e jurisprudência costumam negar a possibilidade de indenização do "dano remoto", mas não do "dano indireto", que tem "[...] na ação ou omissão sua causa direta e imediata, [mas] não se

---

[170] Sobre o tema ver tópico 5.3.2.

[171] Note-se que esse tópico parte da descrição do perfil dos prejudicados por infrações à ordem econômica, realizada no tópico 5.1.1, e que pode ser considerada como uma descrição dos sujeitos "abstratamente legitimados" a propor demandas reparatórias no âmbito antitruste, para tratar de uma hipótese de legitimidade em termos específicos nos quais se reconhece a posição ocupada por um dos prejudicados anteriormente descritos: a do comprador indireto que sofreu prejuízo em decorrência de sobrepreço praticado ao longo da cadeia produtiva [ver PADELLARO, Matteo. *Il risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*: legittimazione ed antitrust injury. 2009. 210 p. Tese (Doutorado) – Università degli studi Roma Tre, Roma, 2009, p. 170]. Evidentemente, raciocínio semelhante pode ser aplicado, à luz do direito positivo, a qualquer outra situação em que, no âmbito antitruste, não há relação jurídica prévia entre vítima e infrator, mas em que aquela acaba sofrendo prejuízo em decorrência da infração cometida por este.

apresenta como a primeira manifestação do prejuízo causado pelo ilícito".[172] Assim, para que o dano sofrido por compradores indiretos seja reconhecido como fundamento para o direito de indenização perante o infrator, basta que se comprove a extensão do dano sofrido e sua correlação com a infração à ordem econômica.[173] Essa correlação, identificada pela doutrina, no âmbito da responsabilidade civil, como nexo causal, é plenamente demonstrável nas demandas de compradores indiretos.[174]

Ademais, como o art. 944, CC, prevê que "a indenização mede-se pela extensão do dano", a doutrina tem sustentado que a *passing-on defence* é admissível no direito brasileiro.[175] Esse entendimento também foi manifestado em demanda reparatória de infração à ordem econômica, por *obiter dictum* do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Não se pode deixar de considerar ainda que os prejuízos sustentados pela apelante em razão do elevado valor dos fretes não se apresentaram evidentes, não se configurando desarrazoada a hipótese de tê-los repassado ao consumidor, consoante bem exposto na respeitável sentença impugnada (fls. 718).
> Com efeito, porque reduzida a margem de lucro, em razão da elevação do custo final do produto, tudo indica que foram os consumidores que arcaram com o aumento do preço.[176]

Conquanto o argumento seja questionável, particularmente quando a possibilidade de utilização da *passing-on defence* é considerada como uma decorrência da vedação ao enriquecimento sem causa,[177] trata-se de mais um elemento que reforça a legitimidade do comprador indireto. Afinal, caso seja admitida essa defesa, mas não a legitimidade do comprador indireto, estar-se-ia diante de uma situação em que o ordenamento jurídico efetivamente legitimaria o enriquecimento ilícito daquele que cometeu a infração à ordem econômica: o prejuízo a ser indenizado, quando houvesse repasse pelo comprador direto ao longo da cadeia produtiva, representaria necessariamente um valor inferior ao sobrepreço

---

[172] FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 97.
[173] FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 98.
[174] FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 98-99. Sobre a questão do nexo de causalidade e sua relação com o direito probatório, ver tópico 5.4.1.
[175] CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 158.
[176] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0149141-75.2009.8.26.0100 – SP (0149141-75.2009.8.26.0100). Relator: Milton Paulo de Carvalho Filho, São Paulo, SP, 31 de outubro de 2012, p. 6.
[177] FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 96; CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 158.

cobrado pelo infrator.[178] Essa solução tutelaria, ainda que de maneira indireta, o "direito" do infrator à parcela do lucro obtido com a conduta anticompetitiva.

5.1.5.2 Cade: atuação como terceiro

A possibilidade de intervenção do Cade nos processos judiciais em que se discute a aplicação da Lei 12.529/2011 contempla as demandas reparatórias coletivas e individuais relacionadas a infrações à ordem econômica. Apesar de o texto do art. 118, LDC, ser expresso no sentido de que "o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente", doutrina e jurisprudência não são uníssonas quanto ao caráter dessa intervenção. Em alguns casos, sugere-se, em discordância com o art. 118, LDC, que o Cade interviria não na condição de assistente, mas na de *amicus curiae*. As duas figuras, como explica Carlos Gustavo Del Prá, efetivamente não se confundem:

> A intervenção do *amicus curiae* é instrumento de aperfeiçoamento da atividade jurisdicional e de participação democrática, e isso determina a função que desenvolverá dentro do processo. Caso o terceiro pretenda defender interesse jurídico próprio, auxiliando na vitória de qualquer das partes, não estará exercendo a função de *amicus curiae*, mas sim a de assistente.[179]

Como o critério utilizado para diferenciar as figuras é o interesse jurídico,[180] parte da doutrina, pressupondo que ele não se verifica na hipótese de intervenção do art. 118, LDC, sustentou que o Cade não titularizaria posição jurídico-processual e, assim, deveria ser tratado como *amicus curiae*.[181] Nesse sentido, ao sugerir se tratar de modalidade

---

[178] Sobre a quantificação dos danos em relação ao sobrepreço e à *passing-on defence*, ver tópico 5.3.2.

[179] DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Primeiras impressões sobre a participação do amicus curiae segundo o projeto do novo Código de Processo Civil (art. 322). *Revista de Processo*, São Paulo, v.36, n.194, p. 307-315, abr. 2011.

[180] Nesse sentido, ver também BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 396.

[181] TALAMINI, Eduardo. Do Amicus curiae – art. 138. p. 438-445. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. (Coords.) *Breves comentários ao novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2015. Esse também parece ser o entendimento Daniel Colnago Rodrigues, que, sem descartar a possibilidade de que em alguns casos o Cade figure como assistente, afirma a necessidade de: "[...] compatibilização de tal regra do CPC [art. 138] com alguns casos especiais de *amicus curiae*, como a própria intervenção do CADE, regulada, como visto, pelo art. 118 da Lei 12.529/2011. Conquanto o legislador tenha feito referência ao instituto da assistência, se a situação não for amparada pela existência de interesse jurídico 'tradicional', próprio do mecanismo assistencial, a natureza da intervenção será de *amicus curiae"* [RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. *Contribuição ao estudo das modalidades interventivas no processo civil brasileiro*: elementos para uma teoria geral. 2017. p. 216. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 107]. Outros autores chegaram, ainda, a sustentar que a função do Cade, dado seu conhecimento técnico, seria análoga à de um perito judicial [Alexandre Alves Lazzarini, A intervenção do Cade no processo judicial, Revista de processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, n. 105, p. 240–248,

diferenciada (própria, anômala) de intervenção de terceiros, Cássio Scarpinella Bueno também defendeu que o Cade poderia ser enquadrado nessa figura.[182]

Esse entendimento é reforçado pelo fato de que, no direito de diversos países – inclusive com regimes jurídicos bem distintos entre si, como Estados Unidos[183] e Alemanha[184] – costuma-se reconhecer que a participação das autoridades concorrenciais no processo *inter alios* que tem por objeto demanda reparatória é classificada como hipótese de *amicus curiae*.[185]

Por outro lado, há vozes na doutrina que reconhecem a possibilidade de o Cade atuar como verdadeiro assistente.[186] Nesse sentido, Fredie Didier Jr., partindo da distinção entre demandas individuais e coletivas no âmbito da LDC,[187] sugere que apenas no

---

jan./mar., 2002]. No mesmo sentido, afirmando, em relação ao direito europeu, que a atuação da Comissão Europeia em arbitragens seria na condição de *expert* e não de *amicus curiae*, ver LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 280-281. A aproximação entre as figuras do perito e do *amicus curiae* também é feita por Cássio Scarpinella Bueno, que reconhece em ambos o caráter de imparcialidade [BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 404-405 e 420-421]. Em sentido contrário, no direito europeu, quanto à imparcialidade da autoridade, BAQUERO, Ingrid Ortiz. El Arbitraje Como Vía de Aplicación Privada de las Normas de Libre Competencia en el Sistema Europeo. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Colombia, n.14, p. 3-48, set. 2010, p. 37. Não obstante, assimilação entre as figuras também é feita, no direito europeu, por Maarten Schinkel e Jakob Rüggeberg, ao sugerirem que a autoridade concorrencial poderia funcionar no processo judicial como *amicus curiae* para auxiliar a corte no cálculo dos danos [SCHINKEL, Maarten Pieter; RÜGGERBER, Jacob. Consolidating Antitrust Damages in Europe: a Proposal for Standing in Line With Efficient Private Enforcement. Working Paper, n.4, Amsterdam, p. 01-25, mai. 2006]. Em sentido contrário a essa assimilação, ver DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal n. 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal n. 6.385/1976). *Revista de Processo*, São Paulo, n.115, p. 151-163, 2003, p. 155-156.

[182] BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 352-353.

[183] Nos EUA é comum que a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (DoJ) e a Federal Trade Comission (FTC) atuem como *amicus curiae* [OECD. Relationship between public and private antitrust enforcement. *Working Party n.3 on Co-operation and Enforcement*, jun. 2015. Disponível em: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&doclanguage=en. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 8-9].

[184] OECD. Relationship between public and private antitrust enforcement – Germany. *Working Party n.3 on Co-operation and Enforcement*, jun. 2015. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 5.

[185] Estudo realizado com diversas autoridades concorrenciais no mundo revelou que a maioria delas pode participar em processo judicial *inter alios* na condição de *amicus curiae* [CARTELS WORKING GROUP. Interaction of public and private enforcement in cartel cases. In: ICN Annual Conference, Moscou, mai. 2007. Disponível em: www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 40-41.]. Nesse sentido, o art. 15(3), Regulamento CE 1/2003, responsável pela "modernização" do direito concorrencial europeu, prevê a possibilidade de intervenção da Comissão Europeia como *amicus curiae* perante os tribunais nacionais dos Estados Membros.

[186] Ver PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 255. Contudo, Roberto Pfeiffer, pelos traços que associa à participação do Cade nos processos judiciais, parece ter uma perspectiva de assistência que não difere significativamente da noção de *amicus curiae* [ver nota 145].

[187] Sob outra perspectiva, sugere-se que o critério de distinção entre as hipóteses de assistente ou *amicus curiae* decorreria, respectivamente, da existência ou não de decisão definitiva por parte do Cade a respeito do

primeiro caso o Cade atuaria como *amicus curiae*.[188] No segundo, Didier Jr. entende que a participação do Cade se assemelha à de um assistente litisconsorcial, justificando a redação do art. 118, LDC.[189] O autor parte do pressuposto de que o Cade, na condição de autarquia, seria colegitimado para a propositura de ações civis públicas relacionadas com a proteção da ordem econômica (art. 5º, IV, LACP).[190]

De todo modo, considerando a tendência jurisprudencial e doutrinária "[...] de redefinição do pressuposto do interesse jurídico para a intervenção como assistente simples"[191], também é possível cogitar do reconhecimento da assistência quanto às demandas individuais. Ao analisar esse movimento, Fredie Didier Jr. se refere a uma decisão do STF,[192] na qual se entendeu que um sindicato, apesar de não ter uma relação jurídica com o assistido que fosse conexa à discutida em juízo, tinha interesse jurídico capaz de legitimar a assistência simples. Ainda segundo o autor, o STF reconheceu que esse interesse estaria configurado pelo fato de que o julgamento do caso individual "[...] poderia definir a orientação da jurisprudência em torno do tema [...], que serviria para a solução de um número indefinido de casos".[193] Assim, a relação jurídica conexa à relação discutida seria, nesse caso, "[...] uma *relação jurídica coletiva*, pois envolve proteção de direitos individuais homogêneos, cuja titularidade pertence à coletividade das vítimas".[194]

---

caso [OECD. Relationship between public and private antitrust enforcement – Brazil. *Working Party n.3 on Co-operation and Enforcement*, jun. 2015. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 3].

[188] DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal n. 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal n. 6.385/1976). *Revista de Processo*, São Paulo, n.115, p. 151-163, 2003, p. 155-156.

[189] DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal n. 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal n. 6.385/1976). *Revista de Processo*, São Paulo, n.115, p. 151-163, 2003, p. 158.

[190] DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal n. 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal n. 6.385/1976). *Revista de Processo*, São Paulo, n.115, p. 151-163, 2003, p. 158.

[191] DIDIER JR., Fredie. Revisão do conceito de interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, n.158, p. 279-281, abr. 2008.

[192] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 550.769-QO – RJ. Relator: Ministro. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2008.

[193] DIDIER JR., Fredie. Revisão do conceito de interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, n.158, p. 279-281, abr. 2008.

[194] DIDIER JR., Fredie. Revisão do conceito de interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, n.158, p. 279-281, abr. 2008. Ainda, segundo Didier Jr., com esse julgado, "quebra-se, então, um paradigma do processo individual, para ampliar a concepção de interesse jurídico autorizador da assistência simples: em vez de exigir que o assistente simples tenha com o assistido uma relação jurídica vinculada àquela discutida, admitiu-se a assistência em razão da existência de uma relação jurídica de direito coletivo (lato sensu)" [DIDIER JR., Fredie. Revisão do conceito de interesse jurídico que autoriza a

O julgado parece integralmente aplicável ao caso do Cade e, diga-se, com ainda mais razão devido à disposição expressa do art. 118, LDC, e ao próprio comportamento da autarquia. Note-se que a atenção à literalidade desse dispositivo, quanto à qualidade da intervenção do Cade no processo judicial, é reforçada pelo fato de que o NCPC revogou o art. 98, § 4º, LDC, que era considerado tecnicamente inadequado por parte da doutrina, deixando incólume o art. 118, LDC. Ademais, por diversas vezes, o Cade manifestou seu interesse de, em defesa da ordem econômica, favorecer demandas reparatórias no âmbito antitruste.[195]

Esse entendimento também encontra respaldo na jurisprudência majoritária dos tribunais federais e do STJ, a qual entende que "[...] por força de lei, a intervenção do CADE em causas em que se discute a prevenção e a repressão à ordem econômica, é de assistência".[196] Nesse sentido, em julgado do TRF-4 se decidiu que:

> [...] não há dúvida que o CADE detém interesse jurídico, dadas as suas funções institucionais e a própria existência de processo na via administrativa, acerca dos fatos narrados à inicial. Em havendo interesse jurídico, evidentemente que a intervenção se amolda ao instituto da assistência.[197-198]

No entanto, em sentido contrário, o TJ-SP entendeu, a partir da lição de Cássio Scarpinella Bueno, que a intervenção prevista pelo art. 118, LDC:

> [...] há de ser vista nos seus devidos termos, como intervenção diferenciada de terceiro, sem interesse jurídico na causa, mas simplesmente como aquele que ali está em defesa de interesses maiores da sociedade como um todo, aí sim dentro da respectiva missão que lhe é reservada pelo ordenamento jurídico em suas mais diversas esferas.

---

assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, n.158, p. 279-281, abr. 2008].

[195] Ver nota 136.

[196] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 737.073 – RS (2005/0049471-2). Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2006, p. 10. No mesmo sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.125.981 – RS (2009/0041096-7). Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 05 de março de 2012; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 0006767-37.2015.4.02.0000 (2015.00.00.006767-8). Relator: Desembargador Federal José Antonio Neiva, Rio de Janeiro, RJ, 02 de dezembro de 2015.

[197] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de instrumento nº 2004040-10.063.670 – RS. Relator: Desembargador Federal Edgard Lippmann, Rio Grande do Sul, RS, 12 de agosto de 2004.

[198] Esse entendimento, também de modo bastante específico, foi seguido pelo TRF-3, ao afirmar que "a presente ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público sob o fundamento de práticas ofensivas ao princípio da livre concorrência, infração à ordem econômica e aos direitos do consumidor. Nestes termos, competindo ao CADE a prevenção e a repressão de práticas ofensivas à ordem econômica, está comprovado o interesse jurídico para intervenção na condição de assistente litisconsorcial do autor, sendo a coletividade titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei Antitruste, tal como assevera o parágrafo único do art. 1º". [BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3º Região. Apelação Cível nº 56.053 – SP (2001.03.99.056053-5). Relator: Desembargador Federal Mairan Maia, São Paulo, 27 de novembro de 2006, p. 6].

> Em suma, o CADE, na espécie, pode atuar como *amicus curiae*, a fim de auxiliar a levar ao magistrado elementos que, direta ou indiretamente, sejam relevantes para o proferimento de uma decisão (cf. *Cássio Scarpinella Bueno, Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático, Saraiva, 2006*).[199]

Em verdade, a qualidade da intervenção do Cade apenas pode ser determinada à luz do caso concreto. Não obstante, a partir do texto da lei, dos entendimentos jurisprudenciais e dos posicionamentos doutrinários, é possível traçar algumas diretrizes em relação às demandas reparatórias. De um lado, é preciso notar que o art. 118, LDC, deixa a cargo do Cade o juízo quanto à oportunidade e conveniência da intervenção, ao prever que o órgão será intimado dos processos judiciais que apliquem a LDC "para, querendo, intervir". Nas demandas coletivas, essa intervenção se caracteriza como assistência litisconsorcial; nas demandas individuais, caso se reconheça um interesse jurídico supraindividual, para além dos limites que a doutrina tradicional lhe atribui,[200] a intervenção pode ser caracterizada como assistência.[201] Isso se dá sem prejuízo de que o juízo entenda por bem solicitar a manifestação do Cade, na condição de *amicus curiae*, em casos nos quais este tenha afirmado não ter interesse na intervenção.

Longe de se tratar de mero preciosismo doutrinário, a distinção entre a forma de intervenção possui relevantes consequências práticas. Com efeito, enquanto o assistente exerce os mesmos poderes e se sujeita aos mesmos ônus do assistido (art. 121, NCPC), o *amicus curiae* não tem poderes para interpor recurso (art. 138, § 1º, NCPC).[202] Ademais, quando a intervenção se dá na qualidade de assistente, a participação do Cade desloca a competência para a justiça federal (art. 5º, parágrafo único, Lei 9.469/1997);[203] por outro

---

[199] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2128530-03.2014.8.26.0000. Relator: Vianna Cotrim, São Paulo, DF, 26 de novembro de 2014.

[200] Do contrário, caso se entendesse pela inexistência de interesse jurídico o Cade poderia ser recebido no feito como *amicus curiae* [BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2128530-03.2014.8.26.0000. Relator: Vianna Cotrim, São Paulo, DF, 26 de novembro de 2014].

[201] Note-se que duas das hipóteses previstas pelo art. 138, NCPC, para a participação do *amicus curiae* ("a relevância da matéria" e a "repercussão social da controvérsia", a outra sendo "a especificidade do tema objeto da demanda"), reforçam o entendimento da decisão do STF quanto ao possível alargamento da noção de interesse jurídico relacionada com a formação de precedentes que são capazes de favorecer ou desfavorecer a condição do Cade enquanto legitimado coletivo [ver notas 191 a 194].

[202] Sobre a diferença entre os poderes do Cade quando este é considerado *amicus curiae* ou assistente, ver DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal n. 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal n. 6.385/1976). *Revista de Processo*, São Paulo, n.115, p. 151-163, 2003, p. 155-158.

[203] Ver BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 0006767-37.2015.4.02.0000 (2015.00.00.006767-8). Relator: Desembargador Federal José Antonio Neiva, Rio de Janeiro, RJ, 02 de dezembro de 2015.

lado, quando se dá como *amicus curiae*,[204] preserva-se a eventual competência da justiça estadual (art. 138, § 1º, NCPC).[205]

Por fim, é preciso ressaltar que essa possibilidade de participação do Cade em feitos relativos a demandas reparatórias no âmbito concorrencial também pode ser cogitada na arbitragem. O tema, que é frequentemente explorado pela doutrina estrangeira,[206] reclama uma interpretação que seja consentânea aos princípios e às finalidades da arbitragem.[207]

Apesar do interesse de autoridades concorrenciais e câmaras arbitrais na relação entre arbitragem e direito concorrencial,[208] isso não significa que a participação daquelas perante estas deva ser entendida como regra. Muito menos que, no direito brasileiro, por força do art. 118, LDC, haja uma obrigatoriedade de informar o Cade sobre a existência de arbitragens envolvendo matéria concorrencial ou de aceitar a sua intervenção.

De fato, uma interpretação que transformasse o art. 118, LDC, em um dever dos árbitros afetaria diversos aspectos relevantes nesse âmbito, como eventual confidencialidade e a disponibilidade das partes em relação à controvérsia.[209] Afinal, não

---

[204] Note-se que essa atuação não impede que a decisão ou outra análise realizada pela Cade seja tratada, na forma do art. 472, NCPC, como parecer técnico ou documento elucidativo para fins de dispensa da prova pericial. Sobre o tema, ver tópico 5.4.5.

[205] Ver BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2128530-03.2014.8.26.0000. Relator: Vianna Cotrim, São Paulo, DF, 26 de novembro de 2014. Nesse sentido, ver também Daniel Colnago Rodrigues, para quem, em relação à competência "tudo depende [...] da qualidade do interesse do interveniente [Cade] no caso concreto" [RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. *Contribuição ao estudo das modalidades interventivas no processo civil brasileiro*: elementos para uma teoria geral. 2017. p. 216. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 108].

[206] Ver, de maneira geral, BAQUERO, Ingrid Ortiz. El Arbitraje Como Vía de Aplicación Privada de las Normas de Libre Competencia en el Sistema Europeo. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Colombia, n.14, p. 3-48, set. 2010, p. 29-40; LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 67-72. Sobre a possibilidade de participação da autoridade concorrencial como *amicus curiae* em arbitragens no direito português, ver TRABUCO, Cláudia; GOUVEIA, Mariana França. A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts. Disponível em: https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/miscellaneous/A_arbitrabilidade_das_questoes_de_concorrencia__C_Trabuco_e_M_Gouveia.pdf. Acesso em: 22 dez. 2017.

[207] IDOT, Laurence. Arbitration and competition p. 51-86. In: OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 12.

[208] Ver, por exemplo, o famoso caso Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth, julgado pela Suprema Corte Estadunidense, que tinha por objeto a arbitrabilidade do direito concorrencial e teve os Estados Unidos e a Câmara de Comércio Internacional (ICC) atuando como *amicus curiae* [ver ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. Mitsubishi Motors Corp. e Soler Chrysler-Plymouth, Inc, 463 U.S. 614. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html. Acesso em: 22 dez. 2017].

[209] IDOT, Laurence. Arbitration and competition p. 51-86. In: OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 12.

se pode cogitar que o Cade, não sendo signatário da cláusula arbitral,[210] tampouco tendo interesse na formação de entendimento replicável aos demais casos – como na decisão do STF antes mencionada – intervenha na condição de assistente *sponte propria*. Não há, portanto, direito de intervenção por parte da autoridade; ela teria que atender a um chamado do tribunal arbitral.[211]

Entretanto, também não se pode excluir a possibilidade de que as partes ou os árbitros tenham interesse em saber a opinião do Cade, convidando-o, inclusive de maneira informal, a se manifestar na condição de *amicus curiae*.[212] Conforme Ingrid Baquero, isso será possível "quando as partes assim o tenham acordado (antes ou durante o procedimento) ou quando, não existindo acordo entre elas, os árbitros, de conformidade com as normas processuais que regem suas funções, o permitirem.[213]

Uma vez que tenha sido convidado a intervir, o juízo do Cade quanto à conveniência e oportunidade de sua participação como *amicus curiae* é similar ao do processo judicial. Não obstante, a doutrina recomenda, inclusive para que se preserve a confidencialidade e o maior âmbito de disponibilidade das partes quanto ao procedimento, que a manifestação seja colhida apenas por escrito.[214] Isso não significa, porém, como já dito, que a arbitragem poderá ser utilizada para fins de violação do direito concorrencial.[215]

---

[210] Como explica José Lebre de Freitas: "[…] se todos estiverem de *acordo* (e os árbitros não virem nisso inconveniente), a intervenção do terceiro não sujeito à eficácia da convenção pode dar-se em termos que valham como um *aditamento à convenção inicial* [FREITAS, José Lebre de. Intervenção de terceiros em processo arbitral. Revista de Processo, São Paulo, v.209, n.37, p. 433-443, jul. 2012, p. 449].

[211] No mesmo sentido, em relação ao direito europeu, LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 293-294.

[212] Nesse sentido, LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 70. Contudo, a exemplo do que ocorre no direito brasileiro, alguns autores, como Phillip Landolt, entendem que a intervenção da autoridade concorrencial no processo arbitral não se dá como *amicus curiae*, mas como perito [LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 280-281]. Para Ingrid Baquero isso decorreria da necessidade de iniciativa da parte para a intervenção, o que não ocorre em relação ao *amicus curiae* [BAQUERO, Ingrid Ortiz. El Arbitraje Como Vía de Aplicación Privada de las Normas de Libre Competencia en el Sistema Europeo. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Colombia, n.14, p. 3-48, set. 2010, p. 38]. Ver também nota 181.

[213] BAQUERO, Ingrid Ortiz. El Arbitraje Como Vía de Aplicación Privada de las Normas de Libre Competencia en el Sistema Europeo. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Colombia, n.14, p. 3-48, set. 2010, p. 38. Tradução livre de: "[...] cuando las partes así lo han acordado (antes o durante el procedimiento) o cuando no exis- tiendo acuerdo entre ellas, los árbitros, de conformidad con las normas procesales que rigen sus funciones, así lo autorizan". Segundo a autora, o mesmo se aplicaria quanto às solicitações de informações dirigidas à autoridade [BAQUERO, Ingrid Ortiz. El Arbitraje Como Vía de Aplicación Privada de las Normas de Libre Competencia en el Sistema Europeo. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Colombia, n.14, p. 3-48, set. 2010, p. 36]. No direito brasileiro, o árbitro tem o poder de requerer essas informações de acordo com o art. 22, Lei 9.307/1996. No mais, quanto ao acesso a essas informações, ver tópico 5.4.2.

[214] KOMNINOS, Assimakis P. *Arbitration and EU Competition Law*. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1520105. Acesso em: 07 dez. 2017, p. 21-23; LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 70.

[215] Ver nota 105.

Até porque nada impede a autoridade de, tomando conhecimento de eventual violação do direito concorrencial em sede da arbitragem, iniciar investigações e tomar as providências que entender cabíveis.[216] Afinal, como afirma Landolt, "os procedimentos perante árbitros não interferem de modo algum nas questões trazidas perante as autoridades concorrenciais [...]".[217]

5.2 DEMANDA REPARATÓRIA: PROCESSO ADMINISTRATIVO E PROCESSO PENAL

Como se sabe, a violação de regras de direito concorrencial pode implicar responsabilização em três diferentes esferas que não se sobrepõem nem se excluem (civil, administrativa e penal), ainda que as sanções aplicáveis possam ser semelhantes. Em síntese, a esfera cível se volta ao que se convencionou denominar de *private enforcement* ou atuação privada do direito concorrencial:[218] ela é realizada pelas vítimas, consumidores ou empresas[219] que buscam alguma forma de tutela contra a infração à ordem econômica ou contra o dano por ela causado.[220] Entre as formas de tutela se encontra a tutela repressiva contra o dano (reparatória), que é o objeto desta tese. A esfera administrativa está relacionada ao *public enforcement* ou atuação pública do direito antitruste, realizada pela autoridade concorrencial (Cade), mediante a investigação e a punição de pessoas físicas e jurídicas por infrações à ordem econômica. Por fim, a esfera penal, que também se insere no *public enforcement*, envolve a possibilidade de imposição de pena de reclusão e multa às pessoas que praticaram as condutas previstas no art. 4º, Lei 8.137/1990, que configuram crime contra a ordem econômica.[221]

---

[216] BAQUERO, Ingrid Ortiz. El Arbitraje Como Vía de Aplicación Privada de las Normas de Libre Competencia en el Sistema Europeo. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Colombia, n.14, p. 3-48, set. 2010, p. 39.

[217] LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 68. Tradução livre de: "The procedures before the arbitrators in no way interfere with the actions brought before the competition authorities […]". Optou-se por traduzir *actions* (ações) por questões de modo a evitar a interpretação equivocada de que se trataria de demandas judiciais, e não de ações em um sentido não jurídico.

[218] Sobre a terminologia empregada, ver capítulo 1.

[219] Ou, no caso de tutela coletiva, por algum legitimado em nome deles.

[220] Sobre a classificação das formas de tutela, ver ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 294 e ss.; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

[221] Há ainda a possibilidade de enquadramento em outros crimes, como aqueles previstos na Lei 8.666/1993, nos casos envolvendo certame licitatório perante a administração pública, bem como de associação criminosa, prevista no art. 288, CP.

Enquanto a atuação na esfera criminal é bastante restrita quanto às condutas examinadas, limitando-se a algumas poucas espécies tipificadas, nas esferas administrativa e cível ela é, ao menos teoricamente, muito ampla, submetendo-se à tipicidade aberta do art. 36, Lei 12.529/2011. Não obstante, na prática, o potencial de atuação no âmbito administrativo – especialmente por serem limitados os recursos humanos e financeiros à disposição da autoridade concorrencial – é restrito por uma política de priorização de casos que são reputados mais importantes,[222] como aqueles que envolvem cartéis.[223] Por sua vez, no âmbito privado, o uso defensivo (*shield*) ou ofensivo (*sword*) de alegações relacionadas a infrações à ordem econômica[224] submete-se apenas às limitações dos próprios litigantes e, no extremo, aos estímulos que eles têm para se engajar em uma disputa com infratores, considerando o custo e o benefício de fazê-lo.[225]

Entre os inúmeros aspectos que influenciam esses estímulos está a relação entre a potencial demanda reparatória e os processos administrativos ou criminais conduzidos por órgãos do poder público, que dispõem de mais poderes e, na maioria dos casos, mais recursos do que os litigantes no âmbito privado. Para explicar como essa relação se dá no direito concorrencial brasileiro, este subcapítulo se divide em três tópicos: o primeiro, em que se diferenciam os casos em que há relação entre demanda reparatória e atuação do poder público daqueles em que tal relação não se verifica (5.2.1); o segundo, em que se analisam as manifestações dessa relação quando ela se dá entre demanda reparatória e atuação no âmbito administrativo (5.2.2); e o terceiro, em que se examinam essas manifestações quando a relação se verifica entre demanda reparatória e persecução penal (5.2.3).

---

[222] Sobre os fundamentos e os riscos da adoção desse tipo de política, ver WILS, Wouler P. J. Discretion and Prioritisation in Public Antitrust Enforcement, in Particular EU Antitrust Enforcement. *World Competition: Law and Economics Review*, v.34, n.3, set. 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087. Acesso em: 05 dez. 2017, p. 25 e ss.

[223] O Cade tem priorizado a investigação de cartéis em relação a outros ilícitos: em 2016, dos 31 processos administrativos julgados, 20 eram relativos a cartéis; até outubro de 2017, 8, dos 11 processos administrativos julgados, também. [CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processos Julgados em 2017. Disponível em: https://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true. Acesso em: 07 dez. 2017].

[224] A doutrina costuma diferenciar o uso ofensivo (*sword*) do defensivo (*shield*) de alegações por litigantes privados relativas a infrações à ordem econômica, bem como se estas questões são tratadas no processo como principais (*à titre principal*) ou subsidiárias (*à titre incident*) [KOMNINOS, Assimakis P. *EC Private Antitrust Enforcement:* Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2008, p. 2-5]. Nenhuma dessas distinções, porém, têm relevância para os temas abordados nesta tese.

[225] HVIID, Morten. PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States.* p. 195-222. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 202-205. Ver também tópico 6.1.

Note-se que essas relações serão analisadas considerando apenas a influência de decisões proferidas em processos administrativos e criminais sobre as demandas reparatórias. Assim, não se contempla, porque não pertinente à tutela reparatória, a questão da relação entre as esferas administrativa e criminal,[226] tampouco eventual influência das demandas reparatórias em relação a elas – como a redução da multa ou da pena a que se sujeitam os infratores.[227] Ademais, as relações pertinentes ao tema da prova (acesso à prova, distribuição do ônus da prova e presunções relativas), devido à sua especificidade, apesar de estarem referidas no primeiro tópico deste subcapítulo, serão examinadas detidamente no subcapítulo 5.4.

5.2.1 Demandas *follow-on* e *stand-alone*

A diferenciação entre demandas reparatórias que possuem e que não possuem relação com o *public enforcement* tem grande relevância no âmbito do direito concorrencial:[228] ela é fundamental para compreender a dinâmica existente entre a atuação dos entes públicos e dos litigantes privados, bem como para se poder comparar as técnicas utilizadas em diferentes ordenamentos jurídicos para estimular a busca por reparação.[229]

A interação entre atuação pública e privada do direito da concorrência pode se dar de formas muito distintas e com diferentes graus de intensidade.[230] No âmbito da tutela

---

[226] Sobre a interface entre a esfera administrativa e criminal, ver MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis*: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. Disponível em: http://www.editora singular.com.br/Uploads/Indice/Sumario_Repressao_a_Carteis.pdf. Acesso em: 20 dez. 2017, p. 243 e ss.

[227] Analisando de modo mais amplo a relação entre as esferas cível, administrativa e criminal, ver SANTOS, Flávia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. p. 38. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

[228] KOMNINOS, Assimakis P. *EC Private Antitrust Enforcement:* Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2008, p. 6.

[229] Por uma extensa comparação dessas técnicas em âmbito europeu, ver HVIID, Morten. PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States.* p. 195-222. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014.

[230] No limite, poder-se-ia cogitar de um modelo em que ao invés de demandas reparatórias desenvolvidas a partir da atuação pública, a reparação ocorresse no próprio âmbito do *public enforcement*, combinando elementos deste e do *private enforcement* – a denominada compensação pública (*public compensation*). Ela não será analisada neste capítulo por não envolver a propositura de demandas objetivando a tutela reparatória e porque, apesar de ser possível à luz do direito brasileiro, não é prevista ou realizada pelo Cade. Note-se que no Brasil, a SDE chegou a elaborar a Consulta Pública 17/2011 para avaliar a possibilidade de o Cade impor, como uma das sanções aplicáveis a infrações contra a ordem econômica, a reparação dos danos causados pela conduta. Sobre o tema da compensação pública, ver EZRACHI, Ariel; IOANNIDOU, Maria. Public compensation as a complementary mechanism to damages actions: From Policy Justifications to Formal Implementation. *Journal of European Competition Law & Practice*, v.3, n.6, p. 536-544, dez. 2012. Ver também, identificando doze modelos de compensação, HODGES, Christopher. Delivering competition damages in the UK. *Oxford Legal Studies Research Paper*, n.66, nov. 2012. Disponível em:

reparatória, ela pode ser compreendida a partir da distinção entre demandas *stand-alone* e demandas *follow-on*.

O critério majoritariamente utilizado pela doutrina para distingui-las é a utilização, ou não, nas demandas reparatórias, de decisão prévia da autoridade concorrencial (ou do Poder Judiciário, após tentativa de anulação) sobre a ocorrência de conduta anticompetitiva.[231] A partir desse critério, denominam-se *stand-alone* as demandas reparatórias[232] propostas sem que tenha havido uma prévia atuação do poder público voltada ao reconhecimento da infração apontada;[233] e *follow-on* aquelas que partem de uma decisão da autoridade concorrencial reconhecendo a ocorrência de infração.[234] Segundo a doutrina, apesar da independência entre as instâncias pública e privada,[235] tal decisão pode ter um efeito vinculante no juízo cível, servir para a redução do ônus probatório a que está submetida a vítima-demandante ou, caso o sistema jurídico não preveja nenhuma dessas consequências, pode ter apenas um efeito "psicológico" para a vítima[236] – e persuasivo para o Poder Judiciário[237].

Essa perspectiva doutrinária quanto à forma de distinguir as espécies de demandas – valendo-se do uso da decisão administrativa ou de sua revisão judicial como critério[238] –

---

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2170385. Acesso em: 06 dez. 2017, p. 10. Especificamente analisando essa possibilidade no direito brasileiro, ver CAMARGO GOMES, Adriano. Public compensation in Brazilian competition law: a mechanism to enhance the effectiveness of enforcement. p. 479-498. In: *Ideias em competição*: 5 anos do prêmio IBRAC-TIM. São Paulo: Singular, 2015.

[231] Nesse sentido, KOMNINOS, Assimakis P. *EC Private Antitrust Enforcement:* Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2008, p. 6-7; EZRACHI, Ariel. *From Courage vs Crehan to the White Paper – The Changing Landscape of European Private Enforcement and the Possible Implications for Article 82 EC Litigation*. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-540-69965-1_5. Acesso em: 05 dez. 2017, p. 118; PEYER, Sebastian. Myths and Untold Stories - Private Antitrust Enforcement in Germany. *Centre for Competition Policy Working Paper*, n.10-12, set. 2010, p. 35.

[232] O termo também é utilizado para se referir à reconvenção ou defesa que utilize como fundamento uma questão de direito concorrencial – o que pode ocorrer em demandas envolvendo contratos, propriedade intelectual ou concorrência desleal [KOMNINOS, Assimakis P. *EC Private Antitrust Enforcement:* Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2008, p. 6-7].

[233] KOMNINOS, Assimakis P. *EC Private Antitrust Enforcement:* Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2008, p. 6.

[234] KOMNINOS, Assimakis P. *EC Private Antitrust Enforcement:* Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2008, p. 7.

[235] Reconhecida no Brasil pelo próprio art. 47, Lei 12.529/2011. Ver tópico 5.2.1.

[236] KOMNINOS, Assimakis P. *EC Private Antitrust Enforcement:* Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2008, p. 7.

[237] BUCAN, Nina. *The Enforcement of EU Competition Rules by Civil Law*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2016, p. 183.

[238] Por causa disso, costuma-se sugerir que nas demandas *stand-alone*, devido à falta de decisão prévia a partir da atuação pública, a parte necessariamente teria que provar a ocorrência da infração [KOMNINOS, Assimakis P. *EC Private Antitrust Enforcement:* Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2008, p, 7].

é compreensível: ela foi adotada pela Comissão da União Europeia num dos primeiros documentos que produziu sobre o assunto[239] e, ademais, está adequada a previsões tanto do direito europeu quanto do direito inglês.

No primeiro, a Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, estabeleceu que os Estados-Membros devem assegurar o efeito vinculante das decisões definitivas sobre a ocorrência de uma infração tomadas pela autoridade concorrencial ou pelo tribunal responsável pela sua revisão em relação às demandas reparatórias.[240] No segundo, em 2002, o *Enterprise Act* inseriu a *section 47A* no *Competition Act 1998*, prevendo (i) que o *Competition Appeal Tribunal* (CAT) teria competência para julgar demandas reparatórias propostas após uma decisão da autoridade concorrencial do Reino Unido ou da União Europeia que reconhecesse a ocorrência de uma infração ao direito da concorrência; e (ii) que o CAT estaria vinculado a esse reconhecimento. Em ambos os casos, a distinção juridicamente relevante é entre as demandas que partem da decisão das autoridades concorrenciais ou de sua revisão judicial (*follow-on*) e aquelas que não partem (*stand-alone*).[241]

Apesar disso, estabelecer a diferenciação nesses termos implica duas dificuldades quanto à classificação das demandas: uma porque podem ocorrer demandas "híbridas", que são concomitantemente *follow-on* e *stand-alone*; outra porque pode haver demandas que se iniciam como *stand-alone* e se tornam *follow-on* durante o seu curso.

A primeira situação ocorre quando a demanda reparatória é proposta quanto a alguns agentes condenados e condutas reconhecidas na decisão administrativa, e também a outros que não o foram: a demanda é *follow-on* em relação aos réus condenados no âmbito administrativo e *stand-alone* em relação aos demais; a demanda é *follow-on* quanto à

---

[239] No Livro Verde sobre acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust* define-se: "acções de seguimento [demandas *follow-on*] (ou seja, casos de instauração de uma acção civil na sequência da declaração de uma infracção por parte de uma autoridade de concorrência), [...] acções independentes [demandas *stand-alone*] (ou seja, acções que não vêm na sequência de uma decisão anterior de uma autoridade de concorrência relativa a uma infracção ao direito da concorrência)" [COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. *Livro Verde: Ações de indenização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*. Bruxelas, 19 dez. 2005. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from= EN. Acesso em: 05 dez. 2017, p. 4].

[240] O art. 9.1, Diretiva 2014/104/UE, prevê que: "Os Estados-Membros asseguram que uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso [corte que revisa as decisões da autoridade] seja considerada irrefutavelmente estabelecida para efeitos de ação de indemnização intentada nos seus tribunais nacionais ao abrigo do artigo 101º ou do artigo 102º do TFUE ou do direito nacional da concorrência".

[241] Ver BUCAN, Nina. *The Enforcement of EU Competition Rules by Civil Law*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2016, p. 177.

conduta que ensejou a condenação, mas é *stand-alone* quando se alega que a conduta foi praticada por mais tempo, em outros lugares ou que outras também foram praticadas.[242]

A segunda situação envolve a possibilidade de que uma demanda seja proposta antes da decisão final da instância administrativa, e que esta sobrevenha no curso do processo. Nesse caso, a decisão, no momento em que se tornar definitiva, passaria a ser vinculante no âmbito da demanda reparatória, fazendo com que essa se tornasse *follow-on*.[243]

Os problemas dessa classificação ficam ainda mais evidentes quando se reconhece que há sistemas jurídicos em que a decisão final no âmbito administrativo "[...] não confere nenhum outro benefício para o demandante privado *follow-on*, além de um benefício psicológico"[244]: como estabelecer uma classificação jurídica a partir de um efeito psicológico eventual? Ou quando se afirma indistintamente que, com frequência, "[...] o acesso à prova detida pela autoridade concorrencial é buscado para o propósito de iniciar demanda *follow-on*"[245]: como então definir as demandas em que o litigante parte de provas obtidas pela autoridade, sem que ela tenha proferido uma decisão definitiva?

Além disso, no direito brasileiro, o risco de prescrição caso se aguarde que as decisões tomadas pelo Cade se tornem definitivas, bem como a ausência de efeito vinculante dessas decisões, faz com que a distinção estabelecida entre demandas *follow-on* e *stand-alone* segundo o critério examinado tenha pouca ou nenhuma utilidade. Sendo assim, parece mais adequado estabelecer como critério distintivo apenas a existência de atuação pública prévia e não seu resultado:[246] de um lado considerando demandas absolutamente independentes e prévias à atuação pública (*stand-alone*); de outro, demandas que partem dessa atuação (*follow-on*),[247] contemplando desde situações em que

---

[242] Ver BUCAN, Nina. *The Enforcement of EU Competition Rules by Civil Law*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2016, p. 182-183.

[243] BUCAN, Nina. *The Enforcement of EU Competition Rules by Civil Law*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2016, p. 177-178.

[244] KOMNINOS, Assimakis P. *EC Private Antitrust Enforcement:* Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2008, p. 7. Tradução livre de "[…] does not confer any benefit upon the follow-on civil plaintiff, other than a psychological one".

[245] RENDA, Andrea (org.). Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Centre for European Policy Studies (CEPS). Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf. Acesso em: 21 dez. 2017, p. 387. Tradução livre de: "most often, access to evidence held by a competition authority is sought for the purposes of initiating follow-on litigation".

[246] Nesse sentido, analisando o direito brasileiro, Daniel Costa Caselta utiliza como critério a existência de investigação ou decisão prévia [CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 120-121].

[247] Este critério também parece mais adequado à terminologia empregada: *stand-alone* são demandas completamente independentes; as demais, mesmo aquelas que se valem apenas das provas obtidas a partir do

esta facilita o acesso à prova até a situação limite – inviável no direito brasileiro – em que o resultado da atuação pública é vinculante no juízo cível.

Nesses termos, a ideia de que uma demanda reparatória parte da atuação do poder público envolveria, fundamentalmente, três tipos de situação: aquela em que essa atuação permite o acesso a material probatório; aquela em que o resultado dessa atuação tem valor probante no processo judicial;[248] aquela em que o resultado dessa atuação implica preclusão, tendo um efeito vinculante sobre o juízo cível.[249-250]

A primeira hipótese é uma consequência do fato de que os poderes investigatórios do Ministério Público[251] e do Cade[252] são muito mais amplos do que os direitos das partes em matéria de prova, mesmo diante da possibilidade de produção antecipada (art. 381, NCPC). Assim, especialmente considerando o traço sigiloso que recobre determinados ilícitos concorrenciais, a atuação do poder público pode ter um papel fundamental na informação dos lesados a respeito dos danos sofridos, bem como na reunião de elementos de prova suficientes para demonstrá-los em juízo.[253]

A segunda hipótese é a mais ampla, na medida em que o resultado do *public enforcement,* seja ele um acordo, uma decisão administrativa ou judicial, pode receber

---

public enforcement, dão seguimento a essa forma de atuação, ainda que a investigação continue em curso ou que não seja adotada nenhuma decisão. Analisando o direito brasileiro, demandas *follow-on*.

[248] Algumas definições, como a de William McKechnie, pressupõem a existência de uma decisão prévia que pode ser usada como prova da violação do direito concorrencial [MCKECHNIE, William. Damages Actions in Private Antitrust Enforcement: Irish Report. p. 286-300. In: CORTESE, Bernardo (Ed.). *EU Competition Law*: Between Public and Private Enforcement. International Competition Law Series, Kluwer Law International Alphen aan den Rijn, v.55, dez. 2014, p. 292].

[249] Como dito, alguns autores limitam as demandas *follow-on* apenas a essa última hipótese. Nesse sentido, Gerber afirma que a demanda *follow-on* é aquela que parte de uma conduta anticompetitiva já reconhecida enquanto tal por uma decisão definitiva da autoridade concorrencial (ou do Poder Judiciário), que toma tal decisão no todo ou em parte como seu pressuposto lógico-jurídico [GERBER, David J. *Il risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale – US ed Europa a confronto.* Trento: Giunta della Provincia autonoma di Trento, 2010, p. 43]. Segundo essa perspectiva, as duas hipóteses anteriores, na medida em que demandam a declaração do juiz a respeito da ocorrência de uma infração à ordem econômica, seriam classificadas como demandas *stand-alone* [GERBER, David J. *Il risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale – US ed Europa a confronto.* Trento: Giunta della Provincia autonoma di Trento, 2010, p. 43-44].

[250] Essas três possibilidades são apontadas, ainda de que forma não sistematizada, por Thomas Kauper e Edward Snyder ao analisarem o direito estadunidense: os autores fazem referência à possibilidade de que o *public enforcement* possa beneficiar as vítimas por permitir o acesso à prova na preparação da demanda, permitindo que estas não incorram nos custos relacionados sua obtenção, bem como porque a decisão tomada a partir da atuação das autoridades pode servir tanto para fins instrutórios como "prova *prima facie*" da ocorrência de uma infração, quanto como uma espécie de coisa julgada sobre questão, proibindo sua rediscussão em processos posteriores (*collateral estoppel*) [KAUPER, Thomas E.; SNYDER, Edward A. An inquiry into the efficiency of private antitrust enforcement: follow-on and independently initiated cases compared. *The Georgetown Law Journal*, Washington, v.74, p. 1163-1230, 1986, p. 1167-1168].

[251] Entre os poderes investigatórios do MP, merece destaque o disposto no art. 129, III, VI e VIII, CF/88, bem como no art. 8º, Lei 7.347/1985, e no art. 26, Lei 8.625/1993.

[252] Os poderes de investigação do Cade são previstos nos arts 13, VI, e 15, V, Lei 12.529/2011.

[253] Sobre as especificidades relativas ao acesso à prova em demandas reparatórias, ver tópico 5.4.2.

tratamentos os mais variados no âmbito do ordenamento jurídico. A eficácia atribuída a esse resultado, em caso de reconhecimento da ocorrência de infração à ordem econômica, pode significar o estabelecimento de presunções relativas em favor da vítima – nesses casos facilitando sensivelmente a prova de elementos relacionados com a pretensão reparatória, como é o caso da existência de ato ilícito; ou pode implicar a disponibilização de técnicas processuais diferenciadas para a satisfação da pretensão reparatória, a partir da atribuição de uma eficácia especial ao resultado do *public enforcement* – seriam exemplos dessa hipótese a tutela da evidência (art. 311, NCPC), a ação monitória (art. 700, NCPC) e o processo de execução de título extrajudicial (art. 771, NCPC).[254]

A terceira hipótese envolve situações nas quais é possível reconhecer uma eficácia vinculante no resultado da atuação pública. No direito brasileiro, por força do art. 5º, XXXV, CF/88, essa hipótese não se aplica a decisões administrativas e apenas pode se verificar em função da eficácia de provimentos jurisdicionais.[255] Trata-se especificamente da possibilidade de que o resultado de uma ação criminal movida pelo Ministério Público ou de uma demanda anulatória da decisão administrativa do Cade[256] faça coisa julgada, com eficácia para além das partes do processo na qual a decisão foi proferida, repercutindo no juízo cível a que é submetida a demanda reparatória: com isso, o reconhecimento de determinados aspectos relativos à existência de infração à ordem econômica ou ao dano causado a terceiros não poderia mais ser questionado pelo infrator.[257]

---

[254] A diferença entre as situações em que o resultado *public enforcement* implica a criação de presunções e em que ele pode permitir uma tutela jurisdicional diferenciada decorre, desde uma perspectiva jurídica, do grau de detalhamento dos documentos que resultam do *public enforcement*, que poderia fazer com que eles se enquadrassem ou não nas hipóteses já existentes de técnicas processuais diferenciadas; desde uma perspectiva política, da escolha legislativa, pois seria possível prever outras hipóteses de tutela diferenciada que tivessem por objeto as demandas que partissem dos resultados obtidos (decisões tomadas ou acordos firmados) no âmbito do *public enforcement*.

[255] Isso contrasta com o direito europeu. Ver, nesse sentido, nota 240.

[256] A atuação pública no âmbito cível, por exemplo na propositura de uma demanda coletiva por um legitimado que seja do poder público (como o MP), não é analisada nesse tópico nem considerada para fins da distinção entre demandas *follow-on* e *stand-alone*: tal demanda se situa no âmbito do denominado *private enforcement* e pode ser utilizada com a finalidade de reparar os lesados.

[257] Para Komninos, a partir do direito europeu, essa possibilidade não existiria quando uma demanda reparatória se seguisse a outra demanda reparatória: "uma demanda cível proposta após outras demandas cíveis bem-sucedidas não pode, porém, ser vista como uma demanda *follow-on*, uma vez que não houve decisão de autoridade pública como efeito declaratório *erga omnes*. A ação bem-sucedida levaria basicamente a um julgamento com eficácia de coisa julgada limitada aos litigantes que foram parte e ao objeto específico da disputa. Evidentemente, se os dois casos são similares, pode ser que o ônus do demandante na segunda demanda seja praticamente – senão psicologicamente – um pouco mais leve". Tradução livre de: "A civil action brought following another civil actions that was successful cannot, however, be seen as a follow-on action, since there was no public authority decision with *erga omnes* declaratory effect. The successful action would have led basically to a judgement with *res judicata* effect limited to the specific litigants and to the specific object of the dispute. Of course, if the two cases are similar, it may be that the burden on the plaintiff to prove and infringement in the second action is practically

Em diferentes graus, essas hipóteses representam uma redução do fardo processual a que se submete o litigante privado quando não se beneficia da atuação pública:[258] são vantagens das demandas *follow-on* em relação às demandas *stand-alone*.[259] Em contraste, nas demandas *stand-alone*, o litigante privado vitimado por uma infração à ordem econômica tende a enfrentar obstáculos, tanto de ordem prática, por não ter acesso facilitado a elementos de prova, quanto de ordem jurídica, por não poder se valer da eficácia (ainda que apenas persuasiva) do resultado previamente obtido pelo poder público.[260] Por causa disso, a ocorrência de demandas *follow-on* tende a ser maior do que a de demandas *stand-alone*.[261]

Supostamente, também como consequência dessas diferenças, as demandas *follow-on* seriam mais céleres, menos custosas e alcançariam resultados mais favoráveis para as vítimas se comparadas com as demandas *stand-alone*.[262] Nesse sentido, Ariel Ezrachi explica que – especialmente nos casos em que há uma decisão prévia da autoridade concorrencial – essas demandas permitem que os litigantes se beneficiem do poder investigatório e dos recursos públicos, reduzindo o risco e o custo que teriam com a

---

– if not psychologically – slightly lighter" [KOMNINOS, Assimakis P. *EC Private Antitrust Enforcement:* Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2008, p. 7]. De qualquer forma, mesmo nos sistemas em que essa limitação à coisa julgada não se verifica (nos quais se permite, por exemplo, o *offensive collateral estoppel*) parece que seria conceitualmente pouco útil se referir às demandas descritas por Komninos como *follow-on*, na medida em que elas não estariam se referindo a uma atuação prévia do poder público: os desafios enfrentados pelo primeiro litigante privado seriam os de uma demanda *stand-alone*.

[258] PEYER, Sebastian. Myths and Untold Stories – Private Antitrust Enforcement in Germany. *Centre for Competition Policy Working Paper*, n.10-12, set. 2010, p. 36.

[259] KAUPER, Thomas E.; SNYDER, Edward A. An inquiry into the efficiency of private antitrust enforcement: follow-on and independently initiated cases compared. *The Georgetown Law Journal*, Washington, v.74, p. 1163-1230, 1986, p. 1166-1169.

[260] PEYER, Sebastian. Myths and Untold Stories - Private Antitrust Enforcement in Germany. *Centre for Competition Policy Working Paper*, n.10-12, set. 2010, p. 36.

[261] PEYER, Sebastian. Myths and Untold Stories – Private Antitrust Enforcement in Germany. *Centre for Competition Policy Working Paper*, n.10-12, set. 2010, p. 36. Segundo Ariel Ezrachi, a possibilidade de a vítima se valer da decisão da autoridade concorrencial aumentaria a popularidade das demandas *follow-on* [EZRACHI, Ariel. *From Courage vs Crehan to the White Paper – The Changing Landscape of European Private Enforcement and the Possible Implications for Article 82 EC Litigation*. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-540-69965-1_5. Acesso em: 05 dez. 2017, p. 118]. Pesquisas em outras jurisdições, contudo, apontam para uma quantidade pequena de demandas *follow-on* em comparação com demandas *stand-alone* – algo que pode ser atribuído a três fatores: o fato de que essas decisões estimulariam apenas demandas reparatórias e não demandas que pretendessem impedir a ocorrência ou recorrência do ilícito, o fato de que as autoridades concorrenciais tem realizado mais acordos (como TCCs e acordos de leniência) do que tomado decisões finais, o fato de que é mais provável a celebração de acordos entre vítimas e infratores em demandas *follow-on* [PEYER, Sebastian. Myths and Untold Stories – Private Antitrust Enforcement in Germany. *Centre for Competition Policy Working Paper*, n.10-12, set. 2010, p. 36-38].

[262] KAUPER, Thomas E.; SNYDER, Edward A. An inquiry into the efficiency of private antitrust enforcement: follow-on and independently initiated cases compared. *The Georgetown Law Journal*, Washington, v.74, p. 1163-1230, 1986, p. 1169.

disputa.[263] Por esse motivo, afirma-se que a atuação pública na investigação de uma conduta anticompetitiva representa um sinal positivo para os potenciais litigantes, que pode ser fortalecido em caso de condenação.[264]

Por outro lado, deve-se notar que demandas *stand-alone* revelam um importante papel de atores privados e, consequentemente, do *private enforcement*, na detecção e dissuasão de condutas anticompetitivas para além do papel desempenhado pelas autoridades do poder público.[265] Afinal, como consequência da política de priorização realizada pela autoridade concorrencial, a tendência é que as demandas *follow-on* fiquem mais restritas a situações decorrentes de condutas colusivas horizontais, como é o caso dos cartéis;[266] sendo as demandas *stand-alone* mais comuns nos casos de abusos de posição dominante.[267]

5.2.2 Processo administrativo

A forma como se dá a relação entre o processo administrativo perante a autoridade antitruste e as demandas reparatórias *follow-on* é tema amplamente analisado pela doutrina estrangeira,[268] tendo sido enfrentado, no direito brasileiro, pela doutrina[269] e

---

[263] EZRACHI, Ariel. *From Courage vs Crehan to the White Paper – The Changing Landscape of European Private Enforcement and the Possible Implications for Article 82 EC Litigation*. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-540-69965-1_5. Acesso em: 05 dez. 2017, p. 118. No mesmo sentido, ainda que com reservas, Kauper e Snyder notam que ao partir da atuação da autoridade, os litigantes privados podem reduzir custos e maximizar ganhos [KAUPER, Thomas E.; SNYDER, Edward A. An inquiry into the efficiency of private antitrust enforcement: follow-on and independently initiated cases compared. *The Georgetown Law Journal*, Washington, v.74, p. 1163-1230, 1986, p. 1166].

[264] KAUPER, Thomas E.; SNYDER, Edward A. An inquiry into the efficiency of private antitrust enforcement: follow-on and independently initiated cases compared. *The Georgetown Law Journal*, Washington, v.74, p. 1163-1230, 1986, p. 1166. Como os autores se referem ao sistema estadunidense em que a autoridade concorrencial propõe uma demanda contra aquele que cometeu uma infração à ordem econômica perante o Poder Judiciário, os autores se referem à propositura dessa demanda e ao seu sucesso.

[265] Sustenta esse papel complementar do *private enforcement* em relação ao *public enforcement* Sebastian Peyer [PEYER, Sebastian. Myths and Untold Stories – Private Antitrust Enforcement in Germany. *Centre for Competition Policy Working Paper*, n.10-12, set. 2010, p. 39].

[266] Nesse sentido, KAUPER, Thomas E.; SNYDER, Edward A. An inquiry into the efficiency of private antitrust enforcement: follow-on and independently initiated cases compared. *The Georgetown Law Journal*, Washington, v.74, p. 1163-1230, 1986, p. 1166. No Brasil, o Cade tem priorizado esse tipo de infração. Ver nota 223.

[267] Nesses casos, a vítima costuma estar em melhores condições de identificar e demonstrar a infração cometida e o dano sofrido. Essa também é a conclusão de PEYER, Sebastian. Myths and Untold Stories – Private Antitrust Enforcement in Germany. *Centre for Competition Policy Working Paper*, n.10-12, set. 2010, p. 67.

[268] A principal razão para isso é o fato de que no direito inglês – e, desde a vigência da Diretiva 2014/104/UE (art. 9, (1)), também no direito europeu –, as decisões administrativas no âmbito do antitruste têm efeito vinculante nos processos judiciais relativos a demandas reparatórias. De um modo geral, sobre essa relação no direito europeu, ver NAZZINI, Roberto. Concurrent Proceedings in Competition Law: Procedure, Evidence and Remedies. Londres: Oxford University Press, 2005.

pelo próprio Cade de forma incidental. Para além das questões relativas à prova,[270] essa relação envolve fundamentalmente duas situações: (i) o eventual caráter vinculante da decisão administrativa na demanda reparatória; (ii) a eficácia dessa decisão, ainda que não vinculante, para permitir que a tutela reparatória se dê mediante procedimentos diferenciados.

Determinados dispositivos legais, como o art. 47, LDC, e o art. 5º, XXXV, CF/88, permitem concluir pela independência das esferas cível e administrativa, impedindo a adoção no Brasil do modelo implementado no direito europeu de vinculação das demandas *follow-on* à decisão administrativa. O STJ, inclusive, possui entendimento pacificado no sentido de que não há sobreposição entre as esferas administrativa, cível e penal, bem como que "eventuais aspectos de coordenação entre demandas concomitantes seriam dirimidos, p.ex., pela disciplina dos efeitos civis de sentenças penais, quando aplicáveis".[271] No caso dos processos administrativos antitruste não é possível cogitar de efeitos similares, uma vez que, por força do art. 5º, XXXV, CF/88, as decisões proferidas nesse âmbito são passíveis de ampla revisão pelo Poder Judiciário. Segundo o STJ:

> o Cade não perde sua vinculação ao Poder Executivo. Por essa razão, dentro da ideia de checks and balances, as decisões do Cade não fogem à regra da ampla revisão pelo Poder Judiciário, quer pelo aspecto horizontal (objeto da demanda), quer pelo vertical (profundidade da cognição), em homenagem à cláusula de inafastabilidade inserida no art. 5º, XXXV, da CF: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Estudos recentes bem demonstram que, na prática, os Tribunais levam a efeito essa prerrogativa e têm, em inúmeras oportunidades, reexaminado à exaustão decisões do Cade, seja para manutenção, seja para reforma de seu conteúdo [...] Tais motivos indicam que é equivocado – e inconstitucional – reduzir a atuação do Poder Judiciário a uma instância revisora de decisões do Cade (ou de qualquer instância da Administração) [...][272]

Desse modo, no âmbito da tutela reparatória de danos decorrentes de infrações à ordem econômica, não há a necessidade de prévia decisão do Cade para a propositura de

---

[269] ANDRADE, Maria Cecília; ARANTES, Álvaro Brito. Private enforcement of competition law in Brazil. *Global Competition Litigation Review,* v.5, n.1, p. 20-27, 2012, p. 443 e ss; KIRKBRIDE, James; LETZA, Steve; YUAN, Dujuan. The challenges of private antitrust enforcement in transition economies - the case of Brazil. International Journal of Law and Management, v.52, n.6, p. 451-463, 2010, p. 457-458; MARTINEZ, Ana Paula. ARAÚJO, Mariana Tavares de. Private antitrust enforcement in Brazil: new perspectives and interplay with leniency. CPI Antitrust Chronicle, Boston, n.1, p. 1-5, abr. 2013; PEIXOTO, Bruno L. Brazil. p. 17-28. In: GOTTS, Ilene Knable. *The Private Competition Enforcement Review*. Londres: Law Business Research Ltd., 2017, p. 26-27.

[270] A questão da eficácia da decisão do Cade em matéria de prova é analisada nos tópicos 5.4.6 e 5.4.7.

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

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

demandas – permite-se a propositura de demandas *stand-alone*;[273] ademais, essa decisão não possui eficácia vinculante nas demandas *follow-on*.

A partir disso, a questão que se coloca é saber se as decisões judiciais que revisam as decisões proferidas pelo Cade produziriam algum tipo de efeito ou vinculação que transcendesse o processo em que são proferidas ou as partes que nele participaram, atingindo as demandas *follow-on*. Essa questão envolve a necessária concorrência de dois fatores: (i) a possibilidade de que a decisão judicial definitiva que mantenha a decisão do Cade seja utilizada com efeito vinculante em relação às demandas reparatórias; (ii) a possibilidade de que haja suspensão do processo relativo à demanda reparatória em função de prejudicialidade externa com processo que tenha por objeto a anulação da decisão proferida pelo Cade.

Quanto ao primeiro deles, para que a decisão na demanda anulatória fosse vinculante em relação à reparatória, seria necessário reconhecer que a coisa julgada poderia produzir efeitos para além das partes – ainda que o infrator participe de ambas as demandas, a vítima não será parte na demanda anulatória. Esse reconhecimento tem como óbice o art. 506, NCPC, que prevê: "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros". Assim, de um lado, se na anulatória se decidisse pela inocorrência da infração, ela não faria coisa julgada em prejuízo dos lesados. De outro, apesar da mudança de redação do art. 506, NCPC, em relação ao art. 472, CPC/73,[274] a utilização da coisa julgada em benefício de terceiro não parece ter sido plenamente aceita pela jurisprudência dos tribunais.[275] Consequentemente, não tendo sido parte da anulatória, o prejudicado também não poderia ser beneficiado pela coisa julgada formada entre Cade e infrator, com o fim de impedir que a questão relativa à ocorrência de infração fosse rediscutida.

---

[273] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 258-259.

[274] A redação do art. 472, CPC/73 previa que "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros […]" (grifou-se), enquanto a redação do art. 506, NCPC, elimina o trecho destacado: "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros".

[275] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação nº 0007786-90.2011.4.01.3801 - MG. Relator: Juiz Federal Ubirajara Teixeira, Juiz de Fora, MG, 07 de dezembro de 2017; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível nº 0118369-90.2014.4.02.5101 - RJ. Relator: José Eduardo Nobre Matta, Rio de Janeiro, RJ, 12 de junho de 2017; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0181208-84.2015.8.19.0001. Relator: Desembargador Horácio dos Santos Ribeiro Neto, Rio de Janeiro, RJ, 27 de julho de 2017. Em sentido contrário, BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Agravo de Instrumento nº 0011888.61.2016.8.08.0048 – ES (201600756338). Relator: Samuel Brasil Junior, Vitória, ES, 11 de abril de 2017.

Ainda assim, considerando que o mérito da demanda anulatória poderia enfrentar questão prejudicial na demanda reparatória – a ocorrência ou não de infração à ordem econômica –, seria possível argumentar pela necessidade de suspensão desta demanda com o fim de evitar julgados logicamente contraditórios. Nesse sentido, há precedente do STJ que, em *obiter dictum*, reconheceu a possibilidade de suspensão (art. 265, IV, a, CPC/73, atual art. 313, V, a, NCPC), por prejudicialidade externa, de demanda que pretendia suspender efeitos de parte da decisão do Cade em relação a outra que pretendia anulá-la. Contudo, mesmo nesse caso, em que a prejudicialidade é mais evidente do que em relação à demanda reparatória,[276] é pouco provável que a suspensão possa ser utilizada com vistas ao aproveitamento da decisão.

Isso porque o art. 313, § 4º, NCPC, da mesma forma que o art. 265, § 5º, CPC/73, é expresso no sentido de que a suspensão nunca poderá exceder um ano. No âmbito do STJ, ainda que existam julgados reconhecendo a possibilidade de flexibilização dessa regra,[277] é majoritário o entendimento de que o prazo legal de suspensão deve ser respeitado.[278] Ademais, considerando que não se permite a flexibilização do prazo na hipótese em que no processo penal se discute questão prejudicial de demanda reparatória,[279] caso em que há regras específicas reconhecendo a prejudicialidade,[280] não há razão para crer que essa flexibilização seria possível na relação entre demanda anulatória e reparatória, quando ambas são apreciadas na esfera cível e ambas possuem a ocorrência de infração à ordem econômica como questão prejudicial.

Sendo assim, verificada a impossibilidade de conferir eficácia vinculante à decisão administrativa e ao julgamento de improcedência da demanda anulatória com fundamento na ocorrência de infração à ordem econômica, passa a se cogitar da

---

[276] Enquanto na situação apreciada pelo STJ se está diante de situação em que a decretação de nulidade em um processo implicará necessariamente a perda de objeto de outro processo, na relação entre demanda anulatória e reparatória, o reconhecimento de existência ou inexistência de infração será analisado em ambas incidentalmente, como pressuposto da anulação ou da condenação a reparar o dano.

[277] Em *obiter dictum* a própria Corte Especial do STJ reconheceu que, em casos excepcionais, há a possibilidade de flexibilização [*BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 22.157* – DF. Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 25 de abril de 2017]. Ver também BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.198.068 – MS (2010/0110329-0). Relator: Ministro Marco Buzzi, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2015; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.010.223 – SP (2016/0289234-0). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 28 de junho de 2017.

[278] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.409.256 – PR (2014/0253909-4). Relator: Ministro Geraldo Og Fernandes, Brasília, DF, 28 de maio de 2015.

[279] Por esse motivo, a exceção não costuma ser reconhecida no caso do art. 935, CC [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.198.068 – MS (2010/0110329-0). Relator: Ministro Marco Buzzi, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2015]. Sobre a aplicação desse artigo, ver tópico 5.2.3.

[280] Ver tópico 5.2.3.

possibilidade de que essas decisões sejam utilizadas no âmbito da demanda reparatória com o fim de permitir formas de tutela diferenciada. Dentre essas formas, destacam-se o processo de execução de título extrajudicial e a ação monitória.

Parcela da doutrina sustentou que nas demandas reparatórias que se seguissem à decisão do Cade (*follow-on*) seria possível que os lesados iniciassem processo de execução de título extrajudicial.[281] Porém, em que pese a decisão do plenário efetivamente constituir título executivo extrajudicial, isso se refere apenas à penalidade imposta pelo Cade (art. 93, LDC).[282] Logo, para que a referida decisão pudesse servir de título executivo para as vítimas, seria necessário, primeiramente, que o Cade, forte na previsão do art. 38, VII, LDC – que lhe permite impor ao infrator, além da multa, a prática de "qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica" –, determinasse a reparação das vítimas da infração.[283] Ademais, considerando que a obrigação precisa ser dotada de certeza, liquidez e exigibilidade para que seja executável (art. 783, NCPC), seria preciso que o título (e, consequentemente, o Cade) estabelecesse os credores da reparação (as vítimas) e o valor do dano sofrido.[284] Ainda que essa possibilidade seja juridicamente aceitável,[285] a falta de disciplina a respeito e o fato de nunca ter sido adotada pelo Cade fazem com que ela não possa ser considerada uma alternativa viável para os prejudicados por infrações à ordem econômica: de um lado, porque estes dependeriam de uma atuação que o Cade em mais de duas décadas de história não se mostrou disposto a fazer; de outro, porque a incerteza jurídica quanto à viabilidade desse percurso reduziria a probabilidade de reparação e aumentaria significativamente os

---

[281] GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito Antitruste. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 283.

[282] ANDRADE, Maria Cecília; ARANTES, Álvaro Brito. Private enforcement of competition law in Brazil. *Global Competition Litigation Review,* v.5, n.1, p. 20-27, 2012, p. 21.

[283] Nesse caso, como explica Eduardo Talamini em relação à decisão do Cade, "[…] um mesmo título executivo pode dar ensejo a dois diferentes processos [de execução], que tramitarão independentemente, embora conexos" [TALAMINI, Eduardo. Efetivação judicial das decisões e compromissos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei Federal nº 8.884/1994). p. 1181-1243. In: DIDIER JR., Fredie; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1190].

[284] Caso isso não fosse possível em termos individuais, seria preciso conferir à decisão do Cade a eficácia de título executivo extrajudicial coletivo para a reparação de direitos individuais homogêneos, similarmente ao que ocorre com os TACs. Nesse caso, ele seria passível de liquidação e execução coletiva [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo, Revista dos Tribunais, v.2, 2017, p. 779; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual: processo coletivo. 8. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v.4, 2013, p. 423].

[285] Sobre a possibilidade do Cade se valer do art. 38, VII LDC, para impor a reparação dos lesados, ver CAMARGO GOMES, Adriano. Public compensation in Brazilian competition law: a mechanism to enhance the effectiveness of enforcement. p. 479-498. In: *Ideias em competição*: 5 anos do prêmio IBRAC-TIM. São Paulo: Singular, 2015, p. 483-486.

custos para o seu reconhecimento. Em outras palavras, a relação entre o custo e o benefício esperados com a execução de título extrajudicial seria igual ou pior do que a existente no procedimento comum.

Da mesma forma, isso se aplicaria caso uma decisão do Cade, ou eventual sentença que julgasse improcedente demanda anulatória daquela decisão, fosse utilizada para a propositura de ação monitória (art. 700 e ss., NCPC). Para a utilização dessa via, seria necessário que o prejudicado pela infração que reclamasse do infrator pagamento de quantia em dinheiro fosse capaz de demonstrar seu direito com base em prova escrita (art. 700, NCPC). Considerando que doutrina[286] e jurisprudência[287] dão interpretação bastante ampla à noção de prova escrita, a questão fundamental, nesse caso, seria a capacidade da vítima de demonstrar, por esse meio, a liquidez da obrigação do infrator de reparar o dano sofrido:[288-289] esse poderia ser o caso quando a decisão administrativa explicitasse o percentual de sobrepreço praticado, o percentual de mercado conquistado, a queda no volume de vendas, etc.[290] – ou seja, situações em que seria possível demonstrar, de forma escrita, convincentemente, o prejuízo sofrido.[291] Não obstante, de modo similar ao que se

---

[286] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As inovações no Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 81 e ss; TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória*: a ação monitória – Lei nº 9.079/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 61 e ss.

[287] O STJ já definiu que "a prova hábil a instruir a ação monitória [...] precisa demonstrar a existência da obrigação, devendo o documento ser escrito e suficiente para, efetivamente, influir na convicção do magistrado acerca do direito alegado, não sendo necessário prova robusta, estreme de dúvida, mas sim documento idôneo que permita juízo de probabilidade do direito afirmado pelo autor" [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.381.603 – MS (2013/0057876-1). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 11 de novembro de 2016]. Admite-se até mesmo documentos "unilaterais, desde que deles exsurja juízo de probabilidade acerca do direito afirmado" [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.278.643 – ES (2011/0219311-9). Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Brasília, DF, 29 de fevereiro de 2016].

[288] Trata-se da necessidade de prévia demonstração do *quantum debeatur*, conforme explica Talamini [TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória*: a ação monitória – Lei nº 9.079/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 80].

[289] Note-se que não é necessário que a própria prova escrita "[…] seja documento que formalize o ato que gerou o crédito […]": "o documento (ou conjunto de documentos) não precisa ser 'constitutivo' – basta que seja 'testificante' e, até, funcione como prova 'mediata', a ser complementada por indícios [...]" [TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória*: a ação monitória – Lei nº 9.079/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 69]. Desde que observado esse requisito, e ainda que rara é possível a utilização da via monitória para a reparação de danos. Ver, por exemplo, BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0123788-48.2007.8.26.0053 – SP (053.07.123788-3). Relator: Luciana Bresciani, São Paulo, SP, 18 de dezembro de 2014.

[290] De modo que a demonstração do número de produtos comercializados e de seu valor permitiria que, por meio de cálculo aritmético, se chegasse ao *quantum* da reparação.

[291] Afinal, "como assentou a Quarta Turma [do STJ], para a monitória, 'não é preciso que o autor disponha de prova literal do *quantum*. A 'prova escrita' é todo e qualquer documento que autorize o Juiz a entender que há direito à cobrança de determinada dívida', valendo os embargos para discutir os valores cobrados (REsp nº 437.638/RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 28/10/02." [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 647.184 – DF (2004/0035782-0). Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, DF, 12 de junho de 2006].

disse em relação à execução de título extrajudicial, essa via provavelmente não teria utilidade para os prejudicados. A uma porque, por se tratar de hipótese pouco usual, poderia ocorrer controvérsia quanto à possibilidade de utilização da tutela monitória. A duas porque, caso o infrator oponha embargos à monitória, eles "podem se fundar em matéria passível de alegação como defesa no procedimento comum" (art. 701, § 1º, NCPC) e, ademais, suspendem a eficácia do mandado de pagamento, desnaturando o caráter diferenciado desse rito. A inércia do réu-infrator, necessária para que o processo preserve esse caráter, é muito pouco provável considerando que ele deve ter se defendido em sede administrativa e, eventualmente, proposto demanda anulatória.

Por fim, seria possível cogitar de que o prejudicado se valesse da hipótese do art. 311, IV, NCPC: a concessão de tutela da evidência quando "a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável". De fato, é possível que, após a condenação em sede administrativa e, especialmente, após julgamento de improcedência da anulatória, o juiz reconheça que o réu-infrator não foi capaz, em sua resposta, de opor "prova capaz de gerar dúvida razoável" à pretensão reparatória da vítima. Nesse caso, o prejudicado poderia ser beneficiado pela concessão de tutela da evidência. Ainda que essa hipótese seja mais provável que as demais, uma vez que sua generalidade reduz os óbices jurídicos para que ela seja concedida, desde um ponto de vista prático, o pouco tempo de vigência do dispositivo e a reduzida prática relativa à tutela de direito em matéria concorrencial militam em desfavor dessa possibilidade. De qualquer forma, considerando que ela seria utilizada no âmbito do procedimento comum, e que, caso concedida, reduziria o custo do prejudicado (invertendo o ônus da demora na tramitação do feito), ela consiste em um estímulo adicional para a propositura de demandas reparatórias *follow-on*.

De qualquer forma, por mais que seja possível reconhecer a juridicidade de tutelas diferenciadas ou antecipadas em prol das vítimas de infrações anticompetitivas, é pouco provável que elas, na falta de previsões normativas explícitas no âmbito do antitruste, representem um benefício efetivo e significativo. Sendo assim, ainda que potencialmente favoráveis, especialmente no caso da tutela da evidência, as formas de relação entre processo administrativo e demandas reparatórias não representariam estímulo capaz de aumentar a probabilidade de que estas fossem propostas perante o Judiciário.

Além disso, as possíveis relações entre uma decisão da autoridade concorrencial e uma demanda reparatória *follow-on* também podem ser consideradas na perspectiva dos processos arbitrais. Apesar de frequentemente analisado pela doutrina estrangeira, as

conclusões quanto ao tema devem ser vistas com ressalvas em relação ao direito brasileiro. Isso porque, no direito europeu, existem diversos mecanismos de cooperação e coordenação entre autoridades concorrenciais e tribunais judiciais, conferindo-se caráter vinculante às decisões administrativas.[292] Por causa disso, ainda que a doutrina majoritária reconheça que esses mecanismos devem ser adaptados às características e finalidade dos processos arbitrais,[293] sugere-se que pode ser prudente a suspensão da arbitragem ou a adoção das premissas da decisão administrativa pelo árbitro como forma de evitar o risco de não reconhecimento ou de inexecução da sentença arbitral.[294]

No Brasil, diferentemente, a independência entre as instâncias administrativa e cível elimina qualquer fundamento jurídico para que se reconheça um dever, na arbitragem, de adotar as providências de suspensão ou vinculação, bem como o risco de que, sob o pretexto de sua não adoção, a sentença arbitral não seja reconhecida ou executada. Não obstante, seja na arbitragem nacional ou estrangeira, nada impede que essas providências sejam adotadas caso se entenda necessário.[295] Assim, a suspensão do processo arbitral para aguardar o resultado de processo administrativo perante o Cade, bem como a adoção da decisão administrativa como vinculante, são possíveis. Para isso, é preciso que o tribunal arbitral entenda a providência como necessária,[296] ou as partes acordem nesse sentido.[297] Prevalece, pois, quanto à relação entre demanda reparatória e

---

[292] Ver tópico 5.2.1.

[293] Ver, por todos, BAQUERO, Ingrid Ortiz. El Arbitraje Como Vía de Aplicación Privada de las Normas de Libre Competencia en el Sistema Europeo. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Colombia, n.14, p. 3-48, set. 2010, p. 29-30.

[294] BAQUERO, Ingrid Ortiz. El Arbitraje Como Vía de Aplicación Privada de las Normas de Libre Competencia en el Sistema Europeo. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Colombia, n.14, p. 3-48, set. 2010, p. 32.

[295] De qualquer forma, como explica Baquero: "De início, a suspensão do trâmite arbitral parece se chocar com os princípios que orientam este tipo de procedimento, entre outros, a autonomia das partes, a independência dos árbitros, a celeridade, e, sobretudo, o caráter temporário de suas competências". Tradução livre de: "Ab initio, la suspensión del trámite arbitral parecer chocar con los principios que orientan este tipo de procedimientos, entre otros, la autonomía de las partes, la independencia de los árbitros, la celeridad y, sobre todo, el carácter temporal de sus competencias [BAQUERO, Ingrid Ortiz. El Arbitraje Como Vía de Aplicación Privada de las Normas de Libre Competencia en el Sistema Europeo. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Colombia, n.14, p. 3-48, set. 2010, p. 34]".

[296] LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 72.

[297] Ver NAZZINI, Roberto. Concurrent Proceedings in Competition Law: Procedure, Evidence and Remedies. Londres: Oxford University Press, 2005, p. 356 e ss; LANDOLT, Phillip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 276-277

decisão administrativa, a independência do tribunal arbitral e, ainda, como fundamento da própria arbitragem, a autonomia das partes.[298]

5.2.3 Processo penal

Como se sabe, determinadas infrações à ordem econômica, como o cartel, também são tipificadas como crimes, ensejando responsabilidade penal em conformidade com o art. 4º, Lei 8.137/1990. A partir disso, a doutrina do direito concorrencial costuma sugerir, com fundamento no art. 935, CC, que a decisão condenatória proferida na esfera penal tem caráter vinculante em relação às demandas reparatórias por infrações à ordem econômica.[299] Essa vinculação contemplaria, conforme o dispositivo mencionado, a determinação da materialidade e da autoria delitivas que, quando decididas, não seriam mais questionáveis no âmbito cível.[300]

Não obstante, a relação entre as instâncias, em que pese a previsão expressa do art. 935, CC, merece um exame mais cuidadoso, que permita compreender (i) qual influência a esfera penal pode exercer em relação às demandas reparatórias; (ii) qual a eficácia da sentença criminal no âmbito cível; e (iii) quais os limites dessa eficácia. As respostas a essas questões são necessárias para que se reconheça em que circunstâncias um processo criminal pode ser útil para as demandas reparatórias, além da mera reunião de material probatório.

A regra é a independência entre as instâncias cível e criminal, mas não a sua incomunicabilidade.[301] De fato, há pelos menos dois aspectos que revelam influxos da segunda em relação à primeira: a prescrição da pretensão reparatória e a indiscutibilidade da materialidade e da autoria decididas pelo juízo criminal. Ambas dizem respeito à denominada ação civil *ex delicto*,[302] na qual a determinação da ilicitude e da responsabilidade no processo de conhecimento pressupõe aquela verificada no âmbito penal.

---

[298] BAQUERO, Ingrid Ortiz. El Arbitraje Como Vía de Aplicación Privada de las Normas de Libre Competencia en el Sistema Europeo. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Colombia, n.14, p. 3-48, set. 2010, p. 33-35.
[299] CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 121.
[300] CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 121-122.
[301] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.171.680 – PB (2009/0238330-0). Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Brasília, DF, 23 de novembro de 2010, p. 1.
[302] E, eventualmente, à executoriedade da sentença penal, prevista no art. 63, CPP, e art. 515, VI, CPC.

Em relação à prescrição, Daniel Costa Caselta sugere que o art. 200, CC, "[...] prevê uma causa impeditiva da prescrição, de modo que não correrá o prazo prescricional quando o fato que originou o pedido indenizatório também consistir crime" e que, ademais, seria "[...] possível sustentar a aplicação do art. 200 do Código Civil no âmbito da responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel".[303]

A situação, porém, é complexa e exige o exame detido da jurisprudência do STJ. Em primeiro lugar, como reconhece Caselta, o art. 200, CC, tem sido aplicado também nos casos em que houve instauração de inquérito policial, mas não propositura da ação penal:[304] há jurisprudência consolidada no STJ "[...] no sentido de que o prazo prescricional se inicia a partir do arquivamento do inquérito policial ou do trânsito em julgado da sentença penal".[305]

Em segundo lugar, deve-se notar que existem julgados do STJ mais e menos restritivos quanto à aplicação do art. 200, CC. Os primeiros entendem que a causa impeditiva do art. 200, CC, seria aplicável apenas quando a apuração do fato no juízo cível dependesse da ação penal,[306] sendo a demanda reparatória entendida como necessariamente consequente daquilo que foi decidido juízo criminal.[307] Em linha com essa perspectiva, por exemplo, optou-se pela não aplicação do art. 200, CC, à relação consumerista por causa da existência de responsabilidade objetiva: ainda que o fato apurado fosse o mesmo, como ele caracterizaria falha na prestação de serviço de acordo

---

[303] CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 202.

[304] CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 203.

[305] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.631.870 – SE (2016/0025292-4). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 24 de outubro de 2017, p. 14.

[306] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.371.444 - PE (2013/0057803-0). Relator: Ministro Humberto Martins, Brasília, DF, 16 de maio de 2013, p. 9.

[307] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.371.444 – PE (2013/0057803-0). Relator: Ministro Humberto Martins, Brasília, DF, 16 de maio de 2013, p. 7. Nesse caso, afastou-se a possibilidade de aplicação do art. 200, CC, porque a demanda reparatória por descumprimento do contrato não dependia da ocorrência de furto (durante a execução do contrato) perante o juízo criminal. Aparentemente, a demonstração da correlação entre o furto e o descumprimento do contrato seria uma das possíveis causas de pedir da demanda indenizatória promovida pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. O entendimento foi de que a apuração não impedia que a demanda reparatória fosse promovida. De modo ainda mais evidente, com fundamento na ausência de dependência, tem-se afastado a aplicação do art. 200, CC, em demandas reparatórias por danos morais em decorrência de matérias publicadas na imprensa divulgando existência do processo penal: a demanda reparatória poderia ser proposta desde a publicação da matéria [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 496.307 – RS (2014/0072547-6). Relator: Ministro Sidnei Beneti, Brasília, DF, 16 de junho de 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.307.439 – SP (2012/0017981-2). Relator: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 04 de fevereiro de 2014].

com o CDC e não haveria a necessidade de apuração de culpa ou dolo, as instâncias seriam independentes, e o art. 200, CC, inaplicável.[308]

A segunda interpretação, menos restritiva e majoritária na corte, parte dos pressupostos de que (i) a independência entre as esferas é relativa, "[...] havendo repercussão do juízo criminal sobre o cível com relação ao que é comum às duas jurisdições, ou seja, eminentemente no que tange à análise da materialidade (existência do fato) e da autoria";[309] (ii) que "a causa impeditiva do transcurso do prazo prescricional prevista no art. 200 do CC/2002 visa a resguardar o direito das vítimas à reparação por danos decorrentes de ilícitos que são, a um só tempo, civis e criminais";[310] e que, por isso, (iii) "a postergação do termo inicial do prazo prescricional para propositura da ação de indenização até a conclusão do trâmite no âmbito penal constitui direito do ofendido".[311]

A partir disso, o art. 200, CC, apenas é afastado em duas situações: "(i) quando ficou assentada nas instâncias ordinárias, soberanas na análise fática da causa, a inexistência de relação de prejudicialidade entre as instâncias cível e criminal ou (ii) quando não houve sequer a instauração de inquérito policial".[312] Desse entendimento, é possível concluir que quando a causa de pedir remota da demanda reparatória for coincidente com a descrição fática da denúncia, opera-se a incidência do art. 200, CC.[313]

Assim decidiu a Min. Maria Isabel Gallotti no REsp 1.280.825/RJ, julgado que mais se aproxima de como a situação poderia ser colocada em âmbito concorrencial. O

---

[308] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.359.190 – RJ (2012/0077720-7). Relator: Ministro Moura Ribeiro, Brasília, DF, 21 de junho de 2013, p. 8.

[309] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.631.870 – SE (2016/0025292-4). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 24 de outubro de 2017, p. 9.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.631.870 – SE (2016/0025292-4). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 24 de outubro de 2017, p. 9.

[311] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.631.870 – SE (2016/0025292-4). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 24 de outubro de 2017, p. 10.

[312] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.631.870 – SE (2016/0025292-4). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 24 de outubro de 2017, p. 15. Esse entendimento seria aplicável, por analogia, mesmo em caso de absolvição ou quando não incidisse o disposto no art. 935, CC [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.309.015 – SP (2012/0025083-4). Relator: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 04 de fevereiro de 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.519.722 – PE (2015/0055388-8). Relator: Ministro Humberto Martins, Brasília, DF, 25 de agosto de 2015]. Em sentido contrário, entender-se-ia que "A regra estabelecida no art. 200 do Código Civil diz respeito à ação civil ex delicto, sendo inaplicável, portanto, a casos de indenização civil que não se fundamentem no título penal condenatório" [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 496.307 – RS (2014/0072547-6). Relator: Ministro Sidnei Beneti, Brasília, DF, 16 de junho de 2014].

[313] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.280.825 - RJ (2011/0190397-7). Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Brasília, DF, 29 de agosto de 2016, p. 27-28. O caso seria diferente, conforme decidiu a Ministra Maria Isabel Gallotti, quando "[...] a cobrança [por analogia, leia-se pretensão reparatória] não se origina de um fato definido tipicamente como crime e que estivesse sendo objeto de investigação [...]" [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 654.728 – DF (2015/0013828-3). Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, Brasília, DF, 21 de outubro de 2015, p. 26].

caso envolvia situação na qual administradores de um clube de investimento sonegaram informações relevantes aos cotistas, cometendo o crime tipificado pelo art. 6º, Lei 7.492/1986, conduta essa que seria causa de pedir para a demanda reparatória.[314] Em outro julgado, que também segue essa linha interpretativa, foi reconhecida a aplicabilidade do art. 200, CC, porque, tendo o recorrido feito "[…] prova da existência de apuração penal sobre o fato ensejador dos danos que alega ter suportado", isso seria suficiente para que se reconhecesse como "[…] inquestionável a existência, no caso, de relação de subordinação necessária entre o fato objeto de apuração penal e o desenvolvimento regular da ação cível […]".[315]

Há duas outras questões relevantes quanto à prescrição da pretensão reparatória e que justificam a análise do art. 200, CC. A primeira é que o entendimento majoritário no STJ aplica a teoria objetiva da prescrição, de que ela seria contada da data do fato e não da data da ciência pelo lesado (teoria subjetiva).[316-317] Diante disso, considerando que determinadas infrações à ordem econômica se caracterizam pela ocultação e pelo sigilo e que, muitas vezes, os prejudicados apenas tomam conhecimento da infração muito tempo após sua a ocorrência,[318] a possibilidade de obstar o início do prazo prescricional na forma do art. 200, CC, pode assumir grande relevância no âmbito concorrencial.

A segunda decorre do fato de se ter reconhecido que o art. 200, CC, é aplicável nos casos em que o empregador ou comitente for responsável por atos de seus empregados,

---

[314] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.280.825 – RJ (2011/0190397-7). Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Brasília, DF, 29 de agosto de 2016, p. 27-28.

[315] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Embargo de Declaração no Recurso Especial nº 1.521.359 - AM (2015/0059071-9). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 03 de novembro de 2011, p. 7.

[316] Nesse sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.280.825 - RJ (2011/0190397-7). Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Brasília, DF, 29 de agosto de 2016, p. 24-25. Em sentido contrário, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.354.348 – RS (2011/0310660-6). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 16 de setembro de 2014. Por outro lado, é preciso notar que nas pretensões reparatórias decorrentes de responsabilidade extracontratual pode ser aplicado o prazo da prescrição decenal (responsabilidade contratual) quando o pedido tem fundamento contrato celebrado entre as partes [BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 477.387 - DF (2014/0034437-6) Relator: Ministro Raul Araújo, Brasília, DF, 13 de novembro de 2014]. De qualquer forma, o tema da prescrição no âmbito da tutela reparatória no direito concorrencial é tema complexo, relativo ao direito material, que merece análise cuidadosa por parte da doutrina civilista e da jurisprudência. Afinal, como explica Daniel Caselta "no âmbito da responsabilidade civil por cartel, caso prevaleça o entendimento de que o prazo prescricional se inicia independentemente do conhecimento do dano por parte da vítima, poderá restar prejudicada ou até mesmo inviabilizada a reparação dos prejuízos decorrentes do cartel" [CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 199].

[317] Apontando essa divergência na jurisprudência e relacionando-a com as demandas reparatórias de danos causados por cartéis, ver CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 198-199.

[318] CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 200.

serviçais e prepostos (art. 933, III, CC), e o inquérito ou a ação penal for instaurada em relação a estes.[319] Em relação às infrações à ordem econômica, isso permitiria que, apurando-se fato no juízo criminal (contra diretores de empresas que participaram do cartel) que sustentasse as demandas reparatórias, o art. 200, CC, fosse aplicado também quanto a essas empresas.

Essa possibilidade, porém, não pode levar à falsa impressão de que seria admissível promover o cumprimento de sentença penal condenatória (art. 63, CPP, e art. 515, V, CPC) contra os responsáveis civis, que não foram parte da ação penal. Afinal, como decidido pelo STJ:

> a sentença penal condenatória não constitui título executivo contra o responsável civil pelos danos decorrentes do ilícito, que não fez parte da relação jurídico-processual, podendo ser ajuizada contra ele ação, pelo processo de conhecimento, tendente à obtenção do título a ser executado.[320]

Assim, o cumprimento de sentença estaria restrito ao caso em que, tendo havido condenação, este fosse promovido contra o condenado.[321] Esse raciocínio, porém, não se aplica à disciplina da coisa julgada que poderia ser utilizada na demanda reparatória. A comunicação entre as esferas penal e civil implica a indiscutibilidade do reconhecimento da existência ou inexistência do fato e da sua autoria (art. 935, CC);[322] essa indiscutibilidade, relacionada ao conteúdo declaratório,[323] é extensível aos corresponsáveis: estes poderiam discutir perante o juízo cível, fundamentalmente, alguma excludente de sua responsabilidade objetiva, (art. 932 e 933, CC), mas não a ocorrência do

---

[319] No exemplo mencionado na nota 314, foi decidido que "embora o clube de investimentos não seja réu na ação penal, a sua responsabilidade civil se assenta nos delitos imputados a seus prepostos, réus na ação penal, incidindo, portanto, a causa impeditiva do curso da prescrição" [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.280.825 – RJ (2011/0190397-7). Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Brasília, DF, 29 de agosto de 2016, p. 30-31]. No mesmo sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.135.988 – SP (2009/0073474-8). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 17 de outubro de 2013; e, aparentemente, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 603.860 – SP (2014/0260410-2). Relator: Ministro Marco Buzzi, Brasília, DF, 19 de dezembro de 2016. No último caso, afastou-se a prescrição em agravo interposto por uma concessionária de rodovia, tendo se entendido que era aplicável o art. 200, CC, em relação à apuração de crime relativo a acidente de trânsito – como não foi a concessionária a autora do fato, isso indica que se estava a aplicar o mesmo entendimento dos outros casos.

[320] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 343.917 – MA. Relator: Ministro Castro Filho, Brasília, DF, 03 de novembro de 2003, p. 1. No mesmo sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.135.988 – SP (2009/0073474-8). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 17 de outubro de 2013.

[321] Ver nota 326.

[322] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 32.806 – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2016.

[323] Segundo Liebman, ela torna certa a obrigação de indenizar [LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 114].

fato e sua autoria.[324] Nesse sentido, no REsp 343.917/MA, o Min. Castro Filho cita extensamente doutrina que afirma (i) não ser possível promover a execução contra o responsável, mas apenas a demanda reparatória; e (ii) que a indiscutibilidade decorrente da ação criminal seria aplicável ao corresponsável na demanda reparatória.[325]

Quanto à relação entre as instâncias, é preciso notar, ainda, mais dois aspectos. O primeiro é que a utilização da decisão criminal – isto é, sua executoriedade (art. 63, CPP, e art. 515, VI, NCPC) ou seu aproveitamento em demanda reparatória (art. 64, CPP, e art. 935, CC) – depende de sua definitividade, que advém do trânsito em julgado para a defesa.[326] O segundo é que, quando isso não ocorre, por não haver decisão definitiva ou por não poder ser ela utilizada, preserva-se a regra de completa independência entre as instâncias e seus respectivos *standards de prova*: "[...] uma mesma prova pode ser suficiente para condenar à reparação civil dos danos causados, em que pese não seja o bastante para uma condenação criminal".[327]

Desse modo, em relação às demandas reparatórias no âmbito antitruste, é preciso reconhecer a aplicabilidade do art. 935, CC, e do art. 200, CC, tanto àqueles que figuraram no polo passivo da ação penal – os sócios, os executivos e os empregados – quanto aos

---

[324] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.524.765 – PE (2013/0333086-1). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, DF, 07 de outubro de 2015, p. 10.

[325] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 343.917 – MA. Relator: Ministro Castro Filho, Brasília, DF, 03 de novembro de 2003, p. 5-7. Não obstante, segundo o STJ, essa transposição da coisa julgada penal individual beneficiaria apenas demandantes individuais, não alcançando a demanda coletiva tal como se houvesse sido proferida, naquela instância, uma sentença genérica [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 57.488 – RS (2015/0047164-0). Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Brasília, DF, 17 de junho de 2016]. Em sentido contrário, defendendo essa possibilidade a partir da literalidade do art. 103, § 4º, CDC, ver DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual: processo coletivo. 8. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v.4, 2013, p. 396.

[326] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 678.143 - MG (2004/0087312-8). Relator: Ministro Raul Araújo, Brasília, DF, 30 de abril de 2013. Tal hipótese também se verifica quando tais questões são decididas e não são impugnadas, como quando "[...] houve o juízo definitivo na justiça criminal no tocante à materialidade e autoria delitiva e que sobre esse aspecto não houve recurso da parte"[326]. Arenhart, Marinoni e Mitidiero explicam que esse entendimento também é válido para a sentença absolutória que aplica medida de segurança, sendo também, para fins executórios, "irrelevante o reconhecimento de prescrição retroativa, bem como a concessão de eventual perdão judicial ou anistia, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo, Revista dos Tribunais, v.2, 2017, p. 773]. O mesmo raciocínio se aplica, evidentemente, com relação à indiscutibilidade prevista no art. 935, CC. Ver também nota 312.

[327] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.287.225 - SC (2011/0250130-2). Relator: Ministro Marco Buzzi, Brasília, DF, 22 de março de 2017. Note-se, nesse sentido que "a utilização de provas colhidas no processo criminal como fundamentação para condenação à reparação do dano causado não constitui violação ao art. 935 do CC/2002 (1.525 do CC/16)", não havendo "óbices para que o Juízo cível fundamente a decisão em provas colhidas na seara penal, desde que observado o devido processo legal" [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 24.940 - RJ (2011/0161161-5). Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 24 de fevereiro de 2014]. Sobre o acesso e os requisitos para a utilização da prova produzida em outro processo judicial, ver tópico 5.4.4.

respectivos responsáveis civis – especialmente as pessoas jurídicas envolvidas no cartel. Assim, caso haja sentença penal condenatória contra executivo de empresa participante de cartel, ela será vinculante na tutela reparatória contra o executivo, podendo inclusive ser executada, precedida ou não de liquidação; será vinculante também contra a empresa, ainda que não permita o cumprimento de sentença, sendo necessária a propositura de demanda reparatória, em que a autoria e a materialidade atribuídas ao executivo não podem ser negadas.

Por causa da independência entre as esferas, reconhece-se a possibilidade de a vítima propor a demanda antes da apuração no juízo criminal. Nesse caso, há a possibilidade de suspensão da demanda reparatória no âmbito cível quando "o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso" (art. 315, NCPC). Porém, isso depende de que a ação penal seja proposta em até três meses após a suspensão (art. 315, § 1º, NCPC), e que a suspensão dure no máximo um ano (art. 315, § 2º, NCPC); do contrário, deve o juízo cível examinar incidentalmente a questão. Assim, considerando a exiguidade dos prazos em face do tempo necessário para que uma decisão criminal possa ser considerada definitiva, é pouco provável que, proposta a demanda reparatória, seja possível a suspensão do processo civil durante todo o trâmite do processo penal. Entendimento distinto seria possível apenas caso a jurisprudência flexibilizasse o prazo máximo de suspensão.

5.3 DANOS

Um dos aspectos primordiais na análise da tutela reparatória diz respeito às particularidades das espécies de danos que constituirão seu objeto. No âmbito do direito antitruste essa análise assume particular relevância: os danos causados por infrações à ordem econômica apresentam peculiaridades que repercutem de forma relevante em diversos aspectos relacionados às técnicas processuais referentes à tutela reparatória no direito concorrencial.

Assim, a identificação das espécies típicas de danos, e de quais, entre elas, são reparáveis, constitui o ponto de partida para a compreensão do funcionamento dessas técnicas processuais e, em particular, do tratamento conferido à demonstração e à quantificação de danos decorrentes de infrações à ordem econômica.

Ainda que, por um lado, o caráter essencialmente patrimonial e pecuniário desses danos reduza a tensão que há entre as formas de tutela específica e pelo equivalente

monetário,[328] por outro, é preciso notar que o direito concorrencial costuma utilizar métodos complexos para quantificá-los, que requerem um volume considerável de informações.

Além disso, considerando que infrações à ordem econômica podem causar danos de pequena expressão financeira, em relação aos quais os prejudicados não têm estímulo suficiente para buscar reparação,[329] assumem particular relevância as técnicas processuais de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Como muitas dessas técnicas têm sido analisadas pela jurisprudência, compreender o seu regime jurídico demanda um exame cuidadoso das decisões dos tribunais superiores.

A partir desses elementos, o presente tópico pretende descrever algumas das vicissitudes do tratamento conferido pelo direito positivo à tutela reparatória no direito concorrencial. Para tanto, serão analisadas as espécies de danos causados por infrações à ordem econômica (5.3.1); as formas de quantificação desses danos (5.3.2); e o tratamento conferido a eles no âmbito da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, tanto nas fases de conhecimento e liquidação (5.3.3), quanto na de execução (5.3.4).

5.3.1 Espécies de dano

As espécies de danos causados por infrações à ordem econômica comportam peculiaridades com repercussões relevantes no âmbito processual. Independentemente das diferentes posições ocupadas pelos prejudicados em relação às infrações,[330] os danos individuais a que estão sujeitos podem ser reunidos, fundamentalmente, em duas espécies típicas:[331] danos emergentes;[332] e lucros cessantes.[333]

---

[328] MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 442 e ss.

[329] Trata-se, em geral, dos casos nos quais a reparação do dano tem um valor esperado negativo: os custos previstos para que os prejudicados busquem a tutela jurisdicional superam os potenciais benefícios, de modo que eles não têm incentivo em propor demandas reparatórias [TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 78].

[330] Ver tópico 5.1.1.

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

[332] É preciso notar que o sobrepreço se refere não apenas à situação em que há alteração direta do preço praticado como, também, especialmente nas condutas colusivas, à ocorrência de outras restrições (limitações quantitativas ou geográficas) que implicam aumento do preço [ver KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European*

Ainda que a doutrina aponte que a distinção entre danos emergentes e lucros cessantes tenha pouca relevância prática,[334] nesse caso ela contribui para precisar as associações estabelecidas entre infrações à ordem econômica e espécies de danos.[335] Assim, de modo a reduzir o caráter especulativo quanto à forma como cada conduta se manifestará na realidade empírica, a alternativa para identificar as espécies de danos passa pelo reconhecimento dos efeitos característicos das infrações à ordem econômica em seu conjunto. A partir disso, as condutas servem apenas para oferecer exemplos de efeitos lesivos que podem ser descritos de forma típica, mas estes não são utilizados para classificá-las.[336]

Os danos emergentes consistem em diminuição patrimonial sofrida pela vítima.[337] No direito concorrencial, eles costumam ser vistos como uma consequência da alteração artificial do preço ou da qualidade do produto,[338] provocada pela infração: o enriquecimento dos infratores em detrimento dos prejudicados.[339] Apesar de os exemplos mais comuns envolverem condutas colusivas – como o sobrepreço pago pelos compradores

---

Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 15].

[333] Há, porém, outros danos causados por condutas anticompetitivas que não costumam ser incluídos na reparação individual, como o peso morto (*deadweight loss*) e os custos sociais decorrentes, por exemplo, de investimentos que não são realizados [ver MACKENRODT, Mark-Oliver. Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law in Unilateral Conduct Cases. *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series,* n.09-11*, p. 1-35, dez. 2009.* Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1470611. Acesso em: 27 dez. 2017, p. 25; DAVIS, Peter J.; GARCÉS, Eliana. *Quantitative techniques for competition and antitrust analysis*. New Jersey: Princeton University Press, 2010, p. 349; HOVENKAMP, Herbert J. Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United State. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, fev. 2011. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1758751. Acesso em: 07 dez. 2017, p. 5]. No direito brasileiro, esses danos, dada sua indeterminação quanto aos lesados, seriam classificados como direitos difusos (art. 81, I, CDC). Ver notas 10 e 11.

[334] Ver STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*: doutrina e jurisprudência, tomo II, 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 435; STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 2016. 362 p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 142.

[335] De fato, como afirma André Marques Francisco, "a forma de manifestação do dano antitruste dependerá necessariamente das características do caso concreto" [FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 82].

[336] Exemplificativamente, o sobrepreço pode ou não ser um efeito de determinadas condutas abusivas, como o preço predatório, a depender da possibilidade de recuperação das perdas sofridas com a eliminação da concorrência; a redução do volume de vendas pode ou não ser um efeito para vendedores ou compradores do cartel, a depender da elasticidade da demanda. Por isso, as generalizações feitas têm apenas um caráter explicativo a partir dos efeitos mais típicos das infrações à ordem econômica, não devendo ser tomadas como conclusões normativas que limitem as possibilidades de reparação.

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

[338] FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 81.

[339] DAVIS, Peter J.; GARCÉS, Eliana. *Quantitative techniques for competition and antitrust analysis*. New Jersey: Princeton University Press, 2010, p. 349.

diretos e indiretos em decorrência de um cartel –, esses danos também se verificam nas condutas unilaterais decorrentes de abuso de posição dominante.[340] Ademais, conquanto a forma mais óbvia de diminuição patrimonial seja aquela em que a vítima paga mais por causa da infração, a mesma ideia se aplica quando a vítima recebe menos. Essa é a situação dos vendedores prejudicados pelos denominados cartéis de compra (*buyer's cartel*)[341] ou pelo exercício abusivo do poder de barganha por parte de clientes em posição dominante (*buyer power*): recebem um valor menor por seus produtos e serviços do que aquele que receberiam caso não fossem vítimas da infração à ordem econômica.[342]

Além disso, os danos emergentes também podem ser causados em função do denominado *umbrella effect*: a influência de cartelistas ou agentes dominantes sobre o preço no mercado faz com que as flutuações sejam acompanhadas por outros *players*, no mesmo mercado ou em mercados de produtos substitutos.[343] Consequentemente, os consumidores ou fornecedores desses outros *players* também podem ser vítimas, respectivamente, de sobrepreço ou subpreço. No entanto, nesse caso, a conduta desses outros *players*, diferentemente da dos infratores, é lícita: apenas reagiram racionalmente às flutuações de mercado provocadas pelos infratores.[344] Por esse motivo, apenas estes

---

[340] DAVIS, Peter J.; GARCÉS, Eliana. *Quantitative techniques for competition and antitrust analysis*. New Jersey: Princeton University Press, 2010, p. 378.

[341] Sobre o tema, ver HAO, Jing. *Buyers' Cartels*: an empirical study of prevalence and economic characteristics. Department Of Agricultural Economics, Purdue University, abr. 2011. Disponível em: https://ag.purdue.edu/agecon/Documents/Buyers%27%20Cartels%20An%20Empirical%20Study%20of%20 Prevalence%20and%20Economic%20Characteristics.pdf. Acesso em: 22 dez. 2017.

[342] Nesse sentido dispõe o Considerando 43, Diretiva 104/2014/UE: "as infrações ao direito da concorrência dizem frequentemente respeito às condições e ao preço a que os bens ou serviços são vendidos e originam um custo adicional e outros danos aos clientes dos infratores. A infração pode também referir-se a fornecimentos ao infrator (por exemplo, no caso de um cartel de compradores). Nesses casos, os danos emergentes poderão resultar do preço inferior pago pelos infratores aos seus fornecedores. A presente diretiva e, em especial, as regras sobre a repercussão deverão ser aplicadas em conformidade com esses casos". Sobre o tema, ver também BLAIR, Roger D.; DURRANCE, Christine Piette; WANG, Wenche. The Kone Decision: Economic Logic and Damage Estimation. The Antitrust Bulletin: the Journal of American and Foreign Antitrust and Trade Regulation, Wexford, v.61, n.3, p. 393-410, jul. 2016. Disponível em: http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0003603 X16657222?journalCode=abxa. Acesso em: 24 dez. 2017.

[343] Ver sobre o tema HANSBERRY, Dorothy; HUMMER, Christina; LE BERRE, Morvan; LECLERC, Mélanie. Umbrella Effect: Damages Claimed by Customers of Non-cartelist Competitors. *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford, v.5, n.4, p. 196-205, mar. 2014; INDERST, Roman; MAIER-RIGAUD, Frank P.; SCHWALBE, Ulrich. Umbrella effects. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, v.10, n.3, p. 739-763, ago. 2014. A situação típica é aquela em que o aumento de preço em um mercado faça com que haja uma maior procura por produtos substitutos, fazendo com que o seu preço também seja elevado devido ao aumento da demanda [INDERST, Roman; MAIER-RIGAUD, Frank P.; SCHWALBE, Ulrich. Umbrella effects. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, v.10, n.3, p. 739-763, ago. 2014, p. 740].

[344] MACKENRODT, Mark-Oliver. Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law in Unilateral Conduct Cases. *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series,* n.09-

últimos serão passíveis de responsabilização, ainda que não tenham tido qualquer relação comercial com os prejudicados.[345]

Na grande maioria dos casos, os danos emergentes costumam decorrer de transações comerciais realizadas entre infrator e vítima, o que facilita a sua demonstração:[346] sua caracterização decorre de uma transferência de valores indevida, calculada a partir da diferença entre o valor efetivamente pago e o valor que seria pago na ausência da infração.[347] Contudo, quando o prejuízo causado pela infração não é pecuniário, a demonstração do dano emergente pode ser extremamente complexa. É o que ocorre nas situações em que a qualidade do produto é que acaba sendo afetada.[348] Nesses casos, o prejudicado precisará demonstrar que sofreu dano por adquirir produto com qualidade inferior: quanto menos "quantificável" for a mudança de qualidade, mais difícil será demonstrar a ocorrência do dano.[349]

11, p. 1-35, dez. 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1470611. Acesso em: 27 dez. 2017, p. 24-25.

[345] Ainda que, desde uma perspectiva econômica, essa consequência seja bastante lógica, desde uma perspectiva jurídica ela se revela bastante complexa porque será preciso demonstrar não apenas o aumento no preço do produto do infrator, como também que esse aumento implicou aumento de preços de produtos de outros agentes no mesmo mercado ou no mercado de produtos substitutos [HANSBERRY, Dorothy; HUMMER, Christina; LE BERRE, Morvan; LECLERC, Mélanie. Umbrella Effect: Damages Claimed by Customers of Non-cartelist Competitors. *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford, v.5, n.4, p. 196-205, mar. 2014, p. 196-197]. Há a possibilidade de que esse dano seja considerado remoto e, portanto, não passível de reparação [MACKENRODT, Mark-Oliver. Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law in Unilateral Conduct Cases. *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series,* n.09-11*, p. 1-35, dez. 2009.* Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1470611. Acesso em: 27 dez. 2017, p. 24].

[346] Nesse sentido, Silvio de Sálvio Venosa, afirma que, geralmente, a avaliação do dano emergente é mais fácil do que a do lucro cessante [VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: Responsabilidade Civil. 14. ed. São Paulo: Atlas, v.4, 2014, p. 36].

[347] Não por acaso se afirma que "o valor devido por diferentes tipos de danos causados pelo cartel, incluindo redução de volume, possíveis efeitos negativos na qualidade do produto e na escolha do consumidor, e possíveis outros efeitos sobre o custo das vítimas, é geralmente mais difícil de quantificar e provar do que o dano provocado por sobrepreço". Tradução livre de: "Damages for different types of harm caused by the cartel, including the volume reduction, possible negative effects on quality and choice, and possible other effects on cost levels, are generally more difficult to quantify and to prove than the overcharge harm" [KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 15]. Ainda assim, o cálculo para apurar o valor do dano causado pelo sobrepreço pode ser bastante complexo. Sobre a quantificação dos danos, ver tópico 5.3.2.

[348] Por causa disso, André Marques Francisco afirma que o dano emergente no âmbito antitruste decorre "[...] da alteração artificial do preço/produto unilateralmente imposta pelo infrator" [FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 81].

[349] Em verdade, se o dano em decorrência da queda na qualidade for quantificável, é possível que ele seja demonstrado individualmente como uma diminuição patrimonial para o comprador. Um exemplo desse contraste seria a perda de qualidade de um produto pelo aumento de impurezas no produto adquirido (como o cimento ou a gasolina), que pode ser medido em termos percentuais, comparada com a queda de qualidade na prestação de um serviço (como o atendimento de uma companhia aérea). Nesse último caso, será muito difícil reparar o dano individual, quantificando a diferença de qualidade. Há ainda outros danos causados por

Quanto aos lucros cessantes, eles consistem em impedimento à elevação de patrimônio da vítima pela conduta do infrator[350] que, na dicção do art. 402, CC, correspondem àquilo que o ofendido "razoavelmente deixou de lucrar" em decorrência da infração.[351] No direito antitruste, costumam ser associados à redução no volume de vendas sofrida pelos prejudicados, "[...] seja porque a infração tornou seus produtos demasiadamente custosos (reduzindo sua demanda), seja porque a infração lhe fechou acesso ou excluiu de determinado mercado".[352] Nesse último caso, em verdade, é provável que as perdas consistam não apenas em lucros cessantes, mas também em eventual dano emergente (na medida em que a falência ou a perda de mercado afetem o valor da empresa prejudicada).[353]

Os lucros cessantes devido à redução no volume de vendas podem atingir compradores, vendedores e competidores do infrator, a depender da conduta causadora.[354] Nos casos em que a infração tem por objetivo precípuo elevar artificialmente o preço do produto, os lucros cessantes podem ser uma consequência indireta do repasse do sobrepreço ao longo da cadeia produtiva: o aumento de preço resultará em uma queda da

---

infrações à ordem econômica, como a redução nas possibilidades de escolha pelo consumidor ou da inovação no mercado que, também devido à dificuldade na sua demonstração ou quantificação, dificilmente ensejarão a tutela reparatória de direitos individuais. Nessas hipóteses, a possibilidade de reparação ficaria praticamente restrita ao reconhecimento de dano a direitos coletivos e difusos. Ver nota 333.

[350] MIRANDA, Pontes de. *Tratado Direito Privado*: parte especial, Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies; Fontes e espécies de obrigações. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958, p. 213. A nomenclatura (lucros cessantes), porém, é equívoca, como pode ser visto em STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 2016. 362 p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 143.

[351] Ainda, segundo o STJ, os lucros cessantes são "devidos por um período certo, qual seja aquele em que a parte ficou impossibilitada de auferir lucros em decorrência do evento danoso […]" [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.110.417 – MA (2008/0273075-4). Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, Brasília, DF, 28 de abril de 2011, p. 6].

[352] FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 82. Ver também KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. iii.

[353] KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. iii. Nessa hipótese, o dano emergente costuma ocorrer em tempo consideravelmente posterior à infração, quando o agente econômico tem seu valor reduzido. Por isso, não há relação entre o momento de ocorrência do dano e a rubrica indenizatória em que ele será classificado [STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 2016. 362 p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 143].

[354] MACKENRODT, Mark-Oliver. Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law in Unilateral Conduct Cases. *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series,* n.09-11*, p. 1-35, dez. 2009.* Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1470611. Acesso em: 27 dez. 2017, p. 11-27.

demanda e na consequente redução do volume de vendas.[355] Diferentemente, nos casos em que a infração tem por finalidade a exclusão de outro concorrente, os lucros cessantes podem ser tanto uma consequência do aumento dos custos do prejudicado, da redução do preço de maneira predatória pelo infrator, bem como da utilização do poder de mercado para impossibilitar ou limitar a atuação do prejudicado. Em todos esses casos o nexo causal entre a infração e o lucro cessante pode ser logicamente estabelecido.

Apesar disso, a demonstração de lucros cessantes pode ser mais difícil em função da inexistência de relação jurídica entre infrator e prejudicado, bem como do fato de que este pode não ser a vítima visada pela conduta.[356] Nesses casos, é provável que existam mais fatores externos a serem considerados na determinação do nexo causal entre a infração e os lucros cessantes, fazendo com que sua demonstração se torne mais complexa.[357]

Ademais, nas situações em que a infração implica a limitação de acesso ao mercado, há o risco de que o lucro cessante seja tratado como meramente hipotético. A jurisprudência do STJ oferece um bom exemplo dessa hipótese: o caso em que a Ipiranga reclamou lucros cessantes devido à concessão de áreas em rodovias para a implantação de centros de abastecimento e serviços, feita pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo à Petrobras, mediante dispensa de licitação.[358] Na ocasião, o STJ entendeu que caberia à prejudicada atacar o ato administrativo que determinou a dispensa e que, sem sua anulação, o lucro reclamado seria hipotético e não indenizável devido à incerteza quanto à vitória na licitação.[359] Nessa linha de entendimento, apenas se cogitaria

---

[355] HOVENKAMP, Herbert J. Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United State. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, fev. 2011. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1758751. Acesso em: 07 dez. 2017, p. 10.

[356] Ver PADELLARO, Matteo. *Il risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*: legittimazione ed antitrust injury. 2009. 210 p. Tese (Doutorado) - Università degli studi Roma Tre, Roma, 2009, p. 180.

[357] Isso pode ocorrer devido a "dificuldades em estabelecer se essas perdas [lucros cessantes] ocorreram devido à prática anticompetitiva de um infrator ou a outros fatores (como incompetência, falta de recursos, sorte ou fatores externos de conjuntura econômica". Tradução livre de: "[…] difficulties in establishing whether such losses were due to the anti-competitive practice of an infringer or to other factors (such as incompetence, lack of resources, luck, or external conjectural economic factors)" [KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 106].

[358] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 32.575 – SP (1993/5217-9). Relator: Ministro Ari Pargendler, Brasília, DF, 22 de setembro de 1997. Ver também BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 4.364 – SP (1990/05788-4). Relator: Ministro Ilmar Galvão, Brasília, DF, 10 de outubro de 1990.

[359] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 32.575 – SP (1993/5217-9). Relator: Ministro Ari Pargendler, Brasília, DF, 22 de setembro de 1997.

da possibilidade de reparação caso a Ipiranga fosse vencedora do certame: "só depois disso haveria lucro previsível, presunção que se atribui aos resultados dos negócios de empresas bem administradas e já posicionadas no mercado".[360]

A transposição desse entendimento aos casos em que há impedimento de acesso ao mercado pode fazer com que os prejudicados por infrações que produzam esse efeito tenham dificuldades em demonstrar que a reparação lhes é devida.[361] Afinal, estar-se-ia diante de situação em que o prejudicado ainda não estaria posicionado no mercado, fazendo com que o lucro razoavelmente esperado fosse considerado hipotético.[362]

As dificuldades examinadas quanto ao reconhecimento dos danos causados por infrações à ordem econômica, ao lado do perfil dos prejudicados,[363] constituem uma variável determinante quanto aos incentivos e desincentivos que os prejudicados têm para demandar a reparação dos danos sofridos.[364] Dificuldades semelhantes também são identificadas em relação à quantificação do dano e, particularmente no processo coletivo, à condenação genérica e à execução – temas que contribuem para uma melhor compreensão das possibilidades de reparação de danos no direito antitruste e que, por isso, constituem o objeto dos tópicos seguintes.

5.3.2 Quantificação do dano

A quantificação dos danos causados por infrações à ordem econômica envolve, fundamentalmente, (i) aspectos jurídicos sobre os elementos que devem ser considerados

---

[360] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 32.575 – SP (1993/5217-9). Relator: Ministro Ari Pargendler, Brasília, DF, 22 de setembro de 1997.

[361] Ver também KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 20.

[362] Ainda que insuficiente, a perda de uma chance poderia consistir em uma alternativa diante da dificuldade em demonstrar que, oferecido o produto ao mercado, ele seria efetivamente comprado pelos consumidores. Essa hipótese foi cogitada na indenização do vencedor de certame licitatório por causa da revogação de concorrência, em voto vencido em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.153.354 – AL (2009/0142035-2). Relator: Ministro Ari Pargendler, Brasília, DF, 02 de junho de 2014.

[363] Essa relação é apontada pela doutrina civilista: "o interesse que se identifica ao dano é, na teoria da diferença, tomado em uma concepção relacional entre o bem (objeto) lesado e a figura (subjetiva) do lesado, e não a partir de uma visão puramente naturalista do prejuízo. Daí porque o resultado da aplicação da "fórmula matemática" não seria construído de forma abstrata, mas tendo em consideração o que para aquele lesado o evento lesivo representou" [STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 2016. 362 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 30].

[364] Ver, por exemplo, quanto aos abusos de posição dominante no direito europeu, MACKENRODT, Mark-Oliver. Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law in Unilateral Conduct Cases. *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series,* n.09-11*, p. 1-35, dez. 2009.* Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1470611. Acesso em: 27 dez. 2017.

para o cálculo dos danos; e (ii) métodos e modelos de quantificação. Ainda que descritos separadamente, ambos devem ser utilizados em conjunto para calcular a extensão do dano[365] (art. 944, CC), entendido, na forma do art. 402, CC, como aquilo que a vítima efetivamente perdeu (danos emergentes) e o que ela razoavelmente deixou de lucrar (lucros cessantes).[366]

Desde uma perspectiva jurídica, a quantificação dos danos decorre da diferença resultante da comparação entre a situação real provocada pela infração à ordem econômica (*factual*), e um cenário hipotético considerando a não ocorrência dessa infração (*counterfactual*). [367] A diferença permite a adequada quantificação dos danos patrimoniais,[368] reforçando a função compensatória da reparação, voltada à recomposição do patrimônio do prejudicado considerando a ausência de dano.[369]

Ainda que, de modo geral, a função compensatória favoreça a função preventiva da reparação, há casos em que elas podem entrar em conflito. Essa tensão entre compensação (*compensation*) e prevenção (*deterrence*)[370] se manifesta em vários aspectos relacionados ao cálculo do dano, especialmente quanto à admissão do repasse do sobrepreço pelo prejudicado como matéria de defesa (*passing-on defence*).[371]

A capacidade do comprador direto de realizar esse repasse e, portanto, o dano sofrido por ele ou por seus consumidores (compradores indiretos), depende de diversos fatores, como a elasticidade da oferta e da demanda, o número de compradores diretos e

---

[365] KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 11.

[366] Ver tópico 5.3.1.

[367] STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 2016. 362 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 31; KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009 KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 12.

[368] Como é o caso dos danos decorrentes de infrações à ordem econômica. Ver tópico 5.3.1.

[369] STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 2016. 362 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 31.

[370] Analisando esses dois aspectos, especificamente quanto ao direito antitruste, ver CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 67-75. No contexto europeu, ver RENDA, Andrea (Org.). Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Centre for European Policy Studies (CEPS). Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/ impact_study.pdf. Acesso em: 21 dez. 2017, p. 33-34; 45-46.

[371] Ver HOVENKAMP, Herbert J. Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United State. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, fev. 2011. Disponível em: https://ssrn.com/ abstract=1758751. Acesso em: 07 dez. 2017, p. 2-5.

sua respectiva participação de mercado (*market share*).[372] Assim, as demandas reparatórias propostas pelos compradores indiretos, por reclamarem o cálculo do repasse, são mais adequadas à função compensatória; mas, como aumentam a complexidade informacional do processo e criam o risco de multiplicação de demandas, colocam em xeque a função preventiva.[373]

Por causa disso, parcela da doutrina sugere que permitir a reparação de compradores indiretos (e, consequentemente, reconhecer sua legitimidade para reclamá-la em juízo),[374] retardaria o *private enforcement* do direito concorrencial.[375] Nessa perspectiva, entende-se que tanto no caso em que a existência de repasse é utilizada como forma de defesa pelos infratores – pretendendo demonstrar a redução do prejuízo sofrido pelo comprador direto – quanto no caso em que ela é utilizada pelos compradores indiretos para justificar seu direito à reparação, criam-se incertezas e dificuldades desnecessárias no

---

[372] HOVENKAMP, Herbert J. Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United State. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, fev. 2011. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1758751. Acesso em: 07 dez. 2017, p. 9; VERBOVEN, Frank; VAN DIJK, Theon. Cartel Damages Claims and the Passing-on Defense. *The Journal of Industrial Economics*, v.57, n.3, p. 457-491, set. 2009, p. 458-459.

[373] Ver WALLE, Simon Vande. *Private Antitrust Litigation in European Union and in Japan:* a comparative perspective. Antwerpen, Apeldoorn: Maklu, 2013, p. 256. Nesse sentido, explicam Verboven e Van Dijk: "duas questões de política legislativa são se a *passing-on defence* contra compradores diretos deveria ser permitida e se consumidores finais (ou outros compradores indiretos) deveriam ter legitimidade para obter compensação. O legislador deve balancear compensação economicamente adequada das partes afetadas e responsabilidade do réu com simplicidade informacional. A opção de não admitir a *passing-on defence* nem a legitimidade de consumidores finais tem a vantagem da simplicidade informacional. [...] No entanto, ela implica compensação incorreta das partes afetadas e responsabilidade insuficiente na medida em que o efeito sobre o *output* [a produção dos compradores diretos] é ignorada. Em contraste, a opção alternativa de uma *passing-on defence* ajustada e de legitimidade para os consumidores finais está mais adequada à correta compensação e responsabilização. Nossa análise sugere que as necessidades de informação para essa alternativa não são insuperáveis". Tradução livre de: "two key policy questions are whether a passing-on defense against direct purchasers should be allowed and whether final consumers (or other indirect purchasers) should have legal standing to obtain compensation. The policy maker must trade off economically sound compensation of the affected parties and liability of the defendant against informational simplicity. The option of no passing-on defense and no legal standing of final consumers has the advantage of informational simplicity. […] However, it implies incorrect compensation of the affected parties and insufficient liability since the output effect is ignored. In contrast, the alternative option of an adjusted passing-on defense and legal standing of final consumers is more in line with correct compensation and liability. Our analysis suggests that the informational requirements for this alternative option are not insurmountable" [VERBOVEN, Frank; VAN DIJK, Theon. Cartel Damages Claims and the Passing-on Defense. *The Journal of Industrial Economics*, v.57, n.3, p. 457-491, set. 2009, p. 487].

[374] Ver tópico 5.1.5.1.

[375] LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Should indirect purchasers have standing to sue under the Antitrust Laws? An economic analysis of the rule of Illinois Brick. *University of Chicago Law Review,* Chicago, n.46, p. 602-635, 1979. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2549&context=journal_articles. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 604.

processo judicial. É sob esse fundamento que tal possibilidade foi limitada no direito estadunidense.[376]

Por outro lado, quando a solução adotada é a oposta (permitir demandas por compradores indiretos), também se costuma reconhecer o direito dos infratores de alegar o repasse do prejuízo aos compradores indiretos como uma defesa (*passing-on defence*) para reduzir o *quantum* indenizatório devido ao comprador direto.[377] A razão para se associar a *passing-on defence* à legitimidade de compradores indiretos foi apresentada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Illinois Brick Co*:

> (a) Permitir o uso ofensivo mas não defensivo do repasse criaria o risco de múltiplas responsabilidades para os réus, uma vez que apesar de o comprador indireto já ter sido reparado por todo ou parte do sobrepreço que lhe foi repassado, o comprador direto ainda assim receberia automaticamente o total do sobrepreço que o comprador indireto demonstrou que havia sido repassado; e, de modo similar, seguindo uma recuperação automática de todo o sobrepreço pelo comprador direto, o comprador indireto poderia demandar a reparação da mesma quantia. A sobreposição de reparações certamente resultaria das duas demandas, a menos que o comprador indireto não seja capaz de demonstrar a ocorrência de qualquer repasse.[378]

A partir da função compensatória da reparação, é precisamente esse o argumento que pode ser utilizado para defender que se considere o repasse na quantificação dos danos. Por outro lado, ao defender a função preventiva, diversos trabalhos recentes procuraram demonstrar que, quando não admitido apenas o uso defensivo do repasse

---

[376] Os dois principais casos que resultaram no reconhecimento dessa restrição no direito federal estadunidense foram ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. Illinois Brick Co. v. Illinois. United States Supreme Court. 431 U.S. 720 (1977). Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/720/. Acesso em: 22 dez. 2017; e, em menor medida, ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 U. S. 481. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/481/. Acesso em: 22 dez. 2017.

[377] WALLE, Simon Vande. *Private Antitrust Litigation in European Union and in Japan:* a comparative perspective. Antwerpen, Apeldoorn: Maklu, 2013, p. 175. Em relação à quantificação do sobrepreço total, não haveria diferença entre essa solução e a adotada no direito estadunidense e a questão se coloca quanto à distribuição deste ao longo da cadeia produtiva [KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. Iii].

[378] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. Illinois Brick Co. v. Illinois. United States Supreme Court. 431 U.S. 720 (1977). Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/720/. Acesso em: 22 dez. 2017. Tradução livre de: "(a) Allowing offensive but not defensive use of pass-on would create a serious risk of multiple liability for defendants, since even though an indirect purchaser had already recovered for all or part of an overcharge passed on to him, the direct purchaser would still automatically recover the full amount of the overcharge that the indirect purchaser had shown to be passed on, and, similarly, following an automatic recovery of the full overcharge by the direct purchaser, the indirect purchaser could sue to recover the same amount. Overlapping recoveries would certainly result from the two lawsuits unless the indirect purchaser is unable to establish any pass-on whatsoever".

(*passing-on defence*), é pequeno o risco de que a soma das reparações obtidas por compradores diretos e indiretos seja superior ao dano total causado pelo cartel.[379]

Não obstante, no direito brasileiro, ao menos em relação aos danos materiais, é axiomática a prevalência da função compensatória, fazendo com que a reparação esteja associada à extensão do dano (art. 944, CC).[380] Desse modo, o cálculo dos danos sofridos pelos compradores diretos e pelos demais compradores indiretos, até chegar ao consumidor final, deve levar em conta o percentual de repasse ao longo de cada nível da cadeia produtiva.

Esse percentual também tende a repercutir sobre os lucros cessantes decorrentes da redução de volume,[381] de modo que, ao longo da cadeia produtiva, é provável que os compradores diretos ou indiretos, caso sejam capazes de repassar um percentual maior do sobrepreço,[382] tenham uma perda de volume correspondente.[383] Não há, porém, uma relação fixa entre o percentual de repasse e o percentual de redução no volume das vendas: ambos os percentuais são influenciados por diversas características do mercado que serão determinantes para o estabelecimento do cenário hipotético (*counterfactual*) necessário para a quantificação do dano.[384]

Note-se, ainda, que em relação à redução de volume, particularmente quando causada por conduta exclusionária, devem ser considerados os custos eventualmente evitados pelo prejudicado em decorrência dessa redução.[385] Aplica-se, pois, a regra geral

---

[379] Ver, por todos, BASSO, Leonardo J.; ROSS, Thomas W. Measuring the true harm from price-fixing to both direct and indirect purchasers. *The Journal of Industrial Economics,* v.58, n.4, p. 895-927, dez. 2010, p. 920. Esse cálculo considera, nos casos de cartel, além dos danos individuais sofridos por compradores diretos e indiretos (sobrepreço e redução de volume), também os danos coletivos como o peso morto. Ver nota 333.

[380] CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 161-162.

[381] KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 121.

[382] Essa possibilidade de repasse precisa, necessariamente, ser analisada à luz do caso concreto. Afinal, como explica Herbert Hovenkamp: "Em suma, não apenas os problemas de *passing-on* são muito complexos, eles também são específicos da situação. Em alguns casos tudo é repassado. Em outros casos, nada". Tradução livre de: "In sum, not only are passing on problems very complex, they are also quite specific to the situation. In some cases everything is passed on. In other cases nothing is" [HOVENKAMP, Herbert J. Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United State. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, fev. 2011. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1758751. Acesso em: 07 dez. 2017, p. 8].

[383] FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 101.

[384] KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 27-29.

[385] KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 23.

de que o parâmetro para o cálculo é o lucro esperado e não o faturamento: para tanto, devem ser deduzidas todas as despesas operacionais que seriam necessárias caso o volume da empresa não fosse reduzido.[386]

Outra questão jurídica relevante quanto à quantificação é o suposto dever de mitigação dos danos (*duty to mitigate the loss*) por parte dos prejudicados. Coerentemente com o direito positivo brasileiro, em que não há previsão expressa de um dever nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência têm se limitado a reconhecer que a inércia culposa ou dolosa por parte do prejudicado pode configurar hipótese de culpa concorrente (art. 945, CC).[387] Nesse caso, para fins de quantificação dos danos, havendo omissão da vítima em tomar medidas razoáveis para reduzir o dano, "[...] o valor dos prejuízos inicialmente calculados deverá ser descontado do valor que poderia ter sido mitigado pela própria vítima".[388]

Em qualquer das situações jurídicas delineadas acima é necessário o uso de modelos e métodos para o estabelecimento do cenário hipotético (*counterfactual*).[389] Esse uso pode ser feito por meio de três abordagens: (i) comparativas (que usam dados de fontes externas à infração para o cálculo da situação hipotética comparando outros mercados, outros períodos, ou ambos); (ii) de análises financeiras (a partir da análise da performance financeira ou do uso de ferramentas financeiras); e (iii) de estruturas de mercado (utilizando modelos teóricos, estimativas e premissas baseadas em teorias de organização industrial).[390] A utilização de cada uma delas envolve, fundamentalmente, as variáveis

---

[386] Ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.110.417 – MA (2008/0273075-4). Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, Brasília, DF, 28 de abril de 2011.

[387] Ver FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 104-108.

[388] FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 108.

[389] Esse cenário tem como aspectos fundamentais, além da espécie de dano e do perfil do prejudicado, as características e o contexto do mercado afetado pela infração [KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 27].

[390] KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. v-vi. Para uma análise detalhada das bases utilizadas para o estabelecimento da situação hipotética (*counterfactual*) em cada uma das abordagens, e de suas técnicas de estimação [ver KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 32 e ss]. Aplicações específicas de alguns desses métodos podem ser encontradas em NOTARO, Giovanni. Methods for quantifying antitrust damages: the pasta cartel in Italy. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, v.10, n.1, p. 87-106, mar. 2014; FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrik.

necessárias para a estimação do dano (volume, preço, etc.) e os dados disponíveis para tanto.[391] A partir disso, especialmente em relação à disponibilidade e qualidade dos dados e dos elementos necessários para construir a situação hipotética com base nas particularidades do caso concreto, será possível identificar os modelos mais adequados. Enquanto os mais complexos reclamam uma quantidade maior de dados, modelos mais simples costumam requerer menos informações; porém, estes dependem da qualidade dos elementos para a construção do cenário hipotético:

> Quando há fatores importantes que não são adequadamente reproduzidos na construção do cenário hipotético, essas abordagens mais simples devem ser utilizadas com cuidado na medida em que podem subestimar ou superestimar as variáveis contrafactuais.[392]

De fato, a qualidade de cada modelo dependerá, em cada caso, da qualidade dos elementos utilizados para alimentá-lo.[393] Ainda assim, a quantificação nunca será absolutamente precisa, mesmo que seja suficiente para estimar de modo razoável os danos sofridos.[394] Por isso, na maioria dos casos, será recomendável a utilização de mais de um método para a quantificação dos danos, cabendo ao juiz escolher um deles ou utilizar mais de um para calcular o valor final da reparação.[395] Ao valorá-los, também assumem relevância as pressuposições feitas para a utilização do modelo e as conclusões que ele possibilita, elementos que têm particular relevância em matéria probatória.[396] Afinal, eles

---

Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: insights from German cartel cases. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, v.6, n.3, p. 595-618, set. 2010.

[391] KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. vi-viii 33-36.

[392] KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. xi. Tradução livre de: "when there are important factors that mean that the comparator may not mirror the counterfactual, these simple approaches should be employed with care since they could over- or underestimate the counterfactual variables".

[393] KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. iv.

[394] KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. iv. A precisão dos cálculos tende a ser menor em relação às reduções de qualidade e de escolha [KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 45].

[395] KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. xi.

[396] Ver tópico 5.4.

podem servir para controlar uma possível explicação por meio do reconhecimento de outros fatores explanatórios: a queda de vendas supostamente causada pela infração, por exemplo, pode ter ocorrido devido a outras alterações no mercado, como uma recessão ou a entrada de outro competidor.[397] A análise do impacto de fatores exógenos, possível em determinados modelos, é fundamental para ajustar as inferências probatórias que podem ser feitas pelo juiz.

Esses modelos de quantificação, bem como outras conclusões decorrentes de teorias econômicas ou de análises empíricas, podem também ser úteis em relação à prova de outros elementos, como o nexo causal.[398] Para ficar em apenas um exemplo, há levantamentos estatísticos que demonstram que em 93% dos casos de cartel há sobrepreço, e que este tem como média e mediana valores próximos a 20%.[399] Dados como esses podem ser utilizados para permitir que o juiz, a partir das alegações das partes e dos elementos probatórios existentes nos autos, realize inferências e estimativas, ou altere a distribuição do ônus da prova.[400]

Por fim, é importante destacar que doutrina relevante defende a utilização do enriquecimento sem causa (*disgorgement*) como um substituto para a reparação de danos (*damages*).[401] Conquanto restituição e reparação costumem implicar formas distintas de quantificação, o enriquecimento ilícito dos infratores pode ser utilizado para calcular o dano sofrido por seus consumidores em função do aumento de preços:[402-403] como há

---

[397] KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 41.

[398] KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 41.

[399] KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 89-92.

[400] Ver tópicos 5.4.6 e 5.4.7.

[401] ELHAUGE, EINER. Disgorgement as an antitrust remedy. *Antitrust Law Journal*, v.76, n.1, p. 79-96, 2009. Disponível em: https://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Antitrust-Law-Journal/?letter=A. Acesso em> 24 dez. 2017.

[402] Note-se que essa hipótese considera uma forma de cálculo da reparação a partir do lucro, mas não opera com os pressupostos do enriquecimento sem causa: o lucro dos cartelistas, dado o caráter comutativo das relações com seus consumidores, é utilizado para estimar o dano sofrido por estes últimos. Assim, essa hipótese também não se confunde com a previsão do art. 210, II, Lei 9279/1996, que tem sido associada ao denominado lucro da intervenção [sobre o tema, ver SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*: o lucro da intervenção. São Paulo: Atlas, 2012; FLORIDIA, Giorgio. Il risarcimento dei danni nella proprietà intellettuale e nel diritto antitruste. In: Conference The Economist and the Judge – Private Litigation and Damage Assessment in Antitrust and IPRs Cases, Roma, jun. 2011. Disponível em: http://www.learlab.com/conference2011/documents/a-Convegno%20Lear%2023.6.2011%20-%20 Relazioni%202011.pdf. Acesso em: 23 dez. 2017].

transferência de renda direta destes para aqueles, os proveitos obtidos servem como uma estimativa mínima do sobrepreço.[404] Trata-se de uma estimativa mínima, porque os ganhos podem ser diminuídos pelo aumento dos custos (ineficiências) do infrator e porque, no caso do *umbrella effect*, os infratores podem causar dano relativo a sobrepreço sem lucrar com ele.[405]

5.3.3 Liquidação do dano e tutela coletiva

A tutela coletiva, como dito, assume grande relevância no direito antitruste quando os prejudicados por infrações nesse âmbito não possuem condições ou estímulo suficiente para demandar individualmente.[406] Ademais, ela também pode beneficiar outros prejudicados, capazes de propor demandas individuais, por causa da redução de custos. Em qualquer dos casos, uma vez bem-sucedida a demanda coletiva, os custos e benefícios esperados sofrem um realinhamento: sempre que o benefício esperado pela execução da tutela coletiva for superior aos custos dela decorrentes, o prejudicado terá estímulo para executar o infrator (art. 97, CDC). Assim, pressupondo que o benefício esperado é constante (porque decorrente do valor do dano), a redução de custos para se executar a decisão obtida na via coletiva, dita de condenação genérica (art. 95, CDC), consistirá em estímulo decisivo para a atuação individual dos prejudicados.[407] Da mesma forma, a depender da relação custo-benefício, também o prejudicado com condições de demandar individualmente pode se ver estimulado a aguardar o resultado da ação coletiva na

---

[403] Como consequência do caráter necessariamente subsidiário do enriquecimento sem causa no direito brasileiro, a restituição apenas será admitida quando a lei não conferir outro meio para que o lesado obtenha reparação (art. 886, CC). Ainda assim, a utilização desse remédio, que exerce uma importante função dissuasória quanto à ilicitude, poderia ser analisada a partir do direito civil e do direito antitruste em outros termos: com fundamento no art. 38, VII, LDC, permite-se ao Cade impor "qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica". Parece difícil sustentar, à luz do direito positivo, que a eliminação do benefício ilícito auferido em decorrência de infração à ordem econômica – mesmo que esse valor seja inferior ao dano causado, e ainda que sem a pretensão de, ato contínuo, reparar os lesados – não é necessária para eliminar os efeitos nocivos dessa infração. Nesse sentido, ELHAUGE, EINER. Disgorgement as an antitrust remedy. *Antitrust Law Journal*, v.76, n.1, p. 79-96, 2009. Disponível em: https://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Antitrust-Law-Journal/?letter=A. Acesso em> 24 dez. 2017, p. 94-95.

[404] KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 97-99.

[405] KOMNINOS, Assimakis (Coord.). *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 98-99.

[406] Ver tópico 5.1.4.

[407] A sentença condenatória também criará um estímulo por aumentar a chance de sucesso prevista para a reparação.

expectativa de apenas executar sua decisão, sem a necessidade de um processo de conhecimento individual. Para que isso seja possível, depende-se, sobretudo, do tratamento jurídico conferido ao resultado da demanda coletiva (condenação genérica) e ao processo de liquidação ou execução dessa decisão.[408]

A sentença que põe fim à fase de conhecimento da ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos é vista por parte da doutrina e pela jurisprudência minoritária, a partir do art. 95, CDC, como uma sentença necessariamente genérica.[409] Essa sentença se prestaria "[...] a delimitar a responsabilidade ou não pelos danos experimentados pelas vítimas do fato ilícito (dever de indenizar), sem, todavia, apresentar a extensão dessa responsabilidade".[410] Alguns autores afirmam, inclusive, que a decisão judicial "[...] não deverá debruçar-se sobre o que efetivamente cada vítima do dano perdeu".[411] Nessa perspectiva, a liquidação consistiria em uma fase imprescindível na tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, que (i) possui elevada carga cognitiva, devendo se realizar preferencialmente (ii) por artigos (procedimento comum) e (iii) de forma individual.

Adotando esse posicionamento em julgado a respeito da liquidação de decisão que, em sede de ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos, reconheceu a ilegalidade na aplicação de encargos em contratos de crédito rural pelo Banco do Brasil, o Ministro Luis Felipe Salomão afirmou: "[...] o processo de liquidação em ação coletiva ostenta característica peculiar em relação à liquidação comum, qual seja, a elevada carga

---

[408] Por suas especificidades, a execução coletiva será tratada no tópico seguinte.

[409] Sob essa perspectiva, afirmou-se que: "é pacífico, na doutrina e na jurisprudência, em face da regra contida no art. 95 do CDC, que, nos casos de procedência das ações coletivas de tutela de interesses individuais homogêneos, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados" [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 673.380 - RS (2004/0116353-7). Relatora: Ministra Laurita Vaz, Brasília, DF, 20 de junho de 2005, p. 1]. De modo ainda mais explícito, em voto-vencido, a Ministra Maria Isabel Gallotti sustentou que: "Não se pode perder de vista que a terceira obrigação imposta pela sentença coletiva diz respeito a direitos patrimoniais divisíveis, disponíveis, inseridos no âmbito de milhares de relações contratuais privadas sinalagmáticas, de trato continuado e dos quais são titulares sujeitos determinados, cujos nomes não foram definidos na fase do processo de conhecimento, não em decorrência de serem desconhecidos, mas apenas da generalidade inerente a esta etapa do processo coletivo" (grifou-se) [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.632 - DF (2010/0060269-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 06 de junho de 2013, p. 29]. Analisando essa perspectiva, ARENHART, Sérgio Cruz; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; OSNA, Gustavo. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n.222, p. 41-64, ago. 2013.

[410] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados.* São Paulo, Revista dos Tribunais, v.3, 2017, p. 438.

[411] MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1689.

cognitiva tendente à individualização do direito conferido na sentença".[412] Esse entendimento é reforçado pela suposição de que nessa liquidação são apurados:

> a) os fatos e alegações referentes ao dano individualmente sofrido pelo demandante; a relação de causalidade entre esse dano e o fato potencialmente danoso acertado na sentença; c) os fatos e alegações pertinentes ao dimensionamento do dano sofrido.[413]

E, também, pela suposição de que a decisão que julga essa liquidação contém necessariamente duas declarações:

> a) a de que o demandante é credor de uma indenização; b) a de que o valor desta é o apurado em conformidade com o procedimento de liquidação e a sentença genérica. Com isso, teremos a certeza da obrigação, com a definição do titular do direito, e o valor correspectivo, liquidez.[414]

A liquidação, então, serviria para demonstrar a relação de causalidade com a conduta pela qual a parte condenada na sentença coletiva é responsável, o dano sofrido e sua extensão.[415] Nesse sentido, afirma-se que: "[…] a fase de conhecimento das ações coletivas em prol de consumidores é incompleta. Na etapa de liquidação é que se completa a cognição a respeito dos titulares do direito individual homogêneo lesado e do valor do dano".[416] Por isso, considerando que "nesta liquidação, apurar-se-ão a titularidade do

---

[412] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 869.583 - DF (2006/0093884-3). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 05 de setembro de 2012. Esse entendimento também foi objeto de voto-vencido da Ministra Maria Isabel Gallotti, ao afirmar que: "Mas, tendo em vista a abstração da sentença coletiva, que é quase como uma lei, porque não estabelece o nome de cada um dos beneficiários e a quantia a cada um devida, deverá haver uma importante fase cognitiva na própria fase liquidação" [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.243.887 – PR (2011/0053415-5). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 12 de dezembro de 2011, p. 37]. Na doutrina, ver, por todos, ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo:* tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. 295 p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2005, p. 186. Explicando essa perspectiva, poder-se-ia afirmar que "a condenação genérica não mais faz que instituir um precedente sui generis para o exercício individual das pretensões, dispensando a fase de conhecimento, mas não assegurando o tratamento equânime entre os interesses" [ARENHART, Sérgio Cruz; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; OSNA, Gustavo. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n.222, p. 41-64, ago. 2013].

[413] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual: processo coletivo. 8. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v.4, 2013, p. 408.

[414] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual: processo coletivo. 8. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v.4, 2013, p. 408.

[415] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados.* São Paulo, Revista dos Tribunais, v.3, 2017, p. 439.

[416] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.632 – DF (2010/0060269-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 06 de junho de 2013, p. 29. Ver também DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual: processo coletivo. 8. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v.4, 2013, p. 407-409.

crédito e o respectivo valor", e que "não se trata de liquidação apenas para a apuração do q*uantum debeatur* [...]",[417] ela "[...] foi designada de 'liquidação imprópria'".[418]

Essa perspectiva também costuma estar associada à preferência pela liquidação por artigos – hoje liquidação pelo procedimento comum (art. 509, II, NCPC) –, aplicável "quando houver necessidade de alegar e provar fato novo". Nesse sentido, em voto vencido, a Ministra Maria Isabel Gallotti sustentou que "o elevado grau de cognição necessário para o cumprimento de sentença condenatória genérica implica seja seguido o procedimento comum, semelhante ao da liquidação por artigos".[419] Esse entendimento, conquanto minoritário, foi aplicado pelo STJ em outros julgados, afirmando-se que "também impositivo faz-se verificar a inadequação de execução realizada por simples cálculo do contador, quando a única forma possível seria a liquidação do julgado, em face da diversidade de credores, de acordo com o art. 608 do CPC [73]" – dispositivo que previa a liquidação por artigos, equivalente ao art. 509, II, NCPC.[420]

Em linha com esse entendimento, costuma-se afirmar que, no sistema de tutela coletiva, "tratando-se de direito individual, dá-se preferência para a liquidação (e para todo o restante do procedimento, até a satisfação integral da vítima) ao interessado individual, titular do direito pleiteado e reconhecido".[421] Em alguns julgados do STJ, sustenta-se perspectiva semelhante, reconhecendo que às sentenças condenatórias genéricas devem

---

[417] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual: processo coletivo. 8. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v.4, 2013, p. 408. Seguindo expressamente essa doutrina, o STJ decidiu que: "diante de tais premissas, o próprio CDC, prescreve que a sentença de procedência na ação coletiva tendo por causa de pedir danos referentes a direitos individuais homogêneos, nos moldes do disposto no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, será, em regra, genérica, de modo que depende de superveniente liquidação, não apenas para simples apuração do *quantum debeatur*, mas também para aferição da titularidade do crédito" [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 283.558 – MS (2013/0008223-8). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 22 de maio de 2014, p. 7].

[418] Didier, Processo Coletivo, p. 408. No mesmo sentido, Arenhart, Marinoni e Mitidiero, afirmam que se trata de uma liquidação com "particularidades próprias" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v.3, 2017, p. 439].

[419] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.632 - DF (2010/0060269-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 06 de junho de 2013, p. 26. Afinal, como explica a ministra: "havendo necessidade de comprovar fatos não acertados pela sentença na fase de conhecimento, a começar pela própria titularidade do direito subjetivo ao ressarcimento em dobro aos consumidores lesados ordenado pela sentença, faz-se imperiosa não apenas a perícia (arbitramento), mas a alegação de fatos novos, assim entendidos aqueles que não foram objeto de cognição no processo, mesmo que anteriores à sentença" [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.632 - DF (2010/0060269-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 06 de junho de 2013, p. 25-26].

[420] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 766.134 – DF (2005/0114056-7). Relator: Ministro Francisco Falcão, Brasília, DF, 27 de agosto de 2008, p. 7.

[421] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados.* São Paulo, Revista dos Tribunais, v.3, 2017, p. 439.

seguir liquidação e execução individuais, porque "[...] é na seara individualizante da execução que se fixam os contornos do direito *in concreto* de cada um".[422] Conclui-se, então, que:

> [...] no ressarcimento individual, a liquidação e a execução serão obrigatoriamente personalizadas e divisíveis, devendo, portanto, ser promovidas pelas vítimas ou seus sucessores singularmente, uma vez que o próprio lesado tem melhores condições de demonstrar a existência do seu dano pessoal, o nexo etiológico com o dano globalmente reconhecido, bem como o montante equivalente à sua parcela, o que se realizará mediante a liquidação prevista no art. 475-A do Código de Processo Civil.[423]

A partir disso, parcela da doutrina sustenta que o procedimento de liquidação é imprescindível, devendo ela ser promovida individualmente pelos titulares do direito ou seus sucessores, mesmo quando a execução é coletiva.[424]

Contudo, apesar de sua relevância, esses entendimentos, aprovados pela doutrina majoritária, não são dominantes na jurisprudência do STJ, que reconhece expressamente a possibilidade de que na própria sentença ou em sede de liquidação coletiva seja fixado a quem se deve (*cui debeatur*) e, por meio de mero cálculo aritmético, quantificado o débito (*quantum debeatur*). De fato, segundo os julgados dessa corte superior, é possível reconhecer que (i) a liquidação não é uma fase imprescindível na tutela coletiva de direitos

---

[422] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 340.965 – SP (2013/0144785-0). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 28 de agosto de 2013, p. 10; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 283.558 – MS (2013/0008223-8). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 22 de maio de 2014.

[423] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 340.965 – SP (2013/0144785-0). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 28 de agosto de 2013, p. 10; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 283.558 – MS (2013/0008223-8). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 22 de maio de 2014. Da mesma forma, entendeu-se pela nulidade da execução em decorrência da não individualização dos créditos por meio da liquidação, sob o fundamento de que isso seria necessário para evitar a duplicidade no pagamento da indenização: "dentre as mais fortes questões apresentadas, aponta-se a falta de individualização dos créditos, haja vista que o título executivo decorre de sentença obtida em ação coletiva, não cuidando o exeqüente de individualizar os valores. De fato, incorre em nulidade a execução que não individualiza os valores da execução. [...] Tal questionamento é de vital importância para evitar duplicidade no pagamento da indenização, haja vista que as empresas filiadas não encontram vedação para ajuizar ações individuais sobre o mesmo crédito" [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 766.134 - DF (2005/0114056-7). Relator: Ministro Francisco Falcão, Brasília, DF, 27 de agosto de 2008, p. 6-7].

[424] No mesmo sentido, Antonio Herman Benjamin afirma que: "note-se, aqui, que o fato da execução ser coletiva não prescinde do procedimento de liquidação da sentença de mérito, a qual deve ser – no caso de interesses individuais homogêneos - promovida pelos próprios titulares do interesse ou seus sucessores. Dessa forma, ainda que seja apenas um o processo de execução, os valores da condenação são tomados individualmente para cada interessado, na forma da lei processual" [MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1705]. O mesmo entendimento parece ser sustentado por Didier e Zaneti, para quem "[...] a liquidação deve ser buscada por cada um dos titulares individuais, em processo autônomo" [DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual: processo coletivo. 8. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v.4, 2013, p. 405].

individuais homogêneos, e que, caso ela seja necessária, (ii) deve ser realizada pelo método mais adequado ao caso concreto, (iii) de forma individual ou, subsidiariamente, coletiva.

Quanto ao primeiro ponto, alguns doutrinadores defendem que não há vedação no ordenamento jurídico a que sentenças líquidas sejam proferidas no âmbito da reparação de danos a direitos individuais homogêneos, fixando-se um valor específico para a indenização de cada vítima.[425] No âmbito do STJ, em caso relativo à indenização de perdas decorrentes de planos econômicos sofridas na caderneta de poupança, esse foi o entendimento utilizado para concluir que a data de início dos juros moratórios incidentes seria a da citação na ação civil pública.[426] Ao manter a decisão do juízo *a quo*, afirmou-se:

> O entendimento adotado pelo Tribunal Estadual afigura-se correto. O fato de a sentença, cujo cumprimento se realiza, haver sido proferida em sede de ação coletiva não altera o termo inicial da incidência dos juros de mora.
> Com efeito, a sentença coletiva é de natureza condenatória, mesmo sendo genérica, e é líquida, apenas faltando a individualização do direito individual, que facilmente pode ser realizada à consulta pelo devedor dos registros em seu poder (e, se este não o fizer, mediante reclamo de cumprimento individual pelo credor) e mediante mero cálculo atualizado, como é comum no cumprimento da sentença e nas execuções por quantia certa em geral.
> A sentença condenatória da ação civil pública, com efeito, pela homogeneidade dos titulares de direitos violados e pela igualdade do fundamento fático do direito reconhecido, estabelece os limites da obrigação, restando tão somente, adequar o julgado às situações específicas no tocante às datas e valores existentes na conta vinculada de cada titular [...] Assim, nem de liquidação judicial se necessita, bastando o cálculo administrativo relativo do devido a cada credor individual, componente do universo homogêneo constante dos arquivos do próprio devedor – tratando-se, a rigor, de mero cumprimento coletivo da condenação também coletiva, e, por isso, diferente da condenação individual, donde se vê que a referência a "liquidação", vale dizer, mero cálculo, no caso, vem em sentido que nada tem que ver com a liquidação propriamente dita de obrigações ilíquidas (CPC, art. 475-A).[427]

---

[425] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados.* São Paulo, Revista dos Tribunais, v.3, 2017, p. 437-438. O argumento dos autores se estende também para a defesa da possibilidade de "[…] *qualquer outra forma de tutela, preventiva ou repressiva*, admissível pelo direito brasileiro" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados.* São Paulo, Revista dos Tribunais, v.3, 2017, p. 435].

[426] A ementa do acórdão da lavra do Ministro Sidnei Beneti dispunha: "a sentença de procedência da Ação Civil Pública de natureza condenatória, condenando o estabelecimento bancário depositário de Cadernetas de Poupança a indenizar perdas decorrentes de Planos Econômicos, estabelece os limites da obrigação, cujo cumprimento, relativamente a cada um dos titulares individuais das contas bancárias, visa tão-somente a adequar a condenação a idênticas situações jurídicas específicas […]" [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.361.800 – SP (2013/0011719-4). Relator: Ministro Raul Araújo, Brasília, DF, 14 de outubro de 2014, p. 1].

[427] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.361.800 – SP (2013/0011719-4). Relator: Ministro Raul Araújo, Brasília, DF, 14 de outubro de 2014, p. 43.

Esse entendimento, ao menos quanto ao fato de que "a execução coletiva pode dispensar a prévia liquidação por artigos ou por arbitramento, podendo ser feita por simples cálculos, na forma da antiga redação do art. 604, CPC", já era consolidado no STJ[428] e foi repetido em julgados posteriores.[429] A decisão mencionada, porém, vai além, reconhecendo a possibilidade de que a própria sentença proferida seja líquida.

Evidentemente que, não sendo líquida a sentença tampouco suficiente a realização de cálculo aritmético para lhe conferir liquidez, será necessária a liquidação – que pode ser realizada não apenas por artigos como também por arbitramento. Esse entendimento, presente na doutrina,[430] é majoritário na jurisprudência, mesmo em relação a situações nas quais se entende possível e necessária a individuação do dano:

> Como é notório, a liquidação deve refletir o título executivo. No caso, a sentença não impôs uma condenação globalmente considerada (hipótese em que seria admitida a reparação estimada), mas indenização levando em conta os contratantes da recorrente, todos identificáveis – e com os contratos presentes nos autos. […] A relação de beneficiários encontra-se nos autos e os critérios fixados para pagamento dos valores estão expressos na sentença. Por isso, penso ser possível uma única liquidação por arbitramento, mas não por estimativa, pois o laudo pericial, após análise de cada um dos contratos, poderá chegar ao valor devido, em observância ao título executivo.[431]

Nesse caso, que envolvia contratos de *leasing*, também se reconheceu, a exemplo do que ocorria em relação aos entes sindicais,[432] a legitimidade subsidiária do Ministério Público para a liquidação "coletiva",[433] assim entendida a realização de uma única liquidação para quantificar os danos individualmente sofridos:[434]

---

[428] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 880.385 – SP (2006/0124980-2). Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 16 de setembro de 2008, p. 1.

[429] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 300.089 – SP (2013/0044261-4). Relator: Ministro Marcos Buzzi, Brasília, DF, 09 de novembro de 2015.

[430] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual: processo coletivo. 8. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v.4, 2013, p. 409.

[431] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.632 – DF (2010/0060269-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 06 de junho de 2013, p. 44. *In casu,* a questão controvertida era a forma de liquidação diante da inação dos consumidores [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.632 – DF (2010/0060269-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 06 de junho de 2013, p. 41].

[432] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 691.987 – RS (2004/0141439-7). Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Brasília, DF, 28 de maio de 2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 210.029-3 – RS. Relator: Ministro Carlos Veloso, Brasília, DF, 12 de junho de 2006.

[433] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.632 - DF (2010/0060269-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 06 de junho de 2013, p. 41. Essa hipótese também é referida em outros casos, ainda que não constitua o objeto da decisão: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 113.523 – RJ (2010/0143074-1). Relator: Ministro Castro Meira, Brasília, DF, 04 de março de 2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 880.385 – SP

> Em verdade, ocorre que nem a liquidação, tampouco a execução da sentença genérica, ainda que realizada por ente coletivo, tem caráter genuinamente coletivo, uma vez que o direito por ela reconhecido é individual, tornando imprescindível que, na fase liquidatária, proceda-se à nomeação de cada um dos lesados e à verificação da extensão do dano em relação a cada um deles. [...] na fase de cumprimento da sentença, tendo-se como ponto central o dano pessoal experimentado, surge uma gradação de preferência: a legitimidade individual (ordinária) antecede a legitimidade coletiva, que passa então a ser subsidiária daquela.[435]

Ainda que a subsidiariedade represente uma limitação não estabelecida pelo art. 97, CDC, que trata indistintamente da liquidação promovida pelos indivíduos ou pelos legitimados coletivos, é uma solução menos restritiva do que a entender pela ausência de legitimidade dos entes coletivos para a liquidação dos prejuízos individuais.[436] Ademais, a perspectiva menos restritiva é corroborada pelo entendimento pacífico do STJ de que a liquidação é fase do processo de conhecimento:[437] não há porque limitar, em relação à liquidação, a legitimidade extraordinária prevista pelo art. 82, CDC, quando a própria sentença no processo de conhecimento pode ser líquida.[438]

(2006/0124980-2). Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 16 de setembro de 2008. Segundo entendimento do STF, exigia-se para legitimidade do Ministério Público que haja "[...] interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares" [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 631.111 – GO. Relator: Ministro Teori Zavascki, Brasília, 07 de agosto de 2014, p. 3]. Esse entendimento, porém, parece ter sido superado ou ao menos abrandado em decisões posteriores [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 856.853 - RJ. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, 21 de agosto de 2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 793.667 - RJ. Relator: Ministro Edson Fachin, Brasília, 07 de março de 2017].

[434] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.632 – DF (2010/0060269-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 06 de junho de 2013, p. 44. O julgado, porém, dá indicativos de confundir as hipóteses dos arts. 98 e 100, CDC – questão que será tratada no tópico seguinte quando da análise da execução.

[435] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 869.583 - DF (2006/0093884-3). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 05 de setembro de 2012, p. 7. A doutrina também sugere a possibilidade de que a liquidação por artigos ou por arbitramento seja realizada por legitimado extraordinário (art. 82, CDC) em favor dos credores individuais [DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual: processo coletivo. 8. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v.4, 2013, p. 409; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados.* São Paulo, Revista dos Tribunais, v.3, 2017, p. 440; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 303-304].

[436] Ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 340.965 – SP (2013/0144785-0). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 28 de agosto de 2013.

[437] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.212.834 – PR (2010/0176506-0). Relator: Ministro Humberto Martins, Brasília, DF, 13 de abril de 2011.

[438] Apesar disso, entendimento em sentido contrário, inclusive quanto aos fundamentos utilizados no REsp 1.361.800, voltou a prevalecer na Terceira Turma do STJ quando se decidiu que: "o fornecimento desses dados [exibição dos contratos pela instituição financeira], por si só, não configura ato de liquidação, tampouco de execução da sentença proferida na ação coletiva, sobretudo por se tratar de ato unilateral sem

No âmbito do direito antitruste, as particularidades da demanda reparatória são adequadas a esse regime especial aceito pelo STJ. Ainda que a existência de entendimentos doutrinários e de julgados em sentido contrário possa impor um custoso ônus argumentativo para a possibilidade de liquidação coletiva,[439] caso ela seja bem-sucedida, representaria um significativo estímulo para os prejudicados. Afinal, seriam eliminados os elevados custos para quantificar o dano, remanescendo apenas a necessidade de promover a execução,[440] transferindo o patrimônio do réu para o autor – algo consideravelmente simples quando o sujeito passivo é uma grande empresa. André Marques Francisco reconhece essa possibilidade, partindo do pressuposto de que há uma maior homogeneidade nos danos sofridos em decorrência de infração à ordem econômica: "Em regra, dois consumidores que compraram o mesmo produto, na mesma região, sofreram com a cobrança do mesmo sobrepreço".[441] Sugere, a partir disso, que a sentença condenatória pode estabelecer os critérios para a liquidação do dano individual:

> isto é, definir, dentro dos mercados relevantes atingidos (e objeto da ação), qual a margem de sobrepreço praticada – de modo que ao consumidor, em um segundo momento, bastará comprovar que adquiriu o produto/serviço (bem como sua quantidade) dentro de determinada área/prazo, para que lhe seja ressarcido o sobrepreço injustamente pago, na forma previamente calculada pela sentença coletiva.[442]

---

contraditório pleno e sem cognição exauriente, mesmo porque incumbe prioritariamente a cada liquidante, e não ao Ministério Público, comprovar a existência do dano pessoal e o nexo etiológico com o dano globalmente causado. A simples identificação dos possíveis lesados, ademais, não se mostra suficiente para a quantificação do dano individualmente suportado, elemento sem o qual não é admitida a propositura da execução, que exige liquidez e certeza. [...] Além disso, a mera identificação dos correntistas potencialmente lesados não implica habilitação capaz de transformar a condenação pelos prejuízos globalmente causados em indenização pelos danos individualmente sofridos, haja vista a ausência de manifestação pessoal acerca da intenção de promover a execução do julgado" [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.610.932 - RJ (2011/0306435-3). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 22 de junho de 2017, p. 10]. Não obstante, esse julgado, que aparenta confundir as hipóteses de liquidação e execução, bem como as previsões dos arts. 98 e 100, CDC, foi no sentido de manter a decisão de obrigar a instituição financeira, no curso do processo de conhecimento, a fornecer os dados solicitados pelo MP [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.610.932 - RJ (2011/0306435-3). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 22 de junho de 2017, p. 12].

[439] A partir dessa perspectiva, a parte ré na ação coletiva poderia se insurgir repetidamente contra essa possibilidade por meio de sucessivos recursos que aumentariam substancialmente o tempo de tramitação do processo.

[440] Ademais, conforme entendimento pacífico do STJ, "a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário [...]" [a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, p. 27].

[441] FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 130.

[442] FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 130-131. O autor, ainda, procura reforçar sua perspectiva sugerindo que sem essa providência, exigindo-se a quantificação individual do prejuízo, retirar-se-ia a eficácia prática da tutela coletiva em relação ao antitruste

A perspectiva do autor ilustra, ainda que parcialmente, a possível utilidade da jurisprudência mencionada para a tutela coletiva no direito antitruste. Efetivamente, caso a jurisprudência dominante do STJ quanto à defesa de direitos individuais homogêneos prevalecesse, a reparação de danos causados por infração à ordem econômica seria facilitada.

Em primeiro lugar, considerando que a quantificação de danos toma por base um cenário hipotético (*counterfactual*) aplicável ao mercado como um todo – respeitadas eventuais particularidades como a variação do percentual de sobrepreço em relação a diferentes regiões ou agentes –, ele poderia ser construído uma única vez no bojo do processo de conhecimento. Essa solução, inclusive, é reclamada pela doutrina do direito concorrencial, que vê a necessidade de "[...] utilização de mecanismos processuais de reunião de demandas a fim de evitar a difusão de [decisões] conflitantes [quanto à quantificação de danos]".[443]

Ademais, com isso seria possível diluir os custos decorrentes do complexo processo de quantificação dos danos, em particular quanto ao uso de modelos para a construção do cenário hipotético aplicável.[444] Se isso fosse feito apenas na fase de

---

[FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 131]. Esse argumento, conquanto possível a partir do art. 5º, XXXV, CF/88, é desnecessário diante do expresso reconhecimento jurisprudencial dessa possibilidade.

[443] FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 96. No mesmo sentido, em relação à quantificação do sobrepreço, Herbert Hovenkamp afirma que: "um melhor sistema [de *private enforcement*] consolidaria todos os compradores que são prejudicados em um único processo para o propósito de alocar os danos. Em suma, qualquer solução ao problema do repasse deveria ser 'compreensiva', no sentido de forçar todas as partes lesadas e as ré(s)-infratora(s) a um procedimento comum". Tradução livre de: "A better system would consolidate all purchasers who are injured into a single forum and proceeding for purposes of allocating damages. In sum, any solution to the pass on problem should be 'comprehensive', in the sense that it forces all injured parties and the defendant(s) into a common proceeding" [HOVENKAMP, Herbert J. Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United State. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, fev. 2011. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1758751. Acesso em: 07 dez. 2017, p. 9]. Essa também é a perspectiva de HIGGINS, Andrew. ZUCKERMAN, Adrian A. S. Class Actions in England? Efficacy, Autonomy and Proportionality in Collective Redress. *Oxford Legal Studies Research Paper*, n.93. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2350141. Acesso em: 08 dez. 2017. Não obstante, essa solução poderia encontrar óbice no entendimento manifestado pelo STJ em outros julgamentos recentes [ver nota 438].

[444] Outra potencial vantagem seria a possibilidade de cálculo do dano global causado pela infração, contemplando também a lesão em sua dimensão difusa ou coletiva [ver BASSO, Leonardo J.; ROSS, Thomas W. Measuring the true harm from price-fixing to both direct and indirect purchasers. *The Journal of Industrial Economics,* v.58, n.4, p. 895-927, dez. 2010]. De modo similar, ao menos quanto ao valor total dos danos individuais, o STJ reconheceu a legalidade da exibição de documentos que permitiria a quantificação dos "prejuízos globalmente causados" pela sentença genérica em sede de ação civil pública voltada à tutela de direitos individuais homogêneos [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.610.932 –

liquidação, seria caso de arbitramento, consistente na utilização dos modelos de quantificação dos danos.[445]

Em segundo lugar, a sentença poderia estabelecer os critérios para que os danos sofridos individualmente fossem comprovados,[446] o que poderia ser feito até mesmo a partir de dados do próprio infrator (como os contratos celebrados).[447] Se a própria sentença contemplasse esses dados, ela seria líquida e permitiria que os prejudicados ou, subsidiariamente, os legitimados coletivos, buscassem seu pronto cumprimento sem a necessidade de uma fase específica de liquidação.

Em terceiro lugar, a existência de outras demandas, liquidações ou execuções individuais e, portanto, de situações peculiares, capazes de modificar o *quantum* calculado, não seriam capazes de impedir que a sentença fosse liquidada de forma única ou de tornar obrigatória a liquidação pelo procedimento comum. Afinal, ao superar o entendimento em sentido contrário da Ministra Maria Isabel Gallotti,[448] para permitir a liquidação por arbitramento de sentença genérica relativa a direitos individuais homogêneos, reconheceu-se que:

> [...] cabe à executada, ora recorrente, informar a existência de habilitações individuais existentes ou outras liquidações e execuções advindas de ações individuais relacionadas ao objeto desta ação coletiva, uma vez ter maiores condições para esse mister, máxime tendo em vista o dever de cooperação processual e o princípio da boa-fé.[449]

Apesar desses fatores, o elevado ônus argumentativo já mencionado e o risco de modificação no entendimento do STJ, ou de decisões desfavoráveis nas instâncias

---

RJ (2011/0306435-3). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 22 de junho de 2017, p. 10-11].

[445] Ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.632 – DF (2010/0060269-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 06 de junho de 2013, p. 44.

[446] Nesse caso, trata-se de estabelecer elementos de prova que seriam suficientes para a comprovação de que a vítima sofreu prejuízo. Um exemplo interessante se refere ao caso de réplicas de camisa de futebol no Reino Unido, em que apenas 130 consumidores de um universo estimado em 2 milhões apresentaram os recibos para obter a reparação em decorrência de sobrepreço, apesar de extensiva campanha. Após um acordo realizado com o infrator foi aceita a apresentação da camisa como prova da demonstração do dano, mas mesmo assim o número de interessados foi pequeno [ver HODGES, Christopher. *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 24-26]. Sobre a execução em casos como esse, no qual o benefício esperado pelos prejudicados é insuficiente para estimulá-los a tomar qualquer providência para obter reparação, ver tópico 5.3.4.

[447] Ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.361.800 - SP (2013/0011719-4). Relator: Ministro Raul Araújo, Brasília, DF, 14 de outubro de 2014, p. 43.

[448] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.632 – DF (2010/0060269-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 06 de junho de 2013, p. 36.

[449] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.632 – DF (2010/0060269-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 06 de junho de 2013, p. 61-62.

ordinárias, são um empecilho para que a reparação de danos causados por infrações à ordem econômica seja estimulada pela possibilidade de tutela coletiva. Acrescente-se, ainda, que, mesmo quando esse óbice não se verifica, a reparação continua enfrentando outro obstáculo: a existência de danos cuja reparação não representa para o prejudicado benefício suficiente para justificar os custos da execução individual. Nesse caso, assume particular relevância a possibilidade de reparação fluida.

5.3.4 Execução e tutela coletiva: reparação direta e reparação fluida

O sistema brasileiro de tutela coletiva para a reparação de danos a direitos individuais homogêneos prevê três espécies de execução:

> (i) a execução individual (art. 97, primeira parte, do CDC); (ii) a execução individual realizada de forma coletiva (art. 98 do CDC) e; (iii) a execução coletiva propriamente dita [...] (art. 100 do CDC), sendo certo que as duas primeiras têm como objeto a aferição do dano individualmente considerado e, esta última, a do dano globalmente causado, com a quantificação dos respectivos montantes.[450]

Desde que respeitada a medida da reparação (a extensão do dano, conforme o art. 944, CC), nenhuma das três formas de execução é, em princípio, excludente em relação às demais.[451] Por isso, como é possível que haja concomitância entre elas, deve a parte executada informar eventual sobreposição, impedindo que haja duplicação de reparações.[452]

As espécies de execução realizadas de forma coletiva (ii e iii) se aplicam, respectivamente, às situações em que a execução individual pelo prejudicado não é necessária para a satisfação de sua pretensão, ou em que, devido ao pequeno benefício e ao custo elevado, ela não é sequer viável. Ainda que o sistema efetivamente prestigie, por se tratarem de direitos individuais homogêneos, a reparação direta dos prejudicados (art. 99,

---

[450] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 869.583 – DF (2006/0093884-3). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 05 de setembro de 2012, p. 9. Nesse julgado, porém, não se reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a situação descrita em (ii) [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 869.583 – DF (2006/0093884-3). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 05 de setembro de 2012, p. 14-15]. Ver nota 433.

[451] Como explicam Arenhart, Marinoni e Mitidiero: "[...] a execução coletiva não retira a possibilidade da execução individual, nem o produto desta última reverterá para o patrimônio do fundo" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados.* São Paulo, Revista dos Tribunais, v.3, 2017, p. 442].

[452] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual: processo coletivo. 8. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v.4, 2013, p. 412. Ver nota 449.

CDC) em detrimento da indireta (art. 100, CDC), é falsa a premissa – utilizada para sustentar que a liquidação ou a execução devem ser promovidas individualmente – de que o prejudicado sempre terá melhores condições do que os legitimados coletivos de demonstrar o dano sofrido ou de obter o cumprimento da decisão.[453] Em relação aos diversos casos em que isso não ocorre, o sistema prevê duas formas substancialmente distintas de execução coletiva, promovida pelos legitimados do art. 82, CDC.[454]

A execução acidentalmente coletiva de pretensões individuais, prevista na segunda parte do art. 97, CDC, e no art. 98, CDC, pertence a um conjunto amplo de situações em que a tutela de direitos individuais homogêneos pode ser realizada a partir da atuação de legitimado coletivo em benefício direto dos prejudicados, mas sem a participação destes últimos.[455] Essa forma de execução coletiva dá preferência à individualização do dano e da reparação, apesar de permitir que a liquidação e a execução sejam realizadas de maneira procedimentalmente conjunta, prescindindo da instauração de inúmeros processos individuais;[456] por meio dela, é possível dar cumprimento à sentença, em um único processo, para reparar de maneira direta todos os prejudicados.[457]

---

[453] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 340.965 – SP (2013/0144785-0). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 28 de agosto de 2013, p. 10. Ver também Marques, Benjamin, Miragem, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, p. 1705. Nesse sentido, Marcelo Abelha Rodrigues afirma que "[...] o 'dano causado propriamente dito' [...] é individual e, sendo individual, os prejuízos de cada pessoa (morais e materiais) só ela mesma pode fornecer elementos para a sua mensuração" [RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a fluid recovery do Art. 100 do CDC. *Revista de Processo,* São Paulo, n.116, p. 325-333, jul. a ago. 2004, p. 333].

[454] O critério utilizado para denominar essas execuções de "coletivas" é o mesmo utilizado pelo CDC: a legitimidade para promovê-las. Em sentido contrário, ver notas 457 e 463.

[455] É o que ocorre, por exemplo, nas tutelas que operam no plano estritamente jurídico, como no caso de invalidação de uma cláusula contratual abusiva [ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 306]. Ver também RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a fluid recovery do Art. 100 do CDC. *Revista de Processo,* São Paulo, n.116, p. 325-333, jul. a ago. 2004, p. 326.

[456] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.632 – DF (2010/0060269-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 06 de junho de 2013, p. 40 e ss; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.361.800 – SP (2013/0011719-4). Relator: Ministro Raul Araújo, Brasília, DF, 14 de outubro de 2014, p. 43 e ss.

[457] Por esse motivo, há na doutrina quem entenda que não se trata de execução coletiva, mas pseudocoletiva, uma vez que o direito tutelado seria "individual puro" [RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a fluid recovery do Art. 100 do CDC. *Revista de Processo,* São Paulo, n.116, p. 325-333, jul. a ago. 2004, p. 327]. Sob esse fundamento, inclusive, limita-se a legitimidade conferida pela segunda parte do art. 97, CDC, aos casos em que os legitimados coletivos tenham autorização legal para atuar em nome do indivíduo, "[...] tal como a associação para o associado e o sindicato para o sindicalizado" [RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a fluid recovery do Art. 100 do CDC. *Revista de Processo,* São Paulo, n.116, p. 325-333, jul. a ago. 2004, p. 327]. Contudo, essa perspectiva não parece ser adequada à jurisprudência do STJ, que reconhece legitimidade também ao MP.

Nessa hipótese, merece destaque a possibilidade de tutela específica, inclusive relativa a prestação pecuniária,[458] tal como decidido pelo STJ em relação à caderneta de poupança:

> O que se terá de realizar é o cumprimento da sentença, com a peculiaridade de tratar-se de cumprimento de sentença de ação coletiva, no caso de contas bancárias, tomando por base dados absolutamente precisos, existentes nas contas bancárias sob documentação do próprio estabelecimento bancário, de modo que os dados serão absolutamente precisos, dispensando indicações outras para liquidação, bastando cumprimento efetivo, por cálculo que o próprio banco pode fazer, até mesmo depositando diretamente na conta do depositante-credor, a requerimento deste ou por atividade espontânea de devedor cumpridor da decisão judicial.[459] (grifou-se)

No direito concorrencial, esse modelo é aplicável a casos (especialmente os de sobrepreço) em que o infrator-executado é capaz de identificar os prejudicados e possui seus dados bancários: julgada procedente a demanda reparatória coletiva e calculados os danos sofridos,[460] a execução poderá ser realizada por meio de tutela específica com a ordem para que o infrator-executado transfira valores aos prejudicados.[461] Então, a liquidação ou execução individual, promovida pelos indivíduos prejudicados ou seus

---

[458] ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 306. Exemplo nesse sentido foi a forma de reparação de dano previsto no caso do Consórcio Garibaldi [ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 307-308].

[459] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.361.800 – SP (2013/0011719-4). Relator: Ministro Raul Araújo, Brasília, DF, 14 de outubro de 2014, p. 53-54. Essa hipótese também é expressamente reconhecida pela doutrina: "aliás, mesmo quando se trate de prestação pecuniária, essa [reparação em sua forma específica] deve ser a modalidade empregada, em regra, pois é a única capaz de evitar que os indivíduos tenham de vir a juízo para pretender o montante que lhes é devido" [ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 306-307]. Como ela pode estar associada ao fornecimento de documentos para a identificação dos lesados e ao cálculo da reparação pela ré-executada, recebeu da doutrina o apelido de "liquidação/execução invertida" [ARENHART, Sérgio Cruz; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; OSNA, Gustavo. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n.222, p. 41-64, ago. 2013]. Ver também BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2º Região. Apelação Cível nº 2012.51.01.009207-9 – RJ. Relator: Desembargador Federal Aluisio Mendes, Rio de Janeiro, 19 de março de 2014.

[460] O cálculo, se realizado pela executada, poderia, evidentemente, ser impugnado pelo legitimado coletivo ou pelo interessado.

[461] Sobre essa possibilidade, de reembolso dos prejudicados, ainda que classificando-a incorretamente como reparação indireta ou fluida, ver TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 82.

sucessores em processos autônomos, "[...] restará reservada a casos em que haja, caso a caso, dúvidas ou peculiaridades para o cumprimento da sentença coletiva".[462]

A segunda forma de execução coletiva é prevista pelo art. 100, CDC:[463] "Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida". Essa solução corresponde ao que doutrina e jurisprudência, inspiradas pelo direito estrangeiro, têm denominado de reparação fluida, ou *fluid recovery*:[464]

> [...] transcorrido *in albis* o prazo de um ano do trânsito em julgado para habilitação dos consumidores lesados, exsurge a legitimação subsidiária dos entes públicos relacionados no art. 82 para a liquidação da sentença, uma vez que o que aqui se busca é a responsabilização do causador do dano e a compensação da sociedade lesada (*Fluid Recovery*), objeto totalmente diverso do encartado na execução "coletiva" prevista no art. 98 do CDC.[465]

Nas situações "[...] em que é impossível apurar, individualmente, os beneficiários e o valor devido a cada um deles, é que se tem a principal aplicação do art. 100 do CDC".[466] Não obstante, ele também é aplicável de forma residual "quando resulte preferível a liquidação individual dos danos [...], mas vencido o prazo para a apresentação de reclamos individuais, comprova-se que nem todos os prejudicados se apresentaram para

---

[462] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.361.800 – SP (2013/0011719-4). Relator: Ministro Raul Araújo, Brasília, DF, 14 de outubro de 2014, p. 54.

[463] Para a doutrina majoritária apenas esta seria "verdadeira" hipótese de execução coletiva, configurando o disposto no art. 98, CDC, hipótese de representação processual [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados.* São Paulo, Revista dos Tribunais, v.3, 2017, p. 441].

[464] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual: processo coletivo. 8. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v.4, 2013, p. 420; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados.* São Paulo, Revista dos Tribunais, v.3, 2017, p. 441; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a fluid recovery do Art. 100 do CDC. *Revista de Processo,* São Paulo, n.116, p. 325-333, jul. a ago. 2004, p. 325.

[465] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 869.583 – DF (2006/0093884-3). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 05 de setembro de 2012, p. 13.

[466] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.632 – DF (2010/0060269-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 06 de junho de 2013, p. 44. Em outras palavras: "como se percebe, em sua origem, cabe a reparação fluida visando ao ressarcimento principalmente quando (i) não se consegue apurar exatamente o prejuízo (muitas vezes porque individualmente irrelevante - mas globalmente expressivo) e (ii) não se consegue identificar quem são os beneficiários" [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.632 - DF (2010/0060269-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 06 de junho de 2013, p. 43]. Para Pamela Tolosa, trata-se do caso em que a reparação fluida será utilizada como opção prioritária [TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 84].

solicitar a compensação [...]".[467] Isso pode ocorrer tanto no caso em que a liquidação individual não pode prescindir da participação dos prejudicados e eles não se habilitaram quanto no caso em que o dano tenha sido individualizado e não tenha havido habilitação de prejudicados em número compatível com a gravidade do dano.[468] Assim, ainda que a doutrina seja categórica ao afirmar o caráter eventual e subsidiário da reparação fluida,[469] ela é potencialmente aplicável a todos os casos em que (i) é impossível, inclusive no sentido de ser excessivamente custoso,[470] liquidar e executar os danos individualmente; e em que, (ii) sendo possível, a não participação dos prejudicados impede que isso ocorra.[471]

---

[467] TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 85. Tradução livre de: "cuando resulte preferible la liquidación individual de los daños […], pero vencido el plazo para la presentación de los reclamos individuales, se comprueba que no se presentaron la totalidad de los damnificados a solicitar la compensación y existe un remanente".

[468] Nesse sentido, como explicam Arenhart, Marinoni e Mitidiero: "haverá hipóteses em que o prejuízo sofrido por cada indivíduo isoladamente será irrelevante. Não obstante, pode ser que, tomado no conjunto, o valor global do montante seja relevante. Nessas situações certamente não haverá interesse das vítimas em pleitear indenização na forma individual, diante da pequenez do prejuízo" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados.* São Paulo, Revista dos Tribunais, v.3, 2017, p. 441]. Afinal, como afirma Francisco Verbic, um indivíduo racional apenas irá demandar em juízo quando os benefícios excedam os custos de fazê-lo [VERBIC, Francisco. Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de *fluid recovery*. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nº 6, p. 3791-3813, 2012, p. 3792].

[469] RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a fluid recovery do Art. 100 do CDC. *Revista de Processo,* São Paulo, n.116, p. 325-333, jul. a ago. 2004, p. 328. Ver, também, VERBIC, Francisco. Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de *fluid recovery*. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nº 6, p. 3791-3813, 2012, p. 3802-3803.

[470] Esses custos, como lembra Pamela Tolosa, não são apenas aqueles do processo de conhecimento, mas também os relacionados com a liquidação e a execução da sentença [TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 78]. Sobre eles, explica Verbic: "pode ocorrer, por exemplo, que a prova individual do dano seja dificultosa de administrar ou de produzir por parte dos prejudicados. Desde outra perspectiva, pode ser difícil ou impossível localizar aos membros da classe. Finalmente, também pode ocorrer que os custos que resultariam de localizar aos membros da classe, comunicar-se com eles, avaliar a prova que aportem e/ou distribuir os fundos resultantes sejam excessivamente altos e, por esse motivo, a compensação final se converta em algo praticamente simbólico". Tradução livre de: "puede suceder, por ejemplo, que la prueba individual del daño resulte dificultosa de administrar o bien de producir por parte de los damnificados. Desde otra perspectiva, puede ser difícil o imposible localizar a los miembros de la clase. Finalmente, también puede ocurrir que los costos que insumiría localizar a los miembros de la clase, comunicarse con ellos, evaluar la prueba que aporten y/o distribuir los fondos resultantes sean demasiado altos y por tal motivo la compensación final se convierta en algo prácticamente simbólico" [VERBIC, Francisco. Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de *fluid recovery*. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nº 6, p. 3791-3813, 2012, p. 3799-3800].

[471] TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),*

Parte da doutrina distingue o primeiro caso, em que a única solução é a reparação indireta (*fluid recovery*), do segundo, em que ela é uma solução residual para os valores não reclamados (*cy près*).[472] No entanto, no direito brasileiro, a distinção não tem utilidade:[473] a reparação indireta ou fluida[474] tem um requisito temporal (um ano do trânsito em julgado da sentença condenatória) e outro quantitativo (execução incompatível com a gravidade do dano) aplicáveis indistintamente a ambos os casos.

Propondo uma tipologia dos mecanismos de reparação fluida, Pamela Tolosa divide-os entre aqueles que promovem e os que não promovem alterações de preço:[475] entre os primeiros inclui a redução de preços ou tarifas e a distribuição de cupons, que se diferenciam na medida em que neste há a identificação dos prejudicados;[476] entre os segundos, inclui o reembolso realizado pelo infrator, a criação de um fundo especial (como o Fundo de Direitos Difusos – FDD), a destinação a entidades do terceiro setor, a destinação ao Estado e a distribuição *pro rata* entre os indivíduos habilitados.[477]

Essa tipologia, porém, na medida em que utiliza uma pluralidade de critérios, possui diversas impropriedades. A partir do direito brasileiro, por exemplo, pode-se

---

v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 84-85. Ver, em relação ao direito estadunidense, FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. 4 ed. St. Paul: Thomson/West, 2005, p. 784-786.

[472] Sobre a distinção, ver TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 79-80.

[473] Assim, ambos os termos podem ser utilizados como sinônimos, tal como fazem VERBIC, Francisco. Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de *fluid recovery*. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nº 6, p. 3791-3813, 2012, p. 3800; TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 80.

[474] Associando a *fluid recovery* à reparação indireta, ver VERBIC, Francisco. Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de *fluid recovery*. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nº 6, p. 3791-3813, 2012, p. 3800.

[475] TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 80.

[476] TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 80-82.

[477] TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 82-84.

descartar de pronto a distribuição *pro rata* entre os indivíduos habilitados porque contraria a função compensatória da reparação (art. 944, CC). Além disso, devem ser excluídos da tipologia de reparação fluida os métodos de reembolso e de distribuição de cupons, uma vez que em ambos os casos há a reparação direta dos prejudicados por meio de tutela específica. Por fim, quanto à constituição de um fundo especial, é possível perceber que isso não impede a destinação de valores a entidades do terceiro setor e ao Estado – como, aliás, ocorre no direito brasileiro.[478]

Diante disso, parece mais correto reconhecer dois tipos de reparação fluida: aquelas que são realizadas pelo equivalente, envolvendo o pagamento de montante pecuniário pelo infrator, e aquelas que são específicas, na maioria dos casos envolvendo a atuação do próprio infrator (como a redução de preços).

O primeiro tipo, caracterizado pela execução de quantia, corresponde à *fluid recovery* prevista pelo art. 100, parágrafo único, CDC.[479] Dentre as diversas alternativas institucionais para promover essa forma de reparação fluida, o direito brasileiro adotou a destinação dos valores a um fundo especial.[480] Assim, sem prejuízo das hipóteses de tutela específica,[481] quando a única solução possível diante da inércia dos prejudicados for a execução de quantia pecuniária, o produto dessa execução será recolhido ao FDD, previsto pelo art. 13, Lei 7.347/1980 (art. 100, parágrafo único, CDC),[482] ou ao seu equivalente em

---

[478] No caso do FDD, o art. 1º, § 3º, Lei 9.008/1995, prevê a possibilidade de utilização dos recursos do fundo na modernização administrativa de órgãos públicos responsáveis pela execução de políticas relacionadas aos bens jurídicos descritos no art 1º, § 1º, Lei 9.008/1995. Além disso, segundo o portal eletrônico do FDD, podem receber os recursos oriundos do fundo: "Instituições governamentais da Administração Direta ou Indireta, nas diferentes esferas de governo, Federal, Estadual e Municipal; Organizações da Sociedade Civil, sem fins lucrativos, que tenham nos seus estatutos, objetivos relacionados à atuação no campo do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e por infração à ordem econômica e outros direitos difusos" [BRASIL. Ministério da Justiça. Fundo de Direitos Difusos (FDD). Seleção de Projetos 2017/2018. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/anexos/selecao-de-projetos-2017-2018. Acesso em: 23 dez. 2017].

[479] RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a fluid recovery do Art. 100 do CDC. *Revista de Processo,* São Paulo, n.116, p. 325-333, jul. a ago. 2004, p. 326.

[480] Sobre as diferentes alternativas institucionais, ver TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 80-84. Para ficar em apenas um exemplo alternativo, é possível citar o direito argentino que, segundo Verbic, prevê como única condição para a reparação fluida que o modelo adotado seja aquele que mais beneficie o grupo afetado [VERBIC, Francisco. Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de *fluid recovery*. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nº 6, p. 3791-3813, 2012, p. 3807-3809].

[481] Ver nota 459.

[482] Sobre o FDD, suas vantagens e desvantagens, ver HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos.* 2017. 178 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2017, p. 79 e ss.

âmbito estadual – como é o caso do Fundo de Interesses Difusos do Estado de São Paulo (FID), previsto pela Lei SP 6.536/1989.[483]

Apesar de o art. 100, CDC, não prever a individualização do dano sofrido ou a reparação direta individual, isso não significa autorização para a ausência de correspondência entre a origem do montante recebido pelo fundo e sua posterior destinação. Afinal, o art. 7º, Decreto 1.306/1994, que regulamenta o FDD, estabelece:

> Art. 7º Os recursos arrecadados serão distribuídos para a efetivação das medidas dispostas no artigo anterior e suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou de dano causado.
> Parágrafo único. Os recursos serão prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível.

A necessidade de fazer com que os valores destinados ao fundo beneficiem indiretamente os prejudicados é indicativo da preponderância da finalidade compensatória na reparação fluida.[484] A rigor, isso seria imprescindível no caso dos direitos individuais homogêneos, em que a reparação foi reclamada em prol de prejudicados específicos.[485] No

---

[483] Como explica Fernanda Homma: "a existência desses fundos [estaduais], em apartado, decorre do próprio sistema federativo brasileiro. Assim, se a ação corre perante uma vara federal, será depositado no fundo federal, nas demais ações deverá ser depositado em fundo estadual, sujeito à gestão local" [HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos.* 2017. 178 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2017, p. 100]. Não obstante a diferença de origem, quanto ao funcionamento os fundos estaduais são similares ao FDD [HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos.* 2017. 178 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2017, p. 102].

[484] TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 85. Nesse sentido, alguns julgados se referem ao cálculo da reparação fluida a partir da noção de "dano globalmente causado" [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 869.583 – DF (2006/0093884-3). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 05 de setembro de 2012, p. 9]. Ver, também, VERBIC, Francisco. Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de *fluid recovery*. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nº 6, p. 3791-3813, 2012, p. 3805-3806. Em sentido contrário, Marcelo Abelha Rodrigues, afirma que a função da reparação fluida é eliminar a vantagem patrimonial do infrator, impedindo seu enriquecimento ilícito [RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a fluid recovery do Art. 100 do CDC. *Revista de Processo,* São Paulo, n.116, p. 325-333, jul. a ago. 2004, p. 328-329].

[485] Para aqueles que, como Marcelo Abelha Rodrigues, entendem que o art. 100, CDC, corresponde a uma forma de tutela de direitos difusos, essa distinção não seria aplicável [RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a fluid recovery do Art. 100 do CDC. *Revista de Processo,* São Paulo, n.116, p. 325-333, jul. a ago. 2004, p. 326].

entanto, a prática do FDD é distinta e a doutrina costuma apontar a ausência de correlação entre o dano e o destino dos recursos.[486]

De fato, ainda que a destinação dos recursos possa ser determinada pelo juiz da execução coletiva,[487] na prática, o conselho gestor do FDD[488] costuma discricionariamente alocar os recursos em projetos por si examinados (art. 3º, Lei 9.008/1995) de forma dissociada das demandas coletivas.[489] Essa é a principal diferença entre o modelo brasileiro, em que o produto da execução é gerido por um fundo administrativo,[490] e o modelo americano, em que a gestão desse produto é estabelecida com bastante flexibilidade pelo juiz.[491] Além disso, em decorrência de sua vinculação ao Executivo, entende-se que o FDD se sujeita à lei orçamentária anual (LOA), havendo considerável formalização no emprego dos recursos e, consequentemente, a previsão de créditos orçamentários em montante significativamente inferior ao produto da arrecadação do fundo.[492]

---

[486] Ver HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos.* 2017. 178 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2017, p. 95-98.

[487] Esse foi o entendimento manifestado expressamente pelo Ministro Luis Felipe Salomão no BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.632 – DF (2010/0060269-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 06 de junho de 2013, p. 9.

[488] Os recursos do FDD (art. 1º, § 2º, Lei 9.008/1995) são administrados pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), instituído no âmbito do Ministério da Justiça. Sobre o CFDD, ver HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos.* 2017. 178 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2017, p. 91 e ss.

[489] Como explica Fernanda Homma: "[...] há uma grande lacuna para se verificar como são aplicados os recursos do fundo. O processo de seleção de propostas para sua utilização é relativamente bem definido e objetivo, porém, há uma grande margem de discricionariedade do administrador nessa escolha, principalmente ante ao estabelecimento de áreas de aplicação prioritárias, que são definidas por resolução" [HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos.* 2017. 178 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2017, p. 96].

[490] No caso brasileiro, ainda que se aceite a possibilidade de o juiz determinar a destinação dos valores que deve ser dada pelo FDD, a sua aplicação depende da atuação administrativa por parte deste. Ver nota 487.

[491] Essa distinção foi estabelecida por HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos.* 2017. 178 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2017, p. 102-103 e 124-127.

[492] Por isso, segundo Homma, "[...] há uma crítica muito grande ao fato de que a utilização dos recursos dos fundos se restringe simplesmente à apresentação de projetos por parte dos interessados com a aprovação ou não dos membros do CFDD" [HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos.* 2017. 178 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2017, p. 96]. Ademais, a autora também aponta a ineficiência do FDD [HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos.* 2017. 178 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2017, p. 146]. Como consequência, a reparação fluida brasileira, prevista no art. 100, CDC, acaba tendo, na prática, uma função mais repressiva para os infratores do que compensatória em relação aos prejudicados.

Note-se, porém, que caso a aplicação prioritária dos recursos na reparação dos danos fosse observada de forma eficiente, isso teria repercussão significativa no âmbito do direito concorrencial: historicamente, a maior parte dos recursos destinados ao FDD decorrem de infrações à ordem econômica,[493] a partir de multas e acordos envolvendo o Cade.[494] Ora, conquanto a atuação do Cade tenha caráter sancionatório e não se confunda com a reparação coletiva ou individual de danos, os prejudicados poderiam ser indiretamente beneficiados com a observância da regra prevista no art. 7º, Decreto 1.306/1994.

Uma dessas possíveis repercussões positivas, especificamente em relação à reparação de danos no âmbito do direito concorrencial, seria a possibilidade de utilização dos recursos do FDD para o custeio de perícias. Essa possibilidade, ainda que controversa, tem sido aceita em julgados do TJ-SP e do STJ,[495] e poderia servir como uma solução para o alto custo envolvido na quantificação de danos decorrentes de infrações à ordem econômica.

Por sua vez, o segundo tipo de reparação fluida, realizado na forma específica, consiste em mecanismos que impõem a atuação do requerido no sentido de executar prestação que repare indiretamente os prejudicados.[496] A adoção desses mecanismos, além de legalmente permitida,[497] vem sendo defendida pela doutrina brasileira.[498] Não obstante,

---

[493] Em 2017, até o fim do mês de novembro, as infrações à ordem econômica correspondiam a 96,90% da arrecadação total do FDD [BRASIL. Ministério da Justiça. Fundo de Direitos Difusos (FDD). Arrecadação do FDD até novembro de 2017. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/anexos/recfdd2017-novembro.pdf. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 17]. De maneira mais geral, sobre a relação entre o FDD e a reparação de danos no âmbito do direito concorrencial, ver PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 244-247.

[494] Sobre os títulos executivos gerados pelo Cade e sua execução, ver TALAMINI, Eduardo. Efetivação judicial das decisões e compromissos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei Federal nº 8.884/1994). p. 1181-1243. In: DIDIER JR., Fredie; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1187 e ss.

[495] BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 30.812 – SP (2009/0213446-1) Relatora: Ministra Eliana Calmon, Brasília, DF, 18 de março de 2010; BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança nº 31.106 – SP (2009/0239946-9) Relator: Ministro Og Fernandes, Brasília, DF, 23 de novembro de 2011; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança nº 2048656-61.2017.8.26.0000 – SP (2048656-61.2017.8.26.0000). Relator: Maria Laura Tavares, São Paulo, SP, 02 de outubro de 2017; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança nº 2127110-55.2017.8.26.0000 – SP (2127110-55.2017.8.26.0000). Relator: Luiz Fernando Nishi, São Paulo, SP, 23 de outubro de 2017. Quanto ao tratamento do tema pela doutrina, ver HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos*. 2017. 178 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2017, p. 98-100.

[496] Sobre a tutela específica relativa a direitos individuais homogêneos, ver ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 320-322.

[497] Pode-se dizer até, à luz do art. 499, NCPC, que essa forma é preferida pelo sistema processual.

ela deve ser tratada com cuidado desde a perspectiva do direito concorrencial[499] por causa do que Tolosa denominou de "custos de mercado": "custos derivados de ineficiências de mercado que podem ser produzidas pelos mecanismos de *fluid recovery*".[500]

De fato, mecanismos de reparação fluida específica, como a redução de preços,[501-502] podem repercutir na demanda relacionada ao produto ou serviço afetado,[503] alterando

---

[498] Ver HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos.* 2017. 178 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2017, p. 137 e ss.

[499] Sobre a aplicação da reparação fluida no direito concorrencial, ver FOER, Albert A. Enhancing competition through the cy pres remedy: Suggested Best Practices. *The American Antitrust Institute Working Paper*, Washington, n.7, nov. 2007. Disponível em: https://www.antitrustinstitute.org/content/aai-working-paper-no-07-11-enhancing-competition-through-cy-pres-remedy-suggested-best. Acesso em: 24 dez. 2017; FOER, Albert A.; AMORE, Roberto. Cy pres as an antitrust remedy. *The American Antitrust Institute Working Paper*, Washington, n.5, out. 2005. Disponível em: http://www.antitrustinstitute.org/content/aai-working-paper-no-05-09-goals-antitrust-thoughts-consumer-welfare-us. Acesso em: 24 dez. 2017. Essa possibilidade também foi analisada em RENDA, Andrea (Org.). Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Centre for European Policy Studies (CEPS). Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf. Acesso em: 21 dez. 2017, p. 289-293.

[500] TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 87. Tradução livre de: "costos derivados de ineficiencias de mercado que pueden producir los mecanismos de *fluid recovery*". Quanto a outros custos, analisados em relação aos demais tipos de reparação fluida, ver TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 87-92.

[501] Um exemplo dessa solução é cogitado por Pierluigi Sabbatini que, ao analisar o caso de um cartel no mercado de massas na Itália, sugere o ressarcimento dos danos na forma específica por meio da redução (subsídio ou desconto) do preço [SABBATINI, Pierluigi. Interesse privato e interesse pubblico al risarcimento del danno antitrust. Disponível em: http://www.agcm.it/component/joomdoc/eventi/ventennale/VEN-0212Intervento-Sabbatini.pdf/download.html. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 6]. Apesar disso, o autor, além de estabelecer determinadas condições para que ela seja adotada, reconhece a existência de diversas objeções [SABBATINI, Pierluigi. Interesse privato e interesse pubblico al risarcimento del danno antitrust. Disponível em: http://www.agcm.it/component/joomdoc/eventi/ventennale/VEN-0212Intervento-Sabbatini.pdf/download.html. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 7-9].

[502] Poder-se-ia cogitar também de mecanismos que envolvam outras variáveis concorrenciais, como o aumento na quantidade de determinado produto.

[503] TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 88. Em alguma medida, apesar de se tratar de forma de reparação direta, o mesmo se aplica a cupons de descontos. Afinal, como envolve uma redução específica no preço, pode fazer com que prejudicados que não consumiriam o produto, façam-no como forma de se beneficiar da redução. Ainda assim, os "custos de mercado" tenderiam a ser menores do que no caso da redução de preços ou tarifas [TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 90].

completamente a dinâmica do mercado.[504] Conquanto eventuais consequências negativas pudessem ser mitigadas pelo estabelecimento de reduções de preço menores por um tempo mais longo, ou por imposições quanto ao volume da produção,[505] é questionável se os problemas da reparação fluida realizada nesses moldes seriam evitados. De um lado, porque os custos administrativos (para aperfeiçoar a medida específica) e de monitoramento (para assegurar seu cumprimento) seriam elevados;[506] de outro, porque, sob o pressuposto de efetivar uma tutela decorrente de infração à ordem econômica, estaria sendo produzida uma interferência artificial no mercado – que, em alguns casos, poderia afetar a concorrência tanto quanto a própria infração.

Desse modo, ainda que seja possível reconhecer circunstâncias em que tais medidas não teriam consequências representativas sob o prisma concorrencial,[507] em muitas outras os "custos de mercado" associados à reparação fluida da forma específica farão com que a solução prevista no art. 100, parágrafo único, CDC, seja mais adequada.

5.4 PROVA

A prova é um dos temas mais sensíveis no direito concorrencial. Isso se deve, em larga medida, à especificidade de algumas condutas anticompetitivas: o aspecto formal de legalidade (por exemplo, nos contratos de distribuição e na compra e venda de

---

[504] Para ficar em apenas alguns exemplos, caso a redução de preço seja imposta: (i) a apenas um dos agentes econômicos de um determinado mercado, pode levar à captação de novos consumidores; (ii) a um agente monopolista, pode haver aumento ou redução de sua produção; (ii) a todas as empresas de um mercado, podem ocorrer repercussões em mercados relacionados, reduções de produção como forma de minimizar eventuais prejuízos e estímulo à entrada de outros competidores [TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 89]. No último caso, porém, isso poderia representar uma externalidade positiva decorrente da tutela específica.

[505] TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 88-89.

[506] TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 88-89.

[507] O exemplo de Fernanda Homma são alguns casos de monopólio, como os decorrentes de concessão de serviço público [HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos.* 2017. 178 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2017, p. 142].

mercadorias), somado ao desconhecimento da ilicitude pelas vítimas,[508] faz com que seja muito difícil detectar sua ocorrência.[509] Ademais, em muitos casos as provas da ocorrência do ilícito se encontram com o próprio infrator, ou dependem de estudos econômicos complexos e de alto custo para serem obtidas.

Assim, as técnicas relativas a prova têm papel determinante para a demonstração dos requisitos necessários à reparação de danos no direito antitruste. Além disso, elas ocupam um papel central na relação entre o *private enforcement* e o *public enforcement*, envolvendo tanto o acesso a prova proveniente de processos administrativos do Cade quanto algumas das possíveis implicações do resultado desses processos nas demandas reparatórias.

O capítulo analisará as principais questões em matéria probatória que afetam as demandas reparatórias de danos causados por infrações à ordem econômica, subdividindo-se em sete tópicos. O primeiro examina o objeto da prova, de modo a determinar aquilo que precisa ser provado nessas demandas (5.4.1). O segundo trata do acesso a prova, considerando a tensão entre publicidade e sigilo, com particular atenção ao papel da autoridade administrativa (5.4.2). O terceiro analisa a relação entre o acordo de leniência e as demandas reparatórias na dinâmica do *enforcement* concorrencial (5.4.3). O quarto tópico estuda os mecanismos processuais para a otenção do acesso a prova (5.4.4). O quinto examina a denominada "prova econômica", figura que é considerada a principal forma de demonstração dos fatos alegados no âmbito do direito antitruste (5.4.5). O sexto investiga o ônus da prova, especialmente diante das possibilidades de sua dinamização (5.4.6). O sétimo e último tema a ser analisado diz respeito às presunções, considerando tanto as inferências probatórias realizadas pelo julgador quanto as presunções legais relativas, uma vez que ambas desempenham papel fundamental no direito concorrencial devido à dificuldade na obtenção de provas diretas (5.4.7).

---

[508] Ao contrário de um acidente de trânsito, em que o lesado sabe ter sido vítima de um ilícito que lhe causou dano, no caso do direito da concorrência, muitas vezes ele não tem meios sequer de descobrir que houve um ilícito.

[509] Nesse sentido, LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006, p. 456. Como explica Schinkel, "as violações ao direito concorrencial são diferentes dos crimes mais tradicionais como assassinato ou arrombamento, na medida em que condutas anticompetitivas geralmente não deixam vestígios óbvios". Tradução livre de: "Competition law violations are different from more traditional crimes, such as murder or burglary, in the sense that anticompetitive acts often leave no obvious traces" [SCHINKEL, Maarten Pieter. Forensic Economics in Competition Law Enforcement. *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper*. Amsterdam, n.2007-05. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1009573. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 7].

Este capítulo não analisará a questão dos standards de prova,[510] uma vez que esse tema não é previsto na legislação brasileira, tampouco desenvolvido na jurisprudência;[511] assim, sua análise, além de ser especulativa – o que desrespeitaria uma das premissas deste capítulo –, correria o risco de acrescentar pouco à compreensão do tema.[512]

5.4.1 Objeto da prova

A prova tem por objeto alegações de fato formuladas pelas partes.[513] Em uma demanda de responsabilidade civil, um enunciado causal simples que fundamente sua

---

[510] Sobre o standard de prova aplicável à prova econômica, ver LIANOS, Ioannis. "Judging" Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 123 e ss. Sobre o tema, no direito brasileiro, sustentando que o standard de prova nas demandas cíveis de cunho patrimonial é a preponderância das provas ou a probabilidade prevalente, ver Recena [COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e standards de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*: passado, presente e futuro. Malheiros Editores: São Paulo, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/6420515/Livre_Convencimento_e_Standards_da_Prova. Acesso em: 23 out. 2017].

[511] Não obstante, no direito concorrencial, o Conselheiro Luiz Fernando Schuartz entendeu que o standard das demandas reparatórias seria "probabilidade preponderante" (*balance of probabilities*), enquanto no caso da condenação administrativa de uma infração à ordem econômica seria a ausência de dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*) [BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.005669/2002-31. Representante: Ministério Público Federal – RS. Representadas: Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos – ANTV; Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e Pequenas e Micro Empresas de Transporte Rodoviário de Veículos – SINDICAM. Relator: Luis Fernando Schuartz. Brasília, DF, 21 nov. 2007]. Ver também NOMAN, Gustavo Lage. *Das provas em processo concorrencial*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8966. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 39 e ss.; GAVIL, Andrew I. Burden of proof in US Competition Law. *Issues in Competition Law and Policy* (ABA Section of Antitrust Law), 2008. Disponível em: http://www.masonlec.org/site/files/2011/09/Gavil-Issues-in-Competition-Burden-of-Proof-Chapter-2008.pdf. Acesso em: 12 abr. 2017, p. 125-157.

[512] Nesse sentido já se manifestou a Comissão das Comunidades Europeias, afirmando não existirem diferenças significativas entre o standard da prova aplicável ao direito concorrencial nos países anglo-saxões, onde o conceito é bem desenvolvido, e os demais países que apenas preveem a necessidade de a prova ser convincente [COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Annex to the Green Paper*: damages actions for breach of the EC antitrust rules. SEC (2005) 1732. Bruxelas, 2005, p. 25, par. 79]. Um possível exemplo dessa conclusão é a previsão de que será concedida a tutela da evidência quando "a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável" (art. 311, IV, CPC). Referido dispositivo impõe um standard probatório mais elevado para a concessão da tutela da evidência (ausência de dúvida razoável), tal como ocorre em alguns casos na *common law*.

[513] MARINONI, Luiz Guilherrme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 45. Como esclarece Taruffo: "consequentemente, no processo 'o fato' é em realidade o que se diz acerca de um fato: é a enunciação de um fato, não o objeto empírico que é o enunciado". Tradução livre de: "En consecuencia, en el proceso 'el hecho' es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es el enunciado" [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 114]. DINAMARCO,

propositura conterá ao menos três elementos que serão objeto de prova: "(i) o evento que se aponta como 'causa', (ii) o evento que se indica como 'efeito' e (iii) o nexo causal que liga esses dois eventos".[514-515] O autor da demanda, ao alegar a presença desses três elementos, estará afirmando que o réu cometeu um ato ilícito (i), que ele próprio, autor, sofreu um dano (ii) e que há uma relação de causalidade entre ambos (iii).

Esses elementos, que são definidos a partir das normas jurídicas que estabelecem os fatos relevantes para a produção dos efeitos jurídicos por elas previstos,[516] constituem o objeto de prova.

O pedido de indenização decorrente de ilícitos concorrenciais pode ter por fundamento tanto um ato ilícito absoluto, descrito no art. 36, LDC (responsabilidade civil extracontratual), quanto um ato ilícito relativo, fruto de violação contratual (responsabilidade civil contratual).[517] Em alguns casos, como em relação ao prejuízo sofrido por quem adquire um produto com sobrepreço de um membro de cartel, é difícil precisar qual o tipo de responsabilidade incidente.[518]

Na verdade, nos ilícitos concorrenciais em que há relação negocial entre o ofensor e a vítima, pode-se falar na concomitância de um ato ilícito relativo e de um ato ilícito

---

Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil – Volume III*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 57.

[514] CARPES, Artur Thompsen. A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *O novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 101.

[515] A culpa vem perdendo seu lugar na responsabilidade civil. Ver CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; CARPES, Artur Thompsen. A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord). *O novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 23-28. No direito concorrencial, ela é irrelevante, uma vez que as infrações previstas no art. 36, LDC, independem de culpa.

[516] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 97.

[517] Sobre o tema, no direito europeu, ver FERNÁNDEZ, Cani. Cuestiones de interés sobre la práctica internacional del Derecho de la Competencia. In: FONT I RIBAS, Antoni; GÓMEZ TRINIDAD, Silvia (coord.). *Competencia y acciones de indemnización*: actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 49-51. É importante notar que na hipótese de a demanda ter por fundamento violação contratual, a reparação apenas poderá ser reclamada em relação ao contratante, não sendo aplicável a responsabilidade solidária com outros agentes envolvidos na infração.

[518] MAGGI, Bruno Oliveira. O cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28012011-140203/pt-br.php. Acesso em: 18 abr. 2017, p. 112. Diferentemente, Cani Fernandez sustenta que quando nas demandas reparatórias também se discute a nulidade de contrato, o fundamento deve ser a responsabilidade contratual. Utiliza como exemplos os abusos de posição dominante em relações verticais e determinados acordos horizontais, como os de especialização. No entanto, defende que em caso de colusões horizontais (como cartéis) ou de abusos que não resultem de contrato entre infrator e vítima, a responsabilidade será extracontratual [FERNÁNDEZ, Cani. Cuestiones de interés sobre la práctica internacional del Derecho de la Competencia. In: FONT I RIBAS, Antoni; GÓMEZ TRINIDAD, Silvia (coord.). *Competencia y acciones de indemnización*: actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 50-51].

absoluto,[519] devido à múltipla incidência de normas jurídicas:[520] o suporte fático das duas espécies de responsabilidade seria preenchido pelos mesmos elementos.[521] Diferentemente do que ocorre em outros ordenamentos, o direito brasileiro não possui solução legislativa ou jurisprudencial para a questão.[522]

No direito inglês, por exemplo, a concorrência entre responsabilidade contratual e extracontratual é reconhecida, permitindo-se a escolha por parte do autor-credor.[523] Andrew Burrows vê duas justificativas para essa permissão: (i) a possibilidade de que uma das duas causas de pedir seja mais benéfica (seja por autorizar uma reparação maior, seja por evitar uma exceção que poderia ser deduzida pelo réu); e (ii) a possibilidade de que uma delas possua um prazo prescricional maior.[524]

No direito português, o Tribunal da Relação de Lisboa (2ª instância), analisando farto debate doutrinário, notou a questão e concluiu pela prevalência da responsabilidade contratual.[525] No entanto, rejeitou a ideia de que seriam pretensões ou causas de pedir distintas (a responsabilidade contratual e a extracontratual): "Quando o mesmo facto causa danos de diversa natureza, não se pode considerar que estejam fundamentadas pretensões distintas. Há uma única *causa petendi*: o dano. E a qualificação de contratual ou delitual

---

[519] No direito da concorrência espanhol, ver a distinção traçada por Helmut Brokelmann [BROKELMANN, Helmut. La responsabilidad civil por infracción de las normas de defensa de la competencia. In: FONT I RIBAS, Antoni; GÓMEZ TRINIDAD, Silvia (coord.). *Competencia y acciones de indemnización*: actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 104-108].

[520] Sobre o tema, ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte geral (tomo II). Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p. 218-226.

[521] Ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte geral (tomo II). Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p. 219.

[522] A ausência de solução definida não impede a conclusão de que não é permitida a dupla compensação (uma com fundamento no contrato e outra com fundamento em ilícito absoluto). Sobre o tema, no direito inglês, ver BURROWS, Andrew. *Remedies for torts and breach of contract*. 3 ed. Oxford: Oxford Press, 2004, p. 5.

[523] Burrows menciona a decisão do caso Henderson v Merrett Syndicates Ltd, tomada pela House of Lords em 1995, como principal precedente sobre o tema [BURROWS, Andrew. *Remedies for torts and breach of contract*. 3 ed. Oxford: Oxford Press, 2004, p. 5-7]. A escolha por parte do credor-autor, quanto a lei a exige, não precisa ser feita até o julgamento, podendo ser alterada em caso de descumprimento (United Australia Ltd v Barclays Bank [1941]) [BURROWS, Andrew. *Remedies for torts and breach of contract*. 3 ed. Oxford: Oxford Press, 2004, p.15]. Nesse caso, aparentemente, ambas as causas de pedir devem ser deduzidas e analisadas, não se possibilitando apenas que, se ambas forem procedentes, a compensação se dê em duplicidade.

[524] BURROWS, Andrew. *Remedies for torts and breach of contract*. 3 ed. Oxford: Oxford Press, 2004, p. 6-7.

[525] PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão do processo 512/10.8TCFUN.L1-2. Relatora Teresa Albuquerque. Lisboa, 27 set. 2012. *Jurisprudência*. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/378f8f0cf358eec180257afc00400bba?OpenDocument. Acesso em: 13 mar. 2017.

não altera a identidade do pedido".[526] O argumento, ainda que duvidoso, reforça o fato de que em muitos aspectos a qualificação quanto ao tipo de responsabilidade produz resultados indistintos.

Aparentemente, no direito brasileiro haveria a possibilidade de escolha entre as duas causas de indenização, tal como ocorre nas ações redibitórias.[527] Uma justificativa para tanto reside no fato de que na restituição por enriquecimento sem causa, em que a escolha não é possível, a lei expressamente prevê que não cabe a restituição quando "a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido" (art. 886, CC).[528] Sem previsão aplicável expressa ao direito concorrencial, portanto, não parece correto restringir as opções do lesado quanto à espécie de responsabilidade a ser pleiteada.

Em relação ao objeto da prova, deve-se notar que, embora utilizando fundamentos jurídicos distintos,[529] em ambos os casos as alegações de fato necessárias para o preenchimento do suporte fático são iguais.[530-531] Isso porque, no direito concorrencial, as infrações à ordem econômica (ilícitos absolutos) se configuram independentemente de culpa (art. 37, LDC), da mesma forma que ocorre com os ilícitos relativos.[532] Desse modo,

---

[526] PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão do processo 512/10.8TCFUN.L1-2. Relatora Teresa Albuquerque. Lisboa, 27 set. 2012. *Jurisprudência*. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/378f8f0cf358eec180257afc00400bba?OpenDocument. Acesso em: 13 mar. 2017.

[527] Nesse sentido, ver GABURRI, Fernando. A prescrição da pretensão de reparação por responsabilidade contratual decorrente da relação de consumo: um diálogo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. *Interfaces Científicas – Direito*. Aracaju, v.1, n.3, p. 109 – 119, jun. 2013, p. 114. Não fosse caso de escolha, prevaleceria o ilícito relativo. Ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalvanti. *Tratado de Direito Privado*: parte geral (tomo II). Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p. 226. Ver, em sentido contrário, MAGGI, Bruno Oliveira. *O cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28012011-140203/pt-br.php. Acesso em: 18 abr. 2017, p. 111-115.

[528] Ainda assim, a dita subsidiariedade do enriquecimento sem causa tem sido questionada pela doutrina. Ver SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*: o lucro da intervenção. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 145-146.

[529] Conforme explica Taruffo, os fatos que serão objeto de prova são identificados a partir de critérios jurídicos definidos pelas normas aplicáveis ao caso [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 91-92].

[530] Poder-se-ia dizer que, embora na causa de pedir próxima os fundamentos jurídicos sejam distintos (ilícito absoluto ou relativo), na causa de pedir remota (os fatos), que dá suporte ao fundamento jurídico e ao pedido (reparação por perdas e danos), são os mesmos.

[531] Em outros aspectos, contudo, há relevante distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, como no prazo prescricional – decenal no primeiro caso, trienal no segundo [sobre o tema, ver GABURRI, Fernando. A prescrição da pretensão de reparação por responsabilidade contratual decorrente da relação de consumo: um diálogo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. *Interfaces Científicas* – Direito. Aracaju, v.1, n.3, p. 109 – 119, jun. 2013]. Em matéria de prova, a existência de relação contratual entre as partes ou de cláusulas contratuais que violem o direito concorrencial pode repercutir, por exemplo, na distribuição do ônus probatório [ver tópico 5.4.6].

[532] Desse modo, é interessante notar o seguinte trecho do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal: "Mau grado em pouco se traduza, no tocante aos respectivos requisitos, a diferença entre os dois

havendo ou não relação negocial entre as partes, uma demanda reparatória de um ilícito concorrencial necessariamente fará referência aos três elementos mencionados (ato ilícito, dano e nexo causal). Em princípio, são eles que serão objeto de prova.[533-534]

In concreto, alguns desses fatos podem não ser objeto de instrução probatória, por terem sido alegados por uma das partes e confessados (art. 374, II, CPC)[535] ou não impugnados pela outra, caso em que serão reputados incontroversos (art. 341 e 374, III, CPC). Nesse sentido, diz-se que são objeto de prova os fatos controvertidos e relevantes.[536] "A necessidade de provar é gerada pela *controvérsia* sobre fatos",[537] salvo nos casos em que o litígio versar sobre direitos indisponíveis (art. 392) ou "quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato" (art. 406, CPC).[538] Além disso, é insuscetível de prova o fato irrelevante, pois "com ou sem ele, a decisão será a mesma".[539] Por fim, também se costuma excluir do objeto da prova os fatos notórios (art. 374, I, CPC)[540] e aqueles "em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade" (art. 374, IV, CPC)[541] – essa última hipótese merece ressalvas que serão analisadas oportunamente.[542]

---

tipos de responsabilidade civil, contratual e extracontratual, certo é que no que concerne ao ónus da prova existe entre ambas uma diferença fundamental; na responsabilidade civil obrigacional a culpa presume-se, o que não sucede na responsabilidade extracontratual ou aquiliana onde cabe ao lesado provar a culpa do lesante". [PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do processo 1674/07.7TVLSB.P1.S1. Relator: Távora Victor. Lisboa, 23 fev. 2012. *Jurisprudência*. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0 ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3822fe18e4617a1b802579b90053f603?OpenDocument. Acesso em: 15 mar. 2017].

[533] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 89.

[534] A depender das defesas formuladas pelo réu, outros elementos podem ser objeto de prova.

[535] Sobre o tema, ver tópico 5.4.7.

[536] SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*: vol. IV (art. 332 a 475). 4 ed., atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 32. Paulo Osternack Amaral fala em fatos controvertidos e pertinentes [AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32].

[537] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil – Volume III*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 58.

[538] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 61.

[539] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 64.

[540] Segundo Marinoni e Arenhart, "um fato pode ser considerado notório (em termos gerais) quando faz parte da cultura do 'homem médio' situado no lugar e no momento em que a decisão é proferida". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 136.

[541] Sobre o tema, ver Presunções e Prova, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de Direito Processual*: Primeira série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 67.

[542] Ver tópico 5.4.7.

De outra perspectiva, em alguns casos, fatos que não pertencem ao suporte fático das normas invocadas pela parte e que inicialmente não teriam pertinência à causa podem se tornar relevantes caso permitam a demonstração de outro fato relevante.[543] A partir disso, a doutrina, tendo como referência o suporte fático da norma, distingue os fatos que serão objeto de prova em principais e secundários.[544] Quanto ao objeto da prova em si, fala-se, respectivamente, em prova direta e indireta.[545]

Principais são os fatos descritos pela norma jurídica, os elementos que compõem o suporte fático para sua incidência; no processo, são os fatos constitutivos do direito do autor, bem como os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos alegados pelo réu.[546] Nas palavras de Taruffo, "representam a condição ou o pressuposto para a verificação dos efeitos jurídicos previstos pela norma".[547] Quanto a esses fatos, ditos probandos, há um ônus de alegação para as partes,[548] e as provas que a eles se refiram são denominadas diretas.[549]

Secundários, por sua vez, são fatos não qualificados juridicamente, que importam ao processo na medida em que permitem a elaboração de um juízo com relação a um fato

---

[543] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 68.

[544] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 119 e ss.

[545] Segundo Cândido Dinamarco, "prova direta é aquela que incide sobre os próprios fatos relevantes para o julgamento (*facta probanda*) – como a culpa e o dano nos litígios de responsabilidade civil [...]"; indireta é "[...] a prova de fatos que em si mesmos não teriam relevância para o julgamento, mas valem como indicação de que o fato relevantes devem ter acontecido – e tais são os *indícios*, ou *fatos-base*, sobre os quais o juiz se apoia [...] para tirar conclusões sobre o *fato probando"* [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 91]. No mesmo sentido, SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*: vol. IV (art. 332 a 475). 4 ed, atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 5; DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedentes, v.2. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 74. Como explica Taruffo, essa distinção não é ontológica, mas funcional e relacional [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 456-457].

[546] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 119. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil – Volume III*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 64.

[547]TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 120. "[...] [os fatos principais] representam a condição ou o pressuposto para a verificação dos efeitos jurídicos previstos pela norma." Tradução livre de: "[…] [los hechos principales] representan la condición o el presupuesto para la verificación de los efectos jurídicos previstos por la norma".

[548] MARINONI, Luiz Guilherrme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 251.

[549] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 455.

principal.[550] Servem para convencer o juiz de que afirmações relativas a um fato principal são verdadeiras.[551] Para tanto, exigem inferências que permitam tal conclusão quando o fato secundário é tomado como premissa.[552] Nesse sentido, fala-se em indícios[553] e em prova indiciária[554] ou indireta:[555] fatos secundários que, provados nos autos (são, pois, também objeto de prova), permitem uma inferência lógica[556] a respeito da existência de um fato primário.[557]

Diferentemente do ilícito e do dano, que se caracterizam como eventos empíricos específicos, a relação de causalidade entre eles não depende da mera associação dos eventos: "O nexo causal *stricto sensu* não é um evento empírico observável ou perceptível como todos os demais acontecimentos que compõem o complexo do enunciado causal ['x causou y']";[558] sua prova demanda raciocínio lógico-inferencial a partir da prova do ilícito e do dano,[559] bem como de eventuais outros indícios capazes de permitir a conclusão de que entre eles há uma relação de causalidade adequada.[560] Também muitas das provas que têm por objeto ilícitos concorrenciais são indiciárias devido à dificuldade na obtenção de

---

[550] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 120.
[551] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 251.
[552] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 123.
[553] Em verdade, segundo Taruffo, fatos secundários são assim definidos apenas negativamente, isto é, como todo fato não principal [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 123]. Dentre eles, apenas alguns permitirão inferências sobre a veracidade de alegações de fato principais; apenas alguns servirão como indícios.
[554] DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedentes, v.2. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 74.
[555] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 457.
[556] Parcela da doutrina denomina esta inferência de "presunção judicial": "tem-se aqui a dedução da ocorrência de um fato pela verificação (prova) de outro fato, através de raciocínio executado, exclusivamente pelo juiz – sem qualquer interferência *apriorística* do legislador" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 293].
[557] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 294.
[558] CARPES, Artur Thompsen. A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *O novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 101.
[559] CARPES, Artur Thompsen. A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *O novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 101.
[560] CARPES, Artur Thompsen. A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *O novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 102.

provas relativas a fatos primários: o paralelismo de preço que não se justifica pela estrutura de mercado, por exemplo, pode ser utilizado como indício de conluio.[561-562]

Tomando como pressupostos essas linhas gerais quanto ao objeto da prova em matéria concorrencial, e dentro desses limites, os próximos tópicos analisam outras técnicas relativas a prova vigentes no direito brasileiro.

5.4.2 Acesso a prova

O acesso a prova é a conexão mais tênue que pode haver entre o *private enforcement* e o *public enforcement*: obtidas as provas pelo Cade,[563] o acesso a elas por parte dos lesados depende apenas de um papel passivo por parte da autoridade antitruste. Isso ocorre quando um terceiro interessado tem acesso a processo administrativo por decisão do Cade ou em cumprimento a determinação judicial; ou, ainda, a processo judicial que tenha por objeto busca e apreensão solicitada pelo Cade, revisão judicial de decisão condenatória, demanda reparatória envolvendo terceiros, entre outros.

A questão do acesso a prova se insere na tensão entre publicidade e sigilo (ou segredo de justiça) dos atos processuais administrativos e judiciais.[564] Essa tensão é evidente no contexto do direito da concorrência, seja porque diversos atos realizados pelo Cade precisam ser protegidos por sigilo para garantir o sucesso da investigação de infrações à ordem econômica, seja porque muitas vezes os processos contêm informações

---

[561] Sobre o tema, Laura Parret afirma que "Onde o segundo elemento está envolvido, presunções podem entrar em jogo: pode-se assumir que, se companhias trocam informações, usam isso para determinar seu comportamento de mercado. Portanto, o comportamento paralelo deve ser considerado como relacionado a esta troca de informações e, consequentemente, o resultado de conluio." Traduzido do original: "Where the second element is concerned, presumptions can come into play: it can be assumed that if companies exchange information that they use this to determine their market behaviour. Therefore parallel behaviour may be assumed to be related to this exchange of information and thus the result of collusion.". [PARRET, Laura. Sense and nonsense of rules on proof in cartel cases. *TILEC Discussion Paper*, v.4, jan. 2008. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1088959. Acesso em: 11 mar. 2017].

[562] Sobre o tema, NOMAN, Gustavo Lage. *Das provas em processo concorrencial*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8966. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 61-62.

[563] Por uma análise detalhada da prova no âmbito dos processos administrativos do Cade, ver RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 89 e ss.

[564] MANTAS, Stanevicius. Cartel File Disclosure to Damage Claimants: AG Opinion in Donau Chemie. *Journal of European Competition Law & Practice*, v.4, n.4, ago. 2013, p. 322. Sobre o tema no âmbito do direito concorrencial brasileiro, ver BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial*: perspectiva instrumentalista. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/ disponiveis/2/2137/tde-15032013-084457/pt-br.php. Acesso em: 15 abr. 2017, p. 195-202.

sensíveis do ponto de vista industrial e concorrencial. Relaciona-se com essa tensão a ideia de que o acesso a prova em determinadas condições poderia criar um risco ao sucesso do programa de leniência desenvolvido pela autoridade concorrencial.[565]

A autoridade concorrencial costuma ter melhores condições para obter provas do que os lesados,[566] especialmente por ter à sua disposição instrumentos investigativos (art. 13, IV, d, LDC)[567] e mecanismos consensuais de detecção (como o acordo de leniência e, em certa medida, o TCC[568]).[569]

Assim, como há grande dificuldade, por parte dos lesados, na obtenção da prova de determinadas infrações à ordem econômica, e como determinadas atividades probatórias, especialmente perícias, podem ter elevado custo e complexidade,[570] o acesso a prova pode assumir um papel bastante relevante em demandas reparatórias. Afinal, na falta de regras de ônus da prova ou presunções legais favoráveis aos lesados, o acesso a prova pode ser o único meio de possibilitar que eles tenham alguma chance de comprovar seus direitos e obter reparação.[571] Não por acaso, a doutrina processual reconhece um direito autônomo à prova, que consiste precisamente na "garantia de acesso, descoberta e

---

[565] GÓMEZ TRINIDAD, Sílvia. El sistema de clemencia y el procedimiento judicial civil por daños ante la infracción de las normas de defensa de la competencia. In: FONT I RIBAS, Antoni; VILÀ COSTA, Blanca (coord.). *La indemnización por infracción de nomas comunitarias de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 222.

[566] WILS, Wouter P. J. Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?. *World Competition*. Países Baixos, v.26 (3), 2003. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228261623_ Should_Private_Antitrust_Enforcement_Be_Encouraged_in_Europe. Acesso em: 23 mar. 2017, p. 11.

[567] Isto é verificado, de modo bastante óbvio, pelas medidas de busca e apreensão de documentos que são promovidas pela Procuradoria Federal junto ao Cade. Ver BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Relatório de gestão do exercício de 2013. Brasília, mar. 2014. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2013/relatorio_de_gestao_de_2013_cade_v1.pdf/view. Acesso em: 15 abr. 2017, p. 110. "No ano de 2013, o Cade propôs 73 (setenta e três) novas ações, entre as quais, 38 (trinta e oito) Execuções Fiscais, 28 (vinte e oito) Execuções de Obrigação de Fazer e 7 (sete) Busca e Apreensões".

[568] Guilherme Ribas atenta para o fato de que, quando "[…] além de confessar, o compromissário atribuir a coautoria da infração a terceiros, e apresentar provas de suas alegações […]" estar-se-á diante de "uma espécie de 'acordo de leniência', sem os benefícios da leniência propriamente dita […]" [RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 122].

[569] ORTIZ BAQUERO, Ingrid S. *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*: los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia. Madrid: La Ley, 2011, p. 47-48.

[570] ORTIZ BAQUERO, Ingrid S. *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*: los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia. Madrid: La Ley, 2011, p. 49. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/ actionsdamages/files_white_paper/citizen_pt.pdf>. Acesso em: 06 out. 2016, p. 1.

[571] CAMARGO GOMES, Adriano; GARIBALDI, Fernanda. The relationship between public and private enforcement: access to evidence, burden of proof and legal presumptions. In: IBRAC. *Brazilian Antitrust Law (Law N.º 12,529/11): 5 years.* São Paulo, IBRAC, 2017, p. 285- 296. No prelo.

documentação de certos fatos mediante a intervenção estatal, de forma desvinculada de um outro pleito de provimento jurisdicional".[572]

Este subcapítulo se subdivide em dois tópicos: a publicidade no processo administrativo e judicial (5.4.2.1); e as hipóteses de tratamento restritivo da publicidade no direito concorrencial (5.4.2.2).

5.4.2.1 Publicidade como preceito geral

A publicidade é princípio constitucional da Administração Pública (art. 37, *caput*, CF/88) e do processo (art. 93, IX, CF/88). Dele decorrem direitos fundamentais de acesso a informação no âmbito administrativo e jurisdicional, como "receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral" (art. 5º, XXXIII, CF/88), ou obter "certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal" (art. 5º, XXXIV, b, CF/88). Além disso, a lei, salvo em situações excepcionais, não pode restringir a publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, CF/88). Há, pois, um arcabouço normativo que estabelece a "publicidade como preceito geral e [o] sigilo como exceção" (art. 3º, I, LAI).[573]

Enquanto direito fundamental, a publicidade tem um caráter normativo dúplice, atuando como regra e como princípio.[574] No primeiro caso, a publicidade é uma determinação que pode ou não ser cumprida[575] e que é restringida por algumas cláusulas de exceção formuladas em termos gerais e abstratos (as hipóteses de sigilo que serão examinadas no tópico seguinte).[576] Há, contudo, certa incompletude na formulação da publicidade como regra, justamente porque as cláusulas de exceção que importam sigilo

---

[572] YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 234.
[573] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 18 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 147.
[574] ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 135 e ss.
[575] ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 87. DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 46.
[576] ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 88-89. DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 48.

são, no mais das vezes, decorrência da aplicação de outros princípios (interesse público, intimidade, etc.).[577]

Tomada na sua dimensão de princípio, a publicidade é mandado de otimização, devendo ser realizada na maior medida possível – embora condicionada a aspectos fáticos e jurídicos.[578] Ademais, junto a outros princípios, a publicidade pode servir para a criação de cláusulas de exceção concretas, que tenham como ponto de partida uma situação fática específica que justifique o afastamento de regras que prevejam hipóteses de sigilo.[579] É possível perceber, pois, a existência de uma tensão entre, de um lado, princípios que justificam a publicidade e que são por ela realizados (como transparência e *accountability*[580]), e, de outro, princípios de justiça procedimental (como legalidade, proporcionalidade e certeza jurídica), que podem ser violados quando da concretização da publicidade.[581-582]

---

[577] ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 137.

[578] ALEXY, Robert. *On the structure of Legal Principles*. Ratio Juris, Oxford, v.13, n.3, p. 294-304, set. 2000, p. 295. DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 50.

[579] ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 99-100.

[580] Para além de sua importância quanto ao acesso a prova, a publicidade é elemento essencial ao controle democrático das decisões (*accountability*); isto é, ao controle dos atos praticados com exercício de poder, sejam eles administrativos ou processuais [MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral, parte especial. 13 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 82.]. No mesmo sentido, MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 18 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 146. MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 884]. Afinal, é o cumprimento do princípio da publicidade que permite o acesso ao conteúdo dos atos decisórios e, mais especificamente, à sua motivação [Sobre o tema, ver LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2 ed, rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 327 e ss.].

[581] YEUNG, Karen. Is the use of informal adverse publicity a legitimate regulatory compliance technique?. Paper apresentado ante o Australian Institute of Criminology Conference. St Anne's College, Oxford University, 2002. Disponível em: http://www.aic.gov.au/media_library/conferences/regulation/yeung.pdf. Acesso em: 12 jan. 2017, p. 42-43.

[582] Yeung, se refere a três principais elementos fáticos a serem considerados em relação a essa tensão: a natureza (mais ou menos punitiva), o conteúdo (mais ou menos indutor da culpabilidade) e o momento (antes, durante ou depois do processo) da divulgação [YEUNG, Karen. Is the use of informal adverse publicity a legitimate regulatory compliance technique?. Paper apresentado ante o Australian Institute of Criminology Conference. St Anne's College, Oxford University, 2002. Disponível em: http://www.aic.gov.au/ media_library/conferences/regulation/yeung.pdf. Acesso em: 12 jan. 2017, p. 42-43]. Sobre a questão do momento da divulgação, Yeung afirma: "Mas enquanto a publicidade iniciado pelo regulador após o processo, chamando atenção para o julgamento da corte, pode contribuir para a compreensão do público sobre a legislação relevante, promovendo assim certeza e estabilidade no direito e na sua aplicação, isso pode não ser verdade para a publicidade antes do processo". Tradução livre de: "But while regulator-initiated post-trial publicity drawing attention to the court's judgment may contribute to public understanding of the relevant laws, thereby promoting certainty and stability in the law and its application, this may not hold true for pre-trial publicity." [YEUNG, Karen. Is the use of informal adverse publicity a legitimate regulatory compliance technique?. Paper apresentado ante o Australian Institute of Criminology Conference. St Anne's

A previsão do sigilo como cláusula de exceção demanda que as decisões que o determinarem ou que limitarem acesso a materiais requisitados sejam fundamentadas (art. 7º, § 4º, LAI). Afinal, quando a cláusula de exceção que impõe o sigilo decorre da ponderação de princípios, é imprescindível a observância de uma argumentação racional.[583] O mesmo vale para a publicidade nas hipóteses mais restritas em que ela fundamenta a cláusula de exceção à regra do sigilo.

Além de direito fundamental do administrado,[584] a publicidade é imprescindível ao cumprimento de outros princípios, sendo elemento essencial à democracia,[585] "consequência necessária do caráter democrático da administração da justiça"[586] – em verdade, de toda a administração pública.[587] Não por acaso, a publicidade é considerada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto o "mais importante princípio instrumental" no âmbito do direito público.[588] Nessa medida, os demais princípios são razões para outras normas[589] que positivam o princípio e as regras relativas à publicidade.

No caso do direito concorrencial, o acesso a informação por qualquer cidadão tem especial relevância pelo fato de que o Cade protege bens jurídicos titularizados pela coletividade (art. 1º, parágrafo único, Lei 12.529/2012): para que a sociedade possa controlar se a autarquia exerce adequadamente seu mandato legal, é necessário que tenha acesso às razões que ela utiliza em suas decisões.[590]

College, Oxford University, 2002. Disponível em: http://www.aic.gov.au/media_library/conferences/regulation /yeung.pdf. Acesso em: 12 jan 2017, p. 39]

[583] Ver, resumidamente, ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 529 e ss.

[584] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral, parte especial. 13 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 82.

[585] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 18 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 146.

[586] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 747.

[587] MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 548-549.

[588] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral, parte especial. 13 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 82.

[589] ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 102.

[590] Nas famosas linhas do Ministro da Suprema Corte Estadunidense, Louis D. Brandeis, oferecidas como uma das soluções para lidar com a cartelização e os preços excessivos praticados no mercado bancário, "a publicidade é justamente recomendada como um remédio para doenças sociais e industriais. Diz-se que a luz do sol é o melhor dos desinfetantes; a luz elétrica o mais eficiente policial". Tradução livre de: "Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman." BRANDEIS, Louis D. Other people's Money: chapter v. *University of Louisville*, 1914. Disponível em: http://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/other-peoples-money-chapter-v. Acesso em: 2 de mar. de 2016.

No plano infraconstitucional, a LAI, que regulamenta o art. 5º, XXXIII, o art. 37, § 3º, II, e o art. 216, § 2º, CF/88, reforça a publicidade ao determinar que "é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação [...] mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão" (art. 5º, LAI).

No processo civil, a publicidade é tratada como norma fundamental, regra para todos os julgamentos do Poder Judiciário (art. 11, CPC), devendo ser observada pelo juiz ao aplicar o direito (art. 8º, CPC). São públicas as audiências (art. 389, CPC) e os atos processuais (art. 189, *caput*, CPC). No processo, a publicidade é requisito formal de validade;[591] é ela que garante a possibilidade de conhecimento dos atos processuais (e eventual presença no momento em que eles forem praticados) não apenas pelos interessados, como também por todos os membros da sociedade.[592]

No âmbito administrativo, o princípio da publicidade também está positivado na legislação infraconstitucional: a lei determina a "divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição" (art. 2º, parágrafo único, V, Lei 9.784/99). Esse dispositivo rege a forma dos atos administrativos,[593] sendo requisito de sua validade.[594] Assim, a LDC prevê que as sessões do Tribunal do Cade (art. 51, II, LDC), suas decisões (art. 79, parágrafo único, LDC) e os TCCs celebrados (art. 85, § 7º) serão públicos. Não poderia ser diferente: todos os atos do Cade devem ser públicos, salvo se houver dispositivo que justifique restrição à publicidade.

O RICade prevê três tratamentos limitativos da publicidade: acesso restrito ("exclusivo à parte que os apresentou, aos Representados, conforme o caso, e às pessoas autorizadas pelo Cade" – art. 50, II, RICade),[595] sigiloso ("exclusivo às pessoas autorizadas

---

[591] TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. *Constituição de 1988 e processo*: regramentos e garantias constitucionais. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 73.

[592] TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. *Constituição de 1988 e processo*: regramentos e garantias constitucionais. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 72. No mesmo sentido, MILLAR, Robert Wyness. The formative principles of Civil Procedure. *Illinois Law Review*, v.18, 1923-1924, p. 157. "No seu sentido mais amplo, o princípio da publicidade determina que os procedimentos devem ser abertos não apenas para as partes e seus consultores jurídicos, mas a todas as pessoas de boa conduta, diretamente interessadas ou não, que decidam comparecer". Tradução livre de: "In its widest sense, the principle of publicity dictates that the proceedings themselves shall be open not only to the parties and their legal advisers but to all properly conducted persons, whether directly interested or not, who choose to attend".

[593] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral, parte especial. 13 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 82.

[594] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 215.

[595] Ainda, de acordo com o art. 50, LDC, "A Superintendência-Geral ou o Conselheiro-Relator poderá admitir a intervenção no processo administrativo de: I - terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; ou II - legitimados à propositura de ação civil pública pelos incisos III e IV do art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990".

pelo Cade e às autoridades públicas responsáveis por proferir parecer ou decisão" – art. 50, III, RICade) e segredo de justiça ("acesso limitado nos termos de decisão judicial" – art. 50, IV, RICade).[596] Durante a tramitação do processo, pode haver alterações no regime de publicidade:[597] via de regra, iniciando com maior sigilo e avançando em direção à publicidade.

As restrições de acesso público podem ser compreendidas a partir de um espectro que tem, de um lado, a publicidade irrestrita e, de outro, o segredo (hipótese de sigilo em que apenas quem produziu determinada informação tem acesso a ela). Enquanto o tratamento sigiloso se aproxima consideravelmente desse último extremo, o tratamento de acesso restrito e o segredo de justiça (ao conferirem acesso apenas à autoridade e às partes do processo administrativo ou judicial)[598] são menos restritivos.[599] No processo (administrativo ou judicial), quando é oportunizado o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), não se cogita da ausência de publicidade: a parte deve ter acesso aos autos.[600]

Robert Millar, partindo das ideias de Arthur Engelmann, distingue o regime de publicidade a partir das disjuntivas imediata-mediata e geral-parcial.[601] De acordo com a primeira, a publicidade pode decorrer da acessibilidade direta ao processo (publicidade imediata) ou da acessibilidade ao conteúdo do processo apenas por meio de um relatório ou decisão (publicidade mediata).[602] De acordo com a segunda, o processo pode ser

---

[596] Essa classificação, equivocadamente, combina critérios distintos: extensão (acesso restrito e sigilo) e origem (judicial ou não) do tratamento restritivo.

[597] Por exemplo, na fase investigatória pode ser observado o tratamento sigiloso, que se transforma em tratamento de acesso restrito quando se permite o acesso só às partes, passível de nova ampliação da publicidade com a admissão de eventual intervenção de terceiros interessados, culminando em tratamento público posterior à decisão da autoridade.

[598] O mesmo pode ser dito de outras hipóteses de restrição, como a não qualificação de testemunha ou não descrição dos atos por ela praticados, previstas no art. 6º, IV e VIII, Lei 9.807/99.

[599] No âmbito do texto, todas as formas de restrição de acesso público serão denominadas em conjunto como hipóteses de tratamento restritivo.

[600] No Brasil não há, como no *Closed Material Proceeding* do direito inglês, a previsão de um processo que tramite sem que a parte tenha acesso a determinadas provas. Sobre o tema, ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on civil procedure*: principles of practice. 3 ed. London: Sweet and Maxwell, 2013.

[601] MILLAR, Robert Wyness. The formative principles of Civil Procedure. *Illinois Law Review*, vol. 18. 1923-1924, p. 157. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 747. Gilmar Mendes distingue a publicidade plena da restrita [MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 548].

[602] Exemplo de publicidade mediata em casos de segredo de justiça encontra-se no art. 189, § 2º, CPC: "o terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação".

acessível a todos (publicidade geral) ou apenas para as partes e seus procuradores[603] (publicidade parcial).[604] O Cade, diferentemente do que ocorre no processo judicial, costuma se valer com grande frequência não apenas da publicidade parcial como também da publicidade mediata: muitos dos processos são de acesso restrito às partes e seus procuradores (publicidade parcial e imediata); ao público divulga-se apenas uma versão de determinadas decisões (publicidade mediata), em que diversos trechos são classificados como de acesso restrito.[605]

5.4.2.2 Sigilo como exceção

Como dito, os processos que tramitam perante o Cade são públicos, salvo se houver norma capaz de justificar o sigilo.[606] Assim, no ordenamento brasileiro, há diversas disposições (regras e princípios) que regulam a restrição à publicidade. A multiplicidade de normas e a necessidade de interpretação de muitas delas faz com que a análise das hipóteses de tratamento sigiloso seja muito mais detalhada do que aquela destinada à publicidade.

O art. 5º, XXXIII, CF/88, que estabelece o direito fundamental de obter informações, prevê a possibilidade de sigilo quando ele for "imprescindível à segurança da sociedade e do Estado". Esse dispositivo é utilizado pela Lei de Acesso à Informação para definir informação sigilosa como "aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado" (art. 4º, III, LAI). As hipóteses em que informações podem ser submetidas – ou, na

---

[603] É o que se prevê nos processos que tramitam sob segredo de justiça (art. 189, § 1º, CPC).

[604] MILLAR, Robert Wyness. The formative principles of Civil Procedure. *Illinois Law Review*, vol. 18, 1923-1924, p. 157. Também, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Vol I (Arts. 1 – 152). Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947, p. 161.

[605] Nesse sentido, dispõe o art. 55, § 3º e § 4º, RICade: "§ 3º Deferido o acesso restrito total de documentos, objetos e informações, estes serão juntados em autos apartados, anotados com a expressão 'ACESSO RESTRITO', devendo nos autos principais ser certificado o ocorrido, registrando-se o número de protocolo do pedido, a data e a hipótese regimental que se enquadra".
§ 4º No caso de informações de acesso restrito que constem do corpo de petição, manifestação, requerimento ou parecer, o interessado deverá apresentar: I - uma versão integral, identificada na primeira página com o termo 'VERSÃO DE ACESSO RESTRITO', que será autuada em apartado dos autos principais, após deferimento pela autoridade competente, e mantida como de acesso restrito até ulterior decisão; e II - uma versão identificada na primeira página com o termo 'VERSÃO PÚBLICA', que será, desde logo, juntada aos autos principais, devendo conter elementos suficientes para o exercício do contraditório e da ampla defesa e ser editada com marcas, rasuras ou supressões, de modo a omitirem-se estritamente os números, as palavras, ou quaisquer outros elementos reputados de acesso restrito".

[606] De início, é importante notar que sob a denominação genérica de "sigilo" ou "informação sigilosa" são albergadas formas bastante distintas de "restrição de acesso público" (art. 4º, III, LAI).

terminologia legal, classificadas – a tal restrição são previstas no art. 23, LAI.[607] Duas têm especial relevância em relação ao Cade: a classificação de informações capazes de (i) "oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País" (art. 23, IV, LAI), ou de (ii) "comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações" (art. 23, VIII, LAI).

Para que a primeira hipótese se configure, informações relativas a um ato de concentração ou a uma infração à ordem econômica devem possuir magnitude suficiente para afetar de modo considerável a economia brasileira.[608] A hipótese é muito pouco frequente e, portanto, raramente aplicável – como aliás são, em geral, as situações em que há risco imediato à segurança da sociedade ou do Estado –,[609] não merecendo maiores digressões.

A segunda hipótese, por outro lado, é expressamente prevista na LDC, que determina o tratamento sigiloso de material quando "necessário à elucidação dos fatos" (art. 49, LDC), e tem sido frequentemente utilizada pelo Cade.[610] O dispositivo prevê esse tratamento apenas para o inquérito e o processo administrativo, mas, apesar da ausência de menção expressa, essa hipótese também é aplicável ao procedimento preparatório (art. 66, § 10). Nesse caso, inclusive, o tratamento sigiloso é a regra: a publicidade depende de decisão da Superintendência-Geral do Cade (SG) em sentido contrário ao sigilo (art. 139, § 1º, RICade). Tramitando no Tribunal, o procedimento preparatório e o incidente de avocação podem ter tratamento sigiloso, a critério do Conselheiro-Relator (art. 140, § 3º). O tratamento restritivo também pode ser conferido ao inquérito administrativo a critério da

---

[607] Essas hipóteses não excluem as demais existentes na legislação relativas a sigilo, segredo de justiça e, em especial, ao segredo industrial relacionado com a exploração de atividade econômica (art. 22, LAI) – as quais serão examinadas na sequência.

[608] As informações oriundas da Operação Lava-Jato, operação que investiga diversos atos de corrupção envolvendo políticos, empresas públicas e da construção civil, não foram classificadas nessa hipótese, tendo sido publicizadas. A Lava-Jato identificou 38 bilhões de reais em desvios, já tendo recuperado 10 bilhões de reais Em três anos Lava Jato identificou R$ 38 bilhões em desvios. Zero Hora. Rio Grande do Sul, 16 de março de 2016. Investigações. Disponível em: http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/politica/noticia/2017/03/em-tres-anos-lava-jato-identificou-r-38-bilhoes-em-desvios-9749610.html. Acesso em: 16 mar. 2016. O mesmo ocorreu em relação à Operação Carne Fraca, com reconhecido impacto no mercado interno e externo. Governo tenta reduzir impactos da operação Carne Fraca no mercado. Jornal Hoje, Rio de Janeiro, 18 de março de 2017. Economia. Disponível em: http://g1.globo.com/economia/noticia/governo-tenta-reduzir-impactos-da-operacao-carne-fraca-no-mercado.ghtml. Acesso em: 18 mar. 2017.

[609] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 146.

[610] Veja-se os argumentos deduzidos em BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 mar. 2016, p. 5.

SG (art. 66, § 10 e art. 141, § 1º, RICade) ou, no Tribunal, do Conselheiro-Relator (art. 67, § 3º, LDC e art. 145, § 6º, RICade).[611]

No processo administrativo, a necessidade de tratamento sigiloso "no interesse das investigações e instrução processual" (art. 52, RICade) pode decorrer da possibilidade de a SG se valer de seus poderes instrutórios (art. 72, LDC),[612] por desígnio próprio ou determinação do Tribunal (arts. 67, § 2º, II, e 76, LDC). Contudo, aqui o sigilo deve ser compatibilizado com o exercício, pelo representado, do contraditório e da ampla defesa quanto às conclusões do inquérito administrativo (art. 69, LDC). Nesse sentido, o art. 52, parágrafo único, RICade, prevê ao representado o "pleno acesso aos documentos utilizados para a formação da convicção do Cade".[613]

O art. 86, § 9º, LDC, por sua vez, prevê o tratamento sigiloso da proposta de acordo de leniência como regra, "salvo no interesse das investigações e do processo administrativo".[614] Trata-se de uma das poucas hipóteses em que o sigilo é a regra, sendo sua obrigatoriedade imposta pelo legislador.[615] Quanto ao TCC, a proposta apresentada poderá ter caráter confidencial (art. 85, § 5º, LDC) e, em caso de não celebração de acordo "todos os documentos serão devolvidos ao proponente" (art. 179, § 6º, RICade), não podendo "ser utilizados para quaisquer fins" (art. 179, § 7º, RICade). Ainda que o TCC seja autuado em apartado, eventual tratamento restritivo depende do "interesse das investigações" no procedimento principal que estiver em curso. Caso não se verifique essa hipótese, nada obsta que o proponente do TCC deixe de requerer a confidencialidade e

[611] Apesar dessa possibilidade de, sob esse fundamento, reportar-se às hipóteses do art. 23, LAI, no site do Cade consta a seguinte declaração: "O Conselho Administrativo de Defesa Econômica informa que não possui informações classificadas e/ou desclassificadas nos termos do § 1º do artigo 24 da Lei nº 12.527/2011" [BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Informações Classificadas. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/informacoes-classificadas. Acesso em: 13 jan. 2018].

[612] Os poderes instrutórios da SG são previstos no art. 13, VI, LDC.

[613] Como o dispositivo estipula a concessão de acesso "antes do encerramento da instrução no processo administrativo", a previsão de acesso quanto "aos documentos utilizados para formação da convicção do Cade" apenas pode ser entendida como uma referência à decisão que instaurar o processo administrativo e à respectiva nota técnica. Ainda assim, é de duvidosa constitucionalidade eventual não concessão de acesso integral do representado aos autos.

[614] Regulando o dispositivo, o RICade estabelece que a proposta será sigilosa e apenas acessível a quem for autorizado pela SG (art. 200, § 1º); se formulada por escrito, "será autuada como sigilosa e nenhum de seus dados constará do sistema de gerenciamento de documentos do Cade" (art. 200, § 2º); se formulada oralmente, a reunião será sigilosa (art. 201, *caput*). Trata-se da única hipótese em que o sigilo é tratado pelo ordenamento concorrencial como regra e a publicidade como exceção.

[615] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 mar. 2016.

que, assim, os documentos possam ser publicizados.[616] Em geral, na proposta de TCC, condicionado ao juízo da autarquia, o tratamento restritivo deve ser entendido como direito da parte; na proposta de leniência o sigilo é dever, imposto no interesse das investigações.

De fato, na investigação de infrações à ordem econômica o sigilo pode ser essencial à elucidação dos fatos examinados: "[...] O sigilo inicial desses acordos [de leniência] sem dúvida tem papel crucial [...] no que tange ao próprio sucesso das investigações levadas a efeito a partir do acordo".[617] Nesse sentido, segundo o próprio Cade, "o acesso irrestrito às informações obtidas em razão do acordo de leniência pode gerar prejuízos irreversíveis à investigação do cartel [...]".[618] Contudo, após a conclusão das providências instrutórias, a hipótese de sigilo relacionada à elucidação dos fatos ou ao interesse da investigação não mais se justifica:[619-620] não havendo outros fatores que motivem o tratamento restritivo, os autos devem se tornar acessíveis a qualquer interessado.[621] Nesse sentido, aliás, decidiu o STJ:[622] "[...] trata-se do limite a partir do

---

[616] Seja o proponente um representado (art. 179, RICade) ou a SG (art. 13, IX, LDC e art. 190, RICade), o tratamento de acesso restrito da proposta dependerá de juízo desta ou do Conselheiro-Relator (art. 179, § 3º, RICade).

[617] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 mar. 2016, p. 8.

[618] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 mar. 2016, p. 5.

[619] À conclusão da instrução processual segue a abertura de prazo ao representado para apresentar alegações e o envio dos autos, acompanhado de relatório circunstanciado da SG opinando pelo arquivamento do feito ou pela configuração da infração, à Presidência do Tribunal (art. 156, RICade). Contudo, considerando que, após a distribuição do processo administrativo no tribunal (art. 157, RICade) o Conselheiro-Relator pode "determinar diligências complementares" a serem realizadas por si ou pela SG, seria possível sustentar que o sigilo, quando necessário, deveria ser mantido até esse momento.

[620] Não obstante a confusa redação do art. 158, § 2º, RICade, que prevê que a realização, pela SG, das diligências complementares solicitadas pelo Conselheiro-Relator "não implica reabertura da instrução processual perante [a SG]", a pendência dessas diligências significa que as providências instrutórias ainda não foram concluídas.

[621] É surpreendente, nesse ponto, o art. 56, parágrafo único, RICade, que dispõe: "Após a decisão final do Cade, nos termos do art. 7º, § 3º da Lei 12.529/2011, eventuais informações que não se incluam nas hipóteses do art. 53 deste Regimento Interno, poderão ser classificadas, mediante ato do Presidente ou da autoridade competente, conforme o disposto na Lei 12.527/2011 e no Decreto 7.724/2011". Em primeiro lugar, o dispositivo menciona o art. 7º, § 3º, LDC, quando, na verdade, queria se referir ao mesmo artigo da LAI que dispõe: "o direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo". Em segundo lugar, não faz sentido utilizar o art. 7º, § 3º, LAI, para o fim de "classificar" informações (torná-las sigilosas), uma vez que ele dispõe sobre a providência oposta: a garantia de acesso às informações. Em terceiro lugar, também não faz sentido que informações não previstas nas hipóteses de restrição de acesso sejam classificadas.

[622] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 mar. 2016, p. 12. A decisão parte de comparação entre o acordo de leniência e o acordo de colaboração premiada previsto na Lei 12.850/2013. Essa lei prevê o fim do sigilo do acordo no momento do recebimento da denúncia (art. 7º, § 3º, Lei 12.850/2013). Entendendo que esse momento é análogo ao do envio do relatório circunstanciado pela SG ao Presidente do Tribunal, o STJ decidiu que esse deveria ser o o fim do sigilo no processo administrativo voltado à apuração de infrações à ordem econômica no âmbito do Cade.

qual entende-se haver elementos probatórios suficientes, de modo que a possibilidade de interferência nas investigações e no sucesso de seu resultado se esvai, não mais se justificando a restrição à publicidade".[623] Da mesma forma, o art. 52, RICade, limita o tratamento sigiloso "[...] no interesse das investigações e instrução processual" àquilo que for "estritamente necessário à elucidação do fato".

Além das hipóteses de tratamento sigiloso, fundadas no art. 5º, XXXIII, CF, o art. 49, LDC, faz referência à possibilidade de que tal tratamento seja "[exigido] pelo interesse da sociedade", e o art. 52, RICade, prevê o sigilo quando "em cumprimento ao interesse social".[624] Esses dispositivos têm fundamento no art. 5º, LX, CF/88, que prevê a restrição da publicidade de atos processuais quando o interesse social o exigir. A partir da legislação vigente, há três principais casos em que tal hipótese é aplicável ao Cade: quando o acesso à informação (i) violar segredo industrial; (ii) representar vantagem competitiva; (iii) representar risco ao programa de leniência. Esse último ponto, por ser objeto de extensa controvérsia doutrinária, será examinado apenas no tópico subsequente.

O segredo industrial, ainda que não definido pela legislação, é protegido pelo art. 195, XI e XII, LPI, que prevê o cometimento do crime de concorrência desleal por quem "divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços", obtidos por meio de relação contratual ou empregatícia, fraude ou outros meios ilícitos.[625] O segredo industrial também é citado como objeto de proteção pelo art. 22, LAI, pelo art. 6º, I, DLAI (Decreto 7.724/2012) e, mais detalhadamente, pelo art. 9º, § 2º, Lei 10.603/2002, que prevê que "as demais informações técnicas ou científicas eventualmente apresentadas por exigência das autoridades competentes pelo registro [...] que constituírem segredo de indústria ou de comércio, serão mantidas confidenciais". A proteção do segredo industrial, como sugere o próprio *nomen iuris* atribuído ao crime decorrente de sua divulgação ("concorrência desleal"), é especialmente relevante em relação a outros competidores.

---

[623] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 mar. 2016, p. 12.

[624] Certamente, a elucidação de fatos relacionados a uma infração à ordem econômica poderia ser considerada algo exigido pelo interesse da sociedade. Contudo, o artigo, ao prever as duas hipóteses, facilita a separação temporal entre as formas de sigilo – permitindo que se deixe claro que naquela relacionada exclusivamente à elucidação dos fatos, o sigilo não se justifica após o fim das providências instrutórias.

[625] Também dispõe sobre o assunto o art. 39, Acordo TRIPS [BRASIL. Decreto nº 1355. Promulgação do Acordo sobre Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Brasília, 30 dez. 1994].

Ainda que possua uma disciplina legal mais extensa, o segredo industrial, sob a perspectiva do direito concorrencial, é classificado juntamente com outras hipóteses em que a publicização de informações pode "representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos" (art. 53, RICade). Desse modo, o art. 5º, § 2º, DLAI, exclui de seu âmbito de abrangência as "informações relativas à atividade empresarial" obtidas "pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica", como o Cade, que possam gerar vantagem competitiva para concorrentes. O art. 6º, I, DLAI, também trata o segredo industrial ao lado de outros casos de sigilo, como comercial, fiscal e bancário.

De fato, o acesso a determinadas informações e documentos relacionados à atividade empresarial de concorrentes – ainda que de origens bastante diversas – pode implicar vantagem competitiva, exigindo tratamento sigiloso como forma de tutela da própria concorrência.[626] Esse foi o entendimento do STJ ao determinar a tramitação em segredo de justiça de Ação Civil Pública cujo objeto era o preço abusivo praticado por postos de combustível.[627] A decisão, contudo, é clara no sentido de que outros fatos podem justificar a publicidade do processo. Aliás, em outro caso, o STJ decidiu que seria desproporcional a manutenção do sigilo do processo administrativo quando impedisse os "terceiros eventualmente lesionados de buscar a devida reparação dos danos suportados".[628]

Assim, ao menos em princípio, quando essencial à reparação de danos, o acesso à informação deve prevalecer sobre as hipóteses de sigilo.[629-630] Há, nesse caso, uma relação de precedência geral, não absoluta – uma vez que pode ser afastada no caso concreto –, do direito de ação (e, consequentemente, da possibilidade de reparação de um dano) sobre o direito ao sigilo.[631]

---

[626] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 mar. 2016, p. 10.
[627] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.296.281 – RS. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, 15 mai. 2013, p. 7.
[628] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 mar. 2016, p. 13.
[629] Artigo CAMARGO GOMES, Adriano; GARIBALDI, Fernanda. The relationship between public and private enforcement: access to evidence, burden of proof and legal presumptions. In: IBRAC. *Brazilian Antitrust Law (Law N.º 12,529/11): 5 years.* São Paulo, IBRAC, 2017, p. 285- 296. No prelo.
[630] Assim também, na União Europeia, o parágrafo 18 da Diretiva 2014/104/UE estabelece que "as medidas de proteção dos segredos comerciais e de outras informações confidenciais não deverão impedir o exercício do direito a reparação".
[631] Ver ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 95-97.

O art. 5º, LX, CF/88, também prevê que a publicidade dos atos processuais poderá ser restringida quando exigido pela defesa da intimidade, enquanto o art. 5º, X, CF/88, prevê a inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas. Essa hipótese seria aplicável para conferir tratamento restrito às informações pessoais levadas ao processo administrativo (art. 31, § 1º, LAI), sendo possível a sua divulgação quando necessária à "proteção do interesse público geral e preponderante" (art. 31, § 3º, V, LAI).[632] De todo modo, é pouco provável que, nas provas produzidas para apuração de infração à ordem econômica pelo Cade, haja informações pessoais íntimas a justificar tratamento restritivo da publicidade.

O acesso restrito também pode ser utilizado para a preservação do direito à honra da pessoa. Nesse sentido, há doutrina que sustenta, com fundamento no art. 5º, X, CF/88, a necessidade de "sigilo de dados de processos disciplinares (para quem não for sujeito do processo) antes de decisão final" e de "sigilo de dados de processos administrativos por ilícitos fiscais (para quem não for sujeito), antes de decisão final".[633] Ainda que a questão seja controvertida, esse entendimento encontra respaldo na interpretação dada pela jurisprudência ao art. 46, Lei 9.784/99, e ao art. 150, Lei 8.112/90.[634] Com esse fundamento, pois, o tratamento restritivo seria aplicável também quando indivíduos ocupassem o polo passivo de processo administrativo por infração à ordem econômica.

Seguindo essa linha de raciocínio, é possível cogitar o tratamento de acesso restrito com fundamento na inviolabilidade do direito à honra objetiva (art. 5º, X, CF) das

---

[632] A restrição também não pode "prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância" (art. 31, § 4º, LAI).

[633] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 146-147.

[634] A falta de tratamento uniforme para o tema do sigilo leva a paradoxos: enquanto em relação a procedimentos administrativos disciplinares o acesso restrito tem sido imposto como regra, tendo como fundamento a preservação da intimidade, material probatório de inquéritos policiais e processos penais (com repercussão ainda mais grave sobre a intimidade e a imagem das pessoas envolvidas) tem sido publicizados. Mendes, Coelho e Branco defendem cuidado especial quanto à publicidade da investigação criminal devido aos danos que pode causar ao autor e à vítima [MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 548]. Não obstante, no âmbito criminal, a Instrução Normativa STJ nº 8/2015, prevê o trâmite de processos com publicidade restrita no âmbito do STJ quando necessário à defesa da intimidade (art. 1º, § 2º), proibindo nesses casos o fornecimento de informações a terceiros ou a órgão da imprensa (art. 9º). Sobre restrições aplicáveis a promotores durante o processo, nos EUA, ver GLAVIN, Rita M. Prosecutors who disclose prosecutorial information for literary or media purposes: what about the duty of confidentiality?. *Fordham Law Review*, v.63, 5.ed., art. 20, 1995. Disponível em: http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3164&context=flr. Acesso em: 12 jan. 2016, p. 1838 e ss.

pessoas jurídicas investigadas.[635] Considerando o reconhecimento legal[636] e jurisprudencial[637] da proteção desse direito, que se relaciona com a reputação de empresas investigadas, parece justificável sua aplicação aos processos do Cade. Tal aplicação reclamaria uma análise cuidadosa de outros princípios (publicidade, ação, interesse público, etc.), que poderiam prevalecer sobre o sigilo.[638] De qualquer modo, após o processo administrativo, o tratamento sigiloso não mais se justifica com fundamento na proteção da honra objetiva de pessoa física ou jurídica:[639] seja porque, no caso de condenação, o ilícito é expressamente reconhecido pelo Cade; seja porque, no caso de absolvição, não há risco para a imagem e a honra objetiva.[640]

No âmbito do processo civil, as hipóteses de segredo de justiça quando "exija o interesse público ou social" (art. 189, I, CPC) ou "constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade" (art. 189, III, CPC), correspondem a algumas situações descritas acima. Há, no entanto, outra hipótese de potencial interesse para o direito concorrencial: o segredo de justiça de processos que "versem sobre arbitragem [...] desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo" (art. 189, IV, CPC).

A arbitragem tem, entre suas justificativas, a possibilidade de que as partes estipulem a confidencialidade[641]. Não fosse possível preservar o sigilo quando da execução ou tentativa de anulação de uma sentença arbitral, ela não teria utilidade alguma. Assim,

---

[635] Nos anos 2000, o uso excessivo de publicidade por parte da autoridade concorrencial australiana (ACCC) foi objeto de extensa polêmica que repercute ainda nos dias de hoje. A questão é analisada em detalhes por YEUNG, Karen. Does the Australian Competition and Consumer Commission Engage in 'Trial by Media'?. *Law and Policy*, Denver, v.27, 2006. Disponível em: http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9930.2005.00211.x/abstract. Acesso em 12 mar. 2017.

[636] O art. 52, CC, prevê a proteção dos direitos da personalidade das pessoas jurídicas.

[637] A Súmula 227, STJ estabelece: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral". Ver também BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.407.907 – SC. Relator Ministro Marco Buzzi. Brasília, 02 jun. 2015.

[638] Sobre o tema, ver YEUNG, Karen. Is the use of informal adverse publicity a legitimate regulatory compliance technique?. Paper apresentado ante o Australian Institute of Criminology Conference. St Anne's College, Oxford University, 2002. Disponível em: http://www.aic.gov.au/media_library/conferences/regulation/yeung.pdf. Acesso em: 12 jan. 2017, p. 21.

[639] Ver YEUNG, Karen. Is the use of informal adverse publicity a legitimate regulatory compliance technique?. Paper apresentado ante o Australian Institute of Criminology Conference. St Anne's College, Oxford University, 2002. Disponível em: http://www.aic.gov.au/media_library/conferences/regulation/yeung.pdf. Acesso em: 12 jan. 2017, p. 30.

[640] Sobre a publicidade após o processo, deve-se notar que não há o risco de que o julgado seja indevidamente influenciado pela opinião pública a respeito do caso, e que o público não fará um falso juízo sobre a culpa de acusados (ela terá sido efetivamente reconhecida ou afastada). Ver YEUNG, Karen. Is the use of informal adverse publicity a legitimate regulatory compliance technique?. Paper apresentado ante o Australian Institute of Criminology Conference. St Anne's College, Oxford University, 2002. Disponível em: http://www.aic.gov.au/media_library/conferences/regulation/yeung.pdf. Acesso em: 12 jan. 2017, p.21.

[641] LANDOLT, Philip. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2006, p. 39.

em princípio, as informações e documentos utilizados em arbitragem confidencial que tenha por objeto a reparação de danos concorrenciais não podem ser disponibilizados para terceiros. Não obstante, quando a confidencialidade for obstativa ao exercício de direitos (como à reparação de danos), é provável que do exercício de ponderação prevaleça a conclusão de que a restrição de acesso não pode subsistir.

Por fim, deve-se destacar a relação entre o tratamento restritivo imposto pelo Poder Judiciário, pelo Cade e por outras autoridades públicas. O Cade tem obrigação de preservar as restrições à publicidade previstas para o material por ele requisitado no uso de seus poderes instrutórios (art. 9º, XVIII; art. 11, III; art. 13, II; art. 13, VI, a; art. 19, § 1º, I; art. 72, LDC, e art. 73, I, RICade). Assim, seja no caso em que o material é requisitado de outro órgão do Poder Público que o considera sigiloso, seja no caso em que o Conselho tem acesso a autos que tramitam em segredo de justiça, há o dever de respeitar o tratamento restritivo da publicidade anteriormente imposto.[642] Da mesma forma, quando outras autoridades públicas requisitam informações consideradas concorrencialmente sensíveis pelo Cade e, portanto, submetidas a tratamento restritivo, devem respeitar esse tratamento – sem prejuízo de que, tratando-se de autoridade hierarquicamente superior, a classificação possa ser reavaliada (art. 29, LAI). Por outro lado, ainda que seja recomendável que o Poder Judiciário considere as razões do Cade para conferir tratamento restritivo a determinado material, elas podem não ser acolhidas, tramitando o processo sem segredo de justiça.

Do que foi dito, mesmo que se reconheça a publicidade como preceito geral dos atos administrativos e processuais, é possível perceber que em diversas situações o sigilo se impõe. Em muitos desses casos, como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o sigilo é direito fundamental, "[...] ao qual corresponde o *dever de sigilo* imposto a todos aqueles, sejam particulares, sejam agentes públicos, que tenham conhecimento de dados sigilosos que não lhes pertencem e em relação aos quais fica vedada a divulgação ou publicidade".[643] Há, portanto, situações em que o investigado ou a parte de processo administrativo ou judicial tem uma "legítima expectativa de sigilo",[644] que deve ser tutelada pela ordem jurídica.

---

[642] Um exemplo seria a situação em que outra autoridade obtivesse determinadas informações consideras sigilosas e, por terem repercussão em matéria concorrencial, a encaminhassem ao Cade: o sigilo imposto pela outra autoridade no interesse de suas investigações deve ser respeitado pelo Cade.
[643] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 73.
[644] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.296.281 – RS. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, 15 mai. 2013, p. 6.

Essa tutela pode se dar de forma preventiva (como é o caso da tutela inibitória para a preservação do sigilo)[645] ou, ainda, repressiva nos âmbitos civil, administrativo e penal. A violação de sigilo é ato ilícito que, se causar algum dano, enseja responsabilidade civil.[646] Na esfera administrativa, a "disseminação indevida de informação acerca de empresa, coberta por sigilo", é sujeita a multa (art. 44, LDC) e outras penalidades previstas pelo art. 33, LAI (como rescisão de vínculo, impedimento ou declaração de inidoneidade para contratar com o poder público). Na esfera penal, constitui crime a violação do segredo profissional (art. 154, CP) ou do segredo de justiça (art. 10, Lei 9.296/96).

5.4.3 Acesso a prova e programa de leniência

Outro argumento que tem sido reiteradamente utilizado em favor da limitação do acesso a prova[647] é o possível risco que ele pode causar ao programa de leniência.[648] Juridicamente, esse argumento parte da aplicação do art. 49, LDC, que prevê o tratamento sigiloso de material no âmbito do Cade. Isso porque considera-se (i) que o programa de

---

[645] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 749.

[646] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 409. Na União Europeia, a Comissão Europeia foi condenada a reparar uma empresa de construção naval por conta da divulgação da decisão de iniciar um processo de investigação em um caso de Auxílio Estatal (*State-Aid*) que causou dano moral (prejuízo imaterial ligado à lesão da imagem e da reputação) à empresa. CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. Case T-88/09. Idromacchine and others v Comission. Fourth Chamber. 08 de novembro de 2011).

[647] O termo "acesso a prova" no contexto deste tópico sera utilizado apenas com referência ao programa de leniência, para se referir ao acesso por terceiros aos documentos apresentados e produzidos nesse âmbito.

[648] ODUDU, Okeoghene. Developing private enforcement in the EU: Lessons from the Roberts Court. *The antitrust bulletin*, v.53, n.4, inverno de 2008, p. 896-897. TERHECHTE, Jörg Philipp. *International Competition Enforcement Law Between Cooperation and Convergence*. Berlim: Springer-Verlag, 2011, p. 63. MILUTINOVIC, Veljko. The 'Right to Damages' under EU Competition Law: from Courage v. Crehan to the White Paper and Beyond. *Kluwer Law International*, v.73, 2010, p. 275. ORTIZ BAQUERO, Ingrid S. *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*: los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia. Madrid: La Ley, 2011, p. 56-57. WARDHAUGH, Bruce. Cartel leniency and effective compensation in Europe: The aftermath of pfleiderer. *Web Journal of Current Legal Issues*, London, v.19 (3), set. 2013. Disponível em: webjcli.org/article/view/251/369. Acesso em: 12 abr. 2016, p. 7; CANENBLEY, Cornelis; STEINVORTH, Till. Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?. *Journal of European Competition Law & Practice*, v.2, n.4, 2011. Disponível em: https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/2/4/315/1845920/Effective-Enforcement-of-Competition-Law-Is-There?redirectedFrom=fulltext. Acesso em: 12 nov. 2016, p. 320. MARTINEZ, Ana Paula; TAVARES, Mariana. Private Antitrust Enforcement in Brazil: New Perspectives and Interplay with Leniency. *Competition Policy Journal*. Disponível em: https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/MartinezTavaresOCT-132.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 4. CRANE, Daniel A. Private enforcement against international cartels in Latin America: a U.S Perspective. *Benjamin N. Cardozo School of Law*, working paper n.231. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1120069. Acesso em: 16 fev. 2017.

leniência se realiza no interesse da sociedade[649] e (ii) que o acesso a prova seria um desincentivo à leniência por aumentar a exposição a demandas reparatórias.[650] Assim, o art. 49, LDC, deveria ser aplicado porque o "interesse da sociedade" na preservação da leniência exigiria o tratamento sigiloso dos documentos produzidos no âmbito do programa.[651]

Para compreender esse argumento e testar sua aplicabilidade ao direito brasileiro, é preciso, antes, entender o programa de leniência e a racionalidade envolvida na sua utilização.[652]

O programa de leniência consiste na celebração de acordo entre o Cade e pessoas físicas ou jurídicas infratoras, no qual se extingue ou reduz a penalidade aplicável,[653] desde que haja colaboração efetiva na investigação e no processo administrativo. Para que essa colaboração seja considerada efetiva, ela deve resultar (i) na "identificação dos demais envolvidos na infração" e (ii) "na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação" (art. 86, *caput*, LDC). Entre os demais requisitos a serem preenchidos pelo infrator está a confissão de participação no ilícito (art. 86, § 1º, IV, LDC).

A leniência tem sido considerada, nacional[654] e internacionalmente,[655] um dos principais instrumentos das autoridades concorrenciais no combate a cartéis.[656] Desde a

---

[649] Sobre o benefício gerado à sociedade pelos programas de leniência, ver ZINGALES, Nicolo. European and American Leniency Programmes: two models towards convergence?. *The Competition Law Review*, v.5, ed.1, dez. 2008, p. 7.

[650] Questão distinta quanto à relação entre acesso a prova e leniência diz respeito à coordenação entre o programa de diversos países, quando há o risco de que a falta de confidencialidade em uma jurisdição permita que uma autoridade de outra jurisdição inicie uma investigação [ZINGALES, Nicolo. European and American Leniency Programmes: two models towards convergence?. The Competition Law Review, v.5, ed.1, dez. 2008, p. 22 e ss]. Essa questão não é objeto deste tópico, tampouco da tese.

[651] A hipótese de sigilo decorrente do interesse das investigações representa também situação em que o tratamento sigiloso atende ao interesse social, conforme reconhecido pelo STJ [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 mar. 2016, p. 10]. Contudo, devido à existência de um dispositivo específico prevendo a possibilidade de tratamento restritivo no interesse das investigações, ela foi tratada separadamente. Ver tópico 5.4.2.

[652] Afinal, como explica Christopher Leslie: "É intuitivo que se o governo oferece incentivos à confissão, o número de confissões irá aumentar. Mas o mecanismo pelo qual o programa de leniência funciona é muito mais complicado e cheio de nuances". Tradução livre de: "It is intuitive that if the government offers an incentive to confess, then confessions will increase. But the mechanism by which the amnesty program works is far more complicated and nuanced." [LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. The Journal of Corporation Law. Iowa, v.31, 2006, p. 454].

[653] Enquanto na esfera administrativa o acordo pode ensejar a anistia dos infratores ou uma redução na multa imposta, na esfera penal, na forma do art. 87, LDC, o cumprimento do acordo de leniência importa a extinção da punibilidade.

[654] RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 116.

[655] LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006, p. 454. CANENBLEY, Cornelis; STEINVORTH, Till. Effective

perspectiva da autoridade concorrencial, além da economia de recursos,[657] a leniência permite o acesso a provas que seriam difíceis de obter sem a participação dos membros do cartel.[658] Afinal, esse tipo de ilícito se caracteriza normalmente pelo sigilo e pela ocultação de provas.

A doutrina costuma atribuir o sucesso de um programa de leniência à conjugação de três elementos: (i) ameaça de sanções severas aos infratores; (ii) percepção, pelos infratores, de elevado risco de detecção das infrações; (iii) transparência e previsibilidade do programa de leniência.[659] Considera-se que esses elementos têm impacto decisivo no comportamento dos membros do cartel, criando incentivos para que eles confessem seu envolvimento.

Essa conclusão decorre de uma análise econômica baseada na teoria dos jogos, que busca identificar as possibilidades de comportamento de cada agente considerando sua interação com o comportamento dos demais. A compreensão dessa teoria e de suas premissas é necessária para explicar não apenas o comportamento dos agentes econômicos participantes de um cartel, como também a própria racionalidade dos programas de leniência.

Segundo essa perspectiva, a conduta dos agentes envolve escolhas racionais em termos econômicos,[660] excluindo-se considerações morais.[661] A escolha entre participar ou

---

Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?. *Journal of European Competition Law & Practice*, v.2, n.4, 2011. Disponível em: https:// academic.oup.com/jeclap/article-abstract/2/4/315/1845920/Effective-Enforcement-of-Competition-Law-Is-There?redirectedFrom=fulltext. Acesso em: 12 nov. 2016, p. 315.

[656] Ainda que o Guia do Programa de Leniência do Cade indique que a maioria dos acordos firmados envolvem a prática de cartéis ou outras condutas coletivas, reconhece-se que, a princípio – seguindo a redação do art. 86, *caput*, LDC – poderiam ser objeto do acordo quaisquer infrações à ordem econômica [BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Guia: Programa de Leniência Antitruste do Cade. Versão preliminar [sl:sn]. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-programa-de-leniencia-antitruste-do-cade-versao-preliminar-1.pdf. Acesso em: 1º abr. 2017, p. 10]. Segundo Zingales, são adequados à leniência ilícitos continuados, coletivos e que sejam difíceis de detectar [ZINGALES, Nicolo. European and American Leniency Programmes: two models towards convergence?. *The Competition Law Review*, v.5, ed.1, dez. 2008, p. 7].

[657] ZINGALES, Nicolo. European and American Leniency Programmes: two models towards convergence?. *The Competition Law Review*, v.5, ed.1, dez. 2008, p. 8.

[658] LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006, p. 456.

[659] HAMMOND, Scott. Cornerstones of an effective leniency program. *Presented before the ACCC*. Cracking cartels: International and Australian Developments. Sydney, 2004, p. 2.

[660] BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an Economic Approach. University of Chicago and National Bureau of Economic Research, Chicago, 1974. Disponível em: http:// www.nber.org/chapters/c3625. Acesso em: 07 abr. 2017, p. 9.

não de um cartel – e, uma vez sendo parte de um cartel, entre continuar participando ou desertar por meio da leniência –,[662] seria consequência de uma análise racional sobre os custos e os benefícios desses possíveis comportamentos.[663] Pressupõe-se que os agentes econômicos orientam sua ação racionalmente, no sentido de maximizar utilidade;[664] trata-se de uma interpretação "racionalista e idealista" do comportamento, que serve de substrato para a teoria dos jogos.[665]

Assim, racionalmente, a participação de um agente em um cartel decorre do fato de que o ganho obtido realizando a atividade ilícita, considerando os custos envolvidos,[666] (i) excede o ganho que seria obtido sem realizá-la[667] e (ii) excede a razão entre a pena que seria imposta e a probabilidade de condenação.[668]

Entre os membros de um cartel se estabelece um jogo cooperativo, em que a colaboração dos agentes representa uma estratégia ótima no jogo.[669] Todos os membros do

---

[661] Evidentemente, há outras razões pelas quais competidores não cooperam entre si. No entanto, considerando que estes outros aspectos (como a ilegalidade ou imoralidade da conduta) são dificilmente quantificáveis, a análise se ocupa apenas do aspecto econômico.

[662] ZINGALES, Nicolo. European and American Leniency Programmes: two models towards convergence?. *The Competition Law Review*, v.5, ed.1, dez. 2008, p. 9.

[663] Nesse sentido, explica Leslie: "Continuar o cartel significa uma correnteza de benefícios do cartel. É por isso que as empresas ingressam no cartel. Confessar primeiro significa impunibilidade para os executivos envolvidos no acordo de preços. Porém, contanto que o cartel seja estável e indetectável, ninguém irá para a prisão. Nenhuma prisão com benefícios do cartel é preferível sem eles. Se nenhum membro do cartel confessou e o cartel parece estável, os interesses pessoais vão de encontro com a deserção". Tradução livre de: "Continuing the cartel means a stream of cartel profits. That is why the firms entered the cartel in the first place. Confessing first means no prison for the executives engaged in price-fixing. But so long as the cartel is stable and undetected, nobody is going to go to prison. No prison with cartel profits is preferred over no prison without cartel profits. If no member of the cartel has confessed and the cartel appears stable, then self-interest counsels against defection".

[664] BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an Economic Approach. *University of Chicago and National Bureau of Economic Research*, Chicago, 1974. Disponível em: http:// www.nber.org/chapters/c3625. Acesso em: 07 de abril de 2017, p. 9 [LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v. 31, 2006. p. 457].

[665] NASH, John. *Non-Cooperative Games*. Tese (Doutorado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Universidade de Princeton. Princeton, 1950. Disponível em: http://rbsc.princeton.edu/sites/default/files/Non-Cooperative_Games_Nash.pdf. Acesso em: 03 mar. 2017, p. 23.

[666] Um dos custos inerentes ao cometimento de ilícitos concorrenciais é justamente o de evitar a detecção pelas autoridades concorrenciais; outro seria o custo necessário para punir traições ao cartel ou para compensar os ganhos obtidos entre os membros. Sobre o tema, ver LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. Breaking up is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration. *Ross School of Business Working Paper*, Michigan, n.1150, set. 2010. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/10.1086/657660?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 12 jan. 2016, p. 23.

[667] BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an Economic Approach. *University of Chicago and National Bureau of Economic Research*, Chicago, 1974. Disponível em: http:// www.nber.org/chapters/c3625. Acesso em: 07 abr. 2017, p. 9.

[668] BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an Economic Approach. *University of Chicago and National Bureau of Economic Research*, Chicago, 1974. Disponível em: http:// www.nber.org/chapters/c3625. Acesso em: 07 abr. 2017, p. 9.

[669] NASH, John. *Non-Cooperative Games*. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Universidade de Princeton. Princeton, 1950. Disponível em: http://rbsc.princeton.edu/sites/default/files/Non-Cooperative_Games_Nash.pdf. Acesso em: 03 mar. 2017, p. 25.

cartel ganham mais cooperando entre si para explorar os consumidores do que competindo entre si. Se nenhum membro confessar, todos estão em vantagem com a continuidade do conluio: trata-se de "um equilíbrio estável em um jogo de coordenação".[670] A possibilidade de obter ganhos maiores traindo os demais membros do cartel (vendendo abaixo do preço fixado, por exemplo) é superior apenas no curto prazo,[671] uma vez que pode levar à retaliação e à guerra de preços. Assim, no longo prazo, a estratégia mais racional é cooperar.[672]

O desestímulo ótimo a violações antitruste ocorre, segundo a maior parte da doutrina,[673] quando a sanção é igual ao dano líquido causado[674] dividido pela probabilidade de detecção e prova da infração.[675-676] Como essa probabilidade é inferior a 100%, o divisor menor do que 1 serve como fator multiplicador que tem a finalidade de compensar o fato de que nem todas as infrações à ordem econômica são detectadas e punidas.[677] Esse cálculo poderia levar à equivocada conclusão de que um resultado ótimo seria mantido caso se reduzisse a probabilidade (e, consequentemente, o custo) de detecção e punição a quase zero, aumentando as penalidades impostas.[678] No entanto, além da chance de erro na

---

[670] LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006, p. 471.

[671] LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006, p. 463.

[672] LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006, p. 463.

[673] Há, contudo, quem sustente que a existência de investimentos que beneficiam a sociedade por parte de firmas monopolistas justifica uma punição mais branda, a ausência de punição ou até mesmo a concessão de benefícios a esses agentes. Supõe-se, nesse caso, que há uma relação entre o benefício econômico obtido com a infração e os investimentos realizados, que podem beneficiar os consumidores. Ver HYLTON, Keith N.; LIN, Haizhen. Innovation and Optimal Punishment with antitrust applications. *Boston University School of Law Working Paper*, Boston, n.08-33, 2008. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1305147. Acesso em: 12 jan. 2017.

[674] O dano líquido causado considera, entre outros elementos, o custo das penalidades impostas (que é menor no caso de multas), o custo de detecção e os danos causados [BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an Economic Approach. *University of Chicago and National Bureau of Economic Research*, Chicago, 1974. Disponível em: http:// www.nber.org/chapters/c3625. Acesso em: 07 abr. 2017, p. 13, 27 e 43].

[675] 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, n.2010-17, mar. 2010. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1565693. Acesso em: 15 fev. 2017, p. 4-5.

[676] Por uma análise econômica de modelos ótimos de *enforcement* público e privado, ver MCAFEE, R. Preston; MIALON, Hugo M.; MIALON, Sue H. Private v. Public Antitrust Enforcement: a strategic analysis. *Emory Public Law Research Paper*, Atlanta, n.06-4, 2008. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=775245. Acesso em: 05 mar. 2017.

[677] O modo ótimo de desestimular o cometimento de infrações seria elevar a probabilidade de condenação para perto de 100% e impor condenações que excedessem o ganho obtido com a conduta ilícita [BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an Economic Approach. *University of Chicago and National Bureau of Economic Research*, Chicago, 1974. Disponível em: http://www.nber.org/chapters/c3625. Acesso em: 07 abr 2017, p. 14].

[678] Alguns autores, por exemplo, constatam que em alguns casos multas excessivamente altas podem resultar na elevação do sobre-preço cobrado pelo cartel. SIDAK, J. Gregory; BLOCK, Michael K., The Cost of

identificação das condutas ilícitas,[679] a doutrina reconhece que os infratores costumam ser mais afetados pela chance de serem penalizados do que pela magnitude da punição em caso de condenação.[680]

Os programas de leniência procuram desequilibrar o jogo cooperativo estabelecido entre os membros do cartel, criando incentivos para que os agentes se vejam em um jogo não cooperativo,[681 - 682] comumente identificado com o dilema do prisioneiro[683]: uma situação em que as partes, ao agirem de maneira economicamente racional e individualista, têm como resultado uma situação pior do que haveria em caso de

---

Antitrust Deterrence: Why Not Hang a Price Fixer Now and Then?. *Georgetown Law Journal*, v.68, n.5, 1980. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=301191. Acesso em: 21 abr. 2017, p. 1132. JENSEN, Sissel. et al. Crime and punishment: when tougher antitrust enforcement leads to higher overcharge. *Norwegian School of Economics*, Department of economics, n.4, fev. 2013. Disponível em: https://brage.bibsys.no/xmlui/ bitstream/handle/11250/163336/SAM0413.pdf?sequence=1. Acesso em: 03 mai. 2017, p. 22].

[679] SIDAK, J. Gregory; BLOCK, Michael K., The Cost of Antitrust Deterrence: Why Not Hang a Price Fixer Now and Then?. *Georgetown Law Journal*, v.68, n.5, 1980. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=301191. Acesso em: 21 abr. 2017, p. 1139.

[680] BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an Economic Approach. *University of Chicago and National Bureau of Economic Research*, Chicago, 1974. Disponível em: http:// www.nber.org/chapters/c3625. Acesso em: 07 abr. 2017, p. 11.

[681] Conforme explica Wouter Wils: "A possibilidade de um membro do cartel solicitar leniência aumenta a recompensa de trair o cartel, tornando assim a colusão mais difícil de sustentar. Ela aumenta a incerteza, fazendo com que seja mais difícil os participantes do cartel chegarem a um acordo, diminuindo a confiança entre eles e aumentando a necessidade de um custoso monitoramento". Tradução livre de: "The possibility for a deviator to apply for leniency increases the payoff of cheating, thus making collusion more difficult to sustain. It increases uncertainty, making it more difficult for cartel participants to reach agreement, diminishing trust among them, and increasing the need for costly monitoring" [WILS, Wouter P. J. Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?. *World Competition*. Países Baixos, v.26(3), 2003. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228261623_Should_Private_Antitrust_ Enforcement_Be_Encouraged_in_Europe. Acesso em: 23 mar. 2017, p. 23]. A incerteza é identificada como a principal causa de instabilidade em cartéis [LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. Breaking up is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration. *Ross School of Business Working Paper*, Michigan, n.1150, set. 2010. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/10.1086/657660?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 12 jan. 2016, p. 3].

[682] Segundo Wouter Wils, os efeitos da leniência sobre a formação do cartel e sua estabilidade dependem fundamentalmente de três fatores: (i) recompensa, (ii) probabilidade de detecção e (iii) punição e lucratividade do cartel [WILS, Wouter P. J. Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?. *World Competition*. Países Baixos, v.26(3), 2003. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/ 228261623_Should_Private_Antitrust_Enforcement_Be_Encouraged_in_Europe. Acesso em: 23 mar. 2017, p. 24].

[683] Como explica Leslie: "Um dilema do prisioneiro existe quando duas partes perseguem seus próprios interesses e agem de uma maneira racionalmente egoísta, que resulta nas partes terminando em uma posição pior do que elas estariam caso tivessem cooperado e perseguido os interesses coletivos no lugar de seus interesses individuais". Tradução livre de: "A prisoner's dilemma exists when two parties pursue their own individual interests and act in a rationally selfish manner, which results in both parties ending up in a worse position than if they had cooperated and pursued the group's interests instead of their own" [LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006, p. 455].

cooperação mútua.[684] No entanto, diferentemente do dilema clássico,[685] em que os prisioneiros tomam suas decisões simultaneamente sem que haja uma estratégia propriamente dominante (aquilo que o outro prisioneiro faz determina a punição sofrida),[686] na leniência inclui-se um elemento temporal que afeta a confiança entre os membros do cartel:[687] a confissão é a melhor estratégia apenas para o primeiro a adotá-la.[688] Desertar e se candidatar à leniência antes dos demais se torna, assim, uma estratégia dominante, em que as possíveis condutas dos outros agentes não são capazes de alterar seu equilíbrio:[689] o signatário estará melhor do que os outros membros do cartel não importando a estratégia adotada pelos demais.[690]

---

[684] A estratégia cooperativa de manter o cartel oferece um ganho maior do que a estratégia não cooperativa de confessar [LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006, p. 460 e 475]. Ver também ZINGALES, Nicolo. European and American Leniency Programmes: two models towards convergence? *The Competition Law Review*, v.5, ed.1, dez. 2008, p. 8 e ss.

[685] Sobre a diferença entre o modelo do dilema do prisioneiro e o modelo dos programas da lenência, a partir da teoria dos jogos, ver ZINGALES, Nicolo. European and American Leniency Programmes: two models towards convergence?. *The Competition Law Review*, v.5, ed.1, dez. 2008, p. 10 e ss.

[686] LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006, p. 466.

[687] A cooperação (confiança) seria a solução ótima para o dilema do prisioneiro. Essa constatação é justificada inclusive experimentalmente [LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006, p. 462]. Contudo, a falta de transparência impede que o dilema seja facilmente solucionado, tal como ocorre na operação do cartel: enquanto a traição ao cartel, sem que haja leniência, pode ser controlada pela transparência entre os membros, quando há a possibilidade de leniência, os membros do cartel não têm como saber se os outros membros confessaram ou pretendem confessar o ilícito para a autoridade concorrencial, entregando seus antigos parceiros [LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006, p. 464]. Ver também LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. Breaking up is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration. *Ross School of Business Working Paper*, Michigan, n.1150, set. 2010. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/10.1086/657660?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 12 jan. 2016, p. 6.

[688] LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006, p. 465. A leniência eleva substancialmente a percepção de probabilidade de detecção e punição, fazendo com que os membros do cartel deixem de confiar uns nos outros. Com isso, a estratégia de cooperar (não confessar) passa a ser próxima ou inferior ao benefício de confessar antes que outros membros do cartel – ambas as estratégias serão superiores à hipóste em que um membro do cartel coopera e outro confessa [LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006, p. 460 e 475], mas apenas confessar por primeiro elimina esta alternativa. Sobre a avaliação econômica dessa relação feita pelos candidatos à leniência, ver LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. Breaking up is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration. *Ross School of Business Working Paper*, Michigan, n.1150, set. 2010. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/10.1086/
657660?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 12 jan. 2016, p. 14-15.

[689] NASH, John. *Non-Cooperative Games*. Tese (Doutorado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Universidade de Princeton. Princeton, 1950. Disponível em: http://rbsc.princeton.edu/sites/default/files/Non-Cooperative_Games_Nash.pdf. Acesso em: 03 mar. 2017, p. 15. LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006, p. 466.

[690] O dilema do prisioneiro se mantém caso, após a confissão do primeiro signatário, os demais membros do cartel também tenham a possibilidade de confessar, ainda que com um benefício menor. Ver LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*.

A partir dessas premissas, é possível supor que o acesso a prova desincentiva a participação de infratores no programa de leniência, comprometendo o sucesso da política de combate a cartéis. Os defensores dessa relação sugerem que isso poderia ocorrer caso o signatário do acordo pagasse mais a título de indenização (i) do que pagaria se não houvesse acesso a prova ou[691] (ii) do que seus concorrentes, por causa do acesso a prova.[692-693] A análise dessas situações, portanto, depende de um exercício comparativo a partir do qual se possa determinar se, e em que medida, o acesso a prova afeta a leniência enquanto escolha mais racional para os membros de um cartel.[694]

No primeiro caso, o ponto de partida é a situação do signatário quando não há acesso a prova. No direito brasileiro, a celebração do acordo de leniência representa uma confissão quanto à participação no ilícito (art. 86, § 1º, IV, LDC) – um dos elementos que precisam ser provados pelos lesados nas demandas reparatórias.[695] Nos cartéis, infrações nas quais a leniência é mais comum, a prova dos outros elementos (dano e nexo causal) é consequência lógica da existência de relações comutativas: demonstrada a sua existência, e considerando que o sobrepreço que beneficia os membros do cartel corresponde ao

---

Iowa, v.31, 2006, p. 468 e ZINGALES, Nicolo. European and American Leniency Programmes: two models towards convergence?. *The Competition Law Review*, v.5, ed.1, dez. 2008, p. 27 e ss.

[691] Ver MACCULLOCH, Angus; WARDHAUGH, Bruce. The baby and the bathwater: the relationship in Competition Law between Private Enforcement, Criminal Penalties, and Leniency Policy. *Presented before the Centre for Competition Policy*, Norwich, 14 jun. 2012. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2089369. Acesso em: 16 dez. 2016.

[692] Daniel Caselta afirma que "[...] a divulgação dos documentos e das declarações fornecidas pelo beneficiário […] pode aumentar as chances de o signatário ser condenado a indenizar os prejuízos, colocando-o, no tocante à ação indenizatória, em situação mais desvantajosa do que a dos demais membros do cartel" [CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 186]. Essa também é a perspectiva do Cade [BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Nota técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/Cade*. Articulação entre as persecuções pública e privada a condutas competitivas: estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de *advocacy* a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessação (TCC) no Brasil. Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg. Acesso em: 2 mai. 2017, parágrafo 90].

[693] Esse argumento também foi utilizado pela ProCade por ocasião do esclarecimento prestado no Resp 1.554.986 [ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 mar. 2016, p. 13] e foi considerado "extremamente falacioso". Contudo, a razão para essa conclusão, de que "a 'premiação' àquele que adere ao programa de leniência é restrita às esferas administrativas e penais, sem nenhuma menção legal à pretensão cível de eventuais lesados pelas condutas praticadas contra o mercado", não resolve a questão colocada neste tópico.

[694] Ainda que as duas situações partam da mesma hipótese (que o acesso a prova implica no aumento da exposição à responsabilidade civil), elas diferem quanto ao referencial de comparação: no primeiro caso compara-se a situação do signatário do acordo isoladamente considerado, em dois cenários (havendo acesso a prova e não havendo); no segundo caso, compara-se a situação do signatário, nesses mesmos cenários, com a dos demais concorrentes.

[695] A confissão elimina a necessidade de prova do ilícito (art. 374, II, CPC).

prejuízo sofrido pelos consumidores,[696] pode-se inferir o dano e o nexo causal. Assim, a condição desfavorável que o signatário do acordo de leniência possui em relação a demandas reparatórias decorre da confissão de participação no cartel, não do acesso a prova.[697]

O segundo caso parte da análise quanto à condição do signatário em relação aos demais membros do cartel, considerando as sanções que podem ser impostas (multa administrativa e reparação de danos).[698] Por um lado, os agentes econômicos que celebram acordos de leniência ou TCCs estarão em situação melhor do que os demais competidores caso todos sejam condenados no processo administrativo: afinal, serão anistiados ou sofrerão uma penalidade menor do que os demais. Por outro, devido à confissão, eles necessariamente estarão mais expostos a demandas reparatórias, uma vez que a possibilidade de contestar a decisão administrativa condenatória é maior do que a de afastar a validade da confissão. Assim, também a maior exposição do signatário a demandas reparatórias (em comparação com outros membros do cartel) decorre da confissão, não do acesso a prova.[699]

As conclusões quanto aos dois casos ficam mais claras quando são analisados elementos que aumentam ou reduzem a exposição do signatário a demandas reparatórias,[700] afetando a estratégia de candidatura ao programa de leniência. Entre eles,

---

[696] Na falta de uma conclusão da própria autoridade antitruste, a mensuração do dano poderia demandar outros elementos.

[697] Em sentido similar, mas referindo-se à decisão administrativa no lugar da confissão, ver CANENBLEY, Cornelis; STEINVORTH, Till. Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?. *Journal of European Competition Law & Practice*, v.2, n.4, 2011. Disponível em: https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/2/4/315/1845920/Effective-Enforcement-of-Competition-Law-Is-There?redirectedFrom=fulltext. Acesso em: 12 nov. 2016, p. 322. Os autores sustentam que impedir o acesso a prova não resolveria o conflito entre os incentivos à leniência e as demandas reparatórias.

[698] Sobre as espécies de sanções, ver TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

[699] Em sentido contrário, Nayara Souza: "Nesse caso, seria mais justo com o beneficiário de leniência que os documentos por ele fornecidos não o auto-incriminassem, colocando-o em igualdade de condições com os demais participantes do cartel. Desse modo, os documentos fornecidos pelo beneficiário de leniência seriam excluídos do cálculo do dano por ele causado, o que não acarretaria uma desproporção entre a sua condenação e a dos demais cartelizados" [SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. *Mecanismos de Proteção ao programa de Leniência Brasileiro*: um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil à luz do direito europeu. IX Prêmio SEAE. Classificação: menção honrosa, 2014. Disponível em: http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2014/ix-premio-seae-2014/tema1-MH-Nayara.pdf. Acesso em: 29 jan. 2017].

[700] Há também outros incentivos e desincentivos que transcendem essa análise, como a anistia a sanções criminais, o dano reputacional que é sofrido com o reconhecimento da participação do cartel e consequências práticas para o funcionamento da empresa – como perda de funcionários, tempo gasto com as investigações, entre outros. Ver LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. The Journal of Corporation Law. Iowa, v. 31, 2006, p. 459. A anistia a sanções criminais pode ser um instrumento importante dos programas de leniência para alinhar os interesses dos indivíduos e das empresas.

merecem destaque aspectos do direito processual, do direito material e da atuação da autoridade concorrencial, que impactam os custos de oportunidade relacionados com a deserção e os custos decorrentes das demandas reparatórias que o signatário poderá sofrer.[701]

No âmbito processual, a confissão realizada pelo signatário aumenta consideravelmente a probabilidade de condenação em demandas reparatórias.[702] Pressupondo um comportamento racional por parte dos candidatos à leniência, essa probabilidade será considerada para estimar os custos envolvidos na deserção do cartel, comparados com os possíveis ganhos com a permanência (deduzidos da expectativa de eventual condenação). A probabilidade de condenação não é aumentada nem reduzida pelo acesso a prova. De fato, ele poderia servir apenas para aumentar o eventual valor da condenação. Essa hipótese, contudo, apenas faria sentido caso os documentos oferecidos pelo signatário apontassem para um sobrepreço maior do que: (i) aquele que seria demonstrável a partir dos documentos acessíveis no processo administrativo; (ii) aquele que seria demonstrável a partir da análise de outros mercados ou de outros períodos; e (iii) aquele que fosse reconhecido pelo Cade em sua decisão.[703] A hipótese, portanto, é remota e, assim, é pouco expressivo o eventual desestímulo ao programa.

No âmbito do direito material, o signatário do acordo, como os demais membros do cartel, responde de forma solidária pelos danos causados (art. 32, LDC): os prejudicados têm o direito de exigir do signatário a reparação pelos danos causados por todo o cartel (art. 275, CC).[704] A consequência da responsabilidade solidária, portanto, é aumentar o valor da condenação prevista pelo signatário em relação à reparação de

---

Na ausência dessas sanções, os indivíduos, ao colocarem as empresas em risco por participar de um cartel, obtêm benefícios dessa condição sem que tenham qualquer tipo de exposição.

[701] LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006, p. 458.

[702] Essa é a desvantagem do primeiro a se entregar ("first mover disadvantage"). CANENBLEY, Cornelis; STEINVORTH, Till. Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?. *Journal of European Competition Law & Practice*, v.2, n.4, 2011. Disponível em: https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/2/4/315/1845920/Effective-Enforcement-of-Competition-Law-Is-There?redirectedFrom=fulltext. Acesso em: 12 nov. 2016, p. 321. Especificamente sobre a confissão, MUNARI, Francesco. Antitrust Enforcement after the entry into force of Regulation No. 1/2003: the interplay between the Commission and the NCAs and the need for an enhanced role of national courts. In: CORTESE, Bernardo. *EU Competition Law*: Between Public and Private Enforcement. International Competition Law Series, v.55, 2014, p. 124.

[703] Sem falar na possibilidade de que, em função da dinamização do ônus da prova [ver tópico 5.4.6], o signatário do acordo, caso demandado, se visse obrigado a produzir provas sobre a quantificação do dano.

[704] De acordo com Milutinovic, "[...] o dano causado por um cartel é, por sua própria natureza, um dano coletivo [...]". Tradução live de: "[...] the damage caused by a cartel is, by its very nature, joint damage [...]". MILUTINOVIC, Veljko. *The 'Right to Damages' under EU Competition Law*: from Courage v. Crehan to the White Paper and Beyond. Kluwer Law International, v.73, 2010, p. 276.

danos.[705] Afinal, se agirem racionalmente, os lesados demandarão contra os membros do cartel que poderão ser mais facilmente implicados no cometimento do ilícito: aqueles que confessaram celebrando acordos de leniência ou TCCs.[706] Sob essa perspectiva, o fato de terceiros terem acesso a documentos oriundos da leniência pode ser mais prejudicial aos outros membros do cartel do que ao signatário do acordo, desde que provem o envolvimento deles nas condutas ilícitas. Não apenas o acesso a prova não coloca o signatário em uma posição desfavorável em relação a seus competidores, como pode fazer precisamente o contrário: prejudicar os demais membros do cartel e reduzir o valor de eventual condenação do signatário.

De fato, a confissão e a responsabilidade solidária afetam a avaliação dos candidatos à leniência quanto à probabilidade e ao valor da condenação em demandas reparatórias. A eliminação desses elementos consistiria em um estímulo adicional ao programa de leniência,[707] aumentando o prêmio oferecido ao desertor.[708] Caso a confissão não recebesse um tratamento diferenciado em matéria probatória, restringir o acesso a prova ampliaria a atratividade do programa de leniência. Afinal, nesse caso, mantidas constantes as demais condições, a probabilidade de condenação efetivamente dependeria do acesso a prova. De modo análogo, a eliminação da responsabilidade solidária do signatário, ou ainda permitir que ele responda apenas pelos danos causados a seus consumidores diretos e indiretos (eliminando sua responsabilidade pelo *umbrella*

---

[705] No direito brasileiro, porém, diferentemente do que ocorre em muitos ordenamentos estrangeiros, é possível o chamamento ao processo, por requerimento do réu, "dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum"(art. 130, III, CPC). Isso quer dizer que, caso o signatário seja demandado integralmente, poderá, por meio do chamamento ao processo, ao menos obter a condenação dos demais membros do cartel a restitui-lo.

[706] Nesse sentido, CAUFFMAN, Caroline. The interaction of leniency programmes and actions for damages. *The Competition Law Review*, v.7, ed.2, jul. 2011. Disponível em: http://new.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol7Issue2Art1 Cauffman.pdf. Acesso em: 13 abr. 2017, p. 183.

[707] No mesmo sentido, mas emitindo juízo crítico sobre as demandas reparatórias, Ingrid Baquero explica a confissão como criadora de desincentivos para a leniência, uma vez que poderia ser utilizada como prova "irrefutável" da ilicitude [ORTIZ BAQUERO, Ingrid S. *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*: los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia. Madrid: La Ley, 2011, p. 56-57].

[708] Ver WILS, Wouter P. J. Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?. *World Competition*. Países Baixos, v.26(3), 2003. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/ 228261623_Should_Private_Antitrust_Enforcement_Be_Encouraged_in_Europe. Acesso em: 23 mar. 2017, p. 40. Segundo Wils, "Deve-se notar também que os efeitos negativos [das demandas reparatórias] existem ainda que o fato de cooperar com a autoridade não coloque o candidato a leniência em uma posição pior quanto a ações *follow-on* [após a decisão da autoridade] do que a de outros membros do cartel que não cooperem". Tradução livre de: "It should also be noted that the negative effect exists even if the fact of cooperating with the authority does not place the leniency applicant in a worse position in respect of follow-on damages actions than other cartel members that do not cooperate". Em sentido contrário, MILUTINOVIC, Veljko. *The 'Right to Damages' under EU Competition Law*: from Courage v. Crehan to the White Paper and Beyond. Kluwer Law International, v.73, 2010, p. 276.

effect)[709],[710] seriam incentivos adicionais à leniência por reduzir o valor da eventual condenação.[711]

Ademais, ainda que o acesso a prova aumentasse a exposição a demandas reparatórias de modo significativo, a leniência poderia continuar sendo a opção mais racional para os membros do cartel.[712] Para tanto, bastaria que o aumento no valor provável de indenização não tornasse o retorno esperado com o cartel maior do que aquele esperado com a deserção e a confissão realizadas na leniência.[713]

O comportamento da autoridade concorrencial também pode representar desestímulo ao programa de leniência.[714] Caso a decisão do Cade contra os demais membros do cartel ocorra muito tempo após a assinatura do acordo de leniência,[715] ou

---

[709] Em sentido contrário, mas aparentemente ignorando o *umbrela efect*, MILUTINOVIC, Veljko. *The 'Right to Damages' under EU Competition Law*: from Courage v. Crehan to the White Paper and Beyond. Kluwer Law International, v.73, 2010, p. 277.

[710] Outra solução, ainda mais drástica, existente no direito húngaro e defendida por Cauffman, é impedir que os lesados responsabilizem o signatário sempre que for possível obter compensação de outros membros do cartel [CAUFFMAN, Caroline. The interaction of leniency programmes and actions for damages. The Competition Law Review, v.7, ed.2, jul. 2011. Disponível em: http://new.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol7Issue2Art1Cauffman.pdf. Acesso em: 13 abr. 2017, p. 217].

[711] Essa análise encontra respaldo no direito norte-americano: o Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 (ACPERA) estabelece que o signatário, diferentemente dos outros membros do cartel: (i) pagará danos simples, e não triplos; (ii) será responsável apenas pelos danos causados aos consumidores diretos e indiretos de seus produtos [WARDHAUGH, Bruce. Cartel leniency and effective compensation in Europe: The aftermath of pfleiderer. *Web Journal of Current Legal Issues*, London, v.19(3), set. 2013. Disponível em: webjcli.org/article/view/251/369. Acesso em: 12 abr. 2016, p. 7; CANENBLEY, Cornelis; STEINVORTH, Till. Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?. *Journal of European Competition Law & Practice*, v.2, n.4, 2011. Disponível em: https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/2/4/315/1845920/Effective-Enforcement-of-Competition-Law-Is-There?redirectedFrom=fulltext. Acesso em: 12 nov. 2016, p. 323]. Por uma análise detalhada do tema, ver HVIID, Morten; MEDVEDEV, Andrei. The role of contribution among defendants in Private Antitrust litigation. *Centre for Competition Policy*, Working Paper 08-3, fev. 2008. Disponível em: competitionpolicy.ac.uk/documents/107435/107587/ccp08-3.pdf. Acesso em: 12 jan. 2016.

[712] Nesse sentido, IANNUCCELLI. Paolo. The European Court of Justice and the shaping of Private Enforcement of EU Antitrust Law through Preliminary Rulings. In: CORTESE, Bernardo. EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement. *International Competition Law Series*, v.55, 2014, p. 237-238. Contudo, isso seria um estímulo negativo ao programa: WILS, Wouter P. J. Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?. *World Competition*. Países Baixos, v.26(3), 2003. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228261623_Should_Private_Antitrust_Enforcement_Be_Encouraged_in_Europe. Acesso em: 23 mar. 2017, p. 40.

[713] Sobre essa relação, ver CAUFFMAN, Caroline. The interaction of leniency programmes and actions for damages. *The Competition Law Review*, v.7, ed.2, jul. 2011. Disponível em: http://new.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol7Issue2Art1Cauffman.pdf. Acesso em: 13 abr. 2017, p. 204-206 e LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. Breaking up is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration. *Ross School of Business Working Paper*, Michigan, n.1150, set. 2010. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/10.1086/657660?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 12 jan. 2016, p. 4-5.

[714] Sobre a prática do Cade em relação ao programa de leniência e ao tratamento probatório conferido ao respective acordo, ver RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 116-121.

[715] Essa hipótese seria mitigada pela observância do art. 207, RICade: "A identidade do signatário do acordo de leniência será mantida como de acesso restrito em relação ao público em geral até o julgamento do

considere o cartel mais curto do que confessado pelo signatário, o custo esperado com a leniência (em decorrência das demandas reparatórias) será aumentado. Nesses casos, haveria uma exposição maior do signatário a demandas reparatórias em comparação com os outros participantes do cartel.[716] Além disso, a atuação do Cade poderia reduzir o prêmio esperado pelo potencial signatário. Nesse sentido, uma baixa condenação dos outros membros do cartel em um caso em que houve acordo de leniência[717] sinalizaria para os demais candidatos que o prêmio esperado com a confissão é reduzido.[718] Afinal, não confessar não importaria uma condenação muito elevada.[719] De modo similar, falta de

---

processo pelo Cade". Ver também, RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 118. Contudo, isso não impediria o acesso a esse documento por meio do processo judicial em momento anterior à conclusão do processo administrativo, como ocorreu no RESP 1.554.986-SP [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 mar. 2016, p. 12-13]. Uma forma de remediar esse problema, elogiada por Cauffman, é utilizada no direito húngaro: suspender os processos relativos a demandas reparatórias contra o signatário do acordo de leniência até que seja proferida decisão final no Poder Judiciário sobre a conclusão do Cade no processo administrativo originado a partir da leniência [CAUFFMAN, Caroline. The interaction of leniency programmes and actions for damages. *The Competition Law Review*, v.7, ed.2, jul. 2011. Disponível em: http://new.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol7Issue2Art1Cauffman.pdf. Acesso em: 13 abr. 2017, p. 216].

[716] Ainda que a exposição causada em ambas as hipóteses (especialmente a segunda delas) pudesse ser mitigada pelo chamamento ao processo, o comportamento mal sucedido do Cade na aplicação da sanção contra os demais membros pode ser um fator de desestímulo à leniência.

[717] Nesse sentido CANENBLEY, Cornelis; STEINVORTH, Till. Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?. *Journal of European Competition Law & Practice*, v.2, n.4, 2011. Disponível em: https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/2/4/315/1845920/Effective-Enforcement-of-Competition-Law-Is-There?redirectedFrom=fulltext. Acesso em: 12 nov. 2016, p. 316.

[718] Um dos principais problemas de se premiar a delação é o fato de que ela constitui um estímulo para que o delator (signatário do acordo de leniência) apresente declarações falsas ou exageradas como forma de obter o benefício. [MACCULLOCH, Angus and WARDHAUGH, Bruce. The baby and the bathwater: the relationship in Competition Law between Private Enforcement, Criminal Penalties, and Leniency Policy. *Presented before the Centre for Competition Policy*, Norwich, 14 de junho de 2012. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2089369. Acesso em: 16 dez. 2016, p. 118]. A partir dessa premissa, alguns autores cogitam o risco de que um competidor tente se valer do programa de leniência com o fim de prejudicar outros competidores. Sobre o uso estratégico da leniência, ver WILS, Wouter P. J. Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?. *World Competition*. Países Baixos, v.26(3), 2003. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228261623_Should_Private_Antitrust_Enforcement_Be_Encouraged_in_Europe. Acesso em: 23 mar. 2017, p. 20-30; IANNUCCELLI. Paolo. The European Court of Justice and the shaping of Private Enforcement of EU Antitrust Law through Preliminary Rulings. In: CORTESE, Bernardo. *EU Competition Law*: Between Public and Private Enforcement. International Competition Law Series, v.55, 2014; ZINGALES, Nicolo. European and American Leniency Programmes: two models towards convergence?. The Competition Law Review, v.5, ed.1, dez. 2008, p. 38-39 e 41-43. Ver, no direito brasileiro, RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 120-121.

[719] Como já mencionado, a maior probabilidade de detecção e condenação, bem como o valor mais elevado das sanções impostas, são fundamentais para a atratividade do programa de leniência. Um dos elementos que contribui para a criação da desconfiança necessária para que os membros do cartel se vejam em um jogo não-cooperativo é a necessidade de que o custo de ser traído seja muito elevado: isto é, que se pague um preço muito alto por não desertar quando algum dos outros membros do cartel o faz [LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006, p. 475]. Nesse sentido, Lande sustenta que, nos Estados Unidos, o risco de que membros do cartel não optantes da leniência sofram demandas reparatórias em valor mais elevado, contribui para as confissões pelos

transparência por parte do Cade ou eventuais incertezas relacionadas com a própria concessão da leniência reduziriam a probabilidade de obtenção do prêmio e, consequentemente, o estímulo à deserção.[720]

Diante do exposto, pode-se perceber que dificilmente a restrição do acesso a prova se justificaria em função do interesse social na preservação da leniência.[721-722] Porém, na falta de legislação específica,[723] essa análise demanda exercício de ponderação no momento da aplicação da norma, com vistas à compatibilização do acesso a prova nas demandas reparatórias com a preservação do programa de leniência.[724-725] Na maioria dos

---

infratores [LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. The extraordinary deterrence of Private Antitrust Enforcement: a reply to Werden, Hammond, and Barnett. *Antitrust Law Bulletin*, v.58, n.1, primavera 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2127762. Acesso em: 12 fev. 2017, p. 180]. Ver também CRANE, Daniel A. *The institutional structure of antitrust enforcement*. Oxford: Oxford Press, 2011, p. 181.

[720] Da mesma forma, a doutrina faz referência à importância de regras claras para a concessão de leniência [ZINGALES, Nicolo. European and American Leniency Programmes: two models towards convergence?. *The Competition Law Review*, v.5, ed.1, dez. 2008., p.22 e ss.], chegando até mesmo a sugerir a concessão dos benefícios da leniência para o líder do cartel e independentemente do início das investigações pela autoridade [LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006, p. 477 e ss.].

[721] Contudo, há, como visto, a possibilidade de tratamento restritivo do material oriundo da leniência no interesse das investigações.

[722] No mesmo sentido, ainda que partindo de premissas distintas, Canenbley e Steinvorth sustentam: "[...] medidas administrativas por si, tais como a restrição de acesso a documentos e evidências relacionados com os candidatos à leniência, não são suficientes para afastar o receio destes candidatos quanto à auto-incriminação por meio de sua cooperação com as autoridades.". Tradução livre de: "[...] administrative measures alone, such as restricting access to file as regards documents and evidence relating to leniency applicants, are not sufficient to remove the reservations of potential leniency applicants concerning self-incrimination through their cooperation with competiton authorities." CANENBLEY, Cornelis; STEINVORTH, Till. Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?. Journal of European Competition Law & Practice, v.2, n.4, 2011. Disponível em: https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/2/4/315/1845920/Effective-Enforcement-of-Competition-Law-Is-There?redirectedFrom=fulltext. Acesso em: 12 nov. 2016, p. 325.

[723] É uníssono na doutrina estrangeira, tanto entre aqueles que defendem quanto entre aqueles que criticam restrições de acesso, a necessidade de regulamentação da matéria. Ver ORTIZ BAQUERO, Ingrid S. La aplicación privada del Derecho Antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia. *Revista e-Mercatoria*, v.7, n.1, 2008. Disponível em: http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2056. Acesso em: 30 mar. 2017, p. 59; MILUTINOVIC, Veljko. *The 'Right to Damages' under EU Competition Law*: from Courage v. Crehan to the White Paper and Beyond. Kluwer Law International, v.73, 2010, p. 316; CATÓN, Pablo González de Zárate. Disclosure of leniency materials: a bridge between Public and Private Enforcement of Antitrust Law. European Legal Studies, *Research Paper in Law*, ago. 2013. Disponível em: https://www.coleurope.eu/research-paper/disclosure-leniency-materials-bridge-between-public-and-private-enforcement-antitrust. Acesso em: 29 jul. 2016, p. 25; BUCAN, Nina. The enforcement of EU Competition Rules by Civil Law. *Radboud Universiteit Nijmegen*, 11 dez. 2013. Disponível em: http://hdl.handle.net/2066/121821. Acesso em: 18 fev. 2017, p. 169.

[724] Conforme já decidiu o STJ "eventual sigilo do procedimento administrativo não pode ser oposto ao Poder Judiciário" [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 mar. 2016]. Defendendo a solução oposta, ainda que sem analisar as consequências quanto à constitucionalidade da medida em face do art. 5º, XXXV, CF/88, Nayara Souza sugere que: "Desse modo, a Lei 12.529/2011 deveria conter um dispositivo que retirasse o poder do juiz de determinar a divulgação de informações relativas a acordo de leniência que fossem solicitadas por prejudicado ou seu substituto processual em ação de reparação de danos". [SOUZA, Nayara Mendonça Silva

casos em que esse exame foi realizado, entendeu-se pela prevalência do acesso a prova.[726] Quando enfrentou a questão, o STJ entendeu pela desproporcionalidade da manutenção do sigilo frente ao acesso a prova, impedindo os lesados de buscar a reparação dos danos.[727] Desse modo, a tendência é de que não seja deferido tratamento sigiloso ao material produzido por ocasião da leniência, com exceção da hipótese legal de sigilo aplicável à proposta de acordo e durante as investigações (art. 86, § 9º, LDC).

Por fim, é importante notar que também as soluções alcançadas pelo direito europeu, após extenso debate sobre o tema,[728] corroboram a percepção de que o acesso a prova no âmbito da leniência não representa um desestímulo representativo para o sucesso do programa. Afinal, alhures, após a conclusão do processo administrativo, o sigilo é preservado apenas com relação ao que, no direito brasileiro, corresponderia às propostas de leniência e de TCC.

---

e. *Mecanismos de Proteção ao programa de Leniência Brasileiro*: um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil à luz do direito europeu. IX Prêmio SEAE. Classificação: menção honrosa, 2014. Disponível: http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2014/ix-premio-seae-2014/tema1-MH-Nayara.pdf. Acesso em: 29 jan. 2017, p. 41].

[725] É interessante notar que na atuação das autoridades concorrenciais prevalece o interesse institucional relacionado à absoluta proteção do programa de leniência contra quaisquer riscos. Nesse sentido, por diversas vezes, a Comissão Europeia se posicionou na Corte de Justiça defendendo a manutenção do sigilo. Isso também pode ser dito em relação ao comportamento da Antitrust Division do DOJ nos Estados Unidos que chega a demonstrar hostilidade ao *private enforcement* [WALLER, Spencer Weber. Towards a constructive Public-Private Partnership to enforce Competition Law. *Law and Economics Review*, v.29, n.6, 2006. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=905604. Acesso em: 9 fev. 2017, p. 16]. No Brasil, o Guia sobre o Programa de Leniência do Cade prevê atuação ativa do órgão e de sua procuradoria em defesa do sigilo do material relacionado ao acordo de leniência [BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Guia: Programa de Leniência Antitruste do Cade. Versão preliminar [sl:sn]. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-programa-de-leniencia-antitruste-do-cade-versao-preliminar-1.pdf. Acesso em: 1º abr. 2017, p. 51-54].

[726] CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 192-194 – exemplos de situações em que o judiciário em decisões de primeira instância, concedeu acesso a todos os documentos. SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. *Mecanismos de Proteção ao programa de Leniência Brasileiro*: um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil à luz do direito europeu. IX Prêmio SEAE. Classificação: menção honrosa, 2014. Disponível em: http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2014/ix-premio-seae-2014/tema1-MH-Nayara.pdf. Acesso em: 29 jan. 2017, p. 32-34.

[727] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 mar. 2016, p. 13.

[728] COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Green Paper*: Damages actions for breach of the EC antitrust rules. COM (2005) 672, Bruxelas, 2005; COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/citizen_pt.pdf>. Acesso em: 06 out. 2016; COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Commision Staff Working Paper*: accompanying the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules. SEC (2008) 404. Bruxelas, 2008; COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Directive 2014/104/EU*. Official Journal of the European Union, L.349/1, 26 nov. 2014. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/ ?uri=uriserv:OJ.L_.2014.349.01.0001.01.ENG&toc=OJ:L:2014:349:TOC. Acesso em: 12 mai. 2016.

5.4.4 Prova emprestada, exibição de documento e antecipação da prova

Como visto, é pouco provável que os lesados por infrações à ordem econômica disponham das fontes de prova necessárias para demonstrar as alegações de fato necessárias para a procedência de uma demanda reparatória. Nesse contexto, para além das hipóteses de inversão do ônus da prova e de presunções legais relativas que lhe forem favoráveis, os lesados dispõem de mecanismos processuais que facilitam o acesso a prova, cuja importância reside não apenas na possibilidade de demonstração do direito em juízo, mas também em habilitar o litigante com elementos que possibilitem mensurar a possibilidade de sucesso em uma eventual demanda.[729]

Sob esse prisma, há três técnicas processuais que merecem consideração: (i) prova emprestada, (ii) exibição de documento e (iii) antecipação da prova.

Conforme Eduardo Talamini, "a prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para o outro", na "forma de documento".[730] Traslada-se a documentação da prova,[731] aproveitando "em um processo os atos de *realização da prova* já consumados em outro".[732] Em geral, costuma-se restringir a ideia de empréstimo às provas que são constituídas no processo judicial (oral, pericial e inspeção judicial).[733] Nesse caso, a prova trasladada, apesar de assumir a forma documental, pode manter a mesma eficácia probatória que possuía no processo no qual foi produzida originariamente.[734] As provas documentais, na medida em que "cada documento vale por

---

[729] Como explica Yarshell, a prova tem caráter instrumental quanto aos interessados, "[...] na medida em que propicia elementos que autorizam o ingresso em juízo ou podem evitá-lo" [YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 211].

[730] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 93.

[731] Como explica Talamini, "[...] são trazidos do primeiro processo todos os elementos documentais em que se consignou a atividade probatória a ser reaproveitada." [TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 93].

[732] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95.

[733] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 96. Conforme Dinamarco, "Pela sede de sua preparação, as provas são *preconstituídas*, como as provas emprestadas e os documentos em geral, que já foram formados e existem antes e fora do processo; ou *constituendas*, que são aquelas a serem formadas no curso do próprio processo (prova testemunhal, depoimento pessoal, perícias, inspeções judiciais)" [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 92].

[734] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 94. Trata-se de mera potencialidade: "é claro que a prova emprestada poderá não receber a mesma valoração da obtida no processo em que foi originariamente produzida" [MARINONI, Luiz

si próprio e pela eficácia que tiver", são objeto de cópia que em nada modifica sua força probante original:[735] como não há "contraste entre forma e valor potencial", não se cogita tratar o traslado de documento como prova emprestada.[736]

Há duas razões que justificam que o juiz admita a utilização de prova produzida em outro processo (art. 372, CPC): (i) "evitar [...] a repetição inútil de atos processuais", conferindo-lhes máxima utilidade;[737] e (ii) permitir a utilização de prova que, por alguma circunstância, não possa ser novamente colhida.[738]

No primeiro caso, o empréstimo se sujeita a alguns requisitos:[739] (i) que a parte contra a qual se pretende utilizar a prova tenha participado no processo originário,[740] que deve ter tido grau tão intenso de contraditório e cognição quanto haveria no segundo processo; [741] (ii) que a prova tenha sido colhida originariamente em processo

---

Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 288]. A inspeção judicial não mantém seu valor originário, porque ele depende da imediação pelo juiz [TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 98-99].

[735] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 96. São provas que "*sempre admitem o contraditório intergral posteriormente à sua produção*" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 287].

[736] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul/set 1998, p. 94. Em sentido contrário, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 287.

[737] No mesmo sentido, Talami afirma que "a função primeira e imediata do empréstimo de prova é a economia processual" [TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 110].

[738] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 287. Em verdade, trata-se dos casos em que "[...] a prova é irrepetível ou, quando menos, sua repetição só se faria a um custo bastante alto e despropositado [...]" [TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 112]. Nessa hipótese, o empréstimo assume uma função especial: "[...] evitar a perda da prova irrepetível ou de difícil repetição [...]" [TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 112]. Para Dinamarco, a prova emprestada deve ser excepcional, restringindo-se a esta última hipótese [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 98].

[739] Sobre os vícios relativos à prova emprestada, ver TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 103-106.

[740] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 95.

[741] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. Revista de Processo, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 97. No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 97-98. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 287.

jurisdicional;[742] e (iii) regularidade da produção da prova no processo originário e do traslado no segundo processo.[743] Preenchidos tais requisitos, a parte tem direito ao empréstimo da prova.[744] Deve-se notar que não se requer identidade entre os processos ou semelhança do fato probando;[745] tampouco importa o resultado do processo anterior para definir se a prova emprestada será admissível e eficaz.[746]

Caso esses requisitos não tenham sido observados – tendo havido a violação de regras ou princípios constitucionais (como o contraditório) –, apenas se admitirá o empréstimo se ele for imprescindível para tutelar o direito da parte a uma prova que seria irrepetível ou de difícil repetição.[747] Nesse caso, a proporcionalidade pode justificar a excepcional admissão da prova emprestada no caso concreto.[748] A partir disso, Talamini também cogita do aproveitamento de prova desfavorável à administração pública que tenha sido produzida em processo ou procedimento administrativo.[749] Ainda que muito excepcional, essa possibilidade poderia ser cogitada quando o suposto infrator, para se

---

[742] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 101. Também DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 97-98.

[743] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 97-98. Sobre o tema, explica Talamini que a colheita regular no primeiro processo, "[...] a observância no segundo processo das normas que disciplinam a admissibilidade da prova em sua essência originária [...]" e das "[...] normas que traçam os limites e condições para a juntada de documento [...]", são requisitos de admissibilidade para o empréstimo [TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 102]. A observância do procedimento da prova documental não é requisito para a admissão do empréstimo, mas para a produção válida da prova [TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 102].

[744] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 111.

[745] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 103.

[746] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 106. Não depende a prova emprestada de como e se foi valorada no processo originário [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 98].

[747] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 112. Ver também AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 116-118.

[748] AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 121.

[749] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 112. Em sentido contrário, AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105-106.

defender em demanda reparatória, vê-se na necessidade de empregar prova irrepetível que tenha sido produzida em processo administrativo.[750]

No direito concorrencial, costuma-se referir à prova emprestada em sentido bastante abrangente e pouco técnico, uma vez que o art. 51, RICade, refere-se ao empréstimo de "documentos, objetos e informações" de processo judicial.[751] Por esse motivo, a utilização de confissão e provas documentais produzidas em outra jurisdição tem sido tratadas equivocadamente como prova emprestada.[752] O risco desse equívoco é que se confunda a prova documental, em que o contraditório posterior se dá sem qualquer prejuízo, com a prova documentada objeto de traslado, que exige a observância dos requisitos do empréstimo de prova.[753] De qualquer forma, há razões para que se reconheça a possibilidade de se utilizar prova emprestada produzida no exterior, desde que observados os requisitos acima mencionados, que são determinantes para sua regularidade.[754] Essa hipótese é relevante no direito concorrencial, uma vez que (i) depoimentos pessoais da parte em outras jurisdições podem conter confissão; (ii) no processo que tramita no exterior pode ter sido produzida prova pericial econômica de alta complexidade e custo; (iii) testemunhas podem ter prestado depoimento e uma nova oitiva delas, que poderia ser feita mediante carta rogatória, poderia ter alto custo e demorar muito tempo para ser produzida.

Também parece adequado entender que deve ser admitida a prova pericial econômica produzida em outro processo tanto no exterior quanto em sede administrativa:

---

[750] A valoração da prova, porém, parece depender fundamentalmente de juízo do magistrado quanto às circunstâncias do caso concreto. Por esse motivo, ainda que de forma pouco técnico, Paulo Osternack Amaral afirma que a prova produzida em processo administrativo deve "[...] receber o valor correspondente ao de um mero indício" [AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 106].

[751] Sobre prova emprestada no processo administrativo perante o Cade, ver RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 139-143.

[752] RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 141-142.

[753] Nesse sentido, Talamini afirma que não é cabível o empréstimo de prova "[...] produzida em processo administrativo [...]", "[...] produzida no exterior [...]" e "[...] colhida em procedimento arbitral [...]" [TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 101]. Quanto ao processo arbitral, é preciso notar que o fundamento apresentado por Talamini para o não cabimento é o suposto caráter não jurisdicional da arbitragem. Por considerá-la jurisdicional, Paulo Osternack Amaral conclui pela possibilidade de se emprestar prova produzida em processo arbitral [AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 108].

[754] AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 104-105.

seja porque, mesmo não se tratando propriamente de prova documental, o contraditório posterior em relação a ela é pleno; seja porque ela pode ser admitida na condição de parecer técnico da parte (art. 472, CPC).[755] Nesse último caso, inclusive, é possível enquadrar os pareceres e estudos econômicos produzidos pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade. O valor dessa prova, porém, possivelmente não será o mesmo da perícia realizada por terceiro imparcial.

A exibição de documentos, por sua vez, é mecanismo de obtenção de prova[756] que pode ser dirigido contra a parte contrária (incidente processual) ou contra terceiro (ação incidental).[757-758] Ela tem lugar no curso do processo, apenas "após a citação do réu e, na grande maioria dos casos, já na fase instrutória".[759]

Quando a exibição decorre de pedido da parte, ela observa o procedimento dos arts. 397 e ss., CPC. Nesse caso, exige-se (i) "a individuação, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa" (art. 397, I, CPC); (ii) a indicação da "finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou com a coisa" (art. 397, II, CPC); (iii) a indicação das "circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária" (art. 397, III, CPC).

Assim, segundo Arenhart e Marinoni, o primeiro requisito permite a conclusão de que "repugna à legislação o pedido genérico", consistente na tentativa de forçar a outra parte a exibir qualquer prova.[760] Essa identificação do documento ou da coisa pode ser impossível para a parte quando não conheça o material que é detido pela parte contrária. O segundo requisito demanda a demonstração da "utilidade na produção da prova"[761] e servirá para "delimitar o campo da eventual incidência da presunção fixada no art. 400

---

[755] Sobre o tema, ver tópico 5.4.5.
[756] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 346.
[757] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 349.
[758] Por uma análise detalhada do procedimento de exibição em face da parte ou de terceiro, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 554 e ss.
[759] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 351.
[760] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 562.
[761] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 562.

[CPC]".[762] Ainda conforme os autores, o último requisito envolve a necessidade de se demonstrar "a real existência do documento ou da coisa que pretende seja exibida" e os elementos para crer que ele está em posse da parte contrária.[763] Esses requisitos procuram eliminar o risco de que a exibição de documentos funcione como uma *fishing expedition* – em que os documentos da parte adversária são examinados em busca de fatos que poderão ser alegados pela outra parte.[764]

Percebe-se, pois, a partir de tais requisitos, que, em que pese a possível utilidade da exibição de documentos que precisem ser produzidos e mantidos pela outra parte (como o preço e o custo dos produtos que comercializa), ela não se presta para a maioria dos casos em que há suspeita quanto à ocorrência de um ilícito concorrencial – seja porque a parte terá dificuldade em individuar os documentos de que necessita e em comprovar sua existência; seja porque a parte contrária pode eliminá-los sem deixar vestígio. O mesmo se aplica ao juiz que, em tal contexto, dificilmente será capaz de usar seus poderes instrutórios.

Ademais, o requerido poderá recusar a exibição, caso convença o juiz da legitimidade da recusa (art. 400, II, CPC, *a contrario sensu*). Contudo, há presunção absoluta de ilegitimidade da recusa se:[765] (i) "o requerido tiver obrigação legal de exibir [o documento ou coisa]" (art. 399, I, CPC); (ii) "o requerido tiver aludido ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova" (art. 399, II, CPC); e (iii) "o documento, por seu conteúdo, for comum às partes" (art. 399, III, CPC). Dentre as hipóteses capazes de legitimar a recusa na exibição (art. 404, CPC), merece destaque o fato de que para invocar a garantia de não autoincriminação (art. 404, III, CPC), deve haver imputação ou risco de imputação de crime à parte em decorrência da prova que será produzida.[766] Como a garantia "adere à pessoa e não à informação", ela não pode ser

---

[762] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 563.

[763] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 563.

[764] Sobre o abuso de direito relacionado com a produção de prova, ver YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 194 e ss.

[765] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 568.

[766] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 348. Analisando a questão no âmbito do Cade, afirma Bruno Burini: "[...] ao administrado é assegurado não o direito ao silêncio, de não declarar ou produzir provas contra si, de não confessar; mas no exercício do ônus de afirmar e do ônus de provar, a administração pode e deve tomar as medidas coercitivas para a obtenção de informações que, se sigilosas, serão tratadas como tal. Por sua vez, o administrado não tem o direito de

invocada por outros que não a parte (ressalvados os parentes desta – art. 404, III, CPC).[767] A recusa também pode se legitimar, entre outras hipóteses, devido à existência de dispositivo legal (art. 404, VI, CPC) ou de motivo grave que justifique a recusa da exibição (art. 404, V, CPC).[768-769]

Caso não seja exibido o documento ou a coisa, e a recusa seja considerada injustificada, o juiz decidirá o incidente ou a ação incidental em favor do requerido. Há duas situações possíveis: se houver incidente processual em face da parte, o juiz, ao decidir o processo principal, aplicará a presunção de veracidade quanto aos fatos afirmados (art. 400, CPC);[770] caso se trate de ação incidental contra terceiro, o juiz ordenará o depósito do documento ou coisa (art. 403, CPC). Neste caso, se a ordem não for cumprida, será expedido mandado de busca e apreensão, sendo possível requisitar, caso necessário, força policial; podem também ser impostas medidas de indução ou sub-rogação, assim como responder, o renitente, por crime de desobediência (art. 403, parágrafo único, CPC).[771]

Quando o sujeito passivo da exibição for o Poder Público, a matéria é regulada pelo art. 438, CPC, que prevê a requisição de certidões e procedimentos administrativos.[772] Subsidiariamente, aplica-se a disciplina das "[...] determinações genéricas inseridas na seção relativa à exibição de documentou ou coisa". Consequentemente, a requisição tem origem em pedido formulado pela parte na forma do art. 397, CPC,[773] sendo possível a aplicação das sanções do art. 400, CPC (se a administração pública for parte), ou do art.

---

declarar o inverídico – ao contrário, ele tem o dever de dizer a verdade, sob pena de imputação de enganosidade." [BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial*: perspectiva instrumentalista. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15032013-084457/pt-br.php. Acesso em: 15 abr. 2017, p. 197].

[767] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 349.

[768] O art. 404, parágrafo único, CPC, estabelece hipótese de publicidade parcial, quando os motivos para recusa recaírem apenas em parcela do documento: a parte ou terceiro deixa de exibir esta parte, e exibe o outro em cartório.

[769] Sobre as regras de privilégio previstas nos incisos do art. 404, CPC, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 584 e ss.

[770] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 571.

[771] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 583.

[772] Em geral, o fundamento para a requisição repousa naquilo que foi examinado acima sobre publicidade e sigilo [tópico 5.4.2]. Sobre o tema, ver também MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 593-597.

[773] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 592.

403, CPC (caso seja terceira).[774] Havendo razões legítimas (art. 404, CPC) para recusar o atendimento à requisição,[775] a administração pública deve informar o juízo, de modo que o magistrado possa avaliar se deve reiterar a ordem, conceder dilação de prazo ou rever a ordem.[776] Em caso de novo descumprimento, devem-se aplicar as sanções do art. 403, CPC.[777]

Por fim, ainda quanto à requisição, Marinoni e Arenhart apontam a função subsidiária do art. 438, CPC: "[...] a atuação do judiciário em relação à requisição de documentos de órgãos públicos será sempre subsidiária".[778] Afinal, ela apenas deve ocorrer quando a parte não conseguir receber da administração pública os documentos que solicitar, devendo comprovar a tentativa frustrada.[779]

Assim, partindo da situação em que o Cade confere tratamento restritivo a um processo administrativo, o lesado que tenha interesse em obter informações deve solicitá-las ou, eventualmente, tentar "intervir" no feito (art. 50, LDC). Caso a informação não seja fornecida e a "intervenção" não seja admitida pela SG ou pelo Conselheiro-Relator, o lesado pode solicitar judicialmente: (i) a determinação da intervenção, caso o lesado se enquadre em uma das hipóteses do art. 50, LDC; (ii) o fornecimento de cópia dos autos e demais informações necessárias ao Cade (arts. 11, X, e 13, XVII, LDC).[780] No curso do processo, se houver sido proposta demanda reparatória, o lesado deve se valer do procedimento descrito acima relativo à requisição de documentos; antes da propositura da demanda, o procedimento a ser utilizado é o da produção antecipada da prova.

---

[774] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 593.

[775] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 593.

[776] Marinoni e Arenhart, por considerarem que "[...] o magistrado, ao determinar a requisição, já fez, certamente, a ponderação sobre a viabilidade ou não da expedição da ordem.", parecem não reconhecer a possibilidade de que a ordem seja revista [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 600].

[777] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 600.

[778] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 597.

[779] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 597.

[780] Conforme esses artigos, compete tanto aos Conselheiros do Cade quanto à SG "[...] prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento dos processos, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais".

A produção (ou obtenção) antecipada da prova[781] tem lugar quando se pretende produzir a prova "antes do processo cujo objeto é a declaração do direito ou, dentro dele, da fase normalmente reservada à instrução".[782] Essa possibilidade, reconhecida pelo art. 381, CPC, tem como fundamento a urgência (art. 381, I) ou o reconhecimento de um direito autônomo à prova ("direito à [...] pré-constituição [da prova] em processo cujo objeto seja limitado a tal providência [art. 381, II e III]").[783] Em relação a este, é preciso notar que constitui "meio de permitir o esclarecimento e o convencimento das partes",[784] propiciando a elas "elementos para um ingresso em juízo mais responsável [art. 381, III, CPC] e, eventualmente, para a adoção de soluções de autocomposição [art. 381, II, CPC]".[785]

Além de apresentar alguma dessas razões para justificar a necessidade da medida, o requerente deve mencionar "com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair" (art. 382, CPC). Diferentemente do que ocorria sob a égide do código anterior (art. 846, CPC/73), qualquer prova pode ser objeto de produção antecipada (art. 382, § 3º, CPC). Contudo, como dito anteriormente em relação à exibição, dada a dificuldade de se conhecer com precisão os fatos e os possíveis elementos de prova no contexto de uma infração à ordem econômica, a exigência do art. 382, *caput*, CPC, pode consistir em óbice para a utilização da produção antecipada por lesados.

O sujeito passivo da produção de prova pode ser a potencial parte adversária em uma eventual futura demanda, ou um terceiro, inclusive ente público (art. 381, § 4º, CPC), a depender de quem detenha a prova que se pretende produzir. Por esse motivo, caso o

---

[781] Parte da doutrina, por considerar que "[...] a produção da prova só pode ocorrer *dentro* do processo à qual ela é destinada [...]", prefere se referir a essa hipótese como obtenção antecipada de prova [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 307]. Em sentido contrário, afirma Yarshell: "Além disso, sua produção antecipada [do documento], entendida, quiçá, em sentido menos rigoroso, envolve dois momentos, a saber: o da constituição do próprio documento no plano extraprocessual e, depois, sua mais rigorosa produção, aí entendida como sua apresentação em processo judicial (ainda que não necessariamente aquele cujo objeto é a declaração do direito)." [YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 429 e 431].

[782] YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 441.

[783] YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 441. Ver também, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 310.

[784] YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 442.

[785] YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 443.

requerente pretenda "justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso" (art. 381, § 5º, CPC), sequer há necessidade de citação de outros interessados (art. 382, § 1º), não havendo formação de polo passivo.[786] Se houver, eles "poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se sua produção conjunta acarretar excessiva demora" (382, § 3º, CPC). O juiz apreciará o pedido e, caso defira a produção da prova, não deverá valorá-la (art. 382, § 2º, CPC).

Considerando os elevados custos e, especialmente, o potencial de sucumbência de um lesado ao propor uma demanda reparatória no âmbito concorrencial, esse procedimento pode ter grande utilidade. Afinal, ele permitirá que o lesado avalie suas "chances e riscos no futuro e eventual processo",[787] desaconselhando ou estimulando a propositura de demanda ou a adoção de solução autocompositiva.

Por fim, deve-se notar a possibilidade de que, tanto na exibição de documento ou coisa quanto na produção antecipada de prova, haja receio de que, "ao ser citado para os termos da demanda, aquele que está em poder da documentação possa simplesmente negar a sua existência, tornando, ao mesmo tempo, impossível sua localização".[788] Nessa hipótese, seria justificável, em caráter excepcional, "a postergação do contraditório, que deverá ser observado quando da exibição [ou obtenção da prova] propriamente dita".[789] Tratar-se-ia, nesse caso, de hipótese similar à busca e apreensão. Contudo, para uma maior eficácia da medida em prol dos lesados, seria necessário que se reduzissem as necessidades de identificação prévia dos documentos que são buscados, mas isso não parece possível.

Contrasta com esse tratamento os amplos poderes concedidos à SG para "requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física" (art. 13, VI, d, LDC).[790]

---

[786] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 310.

[787] YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 442.

[788] YARSHELL, Flávio Luiz. Breves considerações acerca da exibição de documento ou coisa no direito positivo brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Estudos de Direito Processual Civil*: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 344.

[789] YARSHELL, Flávio Luiz. Breves considerações acerca da exibição de documento ou coisa no direito positivo brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Estudos de Direito Processual Civil*: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 344.

[790] Sobre a busca e apreensão na prática do Cade, ver RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 133-138; BURINI, Bruno

Em muitos casos, o juiz autoriza que a providência seja acompanhada pela própria SG, contribuindo na triagem do material disponível.[791] A ausência de prévia comunicação do suposto infrator costuma ser fundamental para preservar o elemento "surpresa" em um contexto no qual há dificuldade na obtenção da prova e risco de sua destruição.[792] Destaque-se também a possibilidade de que o Cade participe da realização de buscas e apreensões criminais ou obtenha autorização para trasladar ao processo o material nelas obtido.[793] Haveria, ainda, a possibilidade de realização pelo Cade de inspeção na sede dos supostos infratores (art.13, VI, c, LDC), mas essa hipótese é questionada pela doutrina e foi raramente utilizada.[794]

Percebe-se, portanto, que quando há dificuldade na obtenção da prova pela sua ocultação ou risco de destruição pela parte (como na maioria dos casos de cartel), as duas alternativas mais plausíveis para o lesado são: (i) conseguir acesso, administrativamente, ao material obtido pelo Cade; ou (ii) conseguir acesso, judicialmente, ao material obtido pelo Cade ou em investigação criminal. Nesta última hipótese, aplicam-se as técnicas processuais analisadas: no curso do processo, (i) empréstimo da prova produzida judicialmente em busca e apreensão (criminal ou solicitada pelo Cade), ou (ii) requisição de exibição ao Cade dos autos de processo administrativo, caso a autarquia não o disponibilize ao interessado; antes da propositura da demanda, (iii) produção antecipada de prova em face do Cade, caso não se tenha autorizado o acesso do interessado aos autos do processo administrativo.

Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial*: perspectiva instrumentalista. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15032013-084457/pt-br.php. Acesso em: 15 abr. 2017, p. 235 e ss.

[791] RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Processo administrativo de investigação de cartel. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 135.

[792] Ver RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 134.

[793] RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 136-137.

[794] RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 138-139. Ver também BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial*: perspectiva instrumentalista. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15032013-084457/pt-br.php. Acesso em: 15 abr. 2017, p. 238 e ss.

5.4.5 Prova econômica

Em muitos casos no direito concorrencial, especialmente nas condutas colusivas ilícitas, como o cartel, a produção de provas diretas é muito difícil.[795] Os acordos costumam ser pactuados em reuniões secretas, os telefonemas realizados a partir de números pré-pagos, não há minutas ou atas dos encontros, tampouco mensagens ou e-mails trocados entre os concorrentes. Se existem, é muito provável que os envolvidos no ilícito procuraram escondê-los ou destruí-los. Assim, o *enforcement* do direito concorrencial, tanto público quanto privado, depende em larga medida de provas indiretas[796]; da demonstração de fatos que permitam inferir a ocorrência de outros fatos que preencham a tipicidade do ilícito.[797]

Essas provas indiretas podem dizer respeito a acontecimentos que, na presença de outros elementos, poderiam ser configurados como fatos principais – como o conhecimento sobre reuniões ou ligações entre os concorrentes, sem que seja possível saber o seu conteúdo; ou as consequências dos fatos principais que se busca comprovar (os efeitos econômicos de determinados comportamentos).[798]

A transcrição do conteúdo das ligações ou das conversas realizadas em reunião constituiriam provas diretas, mas sua simples ocorrência serve apenas como indício, prova indireta que poderá permitir a inferência de que se referiam à fixação de preços caso

---

[795] Nesse sentido, Edward Howrey, ex-presidente do FTC: "Dano à concorrência, diferentemente de danos a um competidor, é raramente capaz de ser objeto de prova direta e deve, assim, ser inferida a partir de todas as outras circunstâncias circundantes". Tradução livre de: "Injury to competition, as distinguished from injury to a competitor, is seldom capable of direct proof and must therefore be inferred from all of the surrounding circumstances" [HOWREY, Edward. Economic evidence in antitrust cases. *Presented before the American Marketing Association*. New Jersey, 1954. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/687131/19540614_howrey_economic_evidence_in_antitrust_cases.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 7]. Segundo Freeman, uma das vantagens do uso de "provas econômicas" é justamente a possibilidade de ponderá-las frente a outras provas econômicas e, especialmente, frente às provas diretas [FREEMAN, Peter. The significance of economic evidence in competition. *IEA Beesley Lecture Series 2009*. London, 15 out. 2009. Disponível em: http://www.rpieurope.org/Beesley/2009/Peter%20 Freeman.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 11].

[796] Sobre o tema, ver tópico 5.4.1.

[797] Por esse motivo, como afirma Guilherme Ribas, "o Cade sempre destacou a relevância dos indícios para a caracterização de cartéis." [RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 129].

[798] Sobre o uso de provas diretas e indiretas em alguns casos do Cade, ver GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08072010-175038/pt-br.php. Acesso em 17 abr. 2017, p. 233 e ss; RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 129 e ss.

existam outros indícios no mesmo sentido.[799] Esses outros indícios costumam ser objeto das denominadas provas econômicas.

De modo similar, condutas que são consideradas ilícitas, a depender do efeito produzido, demandam a produção de prova indireta,[800] mesmo quando resultam na exclusão de um competidor do mercado. Ainda que quanto à exclusão seja possível, e relativamente simples, produzir provas diretas, a demonstração de que essa exclusão foi fruto de uma ilicitude dependeria de provas indiretas econômicas.[801]

Não por acaso, a relevância da teoria econômica para o direito concorrencial é amplamente reconhecida,[802] a ponto de Richard Posner se referir a um isomorfismo entre a doutrina jurídica e a economia; isomorfismo que, segundo o autor, "[...] se torna identidade quando, como no antitruste (mas não apenas nele), o direito adota um explícito critério econômico de legalidade".[803]

Mesmo sem adotar essa perspectiva que procura reforçar os laços entre direito e economia, é preciso reconhecer, de qualquer forma, a importância dessa relação, especialmente quando a "prova econômica" é tratada como "prova típica dos processos concorrenciais". [804] Analisar essa relação é essencial para compreender no que consistem as técnicas[805] agrupadas sob a denominação de "prova econômica"[806].

---

[799] Em sentido contrário, reputando a prova econômica como "menos importante" em casos de cartel, NOMAN, Gustavo Lage. *Das provas em processo concorrencial*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8966. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 101.

[800] Nesse sentido, NOMAN, Gustavo Lage. *Das provas em processo concorrencial*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8966. Acesso em: 17 abr. 2017 , p. 100.

[801] Ainda que fosse possível encontrar testemunhas do comportamento do infrator ou documentos internos que relatassem o propósito de excluir o concorrente, o próprio caráter intencional da conduta poderia não ser suficiente para comprovar sua ilicitude.

[802] COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 tfeu and in merger cases. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_submissions.pdf. Acesso em: 14 abr. 2017, p. 3; FREEMAN, Peter. The significance of economic evidence in competition. IEA Beesley Lecture Series 2009. London, 15 out. 2009. Disponível em: http://www.rpieurope.org/Beesley/2009/Peter%20Freeman.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 2. Nesse sentido, ver SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v.245, 2007, analisando de modo cuidadoso a relação entre os domínios do direito e da ciência econômica.

[803] POSNER, Richard A. The Law and Economics of the Economic Expert Witness. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v. 13, n. 2, primavera de 1999, p. 91.

[804] NOMAN, Gustavo Lage. *Das provas em processo concorrencial*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8966. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 69. Também GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08072010-175038/pt-br.php. Acesso em 17 abr. 2017, p. 162. A prova econômica também tem sido utilizada como tópico próprio de decisões do Cade [BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa

Ioannis Lianos, analisando as "faces" dos conhecimentos de economia utilizados no direito concorrencial, propõe sua classificação em quatro categorias: "fatos" econômicos (*economic* "*facts*"), transplantes econômicos (*economic transplants*), doutrina econômica (*economic authority*) e "leis" econômicas (*economic* "*laws*").[807]

A primeira categoria se refere a dados estatísticos ou conceitos econômicos cujo significado é amplamente aceito na doutrina.[808] A classificação dos fatos como econômicos, portanto, não se refere a sua natureza, mas ao conhecimento utilizado para apreendê-los. São exemplos categorias como "custos fixos", "custos variáveis" e "preços", entre outras. Os dados classificáveis segundo tais categorias são "fatos" econômicos.

Quanto aos transplantes econômicos, Lianos os considera como conceitos de economia que são incorporados no discurso jurídico.[809] No âmbito do direito econômico, são exemplos: "poder de mercado", "barreiras à entrada", "ganhos de eficiência", etc.[810-811]

Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.001003/2000-41. Representante: Promotoria de Justiça de Londrina (PR). Representados: Ariovaldo Ferraz de Arruda e outros. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, DF].

[805] Sobre as diferentes técnicas utilizadas nos estudos econômicos, ver LIANOS, Ioannis; GENAKOS, Christos. Econometric evidence in EU competition law: an empirical and theoretical analysis. *Center for Law, Economics and Society*, London. Faculty of Laws, UCL, CLES Working Paper Series 6/2012, out. 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2184563. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 5-25. Ver também SCHINKEL, Maarten Pieter. Forensic Economics in Competition Law Enforcement. *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper*. Amsterdam, n.2007-05, 2007. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1009573. Acesso em: 17 abr. 2017; DECKER, Christopher. *Economics and the enforcement of European Competition Law*. Oxford: CSLS, 2009. Segundo Lianos e Genakos, essas técnicas quantitativas, que variam de simples testes estatísticos até complexos modelos econométricos, servem para testar as hipóteses quanto aos fatos que são formuladas a partir da teoria econômica [LIANOS, Ioannis; GENAKOS, Christos. Econometric evidence in EU competition law: an empirical and theoretical analysis. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 6/2012, out 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2184563. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 4].

[806] Para uma perspectiva distinta daquela preconizada neste capítulo, ao analisar a atuação do Cade, ver BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial*: perspectiva instrumentalista. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15032013-084457/pt-br.php. Acesso em: 15 abr. 2017, p. 242 e ss.

[807] LIANOS, Ioannis. "Judging" Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 54.

[808] LIANOS, Ioannis. "Judging" Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 55-56.

[809] LIANOS, Ioannis. "Judging" Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 56.

[810] LIANOS, Ioannis. "Judging" Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar.

Segundo o autor, nesse movimento de apropriação, nem sempre os conceitos são tratados no âmbito do direito da mesma forma que na economia.[812] No mesmo sentido, Schuartz fala na "forma restritiva" pela qual se opera a "[...] juridificação dos conteúdos disponibilizados pela ciência [econômica]".[813]

A doutrina econômica, por sua vez, é a categoria utilizada por Lianos para definir as situações em que conceitos econômicos, não expressamente previstos em lei, são utilizados com conteúdo normativo nas decisões.[814] Aqui, os conhecimentos econômicos assumem um papel interpretativo sobre o caso,[815] possibilitando a emissão de juízos sobre os fatos.

Por fim, quanto às "leis" econômicas, Lianos faz referência a pressupostos universalmente aceitos pela doutrina econômica. Ainda que ele explique não se tratar de "leis naturais",[816] mas hipóteses e pressupostos que podem ser infirmados por provas empíricas, sugere que "o leigo ou o juiz não especialista [...] devem tomar as leis econômicas como uma verdade dada e incontestável".[817] Segundo o autor, as leis econômicas fazem parte da experiência geral: elas não precisam ser explicadas por peritos

---

2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 56.

[811] Para Lianos e Genakos, o uso de técnicas quantitativas surge da necessidade de aplicar esses conceitos para responder a essas questões centrais do direito concorrencial [LIANOS, Ioannis; GENAKOS, Christos. Econometric evidence in EU competition law: an empirical and theoretical analysis. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 6/2012, out. 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2184563. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 4]. Sobre as vantagens e desvantagens do uso de técnicas quantitativas de análise, avaliando a prática da Competition Commission no Reino Unido, ver FREEMAN, Peter. The significance of economic evidence in competition. *IEA Beesley Lecture Series 2009*. London, 15 out. 2009. Disponível em: http://www.rpieurope.org/Beesley/2009/Peter%20Freeman.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 10-13.

[812] LIANOS, Ioannis. "Judging" Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 57.

[813] SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.245, 2007, p. 127.

[814] LIANOS, Ioannis. "Judging" Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 61.

[815] LIANOS, Ioannis. "Judging" Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 61-63.

[816] Sobre o tema, ver tópico 2.1.1.

[817] LIANOS, Ioannis. "Judging" Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 64. Tradução livre de: "The layman or non expert judge, in this circumstance, should take these economic laws as a given and uncontested truth".

especialistas, uma vez que a assimetria entre o conhecimento deles e do juiz, nesse caso, é quase inexistente.[818]

A diferenciação feita por Lianos é de grande utilidade, mas merece algumas adaptações.[819] Primeiramente, as "leis" econômicas podem ser classificadas, em matéria de prova, no âmbito daquilo que costuma ser denominado "regras da experiência". São "generalizações, noções, critérios, leis empíricas, assim como as noções fundadas em leis naturais, lógicas e científicas, que o juiz – considerado como 'homem médio' – encontra na 'experiência do mundo'".[820] O juiz pensará os fatos da causa e analisará a credibilidade das provas a partir dessas regras,[821] que, no caso da ciência econômica, encontram na lei da oferta e da demanda um bom exemplo. Assim, leis econômicas que façam parte das regras da experiência não são objeto de prova.

Aquilo que Lianos denomina "transplantes" econômicos padece de um vício de terminologia que, de certa forma, é percebido pelo próprio autor ao reconhecer que nem sempre há correspondência entre os conceitos econômicos nos domínios econômico e jurídico.[822] Na verdade, quando o direito se apropria da terminologia econômica, incorpora-a na forma de regras "conforme as exigências e no ritmo ditados pela lei, os

---

[818] LIANOS, Ioannis. "Judging" Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 64.

[819] Freeman concebe três níveis de influência e importância da economia para o direito concorrencial: política concorrencial (*competition policy*), regras e estruturas do direito concorrencial (*rules and frameworks*), e reunião e valoração da prova (*gathering and evaluating evidence*). Quanto ao primeiro nível, o direito concorrencial decorre de uma premissa econômica de que, em favor do bem estar e da eficiência, deve-se limitar o exercício de poder de mercado. Quanto ao segundo, a economia oferece a estrutura teórica para o antitruste, tanto fornecendo elementos para a elaboração das regras quanto permitindo a correta identificação das questões de fato necessárias para decidir os casos. Por último, aquilo que Freeman considera mais importante, é o uso de análise econômica para sistematizar dados e, a partir disso, dar suporte ou refutar determinadas proposições sobre eles [FREEMAN, Peter. The significance of economic evidence in competition. *IEA Beesley Lecture Series 2009*. London, 15 out. 2009. Disponível em: http://www.rpieurope.org/Beesley/2009/Peter%20Freeman.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 6-8].

[820] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 277.

[821] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 277.

[822] O autor se refere, por exemplo, ao fato de que "a convergência entre a definição econômica e jurídica de poder de monopólio ou posição dominante não é, contudo, completa". Tradução livre de: "The convergence of the economic and the legal definition of monopoly power or dominant position is not, however, complete" [LIANOS, Ioannis. "Judging" Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 59].

precedentes judiciais e administrativos e a dogmática jurídica".[823] O conhecimento econômico não é transplantado, mas recepcionado pelo direito e convertido na linguagem jurídica. Em verdade, isso parece implícito nos argumentos do autor, quando ele afirma que os "transplantes econômicos" são afetados pelo ordenamento jurídico em que estão inseridos.[824] Também os "transplantes", uma vez que são apropriados na forma de regras jurídicas, não são objeto de prova.

Compõem efetivamente o âmbito da "prova econômica" aquilo que Lianos denomina "fatos" econômicos e doutrina econômica.

Os "fatos" econômicos são aqueles que serão provados em juízo, cujo conhecimento é determinado a partir de conceitos que decorrem do mesmo exercício de recepção que Lianos descreve em relação aos transplantes econômicos. Nessa medida, "custo" e "preço" são "transplantes" econômicos da mesma forma que "morte" é um "transplante" médico, e "povos tradicionais" um transplante sociológico. Os fatos que compõem o custo ou o preço são apreendidos a partir desses conceitos. A prova econômica envolve a sua sistematização, tal como a perícia contábil pode envolver o planilhamento de dados financeiros. Não importa, nesse caso, que os conceitos (como juros, inflação, etc.) sejam "econômicos", mas sim que a sua aplicação aos fatos precise ser realizada por alguém com conhecimentos técnicos. Em geral, os "fatos" econômicos analisados dirão respeito tanto ao funcionamento do mercado (considerando a performance da indústria, as elevações de preço, existência de práticas facilitadoras, entre outros aspectos) quanto a sua estrutura (analisando a concentração, barreiras à entrada, homogeneidade do produto, etc.).

Geralmente, esses "fatos" econômicos são fatos secundários, a partir dos quais se pode inferir a ocorrência dos fatos principais que compõem o suporte fático de uma determinada infração à ordem econômica. A construção racional que faz com que os dados sejam interpretados como indício será fruto, via de regra, da "doutrina econômica": teorias sobre os dados que serão examinadas como forma de permitir determinada conclusão

---

[823] SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.245, 2007, p. 127. Por esse motivo, utilizando uma terminologia luhmanniana, Schuartz fala em uma "[...] reorientação metodológica para garantir o 'acoplamento estrutural' entre o direito antitruste e a ciência econômica." [SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.245, 2007, p. 97].

[824] LIANOS, Ioannis. "Judging" Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 60.

quanto à ocorrência do fato principal.[825] Assim, nos casos de paralelismo de preços ("fato" econômico), por exemplo, a análise de outros dados e sua interpretação será fundamental para determinar se a conduta é racional do ponto de vista econômico ou não;[826] é a partir dessa conclusão que a ocorrência ou não de cartel será determinada.[827]

O juiz, no âmbito da doutrina econômica, precisa ser auxiliado por alguém com conhecimento específico não para o fim de sistematizar os dados, mas sim para o fim de compreendê-los e interpretá-los. Como explica Lianos, "devido ao problema de assimetria informacional, o juiz não é capaz de acessar, por si só, a veracidade e a plausibilidade de cada teoria ou argumento econômico apresentado".[828] O desafio colocado aqui decorre da possível existência de teorias econômicas que, quando aplicadas aos fatos do caso, cheguem a diferentes resultados.[829-830] Assim, ao realizar o estudo, os economistas precisam explicar porque seria mais razoável interpretar os dados de acordo com

---

[825] Como explicam Baker e Bresnahan: "A análise [econômica] no antitruste, como a maioria dos trabalhos em ciência social empírica, é melhor entendido, em geral, como fazendo inferências a partir de provas sem o benefício de realizar experimentos como aqueles que são rotina nas aulas de química do ensino médio". Tradução livre de: "Antitrust analysis, like most work in empirical social science, is best viewed generally as making inferences from evidence without the benefit of performing experiments like those that are routine in high school chemistry" [BAKER, Jonathan B.; BRESNAHAN, Timothy F. Economic evidence in antitrust: defining markets and measuring market power. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, Stanford, n.328, set. 2006. Disponível em: https://web.stanford.edu/~tbres/research/buccirossi_01_ch01_001-042.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017, p. 4].

[826] FLORES, Gustavo Abrahão. *Cartel*: Teoria Econômica e a Prática Antitruste no Brasil. 2006. Dissertação (Mestrado em Economia) - Centro de Estudos Sociais Aplicados. Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2006. Disponível em: http://www.bdtd.ndc.uff.br/tde_arquivos/40/TDE-2008-01-31T111708Z-1259/ Publico/2007-gustavo_flores.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 56.

[827] Como explica Gustavo Flores, se a partir dos outros dados econômicos ficar demonstrada a racionalidade econômica do paralelismo de preços entre concorrentes, será necessária a presença de "provas materiais"; isto é, de elementos que demonstrem o contato efetivo entre os membros do cartel [FLORES, Gustavo Abrahão. *Cartel*: Teoria Econômica e a Prática Antitruste no Brasil. 2006. Dissertação (Mestrado em Economia) – Centro de Estudos Sociais Aplicados. Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2006. Disponível em: http://www.bdtd.ndc.uff.br/tde_arquivos/40/TDE-2008-01-31T111708Z-1259/Publico/2007-gustavo_ flores.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 57].

[828] LIANOS, Ioannis. "Judging" Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 63. Tradução livre de: "Because of the information asymmetry problem, the judge is not able to assess, by his own, the veracity and plausibility of each of the economic theories and arguments presented".

[829] LIANOS, Ioannis. "Judging" Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 63.

[830] Afinal, é possível que análises econômicas igualmente válidas produzam resultados distintos quando aplicados aos fatos: seja por diferença quanto aos dados utilizados nas abordagens, aos modelos econômicos, aos pressupostos usados na interpretação ou, ainda, às técnicas e metodologias [COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 tfeu and in merger cases*. Staff Working Paper, 2010. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_ submissions.pdf. Acesso em: 14 abr. 2017, p. 5-6].

determinada teoria e não com outra.[831] A prevalência de uma delas deve se justificar pela capacidade de explicar uma realidade empírica dada e não preparada pelo observador (estudo não experimental): pela capacidade de explicar os fatos do caso tal como eles se apresentam.[832]

Ainda que a forma como será produzida a prova econômica possa variar, o meio de prova é a perícia.[833] A partir dela, nos casos em que "a prova do fato depender de conhecimento técnico e científico" (art. 156, CPC),[834] será possível extrair, por meio de um terceiro, percepção adequada quanto aos fatos (no caso, dados economicamente relevantes).[835-836] Deve-se notar que, conforme reiterada doutrina, apesar da perícia ser levada aos autos em documento escrito – o laudo pericial (art. 477, CPC) – ou, em alguns casos, por meio de inquirição oral (art. 464, § 2º a 4º, CPC),[837] isso não altera sua classificação enquanto meio de prova.[838]

---

[831] BAKER, Jonathan B.; BRESNAHAN, Timothy F. Economic evidence in antitrust: defining markets and measuring market power. Stanford Law and Economics Olin Working Paper, Stanford, n. 328, setembro de 2006. Disponível em: https://web.stanford.edu/~tbres/research/buccirossi_01_ch01_001-042.pdf. Acesso em: 12 fev 2017, p. 5.

[832] BAKER, Jonathan B.; BRESNAHAN, Timothy F. Economic evidence in antitrust: defining markets and measuring market power. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, Stanford, n.328, set. 2006. Disponível em: https://web.stanford.edu/~tbres/research/buccirossi_01_ch01_001-042.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017, p. 5.

[833] Em sentido contrário, ver RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 131.

[834] O emprego de metodologias da ciência econômica na prova do fato justificam o uso da terminologia "prova econômica". Afinal, como explica Taruffo, "prova científica é aquela que requer a utilização de metodologias científicas, informática é aquela que deriva da utilização de tecnologias informáticas, e é estatística a prova que deriva da utilização de dados e metodologias estatísticas". Tradução livre de: "prueba científica es aquella que requiere la utilización de metodologías científicas, informática es aquella que deriva de la utilización de tecnologías informáticas, y es estadística la prueba que deriva de la utilización de datos y metodologías estadísticas" [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 468]. Em sentido contrário, Guilherme Ribas reputa prova econômica uma "patente impropriedade terminológica" [RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 131-132].

[835] AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 56.

[836] Por uma análise econômica sobre o uso de peritos econômicos, ver POSNER, Richard A. The Law and Economics of the Economic Expert Witness. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v.13, n.2, primavera de 1999.

[837] Sobre a admissibilidade da prova econômica, ver as considerações de Lianos [LIANOS, Ioannis. "Judging" Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 82 e ss].

[838] AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 159; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 358 e ss. A prova pericial costuma ser documentada, assim como os demais atos processuais [DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito*

Nos processos administrativos, é comum que as análises econômicas sejam apresentadas pelas partes por escrito[839], como forma de o investigado se contrapor a determinadas conclusões da autoridade.[840] No processos civil, as partes também podem apresentar essas análises junto a suas manifestações: "O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes" (art. 472, CPC). Assim, ainda que a "perícia extrajudicial"[841] seja feita fora do processo e de forma unilateral, respeitado o disposto no art. 369, CPC, ela é plenamente admissível.[842] Uma das dificuldades dessa solução reside no possível comportamento de um juiz não especialista diante de uma prova técnica econômica: por não compreendê-la adequadamente, o juiz pode ter dificuldade em valorá-la,[843] acabando por ignorá-la ou por lhe atribuir mais valor

---

Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedentes, v.2. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 152 e ss.]. Em sentido contrário, NOMAN, Gustavo Lage. *Das provas em processo concorrencial*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8966. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 70.

[839] Por esse motivo, Gilberto fala que a produção da prova econômica não difere de forma relevante das "demais espécies de provas documentais" [GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08072010-175038/pt-br.php. Acesso em 17 abr. 2017, p. 163]. No entanto, é possível também que seja determinada a realização de perícia (art. 155, § 4º, RICade).

[840] Não por acaso, no direito europeu, existe um guia com "melhores práticas" oferecendo recomendações sobre a produção de análises econômicas e econométricas [COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 tfeu and in merger cases*. Staff Working Paper, 2010. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_submissions.pdf. Acesso em: 14 abr. 2017].

[841] Marinoni e Arenhart sustentam que "a prova pericial pode submeter-se basicamente a três regimes distintos. Pode ser *extrajudicial*, *simplificada* ou *formal*". A primeira seria a admissão pelo juiz da suficiência dos laudos extrajudiciais produzidos pelas partes; a segunda, a inquirição do especialista pelo juiz; a terceira, o regime comum e geral da prova pericial previsto no art. 464 e ss., CPC [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 400]. Gustavo Lage Noman considera que "a apresentação de pareceres técnicos com estudos econômicos é uma espécie de *amicus curiae*". Contudo, essa posição não se sustenta à luz da disciplina conferida ao *amicus curiae* pelo art. 138, CPC [NOMAN, Gustavo Lage. *Das provas em processo concorrencial*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8966. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 76].

[842] AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 89.

[843] Como afirma Gustavo Lage Noman "não se espera de um juiz togado o conhecimento técnico-científico [...] necessário para julgar um processo concorrencial" [NOMAN, Gustavo Lage. *Das provas em processo concorrencial*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8966. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 73].

do que deveria.[844] Por isso, como adverte Posner, face à complexidade de determinadas análises econômicas, parece mais adequada a nomeação pelo juiz de um perito judicial que lhe auxilie.[845]

Em alguma medida, a prova econômica se aproxima da definição que Paulo Osternack Amaral apresenta para a prova estatística: "mecanismo de pesquisa que emprega técnicas que permitem aferir a ocorrência de determinada situação em termos percentuais".[846] Segundo o autor, trata-se de situação em que resultados são obtidos a partir da probabilidade, com o objetivo de examinar a relação de causalidade de um fenômeno.[847-848] A probabilidade não infirmaria a cientificidade do método; em verdade, seria o critério para controlar o acerto dos resultados obtidos.[849]

Outro problema em relação à prova econômica decorre do fato de que é comum a submissão de análises aparentemente consistentes, mas contraditórias.[850-851] A tendência de

---

[844] FREEMAN, Peter. The significance of economic evidence in competition. *IEA Beesley Lecture Series 2009*. London, 15 out. 2009. Disponível em: http://www.rpieurope.org/Beesley/2009/Peter%20Freeman.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 12.

[845] POSNER, Richard A. The Law and Economics of the Economic Expert Witness. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v.13, n.2, primavera de 1999, p. 96.

[846] AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 90.

[847] AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 90.

[848] No direito concorrencial as relações de causalidade costumam ser demonstradas a partir do exame de situações contrafactuais. Para um exemplo dessa utilização em análises econômicas, ver ESTEVEZ, Luiz Alberto. Regulação e segurança na atividade de praticagem no Brasil: uma análise econômica. *Revista de Defesa da Concorrência.* Brasília, v.4, mai. 2016, p. 14 e ss. Uma das principais dificuldades da prova econômica decorre do fato de que muitas das análises que revelam uma relação de correlação ou ausência de correlação entre dois elementos (como preço e custo; ou preço de diferentes competidores), não necessariamente podem ser utilizadas para afirmar a existência de causalidade entre eles. Surge, assim, a necessidade de ir além do aspecto estritamente quantitativo e considerar outros elementos que permitam uma maior coerência na aplicação de determinada teoria, eventualmente, corrigindo suas falhas [LIANOS, Ioannis. Econometric evidence in EU competition law: an empirical and theoretical analysis. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 6 e 9.] No mesmo sentido, apontando a falácia de algumas correlações, HAWTHORNE, Donald; SANDERSON, Margaret. Rigorous analysis of economic evidence on class certification in Antitrust Cases. *Antitrust, American Bar Association*, v.21, n.1, out. 2009. Disponível em: https://www.crai.com/sites/default/files/publications/Rigorous-Analysis-of-Economic-evidence.pdf. Acesso em: 10 jan. 2017, p. 58-59.

[849] AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 90.

[850] NEVEN, Damien; DE CONINCK, Raphael. Best practices on the submission of economic evidence and data collection. *DG Competition*, European Commission, 2010. Disponível em: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/neven_deconinck_best_practices.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017.

[851] Por isso a importância de que as análises sejam acompanhadas de uma apresentação clara das premissas utilizadas, tal como descrito em NEVEN, Damien; DE CONINCK, Raphael. Best practices on the submission of economic evidence and data collection. DG Competition, European Commission, 2010.

reputar uma delas como inválida, consequência da crença equivocada de que a aplicação de métodos econômicos resultariam em conclusões unívocas, é inadequada: "Quando estudos alternativos produzem conclusões contraditórias, seus méritos relativos devem ser cuidadosamente investigados; a abordagem correta não pode ser descartar um deles como incorreto ou não científico".[852] Nesse passo, assume enorme relevância o conjunto probatório:[853] a existência de outros elementos que permitam que uma de duas conclusões, *a priori* igualmente válidas, seja descartada em favor da outra.[854] Assim, as análises econômicas resultarão em conclusões cuja congruência e consistência deverão ser analisadas considerando o conjunto do material probatório produzido.[855]

Do exposto, é possível perceber que a prova econômica, via de regra, além de conter sistematização de dados ("fatos" econômicos), envolve juízo fundado no conhecimento técnico especializado do perito (doutrina econômica).[856] No processo

---

Disponível em: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/neven_deconinck_best_practices.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017, p. 5.

[852] Tradução livre de: "When alternative studies produce contradictory conclusions, their relative merits should be carefully investigated; the right approach cannot be to discard them as if they were incorrect or unscientific" NEVEN, Damien; DE CONINCK, Raphael. Best practices on the submission of economic evidence and data collection. *DG Competition*, European Commission, 2010. Disponível em: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/neven_deconinck_best_practices.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017, p. 2.

[853] Como afirma Lianos, as provas não devem se examinadas em partes, mas a partir de uma abordagem holística, capaz de contextualizar cada prova no conjunto probatório [LIANOS, Ioannis. "Judging" Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 134]. No mesmo sentido, NEVEN, Damien; DE CONINCK, Raphael. Best practices on the submission of economic evidence and data collection. *DG Competition*, European Commission, 2010. Disponível em: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/neven_deconinck_best_practices.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017, p. 5.

[854] Como explica Taruffo: "Desta forma, o critério da coerência da narração dos fatos pode operar racionalmente como fator de escolha entre as distintas versões dos mesmos fatos. No entanto, deve-se destacar que desse modo a coerência narrativa opera como critério diferencial e marginal, ainda que em algum caso específico possa resultar decisivo, porque determina a escolha entre stories equivalentes desde a perspectiva da verdade dos fatos narrados". Tradução livre de: "De esta forma, el criterio de la coherencia de la narración de los hechos puede operar racionalmente como factor de elección entre las distintas versiones de los mismos hechos. Sin embargo, debe subrayarse que de este modo la coherencia narrativa opera como criterio diferencial y marginal, aunque en algún caso específico pueda resultar decisivo, porque determina la elección entre stories equivalentes desde el punto de vista de la verdad de los hechos narrados" [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 315].

[855] NEVEN, Damien; DE CONINCK, Raphael. Best practices on the submission of economic evidence and data collection. *DG Competition*, European Commission, 2010. Disponível em: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/neven_deconinck_best_practices.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017, p. 3.

[856] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 398 e ss. No mesmo sentido, Posner: "O especialista não será autorizado a testemunhar que a lei antitruste não deveria proibir a fixação de preços, mas será autorizado a afirmar que o comportamento da defesa quanto ao preço é inconsistente com seu acordo para fixar preços ou que isso não guardava relação com o preço médio pago pelo demandante". Tradução livre de: "The expert will not be permitted to testify that antitrust law

administrativo e no processo judicial ela poderá ser produzida pelas partes, na forma de pareceres escritos[857] no processo judicial, ou por meio da atuação de um perito, caso a prova seja, como é provável, mais complexa e de difícil compreensão para o magistrado.

5.4.6 Ônus da prova

O ônus da prova é um "assunto que ainda enseja dúvidas e paradoxos".[858] Como muitos temas em matéria probatória,[859] aqui também existem consideráveis divergências doutrinárias[860] e terminológicas.[861] Como o termo "ônus da prova" costuma ser utilizado pela doutrina de forma polissêmica – tanto na *civil law* quanto na *common law*[862] –, antes de iniciar é preciso esclarecer o que se pretende analisar sob essa denominação.

O ônus da prova consiste num conjunto de regras que estabelece a parte em cujo desfavor uma questão (de fato) será julgada devido à ausência ou insuficiência de provas. Segundo Taruffo, partindo da ideia de que, para vencer a causa, a parte deve provar o fato

---

should not forbid price fixing, but will be permitted to testify that the defendants' pricing behavior is inconsistent with their having agreed to fix prices or that it had no effect on the average price paid by the plaintiff" [POSNER, Richard A. The Law and Economics of the Economic Expert Witness. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v.13, n.2, primavera de 1999, p. 92].

[857] Sustentando que tais pareceres não são prova, RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 132-133.

[858] YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48. No mesmo sentido, analisando a inversão do ônus da prova no CDC, SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova: CDC, art. 6º, VIII. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.146, ano 32, abr. 2007, p. 50.

[859] Como afirma Taruffo: " O léxico da prova é, pois, irremediavelmente aberto, variável e ambíguo e foge de toda tentativa de plasmá-lo ou de reconstrução sistemática que pretenda recolher e esgotar todos os seus aspectos". Tradução livre de: "El léxico de la prueba es, pues, irremediablemente abierto, variable y ambiguo y huye de todo intento de plasmación o de reconstrucción sistemática que pre- tenda recoger y agotar todos sus aspectos" [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 452-453]. No mesmo sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23.

[860] Cite-se, como exemplo, a modificação do ônus da prova por iniciativa do juiz, em YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 86.

[861] Chega-se, inclusive, a questionar o emprego do termo "ônus" na locução "ônus da prova", bem como a divisão entre sua função objetiva e subjetiva [RAMOS, Vitor de Paula. O ônus da prova no Processo Civil: do ônus ao dever de provar. In: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.). *Coleção o Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 65 e ss.]. De modo ainda mais radical, Bedaque questiona se o ônus da prova não seria um falso problema: "a prova recai sobre o *fato* […], não importa assim, saber *a quem* compete provar, mas *o que* deve ser provado" [BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 84].

[862] Na *common law*, o termo é utilizado em três acepções distintas: ônus de produção da prova (*burden of producing evidence*), ônus da persuasão (*burden of persuasion*), standard probatório (*standard of proof*). [ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on civil procedure*: principles of practice. 3 ed. London: Sweet and Maxwell, 2013, p. 1015]; CAMARGO GOMES, Adriano; GARIBALDI, Fernanda. The relationship between public and private enforcement: access to evidence, burden of proof and legal presumptions. In: IBRAC. *Brazilian Antitrust Law (Law N.º 12,529/11): 5 years.* São Paulo, IBRAC, 2017, p. 285- 296. No prelo.

que serve de fundamento para a sua demanda ou exceção, o ônus da prova determina os comportamentos das partes em matéria probatória.[863]

A categoria do ônus da prova assume especial relevância em contextos onde há dificuldade no acesso a prova, dada a maior possibilidade de que, ao fim do processo, não haja provas suficientes para decidir o caso.[864] Entre acesso a prova e ônus da prova há, pois, uma relação de inversa proporcionalidade:[865] quando o acesso a prova é restrito, as regras de ônus da prova são fundamentais; quando, ao contrário, é pleno o acesso a prova e, portanto, a possibilidade de demonstração dos argumentos de fato em juízo, as regras de ônus da prova têm pouca utilidade. Até porque, conforme o princípio da comunhão, uma vez obtida, "a *prova adere ao processo*, sendo irrelevante, em linha de princípio, saber quem a trouxe".[866]

Em larga medida, como já analisado, as dificuldades no acesso a prova são uma característica de diversos ilícitos concorrenciais.[867] Por esse motivo, são necessárias estratégias capazes de superar os óbices enfrentados no campo probatório para permitir a correta aplicação do direito. No processo administrativo, apesar dos poderes da autoridade concorrencial relacionados à produção de provas, é fundamental a figura dos acordos de leniência e dos TCCs (art. 186, RiCade).[868] No processo civil, uma dessas estratégias é o uso das regras de ônus da prova: conquanto elas não impliquem o dever de produzir prova, sujeitam a parte que tem o ônus de fazê-lo sob risco de sucumbência.

---

[863] TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Tradução de Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues. et al. *Revista Eletrônica de Direito Processual* – REDP, Rio de Janeiro, v.XI, 2015. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/18079/13332. Acesso em: 12 jan. 2017, p. 425.

[864] Esse raciocínio, como explica Ronald J. Allen, não se aplica da mesma forma aos sistemas jurídicos que possuem amplos mecanismos de *discovery*, em que o acesso a prova costuma não ser uma dificuldade [ALLEN, Ronald J. Burdens of proof. Law, Probability and Risk, *Northwestern University*, v.13, 2014, p. 195-219. Disponível em: lpr.oxfordjournals.org/content/13/3-4/195.full.pdf+html. Acesso em: 4 abr. 2017, p. 202-203].

[865] Esse, de certa forma, é um dos pressupostos da teoria das cargas dinâmicas que, como afirma Yarshell, "[...] parte da premissa de que o encargo deve ser atribuído conforme a maior ou menor facilidade de acesso e de produção da prova [...]" [YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 87].

[866] DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedentes, v.2. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 27. Ver também, YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 57. De fato, pode-se falar em tal relevância apenas "em princípio", uma vez que o comportamento das partes também é passível de valoração, podendo-se extrair deles "verdadeiro *argumento de prova*" [YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 63].

[867] Ver tópico 5.4.2.

[868] Ver tópico 5.4.3.

Outra possível estratégia no âmbito do processo civil seria o uso intensivo, pelo juiz, de seus poderes instrutórios.[869] Entre tais poderes e o ônus da prova há, também, uma relação de proporcionalidade inversa quanto a sua importância para o processo:[870] quanto mais forem exercidos os poderes instrutórios – facilitando, pois, o acesso a provas –, menor relevância terá o ônus da prova.[871] Conquanto o juiz possa determinar a produção de provas "independentemente do empenho probatório das partes e até mesmo contra a vontade delas",[872] essa possibilidade é limitada pelo conhecimento dos fatos nos autos.[873]

---

[869] Sobre o tema, ver BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

[870] Em sentido aparentemente contrário, Danilo Knijnik sustenta que "[...] nessa ordem de ideias, a teoria da carga dinâmica combina-se com o fundamento normalmente adotado para atribuir, ao juiz, iniciativas probatórias que a rigor não se compadeceriam com a aplicação estática do art. 333 [atual art. 373] do CPC". Na sequência, o autor cita um acórdão da Ministra Nancy Andrighi em que se afirma que os poderes instrutórios se justificam no interesse público existente na efetividade da justiça. Como visto no capítulo 2, discorda-se tanto dessa premissa quanto da conclusão. [KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 947].

[871] Ver YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 52-53. Nesse sentido, também Cintra, Grinover e Dinamarco: "Em um imaginário sistema puramente inquisitório, em que o Estado chamaria a si toda a função de investigar a verdade dos fatos, perderia todo sentido a disciplina legal do ônus da prova" [CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 388]. Em sentido contrário, Bedaque afirma que o poder instrutório do juiz "[...] não se subordina às regras sobre o ônus da prova; nem as afeta, visto que são problemas a serem resolvidos em momentos diversos." [BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 87]. O pressuposto para essa conclusão é a irrelevância das normas de distribuição da prova antes do momento de julgar: "[...] durante a instrução o problema não se coloca [...]". Ainda assim, Bedaque reconhece que a atividade instrutória do juiz reduz os casos em que há necessidade de decidir utilizando as regras de ônus da prova. Por isso, afirma: "[...] se além das partes, também o juiz desenvolve esforços para a obtenção da prova, maior a possibilidade de esclarecimento dos fatos, o que diminui, na mesma proporção, a necessidade de se apelar para a distribuição dos encargos do art. 333 [CPC/73 – equivalente ao atual art. 373, CPC]" [BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 88].

[872] AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 56.

[873] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 149. Nesse sentido, Paulo Osternack Amaral aponta como fundamental a distinção entre meios e fontes de prova: "o juiz pode determinar *meios de prova* para esclarecer fatos alegados, mas jamais poderá investigar *fontes de prova* não extraíveis dos autos" [AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57]. Assim, como explica Bedaque: "Deve-se ressaltar, todavia, que a ampliação dos poderes do juiz no campo da prova, de maneira alguma importa em retirar das partes o ônus de deduzir os fatos com que pretendem demonstrar o seu direito. Cabe a elas a exposição da fonte de prova, isto é, do fato de que se servirá o juiz para decidir. Fenômeno diverso é a atividade desenvolvida por este para que seu provimento se aproxime o mais possível da verdade, ou, em outras palavras, para que sua decisão seja justa. Trata-se aqui do meio de prova. As fontes de prova são procuradas por quem averigua os fatos; com os meios de prova se faz a verificação. À parte compete averiguar e afirmar" [BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 90-91]. No mesmo sentido, Marinoni e Arenhart, para quem "as partes é que estão em condições de conhecer os fatos – que realmente importam para a demonstração do

Em muitos casos, nem o próprio autor-lesado sabe que provas detém a outra parte, quem dirá o juiz da causa.[874] Assim, não obstante a amplitude dos poderes de instrução (art. 400, parágrafo único, CPC), seu exercício parece pouco factível.[875]

Desse modo, o ônus da prova é o principal instrumento para estimular as partes à produção probatória, ainda que não crie essa obrigação. Nesse sentido, Taruffo atribui ao ônus da prova uma função *lato sensu* epistêmica: se as partes dele se desincumbirem, "será apurada a verdade dos fatos e o processo se concluirá com uma decisão justa enquanto fundada sobre a correta aplicação da norma que rege o caso".[876] Do contrário, o ônus da prova servirá como regra de juízo que permite ao juiz decidir na falta ou insuficiência de prova,[877] "determinando a sucumbência da parte que não cumpriu o seu ônus probatório".[878-879]

---

fato principal – e as provas, especialmente as testemunhais, que podem colaborar para a elucidação do litígio. De lado as chamadas 'provas referidas', a atuação do juiz de ofício fica circunscrita à prova pericial, o que demonstra que a atuação do juiz em relação à produção da prova jamais poderá eliminar a importância da regra do ônus da prova em sentido objetivo (como regra de juízo) e em sentido subjetivo (como regra dirigida às partes)" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 218].

[874] Assim, no caso do direito concorrencial, a eventual dificuldade do autor-lesado em ter acesso a prova e, mesmo, de saber mais detalhes acerca da conduta ilícita, influencia a capacidade de exercício dos poderes instrutórios pelo juiz. Nesse sentido, explica Bedaque "Não se pode negar que às partes incumbe, predominantemente, a iniciativa probatória. Mas isso somente ocorre por questões de ordem prática, não pela natureza do direito. Verifica-se porque ninguém conhece os fatos melhor do que elas. Além disso, o juiz não pode utilizar-se de seus conhecimentos particulares" [BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 98].

[875] Além disso, no entendimento manifestado por parte da doutrina, quando verificada a disponibilidade dos direitos materiais na relação jurídica controvertida, o juiz deve, em princípio, deixar "a cargo das partes a produção da prova" [YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 124]. Em sentido contrário, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 94.

[876] TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Tradução de Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues. et al. *Revista Eletrônica de Direito Processual* – REDP, Rio de Janeiro, v.XI, 2015. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/18079/13332. Acesso em: 12 jan. 2017, p. 425. No mesmo sentido, Mitidiero, para quem: "Em sua dimensão subjetiva, de regra de instrução, o ônus da prova serve para orientar a conduta probatória das partes, visando a levar ao processo todos os elementos de prova necessários para a justa resolução do caso concreto" [MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 137-138].

[877] Deve-se notar que a questão da suficiência da prova não diz respeito ao ônus da prova, mas ao standard probatório necessário para o convencimento judicial. No direito brasileiro, como na maioria dos países de *civil law*, não há regra específica indicando qual seria o patamar de convicção necessário; na *common law* as demandas cíveis tem como standard de prova geral a "preponderância das provas" ou "balanço das probabilidades" (*preponderance of evidence* ou *balance of probabilities*); no processo penal, o standard é "acima de uma dúvida razoável" (*beyond a reasonable doubt*).

[878] TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Tradução de Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues. et al. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v.XI, 2015. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/18079/13332. Acesso em: 12 jan. 2017, p. 425.

[879] Daniel Mitidiero relaciona o ônus da prova enquanto norma de julgamento ao aspecto objetivo; enquanto norma de instrução ao aspecto subjetivo. Essa solução supera a polêmica entre as duas perspectivas e, tal como Taruffo, reconhece a dupla função do ônus da prova [MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo*

No direito brasileiro, a regra geral do ônus da prova é prevista pelo art. 373, CPC, que, em linha com a doutrina de Chiovenda,[880] estabelece a incumbência do autor de provar o fato constitutivo de seu direito; e do réu, de provar fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.[881] Trata-se, nas palavras de Mitidiero, de "uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar".[882]

Nas demandas reparatórias por infrações à ordem econômica, v.g., o autor teria o ônus de provar a ocorrência da infração, o sofrimento de dano e o nexo causal entre eles; ao réu caberia o ônus de provar fatos que impedissem a configuração de sua conduta como infração ou modificassem (ou até mesmo extinguissem) seus efeitos – tal como, em alguns casos, uma maior eficiência em comparação aos concorrentes ou, se fosse juridicamente admissível, a *passing-on defence*.[883]

Essa forma de distribuição do ônus da prova comporta diversas exceções expressamente previstas na legislação.[884] No âmbito do direito concorrencial, destacam-se as hipóteses previstas pelo CDC e pelo CPC para a modificação do ônus da prova, assim como situações em que ela se dá, de maneira reflexa, como resultado de presunções legais. Este último tema, devido a sua complexidade e especificidade, será analisado apenas no tópico seguinte; com relação às hipóteses legais, serão analisadas três: CDC, CPC/73 e CPC/15.

O art. 6º, VIII, CDC, prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor quando, "a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele

---

Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 133-134].

[880] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*: tomo II. Tradução de José Casais y Santaló. Madrid: Editora Reus, 1925, p. 252-254.

[881] No direito inglês, as defesas do réu são divididas em negativas (*negative defences*), que se consubstanciam na negação dos fatos alegados pelo autor, e afirmativas (*affirmative defences*), por meio da referência a outros fatos que se oponham aos alegados pelo autor. Em relação a estas, o ônus da prova recai sobre o réu. Ver THAYER, James Bradley. The burden of proof. *Harvard Law Review*, v.4, n.2, 15 mai. 1890. Disponível em: https://archive.org/details/jstor-1321112. Acesso em: 13 mai. 2017, p. 45.

[882] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 136.

[883] Em resumo, o argumento de que o dano sofrido teria sido repassado aos consumidores indiretos ao longo da cadeia produtiva e de consumo. Sobre o tema, ver tópico 5.3.2.

[884] A doutrina controvertia sobre a possibilidade de modificação das regras de ônus da prova por determinação do juiz, sob a égide do CPC/73, na falta de regras específicas autorizando tal providência. Ver, a favor, ARENHART, Sérgio Cruz. *O ônus da prova e sua modificação no direito processual civil brasileiro*. [sl:sn]. Disponível em: https://www.academia.edu/305697/O_Onus_da_ Prova_e_sua_Modificacao_no _Direito_Processual_Civil_Brasileiro. Acesso em: 29 out. 2015; em sentido contrário, YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. A questão parece, em larga medida, superada com a previsão da dinamização do ônus da prova e das hipóteses em que ela é possível pelo art. 373, § 1º, CPC.

hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".[885] A cumulatividade dos requisitos, ainda que defendida por parcela da doutrina,[886] sucumbe diante da interpretação gramatical[887] e teleológica[888] da lei.

O momento adequado da inversão não se encontra pacificado na doutrina[889] e na jurisprudência.[890] No entanto, o STJ decidiu que a inversão do ônus da prova deve ocorrer "preferencialmente na fase de saneamento do processo", assegurando a possibilidade de a parte se desincumbir do ônus que lhe for atribuído.[891] Esse entendimento foi referendado pelo art. 357, III, CPC, que prevê que o juiz deve fixar a distribuição do ônus da prova "em decisão de saneamento e organização do processo". Assim, sem prejuízo de sua função enquanto regra de julgamento, o juiz "deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído" (art. 373, § 1º, CPC).

---

[885] As expressões inversão, modificação e dinamização do ônus da prova serão tratadas indistintamente, uma vez que desde um ponto de vista prático a distinção entre elas não possui nenhuma relevância [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 267]. Ainda que o texto utilize o termo "inversão", até porque consagrado pela legislação, é preciso reconhecer que é termo pouco técnico para definir o fenômeno pelo qual ocorre uma modificação na distribuição tradicional do ônus da prova [ARENHART, Sérgio Cruz. *O ônus da prova e sua modificação no direito processual civil brasileiro*. [sl:sn]. Disponível em: https://www.academia.edu/305697/O_Onus_da_Prova_e_sua_Modificacao_no _Direito_Processual_Civil_Brasileiro. Acesso em: 29 out. 2015, p. 9].

[886] Ver, por todos, CÂMARA, Alexandre Freitas. A inversão do ônus da prova em favor do consumidor. *Revista da EMERJ*, v.5, n.18, 2002. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_88.pdf. Acesso em: 21 abr. 2017, p. 97.

[887] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 232.

[888] O Relatório 1/89 da Comissão Mista do Congresso Nacional destinada a elaborar o Projeto do CDC é claro no sentido de que "[...] a inclusão desse instituto [inversão do ônus da prova] entre os direitos básicos do consumidor (art. 6º, VIII), nos casos de verossimilhança da alegação ou fragilidade do consumidor, representa um avanço na facilitação da defesa judicial dos direitos do consumidor" (BRASIL, Congresso Nacional. Relatório nº 01/89 da Comissão Mista do Congresso Nacional destinada a elaborar o Projeto do CDC. *Congresso Nacional*, Brasília, DF, 04 dez. 1989), fls. 30. Ora, se o objetivo é a facilitação da defesa, evidentemente a conjunção alternativa "ou" tem razão de ser. Nesse sentido, também, Benjamin, Marques e Bessa: "Note-se também que a partícula 'ou' bem esclarece que, a favor do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso" [BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 90]; ARENHART, Sérgio Cruz. *O ônus da prova e sua modificação no direito processual civil brasileiro*. [sl:sn]. Disponível em: https://www.academia.edu/305697/O_Onus_da_Prova_e_sua_Modificacao_no_Direito_Processual_Civil_Brasileiro. Acesso em: 29 out. 2015, p. 57-58.

[889] Marinoni e Arenhart sustentam que "somente a dificuldade de produção de prova caracterizada pela peculiar posição do consumidor – ou a hipossuficiência – pode dar base à inversão do ônus da prova na decisão de saneamento" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 240].

[890] Ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 236 e ss. Ver também, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1.406.633 – RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 11 fev. 2014.

[891] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 802832 – MG. 2ª Seção. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 13 abr. 2011.

Ademais, também se verifica certa ausência de consenso quanto ao sentido de cada um dos requisitos estipulados no art. 6º, VIII, CDC (hipossuficiência do consumidor e verossimilhança da alegação).

Quanto à hipossuficiência, parcela da doutrina a definia sob o prisma econômico,[892] mas tem prevalecido, e é mais consentânea com a finalidade da inversão do ônus da prova, a interpretação de que se trata de uma hipossuficiência técnica, relacionada com a assimetria informacional entre consumidor e fornecedor[893] ou à dificuldade de acesso à prova pelo consumidor.[894] Desse modo, conforme Sica, "para *cada fato probando* deve haver a análise [em concreto] da presença ou não da hipossuficiência".[895] Se houver hipossuficiência do consumidor, o ônus da prova quanto ao fato incumbirá ao fornecedor.

Já a verossimilhança das alegações suscita mais divergência. Arenhart e Marinoni, por exemplo, entendem que não se trata de regra de ônus da prova, mas de redução das exigências de prova: bastaria uma convicção de "verossimilhança preponderante" para decidir em favor do consumidor.[896] Sica, por outro lado, defende que essa hipótese se consubstancia no uso de regras de experiência pelo juiz, por meio das quais é possível a formulação de presunções comuns.[897] Assim, conclui que essa "inversão", na verdade, "dá-se em todo e qualquer processo, independentemente de veicular relação de consumo ou não, pois decorre da maneira como o sistema probatório civil acha-se estruturado".[898]

Não obstante as divergências, a doutrina é quase unânime ao relacionar a noção de verossimilhança à de preponderância ou probabilidade,[899-900] especialmente porque o

---

[892] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

[893] SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova: CDC, art. 6º, VIII. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.146, ano 32, abr. 2007, p. 51.

[894] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 239.

[895] SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova: CDC, art. 6º, VIII. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.146, ano 32, abr. 2007, p. 53.

[896] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 236.

[897] Também denominadas presunções simples, judiciais ou *praesumptio hominis*. [SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova: CDC, art. 6º, VIII. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.146, ano 32, abr. 2007, p. 55]. Em sentido análogo, Didier defende que o juiz deve presumir as alegações verossímeis como verdadeiras para, "redistribuindo o *onus probandi*, impor ao fornecedor o encargo de prova contrária" [DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedentes, v.2. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 90].

[898] SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova: CDC, art. 6º, VIII. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.146, ano 32, abr. 2007, p. 56.

[899] Assim, Sica, por exemplo, fala em probabilidade razoável após remeter ao Dicionário Aurélio, que em sua definição de "verossímil" aponta "provável" como sinônimo [SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova: CDC, art. 6º, VIII. *Revista de Processo*. São Paulo:

próprio CPC/73 utilizava a primeira expressão no lugar da segunda ao tratar da tutela antecipada. Contudo, para compreender a hipótese do art. 6º, VIII, CDC, a distinção é fundamental. Afinal, essa hipótese "não se confunde com a convicção de probabilidade da tutela provisória".[901]

Como explica Taruffo, a verossimilhança significa algo substancialmente equivalente a "normalidade", isto é, àquilo que normalmente ocorre ou às máximas da experiência.[902] A verossimilhança se refere à alegação do fato e sua adequação ao que costuma ocorrer; ela não envolve a prova do fato ou a sua correspondência com a verdade.[903] Isso não significa que um juízo quanto à verossimilhança não tenha relevância em matéria probatória, pelo contrário. Assim como no direito italiano, "o juízo de verossimilhança [da alegação] do fato opera como pressuposto de fenômenos de inversão ou modificação do ônus da prova".[904] Não por acaso, Taruffo utiliza justamente o exemplo de relações de consumo para afirmar – suscitando um equívoco do legislador ao tratar por probabilidade algo que deveria ser verossimilhança – que as circunstâncias (provadas) quanto ao que costuma ocorrer não são utilizadas para uma inferência quanto à

Revista dos Tribunais, n.146, ano 32, abr. 2007, p. 55]. Também Arenhart, quando assimila a hipótese de verossimilhança a um juízo de probabilidade [ARENHART, Sérgio Cruz. *O ônus da prova e sua modificação no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: https://www.academia.edu/305697/O_Onus_da_ Prova_e_sua_Modificacao_no _Direito_Processual_Civil_Brasileiro. Acesso em: 29 out. 2015, p. 15-16]. Nesse sentido, sobre a confusão doutrinária quanto aos termos, TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 503 e ss. No direito brasileiro, MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 99.

[900] O art. 300, NCPC, ao disciplinar a tutela de urgência estabelece como um dos requisitos a "probabilidade do direito", enquanto o art. 273 do CPC/73 dispunha que o juiz precisava se convencer da "verossimilhança da alegação".

[901] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 271. Em outra obra anterior, Marinoni e Arenhart utilizam "verossimilhança" no lugar de "probabilidade". [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 236].

[902] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 505. Em verdade, a questão do que é verossimilhança (mesmo juridicamente) parece mais complexa do que faz crer Taruffo. Ainda que, por esse motivo, o tema mereça estudo mais aprofundado, para os fins desse trabalho é possível se contentar com a distinção estabelecida pelo processualista italiano: ela permite uma explicação coerente do problema enfrentado em relação às hipóteses de inversão do ônus da prova previstas no art. 6º, VIII, CDC.

[903] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 506-507.

[904] Segundo Taruffo: "Em resumo, o juízo de verossimilhança do fato opera como pressuposto de fenômenos de inversão ou modificação da carga da prova" . Tradução livre de: "en resumen, el juicio de verosimilitud del hecho opera como presupuesto de fenómenos de inversión o modificación de la carga de la prueba" [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 508].

probabilidade do fato, mas para determinar se pode se considerar normal a ocorrência ou não de determinado defeito.[905]

Deste modo, no caso específico da hipótese de verossimilhança das alegações prevista no art. 6º, VIII, CDC, deve-se concluir que não se trata nem de uma redução das exigências de prova, nem de cognição baseada na aplicação de presunções simples (ou de inferências realizadas pelo juiz a partir de regras da experiência).[906] Trata-se, isso sim, de uma hipótese na qual um juízo de verossimilhança quanto às alegações do consumidor permite que se modifique o ônus da prova que lhe é usualmente atribuído.

Desde uma perspectiva subjetiva, o fornecedor deve ser informado de que o juiz considera as alegações do consumidor verossímeis em momento que lhe permita se desincumbir do ônus. Isso se dá sem prejuízo de que, desde uma perspectiva objetiva, em função da insuficiência ou ausência de provas, o juiz, aplicando a regra do ônus da prova, determine a sucumbência do fornecedor.

As possibilidades de inversão do ônus da prova previstas no CDC podem ser aplicadas ao direito concorrencial, desde que entre autor e réu haja uma relação jurídica de consumo. Ainda que tais hipóteses devam ser analisadas em relação ao caso concreto, é possível traçar algumas conclusões gerais sobre a aplicação do art. 6º, VIII, CDC, em matéria concorrencial.

A análise das circunstâncias permitirá ao juiz reconhecer se há ou não verossimilhança nas alegações do consumidor lesado. Nesse passo, é possível que a própria alegação de cometimento de infração à ordem econômica seja verossímil; a inversão, então, faria com que o fornecedor infrator precisasse demonstrar que sua conduta não foi ilícita – prova essa que, provavelmente, envolveria a tentativa de demonstrar a racionalidade econômica do seu comportamento. De forma mais evidente, em relação a determinados ilícitos concorrenciais, como o cartel, quando demonstrado o seu cometimento, é verossímil a alegação de que o consumidor sofreu dano: parece consentâneo às regras de experiência a pressuposição de que cartéis causam danos a seus

---

[905] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 509.

[906] Sobre a hipótese de inversão do ônus da prova devido à verossimilhança, Didier fala em criação de uma presunção *iuris tantum* pelo magistrado a partir das regras da experiência. Mas não é esse o caso: o juízo feito pelo magistrado, pautado nas regras de experiência, não serve para inferir algo das alegações do consumidor, mas apenas para compará-las com as referidas regras – havendo correspondência, há verossimilhança [DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedentes, v.2. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 90].

consumidores. Evidentemente, incumbirá ao consumidor provar que adquiriu produto comercializado pelos membros do cartel; quando essa prova não for possível ao consumidor, também poderão ser aplicadas as regras de inversão. Também pode determinar a inversão do ônus probatório pautado na verossimilhança a alegação de um determinado percentual de sobrepreço cobrado pelo cartel, quando este não puder ser demonstrado pelo consumidor.[907]

Além disso, é bastante clara a hipossuficiência técnica que costuma ter o consumidor em demandas de reparação por danos concorrenciais, mesmo que suas alegações não correspondam ao que normalmente ocorre. Como diversas vezes reiterado, o acesso a prova é, em relação a algumas infrações à ordem econômica, consideravelmente difícil. Isso vale, especialmente, para a demonstração da ocorrência do ilícito (quando não tiver havido processo administrativo perante o Cade) e do valor do dano a ser indenizado (nos casos em que ele está relacionado ao benefício obtido pelo infrator – como no cartel). Em ambos os casos, ainda que as alegações do consumidor não sejam consideradas verossímeis, a inversão do ônus da prova pode se justificar com fundamento na hipossuficiência técnica.

Além da inversão em favor do consumidor, o direito brasileiro, em especial o CPC, prevê outras duas hipóteses de modificação da regra geral do ônus da prova em decorrência das "peculiaridades da causa": (i) impossibilidade ou excessiva dificuldade para se desincumbir do encargo imposto pela regra geral; e (ii) "maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário" (art. 373, § 1º, CPC). Essa modificação pode ocorrer apenas quando não "gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil" (art. 372, § 2º, CPC).[908]

---

[907] Há, inclusive, estudos que apontam o percentual de sobrepreço médio que costuma ser cobrado pelos cartéis, permitindo que se considere verossímil eventual alegação do consumidor sobre isso. Ver BOLOTOVA, Yuliya. Cartel overcharges: an empirical analysis. *Journal of Economic Behaviour and Organization*, v.70, ed.1, mai. 2009, p. 321 – 341.

[908] Nessas situações, quando em relação a determinado fato a produção da prova for árdua às duas partes, Arenhart, Marinoni e Mitidiero sugerem que a solução não se encontra na distribuição do ônus da prova, devendo ser buscada a partir de "uma particularidade da situação de direito material" que demonstre "que a *situação de dúvida não deve ser suportada pelo autor ou pelo réu*, como ocorre nos 'casos comuns'". Os autores defendem que "aquele que viola uma norma de prevenção ou de proteção aceita o risco de produzir dano, a aceitação desse risco implica, por consequência lógica, assumir o risco relativo à dificuldade na elucidação da causalidade entre a violação e o dano, ou melhor, em assumir o ônus da prova capaz de esclarecê-la". Contudo, os autores, como se percebe, não distinguem o ônus de produção do ônus de persuasão e, além disso, contradizem a afirmação anterior de que "não é possível aplicar-se a modificação do regime do ônus da prova" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 268]. Outra dificuldade decorre do fato de que, no exemplo utilizado, pressupõem-se ao menos a demonstração de que uma norma de prevenção ou proteção foi violada. Não seria difícil cogitar a

A doutrina tem resumido as duas hipóteses na ideia de que determinadas circunstâncias permitem a dinamização do ônus da prova, "[...] atribuindo-o a quem se encontre em *melhores condições de provar*".[909] Assim, sustenta-se que, em relação a determinado fato, o juiz deve considerar, de um lado, "[...] a *facilidade* com que uma das partes poderá fazer a prova [...]", de outro, "[...] a *impossibilidade* ou *extrema dificuldade* que a parte, a quem originariamente incumbiria o ônus, teria para fazer a prova desse mesmo fato [...]".[910] Afirma-se ainda, em linha com a noção de hipossuficência do art. 6º, VIII, CDC, que "a facilidade, dificuldade ou impossibilidade [de fazer a prova, conforme o art. 373, § 1º, CPC] está relacionada ao aspecto técnico, e não econômico [...]".[911]

Ainda que alguns autores afirmem se tratar de "duas situações diversas",[912] a análise dessas hipóteses não revela diferença: sobre uma hipótese, diz-se que "[...] se parte da lógica de que aquele que pode facilmente trazer uma prova para os autos, mas não o faz, deve suportar os ônus daí decorrentes"; sobre a outra, que "[...] é a *impossibilidade ou a excessiva dificuldade* de uma das partes em trazer as provas para o processo [...]" que justifica a inversão. Assim, conclui-se que "a modificação do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável ou muito mais fácil, provar a sua inexistência"; quando a dificuldade ou impossibilidade recaísse sobre o réu quanto a fatos impeditivos, modificativos e extintivos, a hipótese também seria aplicável.[913]

---

hipótese de que é justamente esse o fato sobre o qual paira a inesclarecibilidade. Em muitos casos essa solução envolve aspectos relacionados à valoração da prova e ao standard probatório. Pensa-se, por exemplo, nas situações em que quanto ao fato não esclarecido realiza-se uma valoração conjunta e sistemática do material probatório, permitindo que prevaleça a estória de uma das partes – a melhor delas [sobre o tema, ainda que sem cogitar expressamente da hipótese ora descrita, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 334 e ss.]; ou, em que se reduzam as exigências de prova a partir das características do direito material afirmado em juízo [sobre o tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 250 e ss.].

[909] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 136. Nesse sentido, também vinha entendendo a jurisprudência mesmo antes da vigência do NCPC: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 491270 PR 2014/0063366-0. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 21 out. 2014.

[910] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. 3 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 650.

[911] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. 3 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 650.

[912] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 267.

[913] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.

No entanto, uma interpretação que reconheça no art. 373, § 1º, CPC, duas hipóteses efetivamente distintas parece ser mais adequada à finalidade de se atribuir uma distribuição dinâmica do ônus da prova.

Na *common law* é corrente a distinção entre ônus de produção[914] da prova e ônus da persuasão: o primeiro significa o risco que uma parte suporta se não produzir a prova; o segundo, o risco que a parte enfrenta caso as provas produzidas não sejam suficientes para convencer o juiz.[915] Em geral, costuma-se relacionar as duas espécies de ônus da prova com o ônus de alegar em juízo ("quem alega deve provar"), mas nem sempre deve ser assim: "Às vezes pode ser prudente requerer que uma parte peça e a outra suporte o ônus de produção da prova (ou o ônus de persuasão sobre a matéria) quanto à questão".[916]

Em um sistema como a *common law*, que prevê mecanismos amplos de *disclosure* ou *discovery*, alterar a alocação do ônus de produção da prova possui pouca relevância, porque ambas as partes têm acesso à quase totalidade das provas.[917] "Em contraste, em um sistema sem *discovery*, o ônus de produção da prova pode ser extremamente

---

267. Também não diferencia as hipóteses Mitidiero, que estabelece apenas três condições materiais para a possibilidade de dinamização do ônus da prova: (i) "a não incidência, por inadequação, do caput art. 373 do CPC/2015"; (ii) que sirva para evitar a atribuição de produzir uma prova diabólica a uma das partes; (iii) que a outra parte encontre-se em condição privilegiada: tenha maior facilidade em produzir a prova, não podendo se criar em relação a ela uma *probatio diabolica* (art. 373, § 2º, CPC) [MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 137-139].

[914] A doutrina costuma afirmar que só há produção da prova após a sua admissão desta no processo. Assim, "quando a prova foi formada ou obtida antes de sua admissão em juízo, ela não foi produzida" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 130]. Há, efetivamente, uma dificuldade terminológica no que se refere à produção da prova em relação às demais fases do procedimento probatório ou momentos da prova [ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88]. Flávio Yarshell, por outro lado, defende a existência de "autêntica produção de prova" fora do processo [YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 33]. Para os fins da definição do referido ônus, "produção da prova" deve ser entendida em relação ao ato de aportar ou disponibilizar a fonte de prova no processo para que se permita a realização da atividade de produção da prova no sentido sugerido por Marinoni e Arenhart. Caso em relação a determinado fato a prova não possa ser produzida, suporta as consequência a parte que tinha o ônus da sua produção.

[915] FLEMING, James Jr. Burdens of proof. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, v.47, rev.51, 1961, p. 51-55.

[916] ALLEN, Ronald J. Burdens of proof. Law, Probability and Risk, *Northwestern University*, v.13, 2014, p. 195-219. Disponível em: lpr.oxfordjournals.org/content/13/3-4/195.full.pdf+html. Acesso em: 4 abr. 2017, p. 198. Tradução livre de: "Sometimes it can be sensible to require one party to plead an issue and the other party to bear a burden of production (or a burden of persuasion for that matter) on the issue".

[917] ALLEN, Ronald J. Burdens of proof. Law, Probability and Risk, *Northwestern University*, v.13, 2014, p. 195-219. Disponível em: lpr.oxfordjournals.org/content/13/3-4/195.full.pdf+html. Acesso em: 4 abr. 2017, p. 202.

importante".[918] Afinal, como explica Ronald J. Allen, a atribuição do ônus "pode servir como um mecanismo de *discovery*, forçando uma parte ou outra a produzir a prova ou perder o caso". Por esse motivo, Allen sugere cautela ao determinar a parte que possui o ônus de produção e recomenda que ele seja atribuído, "se possível, à parte com melhor acesso à prova".[919]

É a partir dessas conclusões que deve ser lida a previsão de que é possível dinamizar o ônus da prova para atribuí-lo em função da "maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário" (art. 373, § 1º, CPC). Ainda que a redação aparentemente contenha uma imprecisão ao se referir a "fato contrário", a hipótese se refere à facilidade na obtenção de determinada prova. Assim, à parte com tal facilidade deve ser atribuído o ônus de produzir a prova.[920] Esse ônus, tal como reconhece a doutrina na *common law*, difere do denominado ônus da persuasão, que pode ser relacionado à outra hipótese do art. 373, § 1º, CPC.[921]

---

[918] ALLEN, Ronald J. Burdens of proof. Law, Probability and Risk, *Northwestern University*, v.13, 2014, p. 195-219. Disponível em: lpr.oxfordjournals.org/content/13/3-4/195.full.pdf+html. Acesso em: 4 abr. 2017, p. 203.

[919] ALLEN, Ronald J. Burdens of proof. Law, Probability and Risk, *Northwestern University*, v.13, 2014, p. 195-219. Disponível em: lpr.oxfordjournals.org/content/13/3-4/195.full.pdf+html. Acesso em: 4 abr. 2017, p. 203. Tradução livre de: "It should be placed, if possible, on the party with better access to the evidence".

[920] De modo similar, analisando o direito alemão, Stürner sugere a existência de um ônus de esclarecimento – que seria distinto do ônus da prova: defende a partir disso a previsão de uma cláusula geral para a hipótese em que "[...] o ônus de esclarecimento [recai] sobre os fatos ocorridos no âmbito da própria esfera [da parte], que não pode ser conhecida pela contraparte que tem o ônus da prova". Tradução livre de: "[…] la carga del esclarecimiento sobre hechos acaecidos en el ámbito de la propia esfera, que no puede ser conocida por la contraparte que tiene la carga de la prueba […]" [STÜRNER, Rolf. La obtención de información probatoria en el Proceso Civil. *Revista de Derecho de la Pontifícia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso, Chile, 1º semestre de 2008, p. 258].

[921] Ainda que sem fazer referência a esses conceitos, a distinção parece ser aceita por Yarshell para quem "uma coisa é o reconhecimento do ônus de provar atribuído pelo sistema a uma das partes; outra é o ônus decorrente da vigência de uma concreta determinação judicial para apresentação de certa coisa ou documento – determinação que pode eventualmente levar em conta encargo previamente imposto, de forma geral e abstrata, pelo sistema" [YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 100]. Na sequência o autor se refere a este ônus como "ônus de apresentar" [YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 101]. No caso da produção antecipada sem o requisito da urgência, esse ônus recairia sobre a parte que não possui o ônus da prova [YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 101], a indicar precisamente que essa possibilidade de "*discovery*" mitiga, tal como descrito por Ronald J. Allen, a relevância das regras de atribuição do ônus de produção da prova no processo subsequente. Ver também Stürner, para quem: "Tanto para o princípio de produção da prova pelas partes como para o inquisitivo, a parte que não possui o ônus da prova pode ser de alguma maneira em menor ou maior medida submetida ao ônus de impulso". Tradução livre de: "Tanto para el principio de aporte de prueba por las partes como para el inquisitivo, la parte que no tiene la carga de la prueba puede ser de alguna manera en menor o mayor medida sujeta a la carga de impulso" [STÜRNER, Rolf. La obtención de información probatoria en el Proceso Civil. *Revista de Derecho de la Pontifícia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso, Chile, 1º semestre de 2008, p. 246]. Para Stürner, esse último ônus tem relação com "[...] o dever de cooperação para a obtenção e produção da informação probatória". Tradução livre de: "[...] deber de cooperación para la obtención y aporte de la información probatoria" [STÜRNER, Rolf. La

A impossibilidade ou excessiva dificuldade para cumprir o encargo do art. 373, *caput*, CPC, diferentemente, pode ser compreendida como uma redistribuição do ônus da persuasão: ela implica que a parte que suportaria a derrota na ausência de convencimento do juiz (pela falta ou insuficiência de provas), por força do art. 373, *caput*, CPC, seja desonerada, passando esse ônus a recair sobre a outra parte. Isso significa, por exemplo, que o réu suportará a dúvida caso não seja provada a não ocorrência do fato constitutivo do autor. Essa hipótese guarda considerável semelhança com a hipossuficiência técnica do art. 6º, VIII, CDC: é mais adequado exigir que o fabricante do produto demonstre que ele não poderia causar o dano alegado pelo consumidor do que o contrário. Não se trata propriamente de uma questão relacionada ao acesso a prova (ainda que este eventualmente seja difícil), mas de quem deve suportar o ônus de não convencer o juiz caso as provas sejam produzidas.[922]

---

obtención de información probatoria en el Proceso Civil. *Revista de Derecho de la Pontifícia Universidad Católica de Valparaíso.* Valparaíso, Chile, 1º semestre de 2008, p. 246]. Segundo o autor, esse "dever" recai sobre aquele que possui a informação e a conhece [STÜRNER, Rolf. La obtención de información probatoria en el Proceso Civil. *Revista de Derecho de la Pontifícia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso, Chile, 1º semestre de 2008, p. 249]; seu descumprimento deveria ter como sanção simplesmente um prejuízo quanto à valoração que se faça em matéria de prova [STÜRNER, Rolf. La obtención de información probatoria en el Proceso Civil. *Revista de Derecho de la Pontifícia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso, Chile, 1º semestre de 2008, p. 254].

[922] Frequentemente, o ônus de produção e o de persuasão incumbem à mesma parte. Nesse caso, a distinção entre as categorias, apesar da relevância teórica, não possuirá nenhuma utilidade prática. Contudo, se não for feita essa distinção de maneira clara e os ônus não recaírem sobre a mesma parte, surge uma contradição. Isso pode ser exemplificado de modo bastante claro quando Prütting, ao analisar o direito alemão, defende a ausência de um dever de esclarecimento (similar ao que aqui se denomina de ônus de produção da prova, uma vez que implicaria uma ficção, suscetível de ser refutada, quanto às questões de fato controvertidas): "Mas igualmente não se pode deixar de lado que referida construção processual da distribuição da carga objetiva da prova [relativa a deveres de esclarecimento fora do âmbito da regra geral de distribuição] poderia inclusive cair em contradição com si mesma, pois se poderia alcançar uma conclusão quando analisamos o dever de esclarecimento da parte, em combinação com o princípio de distribuição do ônus da prova. A distribuição do risco por meio da atribuição do ônus da prova à parte adversária, quando envolvesse um descumprimento culposo do dever de esclarecimento, restaria deslocado e, finalmente, os princípios de funcionamento do ônus da prova deixariam de ter utilidade e se anularia sua aplicação". Tradução livre de: "Pero igualmente no puede dejarse de lado que dicha construcción procesal de la distribución de la carga objetiva de la prueba podría incluso caer en contradicción con ella misma, pues es dable arribar a una posible conclusión cuando analizamos el deber de esclarecimiento de la parte que no titulariza la carga de la prueba, en combinación con el principio de distribución de la carga de la prueba. La distribución del riesgo a través de la carga de la prueba hacia la contraparte, cuando mediara un incumplimiento culposo del deber de aclaración, quedaría desplazado y, finalmente, los principios de funcionamiento de la carga de la prueba dejarían de tener utilidad y se anularía su aplicación" [PRÜTTING, Hanns. Presentación de documentos y dirección del proceso. In: RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código procesal civil alemán (ZPO)*. Montevideo: Fundación Konrad- Adenauer, 2006. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf. Acesso em: 21 abr. 2017, p. 62]. O autor afirma que a jurisprudência alemã reconhece como exceção a esse princípio geral justamente a hipótese em que aquele a quem incumbe o ônus não seria capaz de "[...] aportar determinada informação ou dados que são alheios ao seu conhecimento e que podem ser muito melhor conhecidos pela contraparte". Tradução livre de: "[...] la parte que ostenta la carga de la prueba no podría aportar determinada información o datos en relación con hechos que son ajenos a su conocimiento y que pueden ser mucho mejor conocidos por la contraparte" [PRÜTTING, Hanns. Presentación de documentos y dirección del proceso. In: RAGONE, Álvaro J. Pérez;

Se, por exemplo, a fonte de prova – como um produto que apresentou defeito – se encontra em poder do consumidor, ele possui o ônus de produção da prova, ao menos no sentido de disponibilizá-la para a realização de perícia;[923] ao fornecedor, porém, incumbirá o ônus de persuasão quanto à ausência de defeito no produto.[924]

Ainda que não se aceite a distinção traçada entre as hipóteses do art. 373, § 1º, CPC, entendendo que, apesar de possuírem redações distintas, prevêem uma mesma regra, a conclusão quanto à existência de duas figuras pode ser percebida a partir do fundamento concreto a justificar a dinamização do ônus da prova: se o fundamento é apenas a dificuldade na obtenção de determinada prova, a inversão deve ser apenas quanto ao ônus

---

PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código procesal civil alemán (ZPO)*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2006. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf. Acesso em: 21 abr. 2017, p. 66].

[923] A distinção entre ônus de requerer a prova (art. 319, VI, CPC), indissociável no direito brasileiro do ônus de alegar, ônus de produção da prova e ônus da persuasão quanto a prova possui grande relevância em determinados casos. Afinal, quando uma parte suporta o ônus de produção e não o ônus da persuasão, ela sucumbirá pela falta da prova que deveria produzir. Assim, caso o autor alegue e requeira uma prova que não é capaz de produzir, cujo ônus de produção incumbiria ao réu, este sofrerá o ônus da falta de produção. Exemplificativamente, quando o autor requer a produção antecipada de uma prova pericial para medir a execução de uma obra realizada na propriedade do réu, o ônus de produção da prova é do réu, ainda que o autor mantenha para si o ônus da persuasão: caso a prova pericial não possa ser produzida porque o réu impede a entrada do perito ou porque ele alterou o canteiro de obras, responderá pela não produção da prova. Da mesma forma, caso o autor pretenda alegar o defeito em um bem que pode se deteriorar, deve ele requerer e suportar o ônus da produção antecipada da prova. Se ele não produzir antecipadamente a prova, ele suportará o ônus pela não produção, ainda que o ônus da persuasão recaia sobre o réu (por exemplo, de demonstrar que não havia defeito). Em sentido similar ao que foi dito, Flávio Yarshell afirma que "a pré-constituição ou antecipação da prova pode ser vista e qualificada, ela própria, como um autêntico ônus" [YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 97]. Assim, quando uma das partes toma a iniciativa da produção antecipada por causa da urgência, faz isso "na projeção de que o ônus da prova em futuro processo lhe compete, porque, não fosse assim, preferiria certamente esperar que o decurso do tempo inviabilizasse a produção da prova e, a partir daí, levasse ao não-reconhecimento do direito invocado – ou invocável – pelo adversário (ainda que potencial)" [YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 97]. De fato, há casos em que a antecipação da prova revela, de modo claro, a distinção entre as duas espécies de ônus, com especial repercussão quanto ao aspecto subjetivo e objetivo do ônus. Afinal, "o que se antecipa, ao menos em principio, é a produção – e não a valoração (judicial) – da prova, de tal maneira que, se o tema do ônus estivesse exclusivamente ligado ao ato de julgamento (estatal), haveria dificuldade até mesmo para determinar a presença do interesse processual para o requerimento da aludida medida" [YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 98].

[924] Não por acaso, Knijnik relaciona a possibilidade de dinamização do ônus da prova à exibição de documento ou coisa que se encontra em poder da parte a quem inicialmente não incumbe o ônus da prova, ou à exigência de colaboração desta para se submeter a exame pericial – questões relacionada com o ônus de produção da prova [KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 947-948]. No mesmo sentido, Yarshell afirma que "[...] há ainda a muito eficiente técnica consistente em impor à parte o ônus de produzir certa prova e de sujeitá-la, no caso de inércia, à confissão ficta, conforme entre nós, para ilustrar, consta da regra do art. 395 do CPC [na verdade, art. 359, CPC/73; atual art. 400, CPC], no tocante à prova documental" [YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 89].

de produção da prova;[925] se o fundamento for tanto a dificuldade de acesso a prova quanto de se desincumbir do encargo previsto no art. 373, CPC (convencer o juiz), a inversão se dá em relação aos ônus de produção e persuasão; caso não haja dificuldade na obtenção da prova, mas no convencimento dela decorrente, a inversão deve envolver apenas o ônus de persuasão.[926-927] Essa distinção também é fundamental para preservar a excepcionalidade da modificação completa da regra geral do art. 373, CPC.[928]

O direito da concorrência oferece diversos exemplos em que a disjuntiva entre ônus da produção da prova e ônus da persuasão é aplicável. Um exemplo envolve o preço predatório:[929] "vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo" (art. 36, § 3º, XV, da Lei 12.529/11). Na ação proposta pelo competidor lesado contra o predador, a regra geral determinaria que aquele suportasse o ônus da prova dos fatos constitutivos (entre eles a ocorrência do ilícito). Contudo, "a prova da prática de preço predatório é muito complexa"[930] e depende de uma difícil comparação entre preço e

---

[925] Marinoni e Arenhart parecem discordar dessa perspectiva ao sustentar que "a posse do meio de prova é meramente circunstancial, nada tendo a ver com o ônus da prova, que é ditado por razões de bom senso, ou melhor, no interesse de quem alega um fato"; assim, segundo os autores, seria necessária uma ordem judicial determinando a entrega de um documento e seu descumprimento para que se operasse a inversão do ônus [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 224]. Em outra passagem, analisando o art. 400 do CPC, afirmam que "[...] qualquer decisão contrária à parte adversa da onerada pressupõe uma ordem judicial de entrega de documento não cumprida, o que significa que a simples posse do documento não é suficiente para a formação de presunção ou para a inversão do ônus da prova ou, ainda, para que se retirem argumentos de prova desse comportamento. Nesse último caso, aliás, por uma razão absolutamente evidente, pois a posse de um meio de prova, certamente está longe de configurar um comportamento processual negativo" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 220].

[926] A hipótese de inversão do ônus da persuasão não se confunde com a redução das exigências de prova (standard de prova): invertido o ônus, a exigência é a mesma, contudo aplica-se à parte que não possui o ônus de acordo com a regra geral.

[927] Em que pese os eventuais exemplos apresentados, a distinção proposta deve ser analisada com cuidado no âmbito do direito do consumidor. Por esse motivo, apesar de se referirem a casos de relação de consumo, por se tratar de hipótese mais intuitiva, eles foram apresentados apenas quando da análise do art. 373, § 1º, CPC. Afinal, o pressuposto da inversão do ônus da prova tal como prevista pelo art. 6º, VIII, CDC, é a facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo – fundamento material que poderia justificar hipóteses mais extremas de modificação da regra geral. No direito alemão, a maioria das poucas hipóteses reconhecidas de modificação do ônus da prova decorre de questões relativas ao direito material [ver PRÜTTING, Hanns. Presentación de documentos y dirección del proceso. In: RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código procesal civil alemán (ZPO)*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2006. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf. Acesso em: 21 abr. 2017, p. 67].

[928] YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 89.

[929] Ainda que raciocínio similar possa ser aplicável a outras formas de predação, que podem ser definidas em conjunto como o "ato pelo qual o agente econômico incorre em prejuízos na expectativa de eliminar o concorrente do mercado, esperando recuperar posteriormente, através de diversas formas, o montante perdido" [SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 159].

[930] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 160.

custo do predador.[931] Em princípio, essa dificuldade justificaria a dinamização prevista no art. 373, § 1º, CPC. À luz da distinção traçada anteriormente, ela poderia assumir duas formas: (i) dinamização apenas do ônus de produção da prova; (ii) dinamização do ônus de produção da prova e do ônus de persuasão.

Na primeira hipótese, ao réu seria atribuído o ônus de produzir prova quanto ao preço e ao custo de seus produtos, oferecendo elementos probatórios capazes de permitir uma análise desses dois elementos. Contudo, o autor continuaria com o ônus de persuasão quanto à verificação do fato constitutivo. Assim, caso o réu não aporte ao processo as provas relativas ao preço e ao custo, sucumbirá por não ter se desincumbido do ônus de produção da prova. Contudo, caso tais provas sejam produzidas, caberá ao autor demonstrar a ocorrência da predação.[932] É ele que possui o ônus da persuasão: se as provas

---

[931] Hovenkamp explica que, segundo o clássico teste Areeda-Turner [AREEDA, Philip; TURNER, Donald F. Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act. Harvard Law Review, v.88, n.4, fev. 1975, p. 697 – 733. Disponível em: http://www.contrib.andrew.cmu.edu/~kryukov/Predation/areeda75.pdf. Acesso em: 23 fev. 2017], na demanda que envolve preço predatório, "o autor deve demonstrar que os preços do réu durante um número significante de vendas estava abaixo de uma medida relevante de custo, presumivelmente o custo variável médio (AVC) ou, em alguns casos, custos marginais durante um período relativamente curto. Tradução livre de: "the plaintiff must show that the defendant's prices over a significant number of sales were below a relevant measure of cost, presumptively average variable cost (AVC) or, in some cases, marginal costs over a relatively short run" [HOVENKAMP, Herbert. The Areeda-Turner test for exclusionary pricing: a critical journal. *Areeda-Turner Predatory Pricing*, abr. 2014. Disponível em: http://www.tinbergen.nl/wp-content/uploads/2014/05/AREEDA-TURNER-revised.pdf. Acesso em: 10 fev. 2017, p.1]. Segundo Hovenkamp [HOVENKAMP, Herbert. The Areeda-Turner test for exclusionary pricing: a critical journal. *Areeda-Turner Predatory Pricing*, abr. 2014. Disponível em: http://www.tinbergen.nl/wp-content/uploads/2014/05/AREEDA-TURNER-revised.pdf. Acesso em: 10 fev. 2017], em que pese as severas críticas que o teste recebeu [ver, por exemplo, SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 162 e ss.], ninguém conseguiu conceber um teste que fosse melhor. Note-se, apenas, o equívoco de Calixto Salomão Filho [SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 165] ao considerar que o teste Areeda-Turner não contempla entre seus requisitos a demonstração da possibilidade de o predador recuperar o prejuízo incorrido [ver AREEDA, Philip; TURNER, Donald F. Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act. Harvard Law Review, v.88, n.4, fev. 1975, p. 697 – 733. Disponível em: http://www.contrib.andrew.cmu.edu/~kryukov/Predation/areeda75.pdf. Acesso em: 23 fev 2017, p. 698; HOVENKAMP, Herbert. The Areeda-Turner test for exclusionary pricing: a critical journal. Areeda-Turner Predatory Pricing, abr. 2014. Disponível em: http://www.tinbergen.nl/wp-content/uploads/2014/05/AREEDA-TURNER-revised.pdf. Acesso em: 10 fev 2017, p. 1-2]. Outros testes têm sido utilizados na União Europeia; todos, também, envolvendo a comparação entre custos e preço. Mesmo Calixto Salomão Filho [SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 175 e ss.], ao propor um outro teste para o preço predatório, não elimina as considerações quanto a esses elementos. Ademais, ainda que a solução proposta procure dar mais ênfase à quantidade de produto ofertada, também esse critério não infirma a análise quanto às distintas espécies de ônus da prova apresentada.

[932] Essa hipótese guarda relação com a formulação de pedido genérico "quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu" (art. 324, § 1º, CPC). Comentando essa hipótese, Arenhart, Marinoni e Mitidiero utilizam como exemplo a ação de exigir contas: a apuração do saldo em favor do autor depende das contas apresentadas pelo réu. Assim também, no caso de predação, a verificação da ocorrência de predação, pressuposto para a condenação do réu, depende da apresentação de documentos por parte deste [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO,

e as alegações do autor não conseguirem convencer o juiz de que houve predação, ele irá sucumbir.

Na segunda hipótese, ainda que valha o quanto foi afirmado em relação ao ônus de produção, a solução quanto ao ônus de persuasão é diametralmente oposta: caberá ao réu convencer o juiz da não existência de predação, suportando o ônus em caso de dúvida. Ou seja, não provada a não ocorrência de predação, o juiz julgará como se ela houvesse ocorrido, impondo a sucumbência ao réu.

Conquanto possa ser adequado em alguns casos, impor os ônus de maneira concomitante (ou, eventualmente, ao perceber que o réu não está se desincumbindo adequadamente do ônus de produção da prova, dinamizar também o ônus da persuasão), na maioria das situações isso não será justificável. Permitido o acesso do autor à prova necessária para demonstrar seu direito, não sendo o encargo de convencer sobre a ocorrência da predação impossível ou excessivamente difícil, deve ele suportar o ônus da persuasão quanto a ela.

Diferentemente, em casos de cartel, é possível exigir do autor que se desincumba de um ônus de produção de prova (ainda que apenas indiciária) da ocorrência do ilícito. Produzida essa prova, revelando por exemplo contatos entre concorrentes ou a paridade de preços, é possível que se inverta o ônus da persuasão: caberá ao réu convencer quanto à existência de uma justificativa racional para sua conduta, ainda que o autor não tenha demonstrado o preenchimento do suporte fático para a configuração do ilícito. Ou seja, o réu terá o ônus da persuasão quanto à inexistência de colusão, sucumbindo em caso de dúvida.

As hipóteses de inversão das duas espécies de ônus necessitam ser analisadas à luz do caso concreto: apenas ele será capaz de oferecer subsídios para que se reconheça a ocorrência de uma das hipóteses do art. 373, § 1º, CPC. Os exemplos utilizados acima pecam por uma excessiva simplificação da dinâmica da questão probatória em matéria de ilícitos concorrenciais, mas são suficientes para demonstrar a relevância da distinção.

Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 159].

5.4.7 Presunções

A palavra "presunção" é utilizada para se referir a situações em que a prova de determinado fato permite conclusões quanto à ocorrência de outro fato.[933] Tanto na *civil law* quanto na *common law* ela costuma ser empregada em três sentidos: presunções judiciais, presunções legais relativas e presunções legais absolutas.[934]

Apesar da aparente simplicidade, o tema é considerado confuso[935] e controvertido na doutrina,[936] a ponto de, na *common law*, sustentar-se que as dificuldades envolvidas no tema são fruto do próprio uso do termo "presunção" como um conceito jurídico.[937] Nessa perspectiva, como as diversas espécies de "presunção" poderiam ser explicadas a partir de outros elementos do direito probatório (standard de prova e, especialmente, ônus de

---

[933] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 157. Destaca-se, especialmente no caso das presunções legais, o caráter artificial que pode ter a relação entre os fatos. Nesse sentido, afirma Fleming James Jr: "Mas as cortes e legislaturas criaram presunções em casos nos quais ou (1) B seria uma inferência possível a partir de A, mas não a única possível, ou (2) B sequer seria uma inferência possível de A. Em tais casos, uma presunção tem uma força e um efeito processual artificial". Tradução livre de: "But courts and legislatures have created presumptions in cases where either (1)'B would be a permissible inference from A, but not the only permissible one or (2) B would not even be a permissible inference from A. In such situations a presumption has an artificial procedural force and effect" [FLEMING, James Jr. Burdens of proof. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, v.47, rev.51, 1961, p. 64-65]. No mesmo sentido, afirma Kaiser que "presunções legais são criações artificiais porque enquanto 'presunções [inferências] declaradas pelas cortes devem ter o suporte da razão', comumente não há conexão lógica entre o fato presumido e o fato provado". Tradução livre de: "Presumptions of law are artificial creations because while 'presumptions declared by the courts should have the support of reason,' there is often no logical connection between the presumed fact and the proven fact" [KAISER, David. Presumptions of Law and of Fact. *Marquette Law Review*, v.38, ed.4, primavera 1995. Disponível em: http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3106& context=mulr. Acesso em: 12 mai. 2017, p. 253].

[934] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 158. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on civil procedure:* principles of practice. 3 ed. London: Sweet and Maxwell, 2013, p. 1024.

[935] ALLEN, Ronald J. Burdens of proof. *Law, Probability and Risk, Northwestern University*, v.13, 2014, p. 195-219. Disponível em: lpr.oxfordjournals.org/content/13/3-4/195.full.pdf+html. Acesso em: 4 abr. 2017, p. 208.

[936] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 157.

[937] ALLEN, Ronald J. Burdens of proof. *Law, Probability and Risk, Northwestern University*, v.13, 2014, p. 195-219. Disponível em: lpr.oxfordjournals.org/content/13/3-4/195.full.pdf+html. Acesso em: 4 abr. 2017, p. 208.

produção, ônus da persuasão, etc.),[938] não faria sentido sua existência enquanto conceito jurídico.[939]

Ainda que algumas presunções (especialmente as presunções legais relativas) possam ser explicadas a partir de situações em que a demonstração de um fato (fato provado) pode afetar o ônus da prova sobre um fato probando, não é possível equipará-las a meras regras de distribuição do referido ônus. Afinal, sua estrutura é sensivelmente distinta: a presunção leva a uma conclusão (ainda que precária) sobre determinada alegação de fato a partir da demonstração de outro fato; a distribuição do ônus da prova não resulta em conclusão quanto ao fato, mas apenas na determinação de quem suportará as consequências da ausência de prova ou de persuasão. Ainda que a presunção possa ter como função a redistribuição do ônus da prova, nem sempre ela terá esse efeito[940] e, por esse motivo, é mais bem compreendida a partir da relação que estabelece entre fato provado e fato probando. Logo, ao menos em princípio, justifica-se a utilização do conceito jurídico de presunção como uma categoria própria.

Além disso, o uso do termo "presunção" também parece justificável pela frequência com que é utilizado na legislação: "presunção" e conjugações do verbo "presumir" são utilizadas quatorze vezes no Código de Processo Civil, referindo-se a hipóteses de presunções legais (relativas ou absolutas). No Código Civil, contam-se mais de sessenta.[941]

---

[938] Para Barbosa Moreira, essa conclusão se restringe ao ônus da prova: "que elas [presunções legais relativas] se relacionam, em termos genéricos, com a material concernente à prova é, à evidência, indiscutível; a relação, porém, limita-se a um tópico particular dessa material, a saber, a distribuição do *onus probandi*" [BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de Direito Processual*: Primeira série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 61].

[939] ALLEN, Ronald J. Burdens of proof. *Law, Probability and Risk, Northwestern University*, v.13, 2014, p. 195-219. Disponível em: lpr.oxfordjournals.org/content/13/3-4/195.full.pdf+html. Acesso em: 4 abr. 2017, p. 208-209.

[940] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de Direito Processual*: Primeira série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 60-61. No mesmo sentido, ARENHART, Sérgio Cruz. *O ônus da prova e sua modificação no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: https://www.academia.edu/305697/O_Onus_da_Prova_e_sua_Modificacao_no_Direito_Processual_Civil_Brasileiro. Acesso em: 29 out. 2015, p. 29.

[941] Ainda que frágil, esse argumento de amparo no texto da lei pode ser utilizado também para suscitar dúvida quanto à procedência do termo "presunção judicial", uma vez que a lei não costuma empregar o termo "presunção" com esse sentido. Com mais razão após a revogação do art. 230, CC, que tratava das "presunções, que não as legais". No entanto, remanesce a peculiar redação do art. 1.605, CC: "Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos". Sobre o uso de termos sinônimos à presunção judicial em diversos diplomas legais ao longo da história, ver MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.79, 1984.

Dentre as espécies de presunção, a judicial é aquela que suscita mais dúvidas. Ela é entendida tanto como (i) o raciocínio judicial[942] por meio do qual se chega ao conhecimento do fato probando a partir do conhecimento de um fato anteriormente provado[943] quanto como (ii) o próprio resultado desse raciocínio (a "prova" do fato "presumido").[944] Taruffo, por exemplo, afirma em alguns trechos que a presunção é o resultado de inferência probatórias,[945] mas, ao se debruçar com mais cuidado sobre o tema, afirma que "[...] não há uma diferença substancial entre inferência probatória e presunção simples [...]",[946] ou, de modo ainda mais categórico, que há identidade estrutural e funcional entre elas.[947-948]

De fato, a "presunção judicial" pode ser definida como o processo lógico-inferencial (a inferência) realizado pelo juiz, que lhe permite, tomando por base "regras da

---

[942] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 159.

[943] GODDEN, David M.; WALTON, Douglas. A theory of presumption for everyday argumentation. *Pragmatics and Cognition,* v.15:2, 2007, p. 331. KAISER, David. Presumptions of Law and of Fact. *Marquette Law Review*, v.38, ed.4, primavera 1995. Disponível em: http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3106&context=mulr. Acesso em: 12 mai. 2017, p. 254-255. Esse raciocínio é executado apenas pelo juiz, "sem qualquer interferência *a priori* do legislador" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 159].

[944] Nesse sentido, Marinoni e Arenhart afirmam que "as regras de experiência devem incidir sobre os indícios, na formação das presunções, e sobre as presunções, na formação do juízo sobre o mérito" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 127]. Também, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de Direito Processual*: Primeira série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 57. Em outra passagem, o autor descreve a presunção judicial como "ponto de chegada" [BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de Direito Processual*: Primeira série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 58].

[945] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 471 e 472.

[946] Afirma Taruffo: "[...] não existe uma diferença substancial entre inferência probatória e presunção simples [...]". Tradução do original: "[…]no hay una diferencia sustancial entre inferencia probatoria y presunción simple[…]" [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 484].

[947] Nesse sentido, TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 488. É desse modo que o autor entende a presunção como o argumento ou o raciocínio que vincula o fato provado ao fato provando [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 479].

[948] Também se contradizem Marinoni e Arenhart, que ora se referem à presunção como a dedução da ocorrência de um fato [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 123 e p. 159], ora ao resultado dessa dedução [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 123 e p. 160]. Em linha com esta perspectiva, os autores procuram diferenciar, em outro momento, presunção e raciocínio presuntivo, "[...] estabelecido o conceito de presunção como resultado do raciocínio formado a partir do indício e da prova indiciaria […]" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 123].

experiência" (técnica ou científica), partir da prova de fato secundário provado (indício)[949] e chegar a conclusões quanto à demonstração do fato principal ignorado (fato probando).[950]

Contudo, esse processo em que se consubstancia a "presunção judicial" é substancialmente distinto daquele envolvido na aplicação de presunções legais, em que a atividade intelectiva do juiz se restringe ao conhecimento sobre o fato provado.[951] Por isso, a assimilação entre presunções legais e judiciais é, nas palavras de Taruffo, "absolutamente imprópria e provém de um erro conceitual consistente em considerar idênticos fenômenos que, em realidade, são distintos".[952]

---

[949] Como explica Taruffo: "Existe, finalmente, uma terceira acepção, mais rigorosa e mais clara, segundo a qual 'indício' faz referência ao 'fato conhecido' ou à 'fonte' que constitui a premissa da inferência presuntiva: assim, é um indício qualquer coisa, circunstância ou comportamento que o juiz considere significativo na medida em que dele possam derivar conclusões relativas ao fato a ser provado. Entre presunção e indício existe, então, a mesma diferença que se dá entre uma racionalização e a premissa de fato que lhe serve de ponto de partida. Tradução livre de: "Existe, finalmente, una tercera acepción, más rigurosa y más clara, según la cual 'indicio' hace referencia al 'hecho conocido' o a la 'fuente' que constituye la premisa de la inferencia presuntiva: así pues, es un indicio cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida en que de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar. Entre presunción e indicio hay, pues, la misma diferencia que se da entre un razonamiento y la premisa de hecho que le sirve de punto de partida" [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 480].

[950] O convencimento do juiz quanto ao fato probando pode variar, tal como ocorre em relação à valoração das provas diretas, podendo ser insuficiente para se concluir pela sua comprovação. Conforme afirmam Marinoni e Arenhart: "Frise-se que a presunção judicial não exige que a regra de experiência faça concluir, de modo preciso e absoluto, que do fato indiciário decorre o fato probando. Isso aliás, diante da possibilidade de soma ou contradição entre as presunções judiciais, é bastante evidente" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 163].

[951] Em sentido contrário, Barbosa Moreira: "A diferença capital reside em que, numa hipótese, se deixa ao órgão judicial o estabelecimento da correlação entre os dois fatos, ao passo que, na outra, é o próprio legislador quem dá como pressuposta a correlação, excluindo em certa medida, a valoração do juiz" [BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de Direito Processual*: Primeira série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 60]. O autor afirma, ainda, que na presunção legal relativa há um "juízo de probabilidade formulado pelo legislador (não pelo órgão judicial, como nas presunções simples)" [BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de Direito Processual*: Primeira série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 62].

[952] Segundo Taruffo: "Referida assimilação é, por outra parte, absolutamente inadequada e provém de um erro conceitual que consiste em considerar idênticos fenômenos que, em realidade, são distintos". Tradução livre de: "Dicha asimilación es, por otra parte, absolutamente impropia y proviene de un error conceptual consistente en considerar idénticos fenómenos que, en realidad, son distintos" [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 471]. No mesmo sentido, Alvaro de Oliveira afirma que: "O tema das presunções tende a ser obscurecido e mal compreendido pelo tratamento unitário que geralmente se empresta às presunções legais — sejam *iuris et de iure* ou *iuris tantum* — e às presunções simples. Trata-se de fenômenos jurídicos totalmente distintos" [OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Presunções e ficções no direito probatório*: ensaio destinado a coletânea em homenagem a Sálvio de Figueiredo Teixera. [sl:sn], 2012. Disponível em: http://alvarodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2012/09/Presuncoes-e-Ficcoes-no-Direito-Probatorio.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017, p. 1].

Essa dificuldade decorrente do emprego do conceito "presunção judicial"[953] levou diversos autores a considerarem inapropriado seu uso, preferindo designar o fenômeno como "inferência",[954] "inferência de fato"[955] ou "inferência probatória".[956] Nesse sentido, é clássica a lição de Fleming James Jr.: considerando que "presunções" é o termo comumente empregado para se referir às normas jurídicas que as estabelecem (presunções legais),[957] e inferência costuma ser usada para definir "[...] o processo de extrair conclusões de fato com base no raciocínio geral leigo e na experiência", observar a distinção terminológica evita confusão e garante clareza.[958]

Feito esse esclarecimento, é possível notar que as inferências probatórias têm grande relevância no direito da concorrência, no qual é corrente o uso de provas indiretas. Em particular, merece destaque a relação entre algumas espécies de infrações à ordem econômica e a demonstração do dano enquanto seu resultado.

Quanto às infrações, a legislação concorrencial prevê que elas podem ser consideradas ilícitas por seu objeto ou pela potencialidade de gerar efeitos (art. 36, LDC).

---

[953] Parece fazer ainda menos sentido, em termos conceituais, se referir a presunções "simples" quando sua aplicação é mais complexa que das presunções legais. Os termos *praesumptio hominis* e presunção judicial tem a vantagem de distinguir a origem da "presunção", fruto da atuação do juiz e não do legislador, mas não são suficientes para indicar que se trata de processo substancialmente distinto daquele que envolve a presunção legal. Por uma perspectiva histórica que permite perceber os diferentes termos utilizados ao longo da história para se referir às inferências probatória ou *praesumptio hominis*, como eram chamadas no direito romano, ver MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* v.79, 1984.

[954] FLEMING, James Jr. Burdens of proof. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, v.47, rev.51, 1961, p. 64.

[955] KAISER, David. Presumptions of Law and of Fact. *Marquette Law Review*, v.38, ed.4, primavera 1995. Disponível em: http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3106&context=mulr. Acesso em: 12 mai. 2017, p. 253. Zuckerman refere-se à inferência factual (*factual inference*) [ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on civil procedure*: principles of practice. 3 ed. London: Sweet and Maxwell, 2013, p. 1024].

[956] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 488. O autor apenas assimila os conceitos, sem defender a abolição do termo presunção simples, até porque o próprio art. 2.729 do Codice Civile Italiano, a exemplo do que ocorria com o art. 230, CC, se refere a presunções não estabelecidas por lei.

[957] Nesse sentido, como afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, as presunções legais "[...] por um lado, consistem em mandados normativos — que obrigam o juiz a concluir de certa forma em presença de um fato ou estado de coisas — e não em um enunciado relativo a uma afirmação fática;" e, "[...] por outro, constituem regras e, assim, expressões da linguagem jurídica." [OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Presunções e ficções no direito probatório*: ensaio destinado a coletânea em homenagem a Sálvio de Figueiredo Teixera. [sl:sn], 2012. Disponível em: http://alvarodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2012/09/Presuncoes-e-Ficcoes-no-Direito-Probatorio.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017, p. 2].

[958] Afirma Fleming: "[...] 'inferência' é a palavra geralmente usada para se referir ao processo de desenvolvimento de conclusões de fato sob a base da racionalização e da experiência [...]" Tradução livre de: "[…] 'inference' is the word generally used to refer to the process of drawing conclusions of fact on the basis of general lay reasoning and experience […]" [FLEMING, James Jr. Burdens of proof. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, v.47, rev.51, 1961, p. 64].

Essa dualidade de espécies de conduta repercute em matéria de prova:[959] a caracterização da infração dependerá da prova (i) de que o objetivo da conduta era a produção de um dos efeitos previstos no art. 36, I a IV, LDC, ou (ii) de que a conduta implicaria um aumento da probabilidade de que esses efeitos se produzissem.[960-961]

Costuma-se atribuir essa distinção à maior ou menor gravidade de determinadas condutas. Assim, costumam ser classificadas como condutas restritivas por objeto aquelas que são "esmagadoramente suscetíveis de prejudicar o bem-estar dos consumidores";[962] já nas condutas por efeito, essa suscetibilidade está ligada à demonstração da potencialidade de provocar efeitos prejudiciais. Em ambos os casos, na falta ou insuficiência de provas diretas, essa demonstração deverá ser realizada por meio de indícios. Ainda que apenas uma inferência possa ser suficiente para o juízo sobre um fato,[963] em geral "é precisamente a concordância das presunções [inferências probatórias] o que faz surgir uma prova ali onde nenhum 'fato conhecido' por si só poderia logicamente induzir a esse resultado".[964]

---

[959] RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 53.

[960] RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 53-55.

[961] Alguns autores, como Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, rejeitam essa dualidade. Assim, segundo ele: "[...] não é necessária a comprovação de que foram gerados efeitos concretos, bastando a demonstração de que a conduta possuía o potencial de gerar tais efeitos" [PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 222].

[962] Nesse sentido, Whish e Bailey: "[…] impressionamente provável provocar dano ao bem-estar dos consumidores [...]" Tradução livre de: "[…] overwhelmingly likely to harm consumer welfare […]". Em seu texto, os autores se referem a como as cortes classificam as restrições por objeto na União Europeia, onde também existe a distinção entre as duas hipóteses ("objeto" e "efeito") [WHISH, Richard; BAILEY, David. Competition Law. 7ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 121].

[963] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos.* Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 416-417. Como explica Alvaro de Oliveira: "Não se mostra imprescindível que a prova do fato se baseie em mais de um indicio, mas é indispensável que esse indício, se for único, exiba valor probatório muito elevado" [OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Presunções e ficções no direito probatório*: ensaio destinado a coletânea em homenagem a Sálvio de Figueiredo Teixera. [sl:sn], 2012. Disponível em: http://alvarodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2012/09/Presuncoes-e-Ficcoes-no-Direito-Probatorio.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017, p. 9]. No mesmo sentido, em outra passagem, Taruffo afirma que "a pluralidade concordande de presunções simples é necessária unicamente quando nehuma delas é suficiente por si para oferecer uma confirmação adequada da hipótese sobre o fato". Tradução livre de: "la pluralidad concordante de presunciones simples es necesaria únicamente cuando ninguna de ellas es suficiente por sí sola para ofrecer una confirmación adecuada de la hipótesis sobre el hecho" [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 478].

[964] Afirma Taruffo: "Nesse caso, é precisamente a concordância das presunções o que faz surgir uma prova onde nenhum 'fato conhecido' por si poderia logicamente produzir esse resultado". Tradução livre de: "En ese caso, es precisamente la concordancia de las presunciones lo que hace surgir una prueba allí donde ningún 'hecho conocido' por sí solo podría lógicamente producir ese resultado" [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 476-477]. Sobre a convergência de inferências probatórias, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 162.

Além disso, uma vez provada a infração à ordem econômica, seja qual for a sua espécie, esta pode se constituir em indício da ocorrência do dano ou do nexo causal entre este e aquele. Ainda que essa análise dependa do caso concreto, pois é a partir dele que o juiz poderá realizar inferências probatórias, as regras da experiência técnica apontam para uma correspondência entre infrações à ordem econômica e potenciais lesados: exemplificativamente, de maneira muito simplificada, preço predatório e outras condutas exclusionárias causam dano aos demais competidores,[965] nem sempre aos consumidores – que, num primeiro momento, podem pagar preços menores pelos produtos; preço abusivo[966] causa dano aos consumidores, mas em princípio não prejudica os competidores; cartéis costumam prejudicar os consumidores, mas podem beneficiar concorrentes.[967] Essa correspondência pode permitir que o indício sirva tanto como elemento de prova do nexo causal quanto como elemento de prova do dano.

Assim, provada a ocorrência de preço predatório e demonstrado pelo concorrente que ele foi eliminado do mercado durante a prática da infração, é possível inferir que esta tenha sido a causa adequada do dano. Isso não significa, em absoluto, que a ocorrência de preço predatório autoriza a conclusão de que, *ipso facto*, os competidores sofreram danos com a conduta, perdendo vendas ou sendo eliminados do mercado. No entanto, a demonstração do ilícito e de determinado dano que normalmente decorra da predação pode autorizar inferências probatórias no sentido de que entre eles há nexo de causalidade.[968]

---

[965] Analisando práticas exclusionárias, afirma Richard Posner: "[…] alguns economistas acreditam que é virtualmente impossível para uma empresa excluir competidores ou potenciais competidores do mercado senão por meio da compra da maior parte das ações destes ou através do suborno de qualquer outra espécie, a menos que tenham custos mais baixos ou obtenham a ajuda do governo na forma de uma garantia ou outro direito exclusivo. Eu não concordo". Tradução livre de: "[…] some economists believe that it is virtually impossible for a firm to exclude competitors or potential competitors from the market, other than by buying them out or paying them off in some other fashion, unless they have lower costs or obtain the aid of the government in the form of a grant or other exclusive right. I do not agree." [POSNER, Richard A. The Law and Economics of the Economic Expert Witness. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v.13, n.2, primavera de 1999, p. 194].

[966] Whish apresenta diversos argumentos contra o controle direto dos preços abusivos. No direito brasileiro, sua existência é questionável após a revogação do art. 21, XXIV, Lei 8.884/94 ("impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço"), que não encontra correspondente na atual LDC [WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2011].

[967] Essas referências são exemplificativas em relação àquilo que é mais comum. Evidentemente, à luz do caso concreto e de ilícitos definidos de forma mais precisa, o uso de regras da experiência técnica é consideravelmente mais profícuo, extraindo inferências mais seguras quanto aos danos que poderiam ser provocados pela conduta (ainda que seja difícil demonstrá-los por meio de provas diretas).

[968] Assim, como explica Carpes: "Sua prova em juízo [do nexo causal] é marcada por peculiar raciocínio de caráter lógico-inferencial informado pela definição do fenômento no plano do direito material e mediante recurso às leis científicas e máximas da experiência." [CARPES, Artur Thompsen. A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord). *O novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 101].

Ademais, há a possibilidade de que a infração à ordem econômica demonstrada possa ser utilizada para inferência quanto à demonstração do próprio dano. Essa hipótese é especialmente relevante quando houver dificuldade por parte do lesado em demonstrar o dano que sofreu.[969] Assim, por exemplo, em uma situação na qual é demonstrado o abuso por parte de um agente dominante do mercado, consistente na celebração de contratos de exclusividade que restrinjam o acesso a canais de distribuição ou revenda, pode ser possível inferir que concorrentes nesse mercado sofreram danos por causa dessa conduta.[970]

Diferentemente das inferências probatórias, as presunções legais (relativas e absolutas), enquanto normas jurídicas, não demandam um raciocínio inferencial complexo: a conexão entre fato conhecido e fato ignorado é fixada *a priori*, prescindindo de construção pelo magistrado.[971] As presunções legais relativas obrigam o julgador a aceitar como consequência da comprovação de determinado fato a conclusão de que outro fato deve ser tido por verificado, desde que não tenha havido produção de prova suficiente em contrário.[972] A partir da diferença de que não admitem prova em contrário, essa mesma definição se aplicaria às presunções absolutas.[973]

---

[969] Sempre que possível, outros elementos de prova, em relação aos quais é possível realizar inferências probatórias, deverão ser considerados, como a capacidade produtiva ou de investimento do suposto lesado.

[970] Como explicam Bagnoli, Bastos e Navas: "Os contratos de relação vertical com cláusula de exclusividade podem apresentar restrições (*foreclosures*), que ocorrem quando uma integração vertical fecha alguma parte ou todo o Mercado para concorrentes, permitindo, desse modo, o exercício de poder de Mercado. O *foreclosure* pode ocorrer a montante (*upstream*), tal como cortando o acesso de rivais a suprimentos necessários ou consumes, ou a justante (*downstream*), por exemplo, restringindo o acesso de distribuidores a clientes." [BAGNOLI, Vicente; BASTOS, Alexandre Augusto Reis; NAVAS, Amanda Renata Enéas. *Cláusula de Exclusividade*: análise concorrencial a partir do caso dos créditos consignados. São Paulo: Almedina, 2014, p. 36]. Nesse último caso, a conduta costuma levar ao aumento de custos dos concorrentes [FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 372-373].

[971] Como explica Alvaro de Oliveira, "[...] nessa espécie de presunção, a conclusão do raciocínio desenvolvido pelo juiz não diz respeito a uma descrição ou a uma hipótese da realidade, mas consiste apenas na aplicação da norma jurídica, que conecta certas premissas a determinadas consequências." [OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório: ensaio destinado a coletânea em homenagem a Sálvio de Figueiredo Teixera. [sl:sn], 2012. Disponível em: http://alvarodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2012/09/Presuncoes-e-Ficcoes-no-Direito-Probatorio.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017, p. 2].

[972] KAISER, David. Presumptions of Law and of Fact. *Marquette Law Review*, v.38, ed.4, primavera 1995. Disponível em: http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3106&context=mulr. Acesso em: 12 mai. 2017, p. 254. Nessas condições, a conclusão é obrigatória para o magistrado [ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on civil procedure*: principles of practice. 3 ed. London: Sweet and Maxwell, 2013, p. 1024]. Assim também: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Presunções e ficções no direito prob*atório: ensaio destinado a coletânea em homenagem a Sálvio de Figueiredo Teixera. [sl:sn], 2012. Disponível em: http://alvarodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2012/09/Presuncoes-e-Ficcoes-no-Direito-Probatorio.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017, p. 3.

[973] Parcela da doutrina diferencia as presunções absolutas das ficções jurídicas: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Presunções e ficções no direito probatório*: ensaio destinado a coletânea em homenagem a Sálvio

Apesar disso, a doutrina costuma afirmar que, desde uma perspectiva processual, as presunções absolutas seriam irrelevantes: "[...] exaurem sua eficácia normativa no plano *material*" e, assim, "*nada* têm que ver com a prova".[974] No entanto, como o fato que dá azo à presunção precisa ser demonstrado para levar à conclusão de sua existência, a presunção absoluta pode repercutir na atividade probatória:[975] a partir dessa perspectiva, verificado o fato "A", presume-se a ocorrência do fato "B" sem que se admita prova em contrário.[976] Sob esse prisma, a diferença funcional entre a presunção absoluta e a relativa decorre apenas da possibilidade de esta ser infirmada a partir da produção de prova.

Como a presunção legal é fixada *a priori*, ela é capaz de influenciar o comportamento da parte adversária.[977-978] Nessa medida, a doutrina costuma relacionar as

---

de Figueiredo Teixera. [sl:sn], 2012. Disponível em: http://alvarodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2012/09/Presuncoes-e-Ficcoes-no-Direito-Probatorio.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017, p. 7; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de Direito Processual*: Primeira série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 64-65. Nesse sentido, explica Pontes de Miranda: "Na ficção tem-se A, que não é, como se fosse. Na presunção legal absoluta, tem-se A, que pode não ser, como se fosse, ou A, que pode ser, como se não fsse. Na presução legal relative, tem-se A, que pode não ser como se fosse, ou A, que pode ser, como se não fosse, admitindo-se prova em contrário [...]" [PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte geral (tomo III). 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p. 446]. Contudo, como lembra Barbosa Moreira: "[...] em última análise, a distinção tem apenas valor teórico [...]" [BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de Direito Processual*: Primeira série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 65].

[974] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de Direito Processual*: Primeira série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 67. Nesse sentido, também PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte geral (tomo III). 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p. 448. Em que pese as conclusões do autor, é impossível não notar, em alguns casos, o caráter contrafactual das presunções absolutas e ficções jurídicas, a ponto de justificar a afirmação de Flávio Yarshell: "[...] quando menos, o reconhecimento de uma dada presunção absoluta altera o objeto da prova." [YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 68].

[975] Ainda que indiretamente, como afirma Yarshell [YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 67]. Demonstrado o fato que permite a incidência de uma presunção absoluta, o eventual fato probando deixa de ser juridicamente relevante; do contrário, ele continuará tendo que ser provado. É o que acontece, por exemplo, quando se discute se o contratante era absoluta ou relativamente incapaz (arts. 3º e 4º, CC) ao tempo da celebração do contrato.

[976] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Presunções e ficções no direito probatório*: ensaio destinado a coletânea em homenagem a Sálvio de Figueiredo Teixera. [sl:sn], 2012. Disponível em: http://alvarode oliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2012/09/Presuncoes-e-Ficcoes-no-Direito-Probatorio.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017, p. 7. Assim, Barbosa Moreira afirma que a presunção absoluta, assim como a ficção jurídica, envolve a equiparação entre esquemas de fato distintos (A = B). Mesmo que a norma não descreva (A) em seu suporte fático, mas apenas (B), a demonstração de (A) implica os efeitos de (B). Tal se dá em relação à confissão ficta: o não comparecimento (A) é equiparado à confissão (B), produzindo os efeitos previstos para (B). Essa equiparação também ocorre em presunções relativas. Por isso, sob a perspectiva do objeto da prova, uma vez que (A) deverá ser provado para ser tomado como (B), a diferença entre presunção relativa e absoluta é, tão-somente, a admissão de prova em contrário [BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de Direito Processual*: Primeira série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 64-65].

[977] O mesmo se aplica para as denominadas "presunções jurisprudenciais" [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 148]; isto é, quando um posicionamento reiterado (por meio de inferências probatórias realizadas constantemente), capaz de levar

presunções legais relativas com modificações do ônus da prova:[979] "o desfavorecido pela presunção suporta o ônus de provar em contrário".[980] De forma mais precisa, quando elas operam em favor de quem originariamente possuía o ônus de provar, as presunções importam na transferência do ônus para a parte contrária; quando isso não ocorre, "as presunções harmonizam-se exatamente com as diretrizes do ônus da prova estabelecidas regularmente".[981]

É nesse sentido que deve ser compreendida e afastada a crítica de Allen que reduz a relevância das presunções no direito probatório: fosse esse o caso, chegar-se-ia à

à formação de uma jurisprudência estável, permite que surja uma presunção estabelecida *a priori*, em abstrato, por meio da qual se saiba que a demonstração de determinado fato levará, na falta de prova em contrário, à conclusão de que outro fato também ocorreu [OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Presunções e ficções no direito probatório*: ensaio destinado a coletânea em homenagem a Sálvio de Figueiredo Teixera. [sl:sn], 2012. Disponível em: http://alvarodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2012/09/Presuncoes-e-Ficcoes-no-Direito-Probatorio.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017, p. 5]. Ver também YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 68. Um exemplo de presunção jurisprudencial é a responsabilidade de quem colide veículo pela traseira. Ainda que Dinamarco se refira a essa hipótese como presunção judicial [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 123], trata-se do caso em que tais inferência probatórias "[...] podem propagar-se a casos futuros, por força da jurisprudência [...]" [DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 114].

[978] Arenhart sustenta que "[...] por meio das presunções judiciais, o sistema positivo opera deslocamento do regime normal de atribuição do ônus da prova, já que permite a alguém, mediante mera demonstração de *probabilidade* da ocorrência de um fato pela comprovação da existência de outro que àquele se liga por vincula lógico, liberar-se da carga da prova do fato […]" [ARENHART, Sérgio Cruz. *O ônus da prova e sua modificação no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: https://www.academia.edu/305697/O_Onus_da_Prova_e_sua_Modificacao_no_Direito_Processual_Civil_Brasileiro. Acesso em: 29 out. 2015, p. 34-35]. Contudo, como visto, as inferências probatórias se constituem em raciocínios a partir de indícios – algo que será feito em relação às provas indiretas produzidas por cada uma das partes, sem que isso importe no deslocamento do ônus entre elas; servem, apenas, para permitir que o juiz conclua a partir das provas que foram produzidas.

[979] ARENHART, Sérgio Cruz. *O ônus da prova e sua modificação no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: https://www.academia.edu/305697/O_Onus_da_Prova_e_sua_Modificacao_no_Direito_Processual_Civil_Brasileiro. Acesso em: 29 out. 2015, p. 29. Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "[...] o legislador, ao estabelecer as presunções legais, costuma levar em conta a grande dificuldade de provar diretamente o fato causador de uma determinada consequência jurídica." [OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Presunções e ficções no direito probatório*: ensaio destinado a coletânea em homenagem a Sálvio de Figueiredo Teixera. [sl:sn], 2012. Disponível em: http://alvarodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2012/09/Presuncoes-e-Ficcoes-no-Direito-Probatorio.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017, p. 4]. Em sentido similar, FLEMING, James Jr. Burdens of proof. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, v.47, rev.51, 1961, p. 66].

[980] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Presunções e ficções no direito probatório*: ensaio destinado a coletânea em homenagem a Sálvio de Figueiredo Teixera. [sl:sn], 2012. Disponível em: http://alvarodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2012/09/Presuncoes-e-Ficcoes-no-Direito-Probatorio.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017, p. 3. Em sentido contrário, MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. A teoria da dinamização do ônus da prova, o Novo CPC e as adaptações necessárias para a sua utilização no procedimento dos Juizados Especiais. *Revista Forense*, v.420, jul. a dez. de 2014, p. 229.

[981] ARENHART, Sérgio Cruz. *O ônus da prova e sua modificação no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: https://www.academia.edu/305697/O_Onus_da_Prova_e_sua_Modificacao_no_Direito_Processual_Civil_Brasileiro. Acesso em: 29 out. 2015, p. 29. No mesmo sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 67.

conclusão de que, quando as presunções operassem em favor de quem não suporta o ônus da prova no processo, elas não teriam utilidade. Contudo, como defende Alvaro de Oliveira, elas possuem principalmente uma função substancial e extraprocessual, e, apenas indiretamente, uma função processual: as presunções legais conferem segurança às situações jurídicas específicas a que se referem.[982] No processo, só operarão efetiva modificação do ônus da prova a depender de qual parte possua, de acordo com a regra geral, o ônus de provar o fato "presumido";[983] bem como de que a parte tenha sido capaz de "[...] provar plenamente e pelos meios próprios, os fatos que sirvam de base à presunção [...]".[984]

Diferentemente do tratamento conferido às presunções legais no direito americano,[985] no direito brasileiro a modificação que elas operam se dá em relação ao ônus da persuasão. O desfavorecido pela presunção não a elimina ao criar um estado de dúvida (o que seria suficiente caso houvesse apenas o ônus de produção da prova); é necessário convencer o julgador do contrário. Afinal, como explica Arenhart, as presunções legais funcionam como "orientação ao julgador para que, estando em dúvida a respeito da

---

[982] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Presunções e ficções no direito probatório*: ensaio destinado a coletânea em homenagem a Sálvio de Figueiredo Teixera. [sl:sn], 2012. Disponível em: http://alvarodeoliveira.com.br/site/wpcontent/uploads/2012/09/PresuncoeseFiccoesnoDireitoProbatorio.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017, p. 3. Em sentido oposto, Barbosa Moreira, para quem: "[...] ressalta com meridiana clareza a função prática exercida pela presunção legal relativa: ela atua – e nisso se exaure o papel que desempenha – na distribuição do ônus da prova, dispensando deste o litigante a quem interessa a admissão do fato presumido como verdadeiro, e correlativamente atribuindo-o à outra parte, quanto ao fato contrário" [BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de Direito Processual*: Primeira série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 60]. De fato, se o fenômeno da presunção é visto apenas desde uma perspectiva endoprocessual, sua função se restringe a, em alguns casos, alterar a distribuição ordinária do ônus da prova quanto a determinado fato. Contudo, enquanto o ônus da prova é atribuído a partir da posição processual das partes e do suporte fático para a incidência das normas jurídicas em favor de cada um dos litigantes, a presunção se opera independentemente da posição ocupada pela parte no processo, conferindo segurança para as relações jurídicas também fora do âmbito processual. Assim, a conclusão de Barbosa Moreira parece decorrer de seu pressuposto: "[...] o valor normativo das disposições pertinentes à distribuição do *onus probandi* [como as presunções legais relativas] assume real importância na *ausência de prova*: em semelhante hipótese é que o juiz há de indagar *a qual dos litigantes* competia o ônus, para imputar-lhe as consequências desfavoráveis da lacuna existente no material probatório [...]" [BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de Direito Processual*: Primeira série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 61].

[983] YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 67.

[984] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Presunções e ficções no direito probatório*: ensaio destinado a coletânea em homenagem a Sálvio de Figueiredo Teixera. [sl:sn], 2012. Disponível em: http://alvarodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2012/09/Presuncoes-e-Ficcoes-no-Direito-Probatorio.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017, p. 5.

[985] FLEMING, James Jr. Burdens of proof. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, v.47, rev.51, 1961, p. 68-69. No direito americano, costuma-se considerar, a partir da doutrina de Thayer [THAYER, James Bradley. The burden of proof. *Harvard Law Review*, v.4, n.2, 15 mai. 1890. Disponível em: https://archive.org/details/jstor-1321112. Acesso em: 13 mai. 2017, p. 64], que as presunções legais relativas invertem apenas o ônus de produção da prova.

existência ou não de certo fato, conclua sempre – diante da falta de prova suficiente a seu respeito – no sentido indicado pelo legislador na norma que estabelece a presunção".[986]

Além da presunção relativa de posição dominante (art. 36, § 2º, LDC), duas outras assumem particular relevância no âmbito do direito concorrencial: (i) a presunção relativa de veracidade das alegações decorrente de recusa na exibição de documento; (ii) a presunção relativa de veracidade dos atos administrativos.[987]

Quanto à primeira delas, a exibição de documentos pode ser utilizada no âmbito de demandas reparatórias no direito concorrencial para obter a produção de prova detida pela parte contrária. Assim, o lesado, diante da necessidade de obter documentos que se encontram em poder da outra parte (art. 396, CPC) ou de terceiro (art. 401, CPC),[988] pode requerer que o juiz ordene sua exibição.[989] A recusa pela parte em exibir o documento enseja presunção legal relativa de veracidade das alegações de fato que a parte pretendia provar por meio do documento ou da coisa (art. 400, CPC).[990] A partir da recusa em

---

[986] ARENHART, Sérgio Cruz. *O ônus da prova e sua modificação no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: https://www.academia.edu/305697/O_Onus_da_Prova_e_sua_Modificacao_no_Direito_Processual_Civil_Brasileiro. Acesso em: 29 out. 2015, p. 29.

[987] Sobre o uso de presunções no direito concorrencial, ver Laura Parret: "É importante enfatizar que essas duas presunções não operam em duas direções: no caso de uma moldura de acordos verticais mencionados anteriormente, os acordos não devem ser considerados ilegais caso a moldura se exceda." Tradução livre de: "For the sake of clarity, it is important to emphasize that these presumptions do not work in two directions: in case of the threshold for vertical agreements mentioned above, the agreements shall not be assumed ilegal once the threshold is exceed." [PARRET, Laura. Sense and nonsense of rules on proof in cartel cases. *TILEC Discussion Paper*, v.4, jan. 2008. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1088959. Acesso em: 11 mar. 2017, p. 17].

[988] Especificamente quando se trata de uma repartição pública, tal como o Cade, a qualidade do terceiro faz com que se justifique a requisição (art. 438, CPC) [YARSHELL, Flávio Luiz. Breves considerações acerca da exibição de documento ou coisa no direito positivo brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Estudos de Direito Processual Civil*: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 344]. Nesse caso, em princípio, não há porque se adotarem medidas para o caso de descumprimento da ordem (art. 403, CPC). No entanto, considerando a possibilidade de que entre os documentos requisitados existam informações confidenciais [ver tópico 5.4.2.2], dever-se-ia conceder ao Cade o prazo previsto no art. 401, CPC, para se manifestar.

[989] Sobre o tema, ver YARSHELL, Flávio Luiz. Breves considerações acerca da exibição de documento ou coisa no direito positivo brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Estudos de Direito Processual Civil*: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 337-345.

[990] Nesse sentido, afirmam Arenhart e Marinoni "Essa presunção é certamente relativa – e não absoluta –, pois a sua racionalidade – ou a sua razão de ser – está em dispensar o onerado de produzir prova e não em formar uma ficção de verdade, impedindo-se prova em sentido contrário ou que o juiz chegue a uma solução oposta ao valorar o conjunto probatório." [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 222-223]. No mesmo sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. Breves considerações acerca da exibição de documento ou coisa no direito positivo brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Estudos de Direito Processual Civil*: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 342.

cumprir a ordem de entrega do documento, decorre automaticamente a incidência da presunção e, assim, a inversão do ônus da prova.[991]

Para Arenhart e Marinoni, a inversão "*pressupõe uma ordem judicial de entrega de documento não cumprida*".[992] Contudo, ela também pode ocorrer em função das hipóteses de dinamização previstas no art. 373, § 1º, CPC, quando não há ordem para que a parte produza determinada prova, mas apenas decisão sobre a inversão do ônus. A sobreposição entre as hipóteses, apesar de evidente, é apenas parcial: o procedimento de exibição não pressupõe a dinamização do ônus, ainda que possa tê-lo como consequência;[993] tampouco se exige que se demonstre alguma das hipóteses do art. 371, § 1º, CPC, para que seja feito o requerimento; além disso, é o procedimento de exibição utilizado também quando o documento ou a coisa se encontra em poder de terceiro (art. 401, CPC).[994]

Na maioria dos casos, a não exibição se resolve na presunção relativa de veracidade dos fatos alegados contra a parte que não exibiu (art. 400, CPC). Além disso, é preciso notar que a recusa da parte em exibir será, também, elemento de prova, uma vez que se constitui em forte indício de que o documento que a parte deixou de exibir a desfavorece.[995] Assim, na maioria dos casos, "não há sentido na aplicação de outras

---

[991] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 223.

[992] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 220.

[993] YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 89.

[994] Faria pouco sentido que, a partir desse dispositivo, fosse dada uma interpretação restritiva à dinamização do ônus de produção da prova, como se fosse subsidiário ao pedido de exibição. Isso porque, adotado esse entendimento, seria mais fácil a inversão do ônus da persuasão, na forma do art. 373, § 1º, CPC, que a inversão do ônus de produção da prova, para situações rigorosamente idênticas. Considerando a regra geral de distribuição do ônus, o correto é que seja o contrário, uma vez que dinamizar o ônus de produção é providência menos grave que fazê-lo com o ônus da persuasão.

[995] Ver RIGHI, Ivan. Eficácia probatória do comportamento das partes. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v.20, n.0, 1981. Disponível em: http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8855. Acesso em: 12 mai. 2017. Também DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009., p. 124; YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 62-63. Nesse sentido, Marinoni e Arenhart afirmam que "[...] mas isso não significa que o juiz não deva extrair uma presunção [inferência probatória] do comportamento do demandado que não entrega o documento necessário à produção de prova pericial [...]" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 223]. Isso não parece ser considerado por Victor de Paula Ramos que sugere que a presunção é "[...] um excelente negócio para a parte que se recusa à exibição" e que "a presunção poderá ser facilmente derrubada por um conjunto que, mesmo com pouca força probatória, permita que se façam inferências em sentido contrário." [RAMOS, Vitor de Paula. O ônus da prova no Processo Civil: do ônus ao dever de provar. In: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.). *Coleção o Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 80].

sanções", como a busca e apreensão.[996] Afinal, "como regra, a decisão judicial não imporá ao requerido o dever de exibir o documento, satisfazendo-se em aplicar a presunção legal de verdade";[997] apenas será diferente "quando se mostrar incabível ou inútil a aplicação da referida presunção".[998]

Nas demandas reparatórias envolvendo infrações à ordem econômica, o pedido de exibição pode ser muito útil para o fim de comprovar as alegações dos lesados, seja facilitando o acesso a documento, seja impondo a inversão do ônus da prova.[999] Um exemplo seria a situação em que um concorrente suspeitasse que outro realizasse venda casada, "por estabelecer nos contratos de prestação de serviços de assistência técnica com os seus clientes cláusula que os inibia de adquirir material de consumo fabricado por terceiros".[1000] Deferida a exibição de documento, a empresa ré terá duas alternativas: (i) exibir o contrato que possui com seus consumidores, o que prova a existência da cláusula; ou (ii) não exibir o contrato e suportar o ônus da prova cuja desincumbência, nesse caso, será praticamente impossível.[1001] Em casos assim, feita a exibição e presente a referida cláusula, estará demonstrado o fato alegado pelo autor. Assim, na maioria das situações em que a suposta infração à ordem econômica tem supedâneo documental, a presunção relativa à exibição pode ser utilizada para desincumbir o autor-lesado do ônus da prova.

---

[996] YARSHELL, Flávio Luiz. Breves considerações acerca da exibição de documento ou coisa no direito positivo brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Estudos de Direito Processual Civil*: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 342-343. Em sentido contrário, Marinoni e Arenhart sustentam que antes de se valer da presunção o juiz deve "esgotar as possibilidades para a sua obtenção [do documento] mediante os meios executivos dispostos no parágrafo único do art. 400 do CPC/2015" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 223].

[997] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 353.

[998] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 353.

[999] Taruffo sugere, em sentido contrário, que se o "[...] objetivo que se quer perseguir é aquele da aquisição da prova em juízo", não é necessária a inversão do ônus da prova; bastaria que o juiz ordenasse a produção à parte e a sacionasse em caso de descumprimento [TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Tradução de Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues. et al. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v.XI, 2015. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/18079/13332. Acesso em: 12 jan. 2017, p. 429].

[1000] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 234. O exemplo se refere à condenação por venda casada da empresa Xerox do Brasil Ltda.

[1001]Em sentido contrário, Victor de Paula Ramos afirma que a inversão do ônus não representa um estímulo concreto para que parte produza a prova, "isso porque [...] entre 'correr o risco' e 'ter a certeza' de sucumbir, qualquer demandado preferiria a primeira opção" [RAMOS, Vitor de Paula. O ônus da prova no Processo Civil: do ônus ao dever de provar. In: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.). *Coleção o Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 86-87].

Além disso, há duas outras consequências relevantes da presunção relativa à exibição em demandas reparatórias no direito concorrencial: (i) caso se trate de documento necessário para a realização de prova pericial, presume-se a "veracidade do fato que pretendia-se demonstrar por meio da perícia";[1002] e, (ii) caso a falta de documento impeça a parte de calcular o valor do dano, "ela deve ter a possibilidade de afirmar o valor devido, ainda que com base nos elementos que tenha a sua disposição". Nesse último caso, a parte resistente deve ter a possibilidade apenas de "discutir o *raciocínio* que se baseou em tais elementos, e não os elementos que substituem aqueles que deveriam ser apresentados pelos documentos".[1003]

A presunção relativa de veracidade relacionada aos atos administrativos do Cade, por sua vez, manifesta-se em um duplo aspecto: aplica-se quanto aos fatos[1004] e quanto à observância das normas pertinentes.[1005] A referida presunção contempla "todos os atos da Administração, inclusive os de direito privado", abrangendo, portanto, tanto as decisões tomadas pelo Cade quanto os acordos celebrados entre este e aqueles que cometeram infrações à ordem econômica.[1006]

Considerando a presunção, as decisões do Cade importam para as demandas reparatórias num duplo sentido. Seu conteúdo pode ser tanto favorável aos lesados, ao condenar os infratores, quanto desfavorável, ao absolvê-los. Desse modo, há presunção legal relativa em favor do que estiver contido na decisão do Cade quanto aos fatos descritos e quanto à existência ou não de infração à ordem econômica (fruto da aplicação das normas pertinentes).[1007] Consequentemente, o lesado que se vale de decisão do Cade impõe à parte contrária, o suposto infrator, o ônus de provar que os fatos narrados não

---

[1002] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 220.

[1003] Afinal, concluem os autores: "[...] deve-se admitir que o autor produza a prova a partir dos elementos que possui, pois não é possível que a parte que está na posse dos documentos seja beneficiada pelo seu mau comportamento" [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 221].

[1004] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 205.

[1005] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. *RDA-Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.259, jan. a abr. 2012, p. 75.

[1006] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 206.

[1007] A separação entre os dois aspectos autoriza a conclusão de que, caso se reconheça que a decisão está errada quanto à aplicação das normas que configuram a conduta como infração à ordem econômica (por exemplo, ao ter considerado a conduta como unilateral quando era fruto de coordenação vertical), mas for reputada correta quanto aos fatos descritos, a presunção se mantém quanto a esse aspecto.

ocorreram e que não houve infração à ordem econômica.[1008] Por outro lado, quando a decisão conclui pela inexistência da infração à ordem econômica, o lesado tem o ônus de desconstituir a presunção, provando o contrário.[1009]

Quanto aos acordos celebrados entre o Cade e os infratores, aproveita aos lesados a presunção de fé pública relativa aos documentos públicos. Isso é particularmente relevante porque é parte do conteúdo desses acordos (seja na leniência ou no TCC) a confissão de participação, por parte do infrator, na infração à ordem econômica que lhe foi imputada.[1010] Assim, o documento público faz prova tanto da sua formação quanto do fato de que, em presença de agente público, o infrator confessou participar da conduta que lhe foi imputada (art. 405, CPC).

A confissão, nesse caso extrajudicial, ocorre "quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário" (art. 389, CPC). Ela consiste em declaração voluntária de ciência de fato pelo confitente,[1011] que se resolve "na afirmação de fatos convergentes à afirmação que o adversário já fizer ou que de algum modo o favoreça".[1012] Assim, o reconhecimento voluntário de "participação na conduta investigada por parte do compromissário" no TCC é confissão.[1013] Ela será levada ao conhecimento do juiz, provavelmente, por meio da juntada de documento,[1014] seja pelo lesado (se a ele for acessível), seja pelo Cade (em decorrência de requisição – art. 438, CPC, ou ao ser intimado na forma do art. 118, LDC). Ainda que ela não impeça o confitente de negar consequências jurídicas que se pretendem extrair do fato confessado (tentando convencer, por exemplo, que sua participação no cartel decorreu de coação),[1015]

[1008] Nesse sentido, como afirma Di Pietro, a presunção de veracidade inverte o ônus da prova [DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 206].

[1009] A existência de decisão do Cade favorável ao suposto infrator resultará, provavelmente, em um standard probatório superior àquele que haveria na ausência dessa presunção.

[1010] RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 116.

[1011] DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedentes, v.2. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 129.

[1012] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 98.

[1013] Nesse ponto, ainda que a redação possa ensejar, como afirma Ribas "questionamento acerca da existência ou não da confissão", não há dúvida que juridicamente se trata da primeira hipótese: o reconhecimento de fato contrário ao interesse da parte é confissão [RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 122].

[1014] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* – Volume III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 99.

[1015] DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedentes, v.2. 12 ed. Salvador: Juspodivm,

sobre ele recairá o ônus de prová-las. Não obstante a doutrina controverta sobre se a confissão vincula ou não o magistrado,[1016] ela tem como efeitos (i) a abdicação do direito da parte de produzir prova em contrário (salvo se tiver como objetivo invalidar a confissão por erro de fato ou coação – art. 214, CC) e (ii) a liberação da parte adversária quanto ao ônus da prova em relação ao fato confessado (art. 374, II, CPC).[1017]

Mesmo que se considere a confissão como meio de prova a ser valorado pelo juiz conforme seu livre convencimento motivado,[1018] o reconhecimento de participação na conduta, no acordo de leniência ou no TCC constitui prova suficiente do ilícito.[1019] Assim, em casos em que há confissão, restaria ao lesado a necessidade de provar apenas a ocorrência de dano e o nexo causal entre ele e a infração – elementos que, a depender do tipo de infração, podem até ser inferidos a partir dela.[1020] Isso também se aplica aos casos em que há decisão por parte do Cade, mas a ausência de declaração do infrator torna a presunção mais suscetível de prova em contrário. Em ambos os casos, havendo acordo ou decisão, o ônus de provar o contrário quanto ao fato será do suposto infrator. No entanto, diferentemente da decisão que pode e provavelmente será impugnada por aquele que for condenado, o acordo torna praticamente impossível que o infrator prove o contrário daquilo que voluntariamente declarou perante o Cade.

2017, p. 131. Sobre a polêmica, ver SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*: Processo de Conhecimento. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 309-311.

[1016] Mesmo que não haja a vinculação, procurando evitar, por exemplo, que as partes se valham do processo com o intuito de simular negócio jurídico (como uma confissão de dívida antedatada que pretenda elidir os efeitos da falência – art. 167, § 1º, CC), dificilmente será possível para o magistrado afastar as presunções envolvidas em confissão realizada perante o Cade.

[1017] DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedentes, v.2. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 134-135.

[1018] DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedentes, v.2. 12 ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 131.

[1019] Ao definir a confissão como prova irrefutável de ilicitude, Ingrid Baquero aponta que ela criaria um desincentivo ao programa de leniência. [ORTIZ BAQUERO, Ingrid S. La aplicación privada del Derecho Antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia. *Revista e-Mercatoria*, v.7, n.1, 2008. Disponível em: http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article /view/2056. Acesso em: 30 mar. 2017, p. 1].

[1020] Um exemplo, já utilizado, seria o cartel: quando o lesado demonstra a existência de relação jurídica comutativa com o infrator, a conclusão pela ocorrência de dano, na falta de prova convicente em contrario, é consequência lógica dos fatos provados (confissão e relação jurídica entre lesado e infrator) [ver tópico 5.4.3].

6 DIRETRIZES E TÉCNICAS PROCESSUAIS ADEQUADAS À TUTELA REPARATÓRIA

A doutrina é praticamente uníssona em reconhecer os benefícios do *private enforcement* no direito concorrencial[1] e, por isso, a tese parte deste pressuposto: não se discute "se" a tutela reparatória de danos causados por infrações à ordem econômica seria benéfica no contexto brasileiro. Em vez disso, analisa-se "como" alterações processuais poderiam servir para o aperfeiçoamento do *private enforcement*.

Essa questão – que, de início, parece simples de ser respondida em termos estritamente jurídicos – reclama uma complexa análise de plausibilidade. Não é suficiente eleger técnicas que sejam juridicamente aplicáveis. Isso porque, no atual contexto de inefetividade, a recepção da quase totalidade das técnicas implica algum ganho com relação ao modelo existente; ademais, porque a dedução de técnicas a partir de normas dotadas de considerável abstração pode fazer com que sejam propostas soluções distintas igualmente válidas. Diante dessa situação, e de outras que não comportam análise neste momento, torna-se necessário estabelecer critérios para identificar técnicas que teriam uma maior possibilidade de serem adotadas, a partir não apenas de sua adequação ao ordenamento jurídico (aspecto lógico-jurídico), como também de sua conformidade às tendências indicadas pelas recentes transformações ocorridas no direito processual civil e no direito concorrencial (aspecto temporal).

Reconhecendo a complexidade dessa análise e considerando as limitações das perspectivas tradicionais, procurou-se estabelecer um percurso metodológico próprio para a análise desse juízo de plausibilidade e adequação. Adotou-se o método lógico-jurídico, mas, diante de sua insuficiência, procurou-se construir um instrumental que permitisse ir um pouco além, incluindo uma abordagem do problema que também contemplasse a historicidade presente nas transformações ocorridas nos ramos do direito analisados. Afinal, qualquer proposta de adoção de técnicas processuais no campo do direito concorrencial seria insuficiente caso se limitasse ao exame de uma adequação meramente sincrônica, restrita a uma compatibilidade estritamente jurídica. Por isso, a recepção de

[1] Ver DAVIS, Joshua P.; LANDE, Robert H. Defying conventional wisdom: the case for private antitrust enforcement. *University of San Francisco Law Research Paper*, nº 2013-08, p. 01-53, 2013. Sobre as externalidades positivas do *private enforcement*, como impactos macroeconômicos, aumento da cultura de direito concorrencial por parte dos consumidores, entre outros, ver também RENDA, Andrea (Coord.). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios.* Relatório para a comissão europeia. Bruxelas, Roma e Roterdã: European Commission, 2007, p. 89-93.

novas técnicas processuais, como dito ao longo desta tese, reclama também uma abordagem que contemple uma análise acerca de sua plausibilidade com relação às tendências atuais do processo civil e do direito concorrencial.

De modo a possibilitar essa abordagem e compatibilizar as duas perspectivas necessárias à sua compreensão (lógico-jurídica e temporal), adotou-se o aporte metodológico weberiano a fim de, em um primeiro momento, estabelecer um método e uma tipologia para a identificação da racionalidade preponderante no processo civil e no direito concorrencial (capítulo 2). Nesse passo, operou-se com a categoria "tipo ideal" para marcar, de um lado, que se tratava de uma racionalidade que concorre com outras, ainda que a indicada seja preponderante, e, de outro, que se tratava de um instrumento para analisar o real e que, como tal, com ele não se confunde.

Com esse entendimento, foi possível identificar a racionalidade instrumental como preponderante no processo civil e no direito concorrencial contemporâneos, uma racionalidade distinta da preponderante em outros momentos históricos (capítulos 3 e 4). O outro passo necessário para que a tendência indicada por esse tipo de racionalidade pudesse ser utilizada para identificar diretrizes e técnicas adequadas (objeto deste capítulo) foi a realização de uma breve análise jurídica das técnicas existentes (capítulo 5).

A partir desse percurso, identificada a racionalidade atualmente preponderante (instrumental), torna-se possível avaliar a plausibilidade e a adequação de diretrizes e de técnicas processuais a serem aplicadas no direito concorrencial não apenas a partir de uma perspectiva lógico-jurídica (sincrônica), como também a partir de uma perspectiva temporal (diacrônica).

Com esse objetivo, e partindo desse ganho do ponto de vista metodológico, este capítulo se dedica a: (i) examinar, sob a perspectiva dos incentivos aos prejudicados, a inadequação do sistema processual existente para a tutela reparatória dos danos causados por infrações à ordem econômica; (ii) retomar os limites das soluções doutrinárias convencionais para lidar com essa inadequação; e (iii) elaborar algumas diretrizes capazes de estabelecer indicadores para a recepção de outras técnicas, além das apresentadas nesta tese, facilitando e quiçá estimulando o esforço de outros pesquisadores e de legisladores no aperfeiçoamento do *private enforcement*.

6.1 DESINCENTIVOS AOS PREJUDICADOS

Apesar de alguns autores apontarem um avanço recente no *private enforcement* do direito concorrencial brasileiro,[2] a doutrina é praticamente uníssona em reconhecer a sua insuficiência,[3] atribuindo-a a uma pluralidade de fatores.[4] Contudo, ainda que se tenha a multicausalidade como pressuposto, o objeto deste trabalho se concentra em apenas um dos diversos fatores apontados: a inadequação das técnicas processuais existentes.

Com o fim de examiná-lo, é preciso, primeiramente, demonstrar que as técnicas processuais efetivamente são uma das causas para a insuficiência do *private enforcement* e,

---

[2] GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 283; MARTINEZ, Ana Paula; TAVARES, Mariana. Private Antitrust Enforcement in Brazil: New Perspectives and Interplay with Leniency. *Competition Policy Journal*. Disponível em: https://www.competitionpolicy international.com/assets/Uploads/MartinezTavaresOCT-132.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 2; MATION, Gisela Ferreira. As Ações Civis para Cessação e Reparação de. Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil. In: *III Prêmio Seae de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica.* Escola de Administração Fazendária do Ministério da Fazenda. p. 1-77, 2008; PEIXOTO, Bruno L. Brazil. In: GOTTS, Ilene Knable. *The Private Competition Enforcement Review*. Londres: Law Business Research Ltd., 2017, p. 17.

[3] ANDRADE, Maria Cecília; ARANTES, Álvaro Brito. Private enforcement of competition law in Brazil. *Global Competition Litigation Review,* v.5, n.1, p. 20-27, 2012, p. 27; CAIXETA, Deborah Batista. Novas diretrizes da política antitruste brasileira: o consumidor e a atuação do Ministério Público na defesa de seus interesses. *Revista de Defesa da Concorrência,* n.1, p. 71-104, maio 2013, p. 73; GRINBERG, Mauro; PAOLETTI, Camila; CORDOVIL, Leonor. Private Enforcement Brazilian. In: FOER, Albert (Org.). *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law.* Northampton: Edward Elgar, 2010, p. 439-446, p. 440. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 281; GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos**.** *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.11, n.43, p. 171-207, out./dez. 2014, p. 172; JAEGER JR, Augusto; CRAVO, Daniela Copetti. A consagração dos litígios privados na união europeia: difundindo o direito da concorrência e reparando as vítimas consumeristas. *Revista de Direito do Consumidor*, v.96, p. 75-84, nov. 2014, p. 77; KIRKBRIDE, James; LETZA, Steve; YUAN, Dujuan. The challenges of private antitrust enforcement in transition economies - The case of Brazil. *International Journal of Law and Management*, v.52, n.6, p. 451-463, 2010, p. 458. No mesmo sentido, ver as pesquisas empíricas de GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional,* v.26, p. 135-152, jul./dez. 2014; GÂNDARA, Lívia. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional,* v.21, p. 331-342, jan. 2012; MATION, Gisela Ferreira. As Ações Civis para Cessação e Reparação de. Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil. In: *III Prêmio Seae de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica.* Escola de Administração Fazendária do Ministério da Fazenda. p. 1-77, 2008.

[4] GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 445-446; GÂNDARA, Lívia. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional,* v.21, p. 331-342, jan. 2012, p. 336; KIRKBRIDE, James; LETZA, Steve; YUAN, Dujuan. The challenges of private antitrust enforcement in transition economies - The case of Brazil. *International Journal of Law and Management*, v.52, n.6, p. 451-463, 2010, p. 460; MATION, Gisela Ferreira. As Ações Civis para Cessação e Reparação de. Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil. In: *III Prêmio Seae de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica.* Escola de Administração Fazendária do Ministério da Fazenda. p. 1-77, 2008, p. 72.

a partir disso, que a modificação dessas técnicas é condição necessária, ainda que não suficiente, para o aumento da efetividade da tutela reparatória de infrações à ordem econômica.

Esse esforço consiste em construir um cenário hipotético no qual os demais óbices ao *private enforcement* não existam e as técnicas processuais aplicáveis sejam exatamente aquelas atualmente vigentes. A questão que se coloca, então, é saber se um sistema assim concebido teria os elementos necessários para ser efetivo. Do contrário, seria preciso reconhecer que as técnicas processuais são uma causa adequada,[5] mesmo que não a única, para a insuficiência do *private enforcement*.

Para proceder a essa análise, a doutrina recorre, em geral, a um modelo que permite examinar a adequação das técnicas a partir dos incentivos e desincentivos criados por elas em relação aos potenciais prejudicados.[6] Esse modelo parte da utilização de um tipo ideal de comportamento: orientado pela eficiência, um indivíduo economicamente racional pauta sua ação pela relação entre custos e benefícios.[7] Sob esse pressuposto, o tipo ideal de sujeito prejudicado agirá racionalmente e apenas buscará reparar os danos que sofreu em decorrência de infração à ordem econômica quando o benefício esperado for superior ao custo de fazê-lo. Nessa perspectiva, técnicas processuais que aumentam o custo ou reduzem o benefício esperado significam um desincentivo para a ação do prejudicado, enquanto aquelas que têm o efeito contrário representam um incentivo.

A construção desse tipo ideal não significa acreditar que os prejudicados sempre se comportem assim, muito menos sugerir que devam fazê-lo: não há aqui qualquer pretensão normativa;[8] quer-se apenas fornecer um parâmetro para a formulação de hipóteses quanto ao comportamento dos prejudicados frente às técnicas processuais.

---

[5] Ver tópico 2.1.

[6] Ver, por todos, HVIID, Morten; PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States*. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222.

[7] Como explicam Hviid e Peysner: "ao avaliar os incentivos, nós levamos em consideração o que por vezes é chamado de uma abordagem econômica, isto é, nós imaginamos que o autor e o réu, usando da melhor forma suas habilidades, valem-se de uma abordagem que considera a relação custo-benefício na tomada de decisões". Tradução livre de: "When evaluating the incentives, we take what is sometimes called an economics approach, that is, we imagine the claimant and the defendant to the best of their abilities taking a cost-benefit approach to decision making" [HVIID, Morten; PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States*. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222, p. 195].

[8] Ver tópico 2.1. Trata-se de uma diferença fundamental entre a abordagem proposta e aquela realizada na análise econômica no âmbito do direito, tal como proposta por Richard Posner: não se parte do pressuposto de que o direito é ou deve ser eficiente [ver KORNHAUSER, Lewis, The Economic Analysis of Law. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: University Stanford, 2017. URL: https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/legal-econanalysis/].

Adota-se uma perspectiva unilateral, que acentua o aspecto racional e econômico como único traço da ação, e, por isso, uma infinidade de outros elementos, mais ou menos generalizáveis,[9] que poderiam levar, concretamente, a cursos de ação distintos, não são considerados.[10]

Ainda assim, o tipo ideal atende ao critério de possibilidade objetiva: conquanto seja rara sua ocorrência na forma pura,[11] ela é empiricamente possível e pode ser concebida a partir de um raciocínio contrafactual.[12] De fato, embora seja pouco plausível um comportamento orientado apenas por um cálculo de custo-benefício, trata-se de um elemento presente, ainda que em diferentes graus: malgrado o perfil plurívoco dos prejudicados[13] tenha como consequência provável diferentes abordagens e meios de aferir o aspecto econômico para utilizá-lo como pressuposto da ação, parece razoável supor a presença de uma motivação de ordem econômica e racional na realidade empírica.

De fato, diversos elementos presentes no contexto das demandas reparatórias no direito concorrencial reforçam a legitimidade dessa suposição. Em primeiro lugar, o terreno no qual surgem as questões de direito concorrencial é aquele das relações comerciais, contemplando tanto a transação quanto a competição entre agentes. Em segundo lugar, um comportamento orientado pela relação custo-benefício já é exigido das empresas prejudicadas em outros contextos e, assim, mesmo que se reconheça que sua ação é resultado de outros comportamentos individuais, como a própria "sobrevivência" da empresa depende dessa relação, há um forte estímulo para que ela sirva de fundamento para a ação. Em terceiro lugar, como sugerido por Peysner e Hviid, conquanto motivações culturais sejam relevantes, elas, ao menos enquanto estímulo para que os prejudicados proponham demandas reparatórias, costumam ser pouco significativas: fatores "existenciais" presentes em outras áreas[14] tendem a não se manifestar ou a se manifestar

---

[9] Como considerações morais e éticas ou o desejo de vingança [HVIID, Morten; PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States*. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222, p. 195].

[10] Ver tópico 2.1. Ainda assim, alguns deles são mencionados incidentalmente.

[11] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 9.

[12] Ver tópico 2.1.

[13] Ver os tipos mencionados no tópico 5.1.1.

[14] Os exemplos são inúmeros, não apenas em demandas que digam respeito a outros ramos do direito (direito de família, direito ambiental, direito do trabalho, direitos reais), como mesmo entre as demandas reparatórias (aquelas que envolvem dano moral ou estético, a perda de um ente querido, a defesa da honra, etc.).

em menor intensidade no direito antitruste, em que os danos são, via de regra, exclusivamente patrimoniais.[15]

Assim, para entender a repercussão das técnicas processuais em relação à tutela reparatória de danos decorrentes de infrações à ordem econômica, devem ser examinados os custos e benefícios que essas técnicas proporcionam aos que pretendem utilizá-las, e em que medida eles poderiam ser modificados caso outras fossem as técnicas adotadas.

Quanto aos custos, a doutrina é unânime ao afirmar que eles são altos nas demandas reparatórias examinadas,[16] que são consideradas um dos tipos de demanda mais caros.[17] Sem a pretensão de examinar todos os fatores que concorrem para isso, serão mencionados ao menos alguns dos que possuem relação mais próxima com as técnicas processuais.

A demonstração da ocorrência das infrações à ordem econômica em juízo tem um custo elevado devido à dificuldade de acesso à prova e à sua complexidade. Enquanto diversas espécies de ilícitos se manifestam de forma ostensiva,[18] esse não costuma ser o caso das infrações à ordem econômica que, muitas vezes, caracterizam-se justamente pela

---

[15] HVIID, Morten; PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States*. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222, p. 212. Ainda assim, em alguns setores específicos, como aqueles envolvendo medicamentos, hospitais, entre outros, é possível cogitar, com maior grau de plausibilidade, de outras espécies de danos não patrimoniais. Mesmo nesses casos, porém, o aspecto patrimonial provavelmente será preponderante.

[16] BRANCA, Silvia. The Private *Enforcement of Competition Law*: developments and persisting problems. 2015. 248 p. Tese (Doutorado). Università Degli Studi del Molise, Campobasso, 2015, p. 222; JAEGER JR, Augusto; CRAVO, Daniela Copetti. A consagração dos litígios privados na união europeia: difundindo o direito da concorrência e reparando as vítimas consumeristas. *Revista de Direito do Consumidor*, v.96, p. 75-84, nov. 2014; CAMARGO GOMES, Adriano; GARIBALDI, Fernanda. The relationship between public and private enforcement: access to evidence, burden of proof and legal presumptions. In: IBRAC. *Brazilian Antitrust Law (Law N.º 12,529/11): 5 years.* São Paulo, IBRAC, 2017, p. 285- 296. No prelo, p. 293; WILS, Wouter P. J. Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?. *World Competition*. Netherlands, v.26, n.3, p. 473-488, 2003. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228261623_Should_Private_Antitrust_Enforcement_Be_Encouraged_in_Europe. Acesso em: 23 mar. 2017, p. 20; KESKE, Sonja E. *Group litigation in European Competition Law – a law and economics perspective*. 2009. 340 p. Tese (Doutorado), Erasmus Universiteit Rotterdam, Tübingen, 2009, p. 36; HOVENKAMP, Herbert. A Primer on Antitrust Damages. *University of Iowa Legal Studies Research Paper.* p. 01-59, 2011; HODGES, Christopher. Delivering competition damages in the UK. *Oxford Legal Studies Research Paper*, n.66, nov. 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2170385. Acesso em: 06 dez. 2017, p. 35; EZRACHI, Ariel; IOANNIDOU, Maria. Access to Justice in European Competition Law: Public Enforcement as a Supplementary Channel for 'Corrective Compensation. Asia Pacific Law Review, v.19, n.2, p. 195-216, 2011, p. 196.

[17] Nesse sentido, RENDA, Andrea (Coord.). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios.* Relatório para a comissão europeia. Bruxelas, Roma e Roterdã: European Commission, 2007, p. 85.

[18] O exemplo mais óbvio parece ser o do acidente de trânsito em via pública, que pode ter sido presenciado por outros sujeitos que servirão de testemunhas, registrado por câmeras de vigilância, deixado marcas no asfalto, sem falar que a própria descrição do dano sofrido pelo veículo da vítima pode ser utilizado como indício quanto ao comportamento do infrator.

ocultação.[19] A dificuldade de identificar determinadas infrações à ordem econômica resulta não apenas em uma pequena probabilidade de que elas sejam conhecidas pelos prejudicados,[20] como também na dificuldade em obter elementos de prova necessários para comprová-las. Ademais, diversas infrações, em particular as que são caracterizadas pelos efeitos produzidos,[21] demandam uma análise complexa que costuma envolver a denominada "prova econômica".[22] Em larga medida, essas observações também se aplicam em relação à demonstração e à quantificação dos danos sofridos,[23] com a agravante da necessidade de individualização do prejuízo sofrido – algo que em alguns casos, como quando é permitida a *passing-on defence*, pode ser ainda mais complexo.

Os custos decorrentes dessas dificuldades poderiam ser mitigados por uma autoridade concorrencial atuante, como é o caso do Cade, desde que ela adotasse uma abordagem permissiva quanto à publicização de informações aos prejudicados interessados em propor demandas reparatórias. Especialmente em relação à leniência, que é considerada a principal forma de obtenção de prova em casos de cartel, isso não tem sido observado: (i) a matéria não está regulamentada pelo Cade, apesar de o órgão ter realizado a Consulta Pública 5/2016, cujo objeto compreendia uma minuta de resolução sobre o assunto; e (ii) o Cade já demonstrou firme disposição de resistir às tentativas de obtenção judicial de provas oriundas de seus processos administrativos.[24] Desse modo, ter acesso à prova produzida pelo Cade pode significar a necessidade de demandar em juízo (suportando os custos dessa demanda), com o Cade resistindo à pretensão e recorrendo aos tribunais superiores.

Além das questões de prova, a complexidade das demandas reparatórias analisadas implica outras repercussões relevantes quanto à relação custo-benefício. Em primeiro lugar, há a necessidade de que a parte contrate um advogado especialista no tema, cujos honorários, em geral, são mais caros do que o usual no mercado de serviços jurídicos. Ainda que comum a contratação de honorários de êxito como forma de reduzir o

---

[19] Ver tópico 5.4.

[20] Frequentemente, os prejudicados pela infração ignoram sua própria existência e, com ainda mais razão, o potencial prejuízo que sofreram [RENDA, Andrea (Coord.). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios.* Relatório para a comissão europeia. Bruxelas, Roma e Roterdã: European Commission, 2007, p. 28-29].

[21] RENDA, Andrea (Coord.). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios.* Relatório para a comissão europeia. Bruxelas, Roma e Roterdã: European Commission, 2007, p. 29.

[22] Ver tópico 5.4.5.

[23] Ver tópicos 5.3.1 e 5.3.2.

[24] Ver tópico 5.4.2.

dispêndio de recursos pela parte, eles irão reduzir o total do benefício esperado pela parte com a demanda reparatória – também afetando, ainda que em menor medida, seu estímulo para demandar. Em segundo lugar, a excessiva complexidade dos métodos de quantificação de danos, além de resultar em um elevado custo para a realização de perícias, torna necessária a contratação de um assistente técnico especializado.[25] Adite-se a esses custos que, diante das particularidades do tema e da reduzida jurisprudência existente a respeito, pode ser imperativa a contratação de pareceres com vistas a aumentar a chance de êxito. Essa necessidade se torna ainda maior quando o próprio infrator contrata pareceres – o que é provável quando ele atribui um caráter estratégico à demanda[26] ou quando é demandado em uma grande quantidade de processos relativos ao tema. Por fim, note-se também que a complexidade concorre para que os processos relativos às demandas reparatórias no direito antitruste tenham longa duração,[27] pois tendem a demandar considerável dedicação dos atores envolvidos.

A menor complexidade em matéria de prova e a menor duração das demandas relativas à cessação de condutas comparadas com as de reparação de danos[28] podem servir para explicar, ao menos parcialmente, porque em pesquisas empíricas realizadas no direito europeu[29] e no direito brasileiro[30] se identificaram mais pedidos de cessação de condutas anticompetitivas do que de reparação dos danos delas decorrentes.[31] Outra explicação para essa diferença decorre de outro custo relativo às demandas reparatórias: o valor devido pelo prejudicado em caso de sucumbência. Pressupondo uma idêntica chance de sucesso,

---

[25] Contudo, diferentemente dos honorários contratuais dos advogados, a remuneração do assistente técnico é reembolsável em caso de sucesso (art. 84, NCPC) [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.566.168 – RJ. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 27 de abril de 2017].

[26] É possível que o infrator legitimamente tema que o caso constitua um paradigma em seu desfavor que será capaz de estimular a propositura de outras demandas reparatórias por parte da grande massa de prejudicados que preferiu não suportar os elevados custos iniciais suportados pelo primeiro demandante.

[27] Nesse sentido, Peysner e Hviid afirmam: "como tempo é dinheiro, procedimentos sumários podem claramente reduzir custos. Tradução livre de: "as time is money, fast-track procedures can clearly lower costs" [HVIID, Morten; PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States*. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222, p. 203].

[28] Essas demandas não reclamam a demonstração do dano, mas apenas a ocorrência de infração, sendo tendencialmente menos complexas em matéria de prova e, portanto, mais céleres em sua tramitação.

[29] HVIID, Morten; PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States*. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222, p. 209.

[30] MATION, Gisela Ferreira. As Ações Civis para Cessação e Reparação de. Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil. In: *III Prêmio Seae de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica.* Escola de Administração Fazendária do Ministério da Fazenda. p. 1-77, 2008, p. 53.

[31] Nesse sentido, HVIID, Morten; PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States*. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222, p. 203.

como ele é calculado sobre o valor da causa – que corresponde, na tutela reparatória, ao valor pretendido com sua obtenção (art. 295, V, NCPC) –, ele pode ser mais elevado do que em outras tutelas não pecuniárias, nas quais é difícil reconhecer um "conteúdo econômico imediatamente aferível" (art. 294, NCPC). Ademais, o custo relativo à sucumbência é calculado levando em conta a expectativa de sucesso que, a partir dos dados fornecidos por Gisela Mation,[32] é inferior nas demandas reparatórias em comparação com os demais tipos de demandas no âmbito do direito antitruste.

Há ainda custos diretos em que o prejudicado incorre, como o tempo de trabalho remunerado de funcionários, ao realizar atividades necessárias para a propositura da demanda.[33] Em um estudo realizado em 1993, a partir da estimativa de que a hora de um executivo da empresa custaria US$ 100,00, Robert Lande calculou que o custo das atividades que a própria empresa prejudicada precisaria realizar para propor uma demanda reparatória antitruste no direito americano – não incluindo, portanto, os serviços contratados de terceiros, como advogados[34] – seria entre US$ 40,600 e US$ 60,900.

Diante disso, percebe-se que a maioria dos custos incorridos pelos prejudicados para a propositura de uma demanda reparatória no direito concorrencial, além de serem elevados, não são recuperáveis. A exceção são aqueles custos que, em caso de sucesso, (i)

---

[32] MATION, Gisela Ferreira. As Ações Civis para Cessação e Reparação de. Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil. In: *III Prêmio Seae de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica.* Escola de Administração Fazendária do Ministério da Fazenda. p. 1-77, 2008, p. 52.

[33] Ver HVIID, Morten; PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States*. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222, p. 213-214.

[34] LANDE, Robert H. Are Antitrust "Treble" Damages Really Single Damages? *Ohio State Law Journal*, v.54, p. 115-174, 1993. Disponível em: https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1365& context=all_fac, p. 142-143. Esses valores seriam substancialmente menores no caso de consumidores e MPEs, mas, ainda assim, poderiam representar um valor relevante em relação ao benefício esperado com a reparação dos danos. Acrescentam-se a isso, ainda, custos de oportunidade que os agentes suportam ao preferir demandar judicialmente, abrindo mão de usar seu tempo com outra finalidade. O exemplo utilizado por Peysner e Hviid remete ao caso das camisetas de futebol na Inglaterra: diante do tempo necessário para procurar o recibo que comprova que a camisa foi adquirida e se habilitar para obter a reparação, um torcedor racional pode preferir ver outra partida de futebol pela TV [HVIID, Morten; PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States*. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222, p. 213]. Isso sem apontar para o fato de que, via de regra, os indivíduos consideram que demandar judicialmente é um incômodo [HVIID, Morten; PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States*. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222, p. 212-213]. No caso de empresas, o custo de oportunidade pode ser muito mais elevado, considerando que seus funcionários deixarão de cumprir outras tarefas, por vezes lucrativas, para dedicar seu tempo à propositura da demanda [RENDA, Andrea (Coord.). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios.* Relatório para a comissão europeia. Bruxelas, Roma e Roterdã: European Commission, 2007, p. 88].

serão pagos pela parte vencida ou (ii) serão simplesmente evitados. No primeiro caso incluem-se, além das taxas recolhidas para a propositura da demanda, as despesas referentes à perícia (honorários periciais e remuneração de assistentes técnicos), indenização de viagem e diária de testemunhas. No segundo, as demais despesas processuais incorridas pela parte e os honorários de sucumbência.

Quanto a esses valores, o cálculo do custo previsto depende, como dito, da chance de sucesso na demanda. No direito concorrencial, mesmo pressupondo que a parte efetivamente tenha direito à tutela, alguns aspectos concorrem para que, não apenas a chance de insucesso seja considerável, como também difícil de ser calculada – aumentando o risco a que se submetem os prejudicados na busca de reparação.

A peculiaridade do direito material aumenta a complexidade da questão sob o prisma jurídico, sem que haja a esse respeito regras claras, jurisprudência pacífica ou entendimentos doutrinários consolidados que possam balizar de forma segura uma análise quanto à aplicação do direito.[35] Além disso, essa peculiaridade repercute no direito processual, reclamando técnicas processuais diferenciadas em relação àquelas que são usualmente aplicadas – de modo bastante claro em relação ao acesso à prova, ao ônus da prova e à quantificação do dano.[36] Para que elas sejam aplicadas, os prejudicados suportam um custoso ônus argumentativo: convencer o julgador de que elas são imprescindíveis para a adequada tutela do seu direito.[37] Esses fatores fazem com que o prejudicado, de um lado, preveja consideráveis obstáculos para o sucesso da demanda reparatória; de outro, pressupondo que a chance de êxito seja reduzida, tenha dificuldade em precisar quão pequena ela seria. Além de afetar a relação entre custo e benefício, isso cria a necessidade de que a aversão ao risco seja pequena – algo difícil de conceber em relação a consumidores e MPEs.[38]

---

[35] Ver HVIID, Morten; PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States*. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222, p. 205.

[36] Ver, respectivamente, tópicos 5.4.2, 5.4.6 e 5.3.2.

[37] Note-se que, ao analisar esses aspectos em relação ao comportamento dos prejudicados, considera-se, ainda que de forma indireta e probabilística, a ação esperada por parte dos julgadores. Trata-se da ideia de relação social, um vez que no processo judicial o comportamento do prejudicado, do infrator e do julgador se orientam de forma mútua – seja por meio da cooperação, seja por meio da oposição. Essa orientação decorre de um sentido imputado a partir daquilo que é esperado quanto ao comportamento desses atores. É apenas nesse sentido, partindo daquilo que se espera quanto ao comportamento de seus membros, que a tese se refere ao Poder Judiciário enquanto organização social. Ver WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 26-27.

[38] RENDA, Andrea (Coord.). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*. Relatório para a comissão europeia. Bruxelas, Roma e Roterdã: European Commission, 2007, p. 149. Nesse sentido, Kenneth Dam explica: "quando a relação custo-reparação é alta, é o fator risco

Além disso, esses fatores repercutem não apenas no custo calculado pelos prejudicados, mas também no benefício que eles esperam obter com a demanda reparatória, o qual é determinado, sobretudo, pelas regras de direito material que, em geral, preveem uma correspondência entre os valores da reparação e do dano sofrido (art. 944, CC). Esses valores, porém, podem ser modificados a partir de multiplicadores previstos na legislação, como o art. 42, parágrafo único, CDC, que prevê a repetição do indébito em dobro, ou como a *section 4*, *Clayton Act*, que, no direito antitruste estadunidense, prevê a reparação triplicada de danos (*treble damages*). Ademais, o cálculo quanto ao benefício também é afetado pela admissibilidade ou não do repasse dos danos como matéria de defesa por parte do infrator (*passing-on defence*): se ela não for admitida, o valor dos danos sofridos decorrerão do sobrepreço cobrado pelo infrator; se ela for admitida, desse montante serão deduzidos o valor do aumento de preço praticado pelo prejudicado em relação aos seus consumidores como forma de repassar o sobrepreço.[39]

O valor esperado do benefício também pode ser influenciado, no âmbito do direito material, pela possibilidade de prescrição. Isso porque, com a prescrição, a pretensão reparatória deixa de ser exigível e, por causa disso, o prejudicado não pode esperar mais obter qualquer benefício. Conquanto não haja regra específica sobre a prescrição da reparação no direito antitruste, a aplicação da regra geral prevista no art. 206, § 3º, V, CC, limitaria o prazo a três anos contados da ocorrência do dano – período que pode ser muito exíguo considerando a dificuldade dos prejudicados em descobrir a ocorrência de infrações à ordem econômica.[40] Nesses casos, a parte precisaria convencer o órgão julgador sobre a aplicabilidade (i) da perspectiva subjetiva, que prevê como termo inicial da contagem do prazo prescricional o conhecimento da infração pelo prejudicado (vide art. 27, CDC),[41] ou (ii) do impedimento ao curso da prescrição previsto no art. 200, CC, quando a infração à ordem econômica tiver sido apurada na esfera criminal (ainda que apenas administrativamente).[42]

---

que passa a ser talvez o fator mais importante a desencorajar a propositura de demandas de pequeno valor". Tradução livre de: "where the cost-recovery ratio is high, it is the risk factor that is perhaps the most important factor in discouraging the assertion of small claims" [DAM, Kenneth W. Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, and Conflict of Interest. *The Journal of Legal Studies*, v.4, n.1, p. 47-73, 1975, p. 71].

[39] Ver tópico 5.3.2.

[40] Ver tópico 5.4.

[41] Ver nota 49.

[42] Ver tópico 5.4.3.

Por fim, nos casos em que há relação negocial entre prejudicado e infrator, há ainda o risco de que a qualidade dessa relação se deteriore com a propositura da demanda e de que, consequentemente, o prejudicado sofra retaliação.[43] Essa possibilidade pode não apenas eliminar todos os benefícios decorrentes da reparação como também fazer com que o prejudicado incorra em custos adicionais – como a troca de fornecedor ou de matéria-prima. Além disso, mesmo nos casos em que não há risco de retaliação, um sucesso parcial na demanda reparatória – por exemplo, com o valor dos danos sendo quantificados a menor, em patamar inferior ao lucro do infrator – pode constituir um incentivo para que o infrator realize outras violações no futuro: o preço a pagar por elas (o custo de repará-las) será menor do que o benefício auferido.[44] Diante disso, o prejudicado pode temer que, com a demanda reparatória, a infração seja precificada a um valor baixo o suficiente para que o infrator se sinta estimulado a repeti-la. Isso é diferente do que ocorre com outras formas de tutela, em que são utilizadas medidas coercitivas: além da obrigação de não incorrer na infração, deixando de lucrar com ela, o descumprimento pelo infrator é penalizado com multa, criando-se um forte desincentivo para violações futuras.

Assim, considerando o alto custo, a pequena e pouco previsível chance de êxito, bem como as possíveis limitações que pode haver quanto aos benefícios, pode-se concluir que são reduzidos os incentivos para a propositura da demanda reparatória e, também, para a utilização de meios autocompositivos.[45] Eles apenas serão suficientes diante de prejuízos consideráveis, algo factível quando os prejudicados são médias ou grandes empresas, mas pouco provável para a realidade da massa de consumidores e MPEs.[46]

Para que a situação seja distinta, são necessárias técnicas processuais que modifiquem a relação custo-benefício, tornando-a capaz de incentivar os prejudicados a buscar reparação. Como se verá em seguida, a maioria das técnicas utilizadas para lidar com esse problema se relaciona ao custo, tentando reduzi-lo.

---

[43] Ver tópico 5.1.1. Ver também HVIID, Morten; PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States*. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222, p. 222.

[44] HVIID, Morten; PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States*. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222, p. 209-210.

[45] Afinal, eles dificilmente representariam uma escolha racional para os litigantes diante de uma incerteza considerável em relação aos custos e benefícios esperados em um eventual processo judicial ou arbitral. Ver sobre o tema HVIID, Morten; PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States*. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222, p. 205-207.

[46] Essa conclusão é válida não apenas em relação ao processo judicial como, também, porque iguais ou superiores os custos, em relação à arbitragem.

Pressupondo que os benefícios esperados pelos consumidores ou MPEs prejudicados são suficientes para superar os custos das atividades extraprocessuais relacionadas à propositura da demanda, a principal alternativa é oferecida pelos Juizados Especiais Cíveis. Nesse caso, a parte não paga custas, taxas ou outras despesas processuais (art. 54, Lei 9.099/1995), tampouco corre o risco de ser condenada a pagar ao infrator, em caso de derrota na demanda, honorários de sucumbência (art. 55, Lei 9.099/1995). Contudo, apesar da informalidade dos juizados, ao menos parte das dificuldades decorrentes da complexidade da demanda permanece. De fato, em comparação com uma cobrança abusiva típica, há duas diferenças que chamam a atenção: (i) a reparação de danos ao consumidor possui extensa disciplina jurídica, conferida tanto pela legislação quanto pela jurisprudência, enquanto os danos sofridos em função do direito antitruste não possuem regras específicas; e (ii) a intensidade fática das demandas reparatórias no direito antitruste difere substancialmente daquela existente nos casos de cobrança abusiva.[47] O primeiro aspecto coloca em risco o benefício esperado; o segundo, a redução de custo, porque a complexidade fática pode levar à incompetência dos juizados.[48] Ainda que eventualmente ambos os fatores possam ser mitigados,[49] servirão como um desincentivo adicional aos prejudicados.

Ademais, em muitos casos o valor do benefício esperado será muito pequeno mesmo diante do reduzido custo das demandas propostas perante os juizados especiais. Esse problema se refere aos denominados prejuízos de pequena monta,[50] casos comuns no direito antitruste em que os danos têm pequena expressão econômica individual: ainda que o dano globalmente considerado seja relevante, os prejudicados não têm incentivos para

---

[47] Nessas demandas costuma ser suficiente a demonstração, por meio da apresentação da fatura, de que a cobrança foi feita pelo infrator, sendo a abusividade caracterizada juridicamente.

[48] É reiterado nas turmas recursais dos juizados o entendimento de sua incompetência em decorrência da complexidade da prova (Enunciado 54, FONAJE), o que em geral se aplica à demonstração da infração à ordem econômica e ao cálculo do dano dela decorrente. Ademais, no âmbito do STF, é pacífico o entendimento de que a questão da competência em função da complexidade da prova é infraconstitucional, de modo que não há a possibilidade de controle pelo tribunal superior [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 800.847 – MG. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 20 de outubro de 2017].

[49] Quanto ao item (i), pode ser utilizado o argumento de que o art. 115, LDC, prevê a aplicação subsidiária do CDC às demandas reparatórias – argumento que também poderia ser utilizado em relação à prescrição; partindo dessa mesma conclusão; quanto ao item (ii), poderiam ser utilizadas disposições mais benéficas em relação ao ônus da prova e, ademais, presunções a partir de eventual decisão proferida pelo Cade.

[50] ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais:* para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 45 e 226-227.

demandar o infrator.[51] Nesse caso, considerando que obter a reparação na via individual não beneficiaria os prejudicados, a única solução possível seria obtê-la na via coletiva.

A coletivização da defesa de direitos individuais homogêneos por meio da atuação de um representante (legitimado coletivo) tem como resultados típicos a tutela reparatória específica e a prolação de sentença condenatória genérica.[52] Simplificadamente, no primeiro caso, a tutela será prestada por meio da atuação do réu-infrator e terá um custo ínfimo ou inexistente para o prejudicado; no segundo caso, a partir da liquidação e da execução da sentença pode haver a reparação direta ou indireta dos prejudicados. Na reparação direta, ainda que atue o legitimado coletivo, é provável que o prejudicado incorra em algum custo; na reparação indireta, a ausência de atuação dos prejudicados permite que o valor remanescente seja recolhido para o FDD, isentando-os de custos, mas também privando-os de benefícios individuais.

A radical modificação proporcionada pela tutela coletiva em relação aos incentivos e desincentivos que os prejudicados possuem para agir em prol da reparação, ainda assim, pode não ser suficiente para estimulá-los a fazê-lo. Há duas objeções que se colocam em relação aos estímulos proporcionados pela tutela coletiva quanto à reparação dos prejudicados, uma referente aos custos, outra aos benefícios.

Em relação à primeira, conquanto a tutela coletiva "socialize" os custos decorrentes da demanda reparatória, ela pode não ser capaz, no caso de reparação direta, de eliminá-los em relação aos prejudicados. Afinal, é possível que a atuação deles seja necessária para a liquidação e execução da condenação genérica imposta ao infrator, fazendo com que parcela dos custos volte à tona e, em consequência, que sua relação com o benefício esperado seja, novamente, decisiva. No caso das camisetas de futebol na Inglaterra, por exemplo, na sequência da atuação de uma associação (*Which?*), cada prejudicado precisava apenas se habilitar para receber entre £20 e £10 (equivalente a R$ 80,00 e R$ 40,00).[53] Apesar da ampla divulgação, isso foi feito por menos de 1% do número estimado de vítimas.[54] Trata-se de um forte indicativo de que um benefício

---

[51] RENDA, Andrea (Coord.). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios.* Relatório para a comissão europeia. Bruxelas, Roma e Roterdã: European Commission, 2007, p. 28.

[52] Ver tópicos 5.3.3 e 5.3.4.

[53] HODGES, Christopher. The reform of class and representative actions in European Legal Systems: a new framework for collective redress in Europe. *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law.* Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 24-26.

[54] HODGES, Christopher. The reform of class and representative actions in European Legal Systems: a new framework for collective redress in Europe. *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative*

pequeno, ainda que não irrisório, é insuficiente para estimular os prejudicados a atuar em prol da reparação dos danos sofridos.

Nada obstante, é preciso reconhecer que a redução de custos por parte da demanda coletiva é significativa, em particular em matéria de prova. O alto custo da produção probatória em demandas anticompetitivas apenas pode ser reduzido de duas formas: quando os prejudicados são capazes de se beneficiar de atividade anterior, realizada pela autoridade concorrencial, pelo MP ou por outro prejudicado, em proveito de sua própria demanda individual (*free-rider*), ou por meio do compartilhamento dos custos. Essa última alternativa é possível, basicamente, a partir de três técnicas processuais: formação de litisconsórcio ativo (art. 113, III, NCPC),[55] agrupamento de processos para julgamento conjunto por conexão (art. 55, NCPC) e tutela coletiva.[56] Nos dois primeiros casos, os custos decorrentes da produção da prova são divididos entre os prejudicados. Na tutela coletiva, como os custos são suportados pela associação ou pelo órgão público legitimado, os prejudicados têm a possibilidade de não concorrer com essa despesa, ao menos diretamente.[57-58]

Quanto aos benefícios esperados pelos prejudicados, a tutela coletiva pode reduzi-los, porque: (i) enfrenta diversas restrições legislativas e jurisprudenciais, que podem reduzir a chance de sucesso; e (ii) implica incertezas quanto à condução do processo, seja devido a eventual conflito entre o interesse dos prejudicados e do representante (problema da agência), seja devido a limitações na capacidade técnica deste para matérias concorrenciais. Por causa disso, caso a redução absoluta do custo seja menor do que a redução do benefício esperado para alguns prejudicados – o que é particularmente provável

---

Law. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 24-26. Para assegurar a reparação direta nesses casos, a execução por quantia (liquidação ou execução individuais tradicionais) teria um custo excessivamente alto: seria necessário conceber mecanismos extremamente simples e fáceis de utilizar (*user-friendly*) que praticamente eliminassem os custos da atividade de habilitação pelo prejudicado [ver HVIID, Morten; PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States*. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222, p. 222].

[55] Nesse caso, o número de litigantes pode ser limitado pelo juiz se "comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença" (art. 113, § 1º, NCPC).

[56] Em se tratando de questões de fato, não se aplicam os mecanismos de agregação de demandas individuais, como o IRDR, que são restritos aos casos em que há questões comuns de direito.

[57] Quando o custo for de responsabilidade do órgão público, ele estará sendo suportado indiretamente pela sociedade como um todo; quando o custo for de responsabilidade da associação, ele estará sendo suportado indiretamente pelos associados ou financiadores da instituição. Nesta hipótese, caso o prejudicado pertença à associação, ele suportará um valor maior ou menor dos custos a depender da quantidade de membros associados. Note-se: nesse caso, também serão apenas os associados a serem beneficiados com eventual decisão coletiva [ver tópico 5.1.4].

[58] Ver ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais:* para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 147-156.

quando este é de grande monta –, o comportamento mais racional será a propositura de demanda individual.

Essa perspectiva é reforçada em relação a esse tipo de demanda pela possibilidade de financiamento do litígio por terceiros (*third-party funding*).[59] Essa alternativa, apesar de não regulamentada de forma específica, não é vedada no direito brasileiro: permite-se a cessão de crédito, inclusive em relação a evento futuro,[60] como é o caso da decisão jurisdicional.[61-62] Além de reduzir os custos relacionados à propositura da demanda em troca de uma parcela dos benefícios, o financiamento também pode aumentar a chance de êxito: como financiadores racionais buscam maximizar o lucro, o simples fato de financiarem determinada demanda é um sinal para o infrator e, eventualmente, para o julgador, de que ela é meritória.[63] Sendo assim, além da diminuição dos custos, o prejudicado também poderia ser estimulado pelo aumento na chance de obter o benefício, ainda que este seja reduzido para pagar o financiamento.

Diante do exposto, é possível notar que técnicas processuais podem modificar significativamente os custos e benefícios das demandas reparatórias, seja influindo diretamente sobre eles, seja alterando a chance de sucesso prevista. De fato, técnicas relativas ao acesso à prova, ônus da prova, custas e sucumbência, estabilização do direito, agrupamento ou coletivização de pretensões individuais, entre outras, têm o potencial de

---

[59] O tema ainda é pouco explorado pela doutrina brasileira, sendo mais analisado em relação à arbitragem: GABARDO, Rodrigo Araújo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial:* efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada. 2014. 160 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014; CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça*: o novo paradigma do Third Party Funding, 2014. 218 p. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014; BAPTISTA, Luiz Olavo; NAKAGAWA, Adriano; TORTORELLA; Eduardo. Brazil. In: FRIEL, Steven; BARNES, Jonathan (Coords.). Litigation Funding 2017. Londres: Getting The Deal Through, 2016; ANDRADE, Luis Tomás Alves de. Third-party funding in international arbitration and the allocation of costs. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.47, p. 215-232, out/dez 2015. No direito estrangeiro, ver HENRIQUES, Duarte Gorjão. "Third Party Funding" ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.13, n.51, p. 295-336, out./dez. 2016. Disponível em: http://www.bch.pt/ROA%20III_IV%202015.pdf. Acesso em 23 dez. 2017; HODGES, Christopher; PEYSNER, John; NURSE, Angus. *Litigation funding*: status and issues. Londres: Swiss Re, 2012.

[60] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: Direto das obrigações (tomo 23). 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p. 273-274. Ver também LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 168.

[61] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em agravo nº 1.178.380 – RS. Relator Ministro Ari Pargendler. Brasília, 22 de maio de 2013.

[62] É possível, inclusive, a criação de fundos que tenham como objeto os créditos relativos a pretensões reparatórias decorrentes de infrações à ordem econômica na forma de um Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados (FIDC-NP), previsto pela Instrução CVM 444/2006.

[63] HVIID, Morten; PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States*. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222, p. 219.

repercutir no comportamento dos prejudicados.[64] Ainda que isso possa não ser suficiente para afirmar, genericamente, a inadequação das técnicas processuais existentes, pode-se concluir que, em diversos casos, em razão dessas técnicas, os prejudicados não têm incentivo econômico para buscar a reparação em um contexto no qual o prejuízo sofrido costuma ter, também, caráter econômico.[65]

6.2 SOLUÇÕES CONVENCIONAIS E METODOLOGIA PROPOSTA

O reconhecimento de que, em diversos casos, as técnicas processuais existentes desincentivam a busca de reparação dos danos patrimoniais sofridos em decorrência de infrações à ordem econômica autoriza concluir que, para mudar esse contexto, é imprescindível promover mudanças nessas técnicas.

De um modo geral e no âmbito da dogmática jurídica processual e concorrencial, a doutrina costuma enfrentar esse desafio de duas formas típicas: (i) por meio da formulação de juízos morais a respeito das técnicas processuais propostas, tendo como critério determinados valores eleitos pelo autor (efetividade, justiça, conveniência, etc.); e (ii) por meio da análise lógico-jurídica da validade de normas que contemplem as técnicas propostas, tendo como critério a preservação da coerência interna do ordenamento jurídico.[66]

A primeira forma consiste em eleger determinado valor ou valores existentes no ordenamento jurídico com vistas a considerar boas ou más, convenientes ou inconvenientes, efetivas ou inefetivas as técnicas processuais: as mudanças propostas, então, serão tendencialmente aquelas adequadas ao valor eleito, mesmo que sejam contrárias a outros valores também presentes no ordenamento. Nesse caso, o fundamento para evitar a necessidade de adequação das soluções propostas ao ordenamento jurídico consiste em "[...] assumir que as propostas formuladas são, em si, desejáveis e, portanto, deveriam ser adotadas apesar das normas vigentes".[67]

Um exemplo dessa perspectiva aplicada ao *private enforcement* é a conclusão adotada por Daniel Costa Caselta de que "[...] a introdução de um fator multiplicador das

---

[64] Ver HVIID, Morten; PEYSNER, John. *Comparing Economic Incentives across EU Member States*. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222, p. 220-221.
[65] Ver nota 15.
[66] Ver tópico 2.3.
[67] Ver tópico 2.3.

indenizações por cartel no direito brasileiro [...] não seria desejável".[68] A respeito dessa possibilidade, conclui o autor:

> [...] a obrigação de indenizar os prejuízos causados [...] já pode contribuir bastante para desestimular a prática de cartel, não havendo a necessidade de introduzir no Brasil regra inspirada nos *treble damages* do direito norte-americano. Tal regra, em nosso entender, considerando a existência de punições nas esferas administrativa e penal, bem como os critérios atualmente empregados na jurisprudência brasileira para fixação de indenização por danos morais, poderia resultar numa injustificada e indesejável multiplicidade de punições pela mesma prática em diferentes esferas.[69]

Conquanto a afirmação seja sustentada por argumentos racionais, trata-se de um posicionamento assumido a partir de uma perspectiva unilateral em que predomina uma escala de valores concebida pelo próprio autor: a separação entre a função de compensação, pertencente à esfera civil, e a de prevenção e repressão, pertencente às esferas administrativa e criminal, é tomada como valor em si mesmo.[70] Sob essa perspectiva, afirma, então, que punir na esfera civil pode resultar em um nível excessivo de prevenção e em *bis in idem*.[71] As afirmativas, porém, não são analisadas de modo mais detido em relação a outros aspectos do ordenamento jurídico.

Em larga medida, o mesmo pode ser dito em relação à perspectiva contrária, sustentada por Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer:

> […] entendo que seria conveniente introduzir um sistema de indenização multiplicada no Brasil, como forma de incentivar as ações de reparação de danos ocasionados por infrações contra a ordem econômica. O sistema é apto a gerar dois efeitos importantes para conferir maior efetividade à defesa da concorrência no Brasil: 1) desestimular a prática de condutas anticoncorrenciais, pois as empresas correm o risco não somente de receber sanções administrativas pecuniárias, mas também ter que arcar com elevado valor de indenização; 2) permitir uma melhor percepção dos benefícios da defesa da concorrência, já que os agentes lesados poderão ter a efetiva reparação de seus danos.[72]

---

[68] CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 208.
[69] CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 211.
[70] CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 208.
[71] CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 210-211.
[72] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 264.

Na perspectiva de Pfeiffer, tomando a efetividade do direito concorrencial como valor a ser seguido, a adoção de um fator multiplicador para o cálculo da reparação é algo desejável.

A perspectiva de Paulo Felipe Carneiro de Freitas também é similar quanto ao método empregado, ao defender a utilização da tutela coletiva por ser necessária para a efetividade da reparação de danos causados por infrações à ordem econômica.[73] Segundo o autor, "para garantir efetividade à tutela reparatória [é preciso] empregar meios processuais adequados para tanto, de acordo com o interesse a ser tutelado. O instrumento adequado para afastar tais óbices, como preconizado, é a tutela coletiva".[74] Trata-se de uma conclusão correta quando a perspectiva adotada é a da maior efetividade da tutela do direito material, mas ela ignora outros valores também relevantes no ordenamento jurídico.[75]

Assim, de um modo geral, conforme o método analisado, eleito um determinado valor a ser observado como fim em si mesmo, a análise de técnicas processuais se restringe a identificar aquelas que são mais adequadas a esse valor. Contudo, ainda que as propostas dos autores eventualmente sejam adequadas aos valores eleitos, elas apenas se sustentam diante da pretensão de, a partir deles, construir um direito supostamente melhor do que o vigente. Como explicado anteriormente neste trabalho:

---

[73] FREITAS, Paulo Felipe Carneiro de. *Tutela coletiva da responsabilidade civil por infração à ordem econômica*. 2013. 118 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 82 e ss.

[74] FREITAS, Paulo Felipe Carneiro de. *Tutela coletiva da responsabilidade civil por infração à ordem econômica*. 2013. 118 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 112.

[75] No direito processual, Luiz Guilherme Marinoni confere papel destacado à utilização da efetividade como critério de análise das técnicas processuais. Segundo o autor: "a tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito *do resultado que é proporcionado pelo processo no plano material*. A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como a proteção da norma que o institui. […] Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à preordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem. […] Em outros termos, para analisar a efetividade do processo no plano do direito material e, assim, sua concordância com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, *é imprescindível tomar consciência das necessidades que vêm do direito material, as quais traduzem diferentes desejos de tutela*" [MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 114]. Valendo-se dessa perspectiva, em artigo publicado sobre a tutela reparatória de danos causados por infrações à ordem econômica, o autor desta tese afirmou que "o procedimento metodológico a ser seguido procura definir primeiramente o bem ou interesse jurídico que merece tutela jurisdicional, em seguida, o tipo específico de tutela jurisdicional adequada à proteção do bem jurídico e, por fim, o sentido que deve ser atribuído às técnicas processuais para que as normas protetivas da concorrência possam ser atuadas concretamente pela jurisdição, efetivando o direito material nelas consagrado" [CAMARGO GOMES, Adriano. Condutas anticompetitivas: a necessária adequação entre tutela reparatória e técnica processual. *Revista do IBRAC – direito da concorrência, consumo e comércio internacional,* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 19, n. 21, p. 15-36, jan./jul. 2012, p. 17].

> Essa análise, então, não sendo limitada pelo direito vigente ou pelas suas mais recentes transformações, teria como referente os valores que foram eleitos pelo autor do texto em detrimento daqueles que têm prevalecido na atuação legislativa ou judicial. De certa forma, esse caminho ofereceria uma perspectiva anacrônica, não tendo compromisso com as possibilidades existentes na realidade empírica ou normativa, ainda que procurasse solucionar os problemas nelas diagnosticados. Nesse percurso, as soluções propostas na tese estariam voltadas a uma utopia, à defesa de um ideal, prescindindo da referibilidade empírica e normativa necessária a sua plausibilidade.[76]

A segunda alternativa consiste em analisar, sob um prisma lógico-jurídico, a adequação das técnicas processuais propostas ao ordenamento tendo como referente sua coerência interna, completude e unidade. Essa análise se limita à propositura de novas técnicas que preservem a lógica interna do ordenamento jurídico e que, eventualmente, sanem problemas existentes, como lacunas – falta de normas específicas para disciplinar o tratamento processual da pretensão reparatória no direito antitruste – ou antinomias – inadequação entre as normas que preveem o direito à reparação e aquelas que preveem as técnicas processuais aplicáveis.

Um exemplo dessa abordagem no âmbito do *private enforcement* é fornecido por Caselta ao examinar a possibilidade de se atribuir, no direito brasileiro, caráter vinculante às decisões do Cade relativas à existência de cartel:[77]

> Embora tal regra de fato pudesse facilitar a tarefa dos autores de ações indenizatórias por práticas já condenadas pelo Cade, sua introdução ao direito brasileiro encontraria óbice no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal [...]. Considerando que tal garantia pode ser considerada *cláusula pétrea* e, como tal, insuscetível de emenda constitucional, nos termos do art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição Federal, conclui-se que a introdução da regra seria praticamente inviável no sistema constitucional atual.[78]

Esse tipo de análise, conquanto em alguns casos – como na manifesta inconstitucionalidade apontada por Caselta – seja útil para reconhecer a inadequação sistêmica de determinadas técnicas processuais ao ordenamento jurídico, enfrenta ao menos dois riscos quando utilizada para propor inovações: ausência de historicidade e abuso de dedução (*abuse of deduction*).

---

[76] Ver tópico 2.3.
[77] Essa técnica foi instituída no direito europeu pela Diretiva EU 104/2014.
[78] CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 212.

A ausência de historicidade decorre do fato de que, na análise lógico-jurídica, o ordenamento jurídico é compreendido de forma estática (sincrônica) e não dinâmica: as técnicas são analisadas considerando as regras jurídicas existentes de forma indistinta, sem reconhecer a presença de tendências decorrentes das transformações sofridas mais recentemente. Ignorar essas tendências, a partir dessa perspectiva sincrônica, pode fazer com que se atribua a determinadas regras e princípios uma proeminência que eles tendencialmente não mais possuem, contribuindo para se reconhecer a inadequação de propostas que, do contrário, poderiam ser adotadas.

Na ausência de normas jurídicas específicas e de outros critérios para fazer um juízo de adequação quanto às regras propostas, pode ocorrer o denominado "abuso de dedução" (*abuse of deduction*).[79] A forma de proceder da teoria jurídica clássica, que deduz normas específicas a partir de normas gerais para solucionar lacunas no ordenamento jurídico, é comprometida quando há um contraste muito pronunciado entre a especificidade e a generalidade das normas aplicáveis. Nesses casos, a análise lógico-jurídica de inovações legislativas tende a ser comprometida pelo abuso de dedução quando o controle de adequação dessas inovações apenas pode ser feito em relação a normas excessivamente gerais. Trata-se de um problema muito pronunciado em relação à tutela reparatória no direito antitruste, porque, de um lado, o direito material aplicável é muito específico e, de outro, há apenas uma norma voltada à disciplina do tema, a qual possui considerável generalidade: o art. 47, LDC.

De fato, uma análise mais detida dessa regra diz muito pouco em relação a quais técnicas processuais seriam adequadas. Sob o prisma do direito concorrencial, seria possível afirmar que o *private enforcement* serve, ao menos, a uma função indireta de repressão de infrações (art. 173, § 4º, CF, e art. 1º, LDC), na medida em que – ao eliminar os benefícios obtidos pelo infrator por meio da reparação – ele pode aumentar a eficácia da sanção administrativa.[80] Contudo, ainda que esse argumento possa ser deduzido da legislação, ele não serve para conceber técnicas processuais específicas. O mesmo se verifica em relação ao direito processual quando se analisa o art. 5º, XXXV, CF/88: por causa dessa previsão constitucional, o direito à reparação previsto no art. 47, LDC, deve ser objeto de tutela jurisdicional, mas a forma específica como essa tutela deve ser

---

[79] Ver tópico 2.3.

[80] CAMARGO GOMES, Adriano. Condutas anticompetitivas: a necessária adequação entre tutela reparatória e técnica processual. *Revista do IBRAC – direito da concorrência, consumo e comércio internacional,* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 19, n. 21, p. 15-36, jan./jul. 2012, p. 24.

concretamente realizada, mesmo que se imponha um requisito de efetividade, não pode ser deduzida do dispositivo constitucional. De fato, a partir dele, pouco se pode dizer além da necessidade de que técnicas adequadas devem ser preordenadas com o fim de permitir a tutela reparatória no direito antitruste.[81]

Ademais, essa conclusão é reforçada pelas dificuldades que, mesmo diante dessas previsões gerais, surgem no caso concreto em decorrência da falta de técnicas processuais específicas para a tutela do direito material. Tais dificuldades podem ser demonstradas tanto lógica quanto empiricamente.

Sob uma perspectiva lógica, nota-se que o ônus argumentativo para convencer o julgador a construir uma técnica mais adequada ao caso concreto é elevado e, em consequência, também elevado é o custo do prejudicado que necessite enfrentá-lo. Assim, logicamente, um prejudicado que atue a partir de uma racionalidade econômica, diante do aumento significativo de custo, sofrerá um considerável desincentivo para demandar a reparação de danos.[82]

Desde uma perspectiva empírica, há ao menos dois exemplos de ordenamentos em que essas dificuldades puderam ser observadas: o direito europeu e o próprio direito brasileiro.

No âmbito da União Europeia, (i) desde 1957 o *private enforcement* das regras de direito concorrencial é possível (Tratado de Roma); (ii) desde 1973 a Comissão Europeia se manifesta quanto à importância do papel das demandas reparatórias; e (iii) em 2001, no caso *Courage v. Crehan* (C-453/99), e em 2006, no caso *Manfredi* (C-295/04 a C-298/04), o Tribunal de Justiça Europeu reconheceu a possibilidade de reparação de danos decorrentes de condutas anticompetitivas, o risco à efetividade do tratado caso essas demandas não fossem permitidas e a obrigação dos Estados Membros de garantir sua efetividade.[83] Apesar disso, na exposição de motivos da proposta que culminou na adoção da Diretiva EU 104/2014, que previu regras de direito material e direito processual específicas para a tutela reparatória no direito antitruste, afirmou-se: "Embora o direito à reparação integral seja garantido pelo próprio Tratado e faça parte integrante do acervo

---

[81] Ver, em sentido contrário, deduzindo diversas consequências jurídicas a partir do art. 5º, XXXV, CF/88, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 112 e ss.
[82] Ver tópico 6.1.
[83] RENDA, Andrea (Coord.). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*. Relatório para a comissão europeia. Bruxelas, Roma e Roterdã: European Commission, 2007, p. 27-28.

comunitário, o exercício prático desse direito é frequentemente difícil ou quase impossível, devido às regras e aos procedimentos aplicáveis".[84]

De modo similar, ainda que em menor medida, há no Brasil, desde 1994, regra expressa prevendo o direito à reparação de danos causados por infrações à ordem econômica (art. 29, Lei 8.884/1994, e, posteriormente, art. 47, LDC). Essa regra, somada ao art. 5º, XXXV, CF/88, seria suficiente para concluir que a construção de técnicas processuais adequadas é tarefa do legislador ou, ainda, do juiz, à luz do caso concreto.[85] Apesar disso, pesquisas empíricas recentes apontam uma pequena quantidade de demandas, referindo-se à inadequação de técnicas processuais como um dos óbices concretamente enfrentados pelos prejudicados que recorreram ao Poder Judiciário.[86]

Diante disso, é possível reconhecer os limites das abordagens "convencionais" para a concepção de premissas e técnicas processuais adequadas ao *private enforcement* do direito concorrencial. Não obstante, apenas a primeira deve ser totalmente descartada, uma vez que não permite avaliar a adequação das técnicas propostas ao direito vigente, mas apenas ao valor eleito pelo pesquisador: elas são, como dito, dependentes da validade da escolha subjetiva entre diferentes valores e, nessa medida, ainda que eventualmente conformes a princípios jurídicos específicos, são inadequadas ao ordenamento jurídico considerado como um todo.[87] A segunda delas (análise lógico-jurídica), ainda que limitada, pode servir como um instrumento para avaliar essa adequação:[88] ainda que, devido à sua excessiva generalidade, as normas aplicáveis ao *private enforcement* sejam insuficientes para permitir a construção de técnicas sem que haja abuso de dedução, elas podem ser utilizadas, fundamentalmente, para demonstrar a eventual inadequação de determinadas técnicas ao ordenamento jurídico.[89]

---

[84] UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Proposta de diretiva do parlamento europeu e do conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Bruxelas, 2013. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:REV1:PT:HTML.

[85] A falta de regras específicas pode, ainda, dar azo a interpretações restritivas como a de que o art. 47, LDC, limita a tutela reparatória no direito concorrencial a direitos individuais e individuais homogêneos [TARIF ROQUE, Marcela Ali. A Nova Lei do CADE e a Ação de Indenização Civil Contida em seu Artigo 47. *Publicações da Escola da AGU: Escola da Advocacia-Geral da União*, Ano IV, n.19, p. 233-251, jul./2012, p. 248]. Ainda que tal interpretação seja flagrantemente inconstitucional, o risco de que seja adotada também constitui um desestímulo aos prejudicados.

[86] Ver nota 3.

[87] Ver tópico 2.3.

[88] Ver tópico 2.3.

[89] Ou, ao menos, para concluir que tais técnicas seriam necessariamente submetidas a um filtro mais rigoroso – como quando, para a adoção de determinada técnica, é necessária não apenas uma simples reforma legislativa, mas também emenda constitucional. Ver notas 78 e 85.

A adoção da análise lógico-jurídica, entretanto, enfrenta uma dificuldade decorrente do caráter prospectivo da proposição de novas técnicas: não basta identificar, sincronicamente, aquelas que são adequadas ao direito positivo; é preciso também reconhecer, dentre elas, aquelas cuja adoção é empiricamente mais plausível em vista das constantes transformações do sistema jurídico. Com essa finalidade, partindo do reconhecimento de que o processo civil e o direito concorrencial sofreram recentes e profundas alterações normativas, opta-se por utilizar a adequação das técnicas processuais às tendências presentes nessas alterações como critério de análise.[90]

Essa opção acrescenta uma dimensão empírica ausente nas soluções "convencionais": partindo de um instrumental metodológico weberiano, ela permite analisar, para além da conformidade de técnicas processuais ao processo civil e ao direito concorrencial (aspecto lógico-jurídico), a adequação delas às tendências identificadas nas alterações normativas sofridas por esses ramos do direito (aspecto temporal). Com isso, adota-se uma perspectiva que possibilita não apenas a análise da coerência das técnicas propostas, mas também, ainda que de forma limitada,[91] da plausibilidade de sua adoção.

Note-se que essas tendências, em geral, apontam para a existência de semelhanças entre as racionalidades preponderantes no processo civil e no direito concorrencial em cada um dos momentos históricos analisados.[92] Ademais, no último período analisado, que compreende o momento presente, identifica-se uma convergência ainda maior entre essas racionalidades, superando tensões e estabelecendo relações de reforço mútuo:[93] diz-se, então, que há nesse período uma afinidade eletiva entre processo civil e direito concorrencial.[94]

Essa afinidade eletiva reforça substancialmente o reconhecimento da existência de uma tendência, presente em ambos os ramos do direito analisados, de adoção de alterações normativas caracterizadas por uma racionalidade instrumental preponderante, e, por isso, os principais traços identificados em relação a ela podem ser utilizados como critério de adequação para a adoção de técnicas processuais. A partir desse pressuposto, sugere-se que

---

[90] Ver tópico 2.3.
[91] Sobre os limites dessa perspectiva, ver tópico 2.3.
[92] Ver capítulos 3 e 4.
[93] São exemplos disso a revogação da preclusão rígida estabelecida pelo art. 98, § 4º, LDC; a previsão da figura do *amicus curiae* nos processos administrativos e judiciais; a redução do papel dos órgãos colegiados; o fortalecimento de soluções negociadas, entre outros.
[94] Ver tópico 2.3.

há uma maior plausibilidade de que técnicas adequadas às características da racionalidade instrumental presente nesses ramos do direito sejam incorporadas ao direito positivo.

Como visto em capítulos anteriores,[95] a racionalidade instrumental se caracteriza, sobretudo, pela adoção de critérios de eficiência[96] em relação ao direito e à atuação dos órgãos públicos: impõe-se não apenas que as decisões do Poder Judiciário e do Cade sejam eficientes, como também que eles próprios funcionem orientados por esse critério. Assim, como é preciso considerar a consequência da atuação administrativa nesse duplo sentido, a institucionalização de técnicas relativas ao *private enforcement* deve, de um lado, permitir que a reparação produza resultados eficientes; e, de outro, que os custos dessa tutela sejam os menores possíveis para seus aplicadores. Não se trata, portanto, de uma perspectiva que considera os incentivos por parte dos prejudicados, mas sim a adequação das técnicas a uma racionalidade preponderante especialmente quanto aos agentes responsáveis por sua aplicação.

Associado à ideia de eficiência, o uso da forma de maneira racional quanto aos seus custos e benefícios também caracteriza a racionalidade instrumental. Assim, por exemplo, se o formalismo aumenta custos sem aumentar benefícios, opta-se pela desformalização ou pela desjudicialização. Se, ao contrário, mecanismos formais são capazes de reduzir custos e aumentar os benefícios, tolera-se o aumento da complexidade procedimental e a juridificação em prol da maior eficiência.

A tentativa de reduzir custos passa, fundamentalmente, pela administração da variável "tempo": pretende-se dispender menos tempo com cada processo individualmente considerado, aumentando a celeridade. Além disso, na medida do possível, tenta-se reduzir os *inputs* (novas demandas, recursos, etc.), estabelecendo critérios mais restritivos de atuação (aumentando os patamares para submissão de atos de concentração, tornando mais rigorosos os *standards* para admissão de recursos, etc.).

Essas mudanças envolvem, sobretudo, uma aproximação entre a lógica administrativa e a lógica de mercado, verificada tanto no direito da concorrência, que por seu próprio objeto se vê constantemente a considerar essa lógica, quanto no processo civil, que recentemente passou a contemplá-la em suas alterações normativas. A partir disso, são adotados critérios quantitativos – permitindo que se calculem custos e benefícios –, e estimulados comportamentos cooperativos e estratégias negociais que, por meio do uso de

[95] Ver capítulos 3 e 4.
[96] Ver tópico 2.2.3.

sanções positivas, sejam capazes de eliminar custos da atividade repressiva. Com esse mesmo sentido, diversas relações antes regidas por normas imperativas são "contratualizadas" e soluções capazes de "racionalizar" a relação custo-benefício da atuação administrativa são adotadas.

Por fim, outro reflexo relevante a ser considerado diz respeito à especialização: eliminar a sobreposição de funções com a pretensão de reduzir custos reclama também a definição de competências de forma mais especializada e técnica. Ademais, como consequência da adoção de soluções instrumentais, a técnica assume maior importância porque deve ser utilizada em função do resultado esperado: ela não pode mais ser perseguida como fim em si mesmo e precisa ser gerenciada de modo eficiente pelos atores envolvidos tendo em vista as consequências de sua aplicação. Para tanto, é fundamental a concepção de soluções específicas e a capacidade dos agentes de operá-las com um baixo custo.[97]

A objetivação e a formalização decorrentes da racionalidade instrumental enfrentam, porém, uma tensão com a racionalidade participativa,[98] que procura compensar o avanço dessas tendências ao criar espaços para o ingresso de valores extrajurídicos no âmbito do direito. Essa compensação se verifica, sobretudo, na ampliação das possibilidades de participação no processo (administrativo e judicial) e do uso de estratégias que estimulem essas possibilidades, como o aumento da transparência. Os custos decorrentes dessas soluções são tratados como uma troca compensatória em relação aos benefícios obtidos com a adoção de estratégias de eficiência.

Traçadas em linhas gerais essas tendências, naquilo que aplicáveis à intersecção entre direito processual e direito concorrencial – na qual se situa o *private enforcement* –, cuida-se, então, de compatibilizá-las com as necessidades de incentivo aos prejudicados. Afinal, segundo a perspectiva adotada, entre as diversas possibilidades de readequação desses incentivos, as técnicas processuais propostas devem se conformar às tendências do processo civil e do direito antitruste apontadas neste capítulo. Assim, o próximo subcapítulo se dedica a examinar quais são as premissas que podem ser estabelecidas a partir dessa conformação, bem como a indicar algumas técnicas processuais adequadas a elas.

---

[97] Sobre as consequências da racionalidade instrumental, ver tópicos 2.2.3, 3.3 e 4.2.
[98] Sobre a racionalidade participativa, ver tópicos 2.2.3, 3.3 e 4.2.

6.3 DIRETRIZES E TÉCNICAS ADEQUADAS À REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS POR INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

A análise da plausibilidade e da adequação das técnicas processuais à tutela reparatória no âmbito do direito antitruste parte do reconhecimento de que elas devem: (i) atuar sobre os estímulos aos prejudicados para a propositura de demandas, conforme analisado no subcapítulo 6.1; e (ii) ser consentâneas à racionalidade instrumental atualmente preponderante no processo civil e no direito concorrencial, conforme examinado no subcapítulo 6.2.

Ainda que tenham objetos distintos, essas duas conclusões possuem a eficiência como critério de análise das técnicas processuais: na primeira delas, o referente é o comportamento dos prejudicados, que precisam ser incentivados à propositura de demandas; na segunda, é a estrutura administrativa e judicial que, dado o caráter instrumental da racionalidade preponderante nos ramos do direito analisados, reclama uma análise dos custos necessários para a operação das técnicas propostas.

A partir da confluência dessas duas perspectivas, é possível indicar diretrizes e técnicas processuais adequadas à reparação de danos causados por infrações à ordem econômica. O entrelaçamento entre essas diretrizes e técnicas, por sua vez, compõe um conjunto consentâneo à racionalidade instrumental preponderante no processo civil e no direito da concorrência. Assim, apesar de não se tratar de um conjunto exaustivo ou definitivo, ele tem a pretensão de delinear um campo de plausibilidade para a adoção de novas técnicas no *private enforcement* do direito concorrencial e, a partir disso, servir como contribuição para orientar os legisladores e os outros pesquisadores que pretendam realizar essa tarefa.

DIRETRIZ 1: As técnicas processuais devem considerar a relação custo-benefício – quer quanto à propositura de demandas, quer quanto à prestação jurisdicional – como condição para o fortalecimento do *private enforcement*.

A doutrina associa a tutela coletiva, em especial quando ela é exercida por entidades designadas e não pelos próprios prejudicados, com economias de escala em

relação à propositura de demandas individuais.[99] Assim, o custo superior da demanda coletiva em relação a cada demanda individual é compensado pelo fato de que, se a demanda coletiva não fosse proposta, o custo de múltiplas demandas individuais seria ainda maior.[100] Nesse sentido, referindo-se a demandas reparatórias no direito concorrencial, Kenneth Dam afirma que:

> quando a escolha é entre uma demanda coletiva (*class action*) e uma série de demandas individuais, a demanda coletiva será com frequência mais eficiente administrativamente. Com a demanda coletiva certas questões precisam ser julgadas apenas uma vez. Mesmo que algumas questões precisem ser julgadas separadamente, uma demanda coletiva pode, não obstante, ser mais eficiente administrativamente. Por exemplo, em uma demanda concorrencial relativa a sobrepreço, a questão da responsabilidade do infrator é frequentemente tratada como uma questão para tratamento coletivo, e a questão dos danos é deixada para determinação individual. Quando cada membro da classe é prejudicado da mesma forma e a reparação pode ser calculada por meio da aplicação de uma forma (por exemplo, uma certa quantidade de dólares por unidade do produto), a demanda coletiva representa grandes vantagens de eficiência administrativa para a corte ao julgar as pretensões.[101]

Contudo, esses ganhos de eficiência não se verificam nos casos em que, devido aos elevados custos da demanda individual em relação aos seus benefícios, os prejudicados preferissem não agir: "[...] se nenhuma demanda teria sido proposta na falta da ação representativa [tutela coletiva], os custos totais no sistema judiciário serão aumentados [pela demanda coletiva], na medida em que mais casos serão apresentados".[102] Afinal,

---

[99] RENDA, Andrea (Coord.). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios.* Relatório para a comissão europeia. Bruxelas, Roma e Roterdã: European Commission, 2007, p. 326.

[100] RENDA, Andrea (Coord.). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios.* Relatório para a comissão europeia. Bruxelas, Roma e Roterdã: European Commission, 2007, p. 326. Trata-se de uma análise relacionada ao que Remo Caponi e Sérgio Cruz Arenhart denominam de "proporcionalidade panprocessual", enquanto critério utilizado na "relação externa dos processos ou, mais precisamente, na avaliação dos processos tomados em seu conjunto" [ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais:* para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 35].

[101] DAM, Kenneth W. Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, and Conflict of Interest. *The Journal of Legal Studies*, v.4, n.1, p. 47–73, 1975, p. 49. Tradução livre de: "Where the choice is between a class action and a series of individual actions, the class action will often be the more efficient administratively. With a class action certain issues need be tried only once. Even if some of the issues must be tried separately, a class action may nonetheless be more efficient administratively. For example, in antitrust price-fixing litigation, the issue of liability is often treated as an issue for class treatment, and the issue of damages is left for separate determination. Where each member of the class is injured in the same way and damages can be calculated by application of a formula (for example, a certain dollar amount per unit of product), the class action presents great administrative-efficiency advantages for the court in disposing of claims".

[102] RENDA, Andrea (Coord.). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios.* Relatório para a comissão europeia. Bruxelas, Roma e Roterdã: European

considerando que a produtividade do Poder Judiciário é constante e que ele trabalha no limite de sua capacidade, a tutela coletiva, nesses casos, é ineficiente na medida em que seus benefícios serão comparados não apenas com os custos da demanda, mas também com relação aos "[...] efeitos de eficiência administrativa em todos os outros casos em tramitação e naqueles que podem ser apresentados no futuro".[103] Ainda que extrapole o âmbito da análise proposta, esse argumento é reforçado, e não comprometido, pelo fato de que a função repressiva da tutela coletiva em relação a infrações à ordem econômica pode aumentar ganhos de eficiência para a sociedade como um todo.[104] Se isso procede, a solução ótima seria aumentar a repressão com a mínima ampliação de custos: elevar o patamar da multa aplicada pela autoridade concorrencial seria suficiente.[105]

Como se pode perceber, a análise a partir do critério de eficiência, elemento central da racionalidade preponderante no processo civil e no direito concorrencial, apresenta uma tensão radical com relação à ampliação do âmbito de tutela, ao menos

---

Commission, 2007, p. 326. Tradução livre de: "[…] if no claim would have been filed in the absence of the representative action, the total costs on the judiciary system will increase, as more cases will be brought".

[103] DAM, Kenneth W. Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, and Conflict of Interest. *The Journal of Legal Studies*, v.4, n.1, p. 47–73, 1975, p. 53. Tradução livre de: "[...] the administrative-efficiency effects on all of the other cases already filed and that may be filed in the future". Nesse sentido, como explica Sérgio Arenhart em relação à proporcionalidade panprocessual, a finalidade dessa perspectiva é avaliar tal atividade considerando "[...] o esforço estatal oferecido a um caso concreto e o todo de processos judiciais (existentes ou potenciais) que também tem direito ao mesmo esforço. Nessa linha, considerada a escassez dos recursos estatais, o grau de efetividade outorgado a um único processo deve ser pensado a partir da necessidade de assegurar eficiência do sistema judiciário como um todo. Por outras palavras, a alocação de recursos em um determinado processo deve ser ponderada com a possibilidade de se dispor desses mesmos recursos em todos os outros feitos judiciais (existentes ou potenciais)" [ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais:* para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 38-39]. Essa situação pode ser diferente em relação aos direitos metaindividuais na medida em que a falta de tutela coletiva e consequente utilização da via individual, longe de economizar os custos decorrentes da ausência de tutela, poderia representar, para esses casos, custos ainda mais elevados. É o que se infere da explicação de Sérgio Arenhart: "no campo dos interesses metaindividuais, sequer se poderia pensar em outra solução; a única tutela eficiente desses valores é, de fato, a tutela coletiva. As vias de proteção individuais dadas a esses valores coletivos, no mais das vezes, têm-se mostrado desastrosas e totalmente desajustadas às necessidades de tutela desses bens" [ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais:* para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 41].

[104] Ver DAM, Kenneth W. Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, and Conflict of Interest. *The Journal of Legal Studies*, v.4, n.1, p. 47–73, 1975, p. 72-73.

[105] Esse é o argumento de WILS, Wouter P. J. Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?. *World Competition*. Netherlands, v.26, n.3, p. 473-488, 2003. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228261623_Should_Private_Antitrust_Enforcement_Be_Encouraged_in_Europe. Acesso em: 23 mar. 2017, p. 20. No Brasil, esse argumento poderia ser reforçado pelo fato de que essa alternativa poderia ter efeito concreto idêntico à tutela coletiva quanto à função compensatória: assim como provavelmente ocorreria em uma demanda reparatória coletiva envolvendo danos de pequena monta por causa da *fluid recovery*, a multa imposta pelo Cade também seria direcionada ao FDD. Sobre o fundo, ver tópico 5.3.4.

quando essa ampliação é considerada como fim em si mesma (racionalidade material).[106] Essa tensão também pode ser identificada (i) pela pequena quantidade de alterações recentes que tenham ampliado a tutela, em comparação com a sua grande quantidade no período anterior, de predomínio da racionalidade material; (ii) a partir das diversas medidas legais e jurisprudenciais restritivas da tutela coletiva; e (iii) quando se reconhece que a tutela coletiva seria a única maneira de viabilizar a proteção de determinados interesses (particularmente, os prejuízos de pequena monta) e, assim, poderia "trazer a lume a litigiosidade contida",[107] pois, como visto, o aumento de custos a partir de demandas que não seriam propostas de outra forma não atende à exigência de eficiência administrativa.[108] Assim, conquanto a tutela coletiva possa ser considerada a melhor alternativa se o único critério adotado é o acesso à justiça na sua dimensão positiva (racionalidade material),[109] sua adequação à racionalidade atualmente preponderante no direito concorrencial e no processo civil precisa ser analisada com cautela.

Em relação ao direito brasileiro, porém, essa análise precisa partir do pressuposto de que efetivamente já há a possibilidade de que demandas coletivas sejam propostas em situações nas quais não haveria incentivos para a propositura de demandas individuais. Assim, o problema que se coloca sob o prisma da eficiência vai além do que foi exposto acima: nos casos em que há incentivo suficiente para propositura de demandas individuais, elas apenas podem ser evitadas se a demanda coletiva for procedente.[110] Em caso de improcedência (art. 103, § 2º, CDC),[111] teoricamente apenas seriam obstadas as demandas individuais em que os prejudicados tenham aderido à demanda coletiva em litisconsórcio

---

[106] Seria diferente caso se analisasse a possibilidade de ampliação de tutela em um contexto no qual se identificasse a existência de capacidade ociosa no âmbito do Poder Judiciário – havendo custos para a manutenção dessa capacidade, não expandir o âmbito de tutela é que seria ineficiente.

[107] ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais:* para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 45.

[108] Ver notas 102 e 103.

[109] Ao aplicar a proporcionalidade panprocessual, Sérgio Arenhart toma como pressuposto a necessidade de que a tutela jurisdicional seja prestada de modo que "[…] o acesso oferecido [ao Poder Judiciário] (aí incluída a resposta) seja o mais aderente possível àquilo que seria obtido se não houvesse a necessidade de intervenção judicial" [ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais:* para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 32]. A preponderância desse valor em relação aos demais, uma vez que não é identificada na racionalidade instrumental presente nos âmbitos do direito examinados, não é objeto de análise nesta tese.

[110] Ademais, aqueles que propuseram demandas individuais não serão beneficiados pela demanda coletiva salvo se formularem pedido nesse sentido (art. 104, CDC).

[111] Por isso, Sérgio Arenhart afirma que: "se, para o Poder Judiciário, o interesse das ações de classe está na padronização das decisões sobre uma certa matéria e na inviabilização da multiplicação de demandas repetidas, a solução do direito positivo [quanto à tutela coletiva] é francamente insuficiente" [ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais:* para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 362].

(art. 94, CDC).[112] Desse modo, em muitos casos, o ganho de eficiência decorrente da eliminação de demandas individuais pela tutela coletiva não se verificaria; pelo contrário, o sistema suportaria o custo da demanda coletiva mais o das demandas individuais propostas em relação às mesmas questões.

Esse tratamento conferido à vontade individual na disciplina da tutela coletiva, porém, é menos restritivo que aquele observado em relação a outras técnicas processuais, em particular quanto aos mecanismos processuais voltados às demandas repetitivas:[113] a limitação estabelecida por esses mecanismos em relação à vontade individual, ainda que semelhante àquela que há na tutela coletiva quanto à propositura da demanda, é mais intensa quanto à suspensão do processo e à vinculação à tese jurídica.[114] Diante disso, é possível reconhecer que a não vinculação da pretensão individual à demanda coletiva não mais se justifica a partir da preservação da vontade individual como requisito de coerência interna do ordenamento jurídico (racionalidade formal).

Isso é reforçado pelo fato de que o NCPC confere tratamento "ambíguo" em relação à vontade individual, adotando tanto soluções que a ampliam quanto soluções que a limitam significativamente. Trata-se de uma aparente contradição que também não pode ser compreendida sob a perspectiva da racionalidade formal. No entanto, ambas as soluções podem ser explicadas a partir de um critério de eficiência: o âmbito de manifestação da vontade individual é ampliado quando reduz custos (como é o caso dos mecanismos consensuais e da arbitragem, que podem evitar demandas judiciais); mas é restringido quando sua preservação implica o comprometimento da eficiência administrativa (como é o caso do IRDR, julgamentos de recursos repetitivos,

---

[112] Ver nota 121.

[113] Nesse sentido, Sérgio Arenhart identifica "[…] uma tendência geral da legislação nacional a diminuir a liberdade do indivíduo em ajuizar a sua ação individual" [ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais:* para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 366].

[114] Enquanto o resultado desfavorável da tutela coletiva não se impõe ao indivíduo, a tese jurídica formulada no IRDR se aplica aos casos presentes e futuros (art. 985, NCPC). Aplica-se, quanto a esse mecanismo, uma restrição ao exercício individual do direito de ação semelhante à preconizada por Sérgio Arenhart a partir da tutela coletiva: "[…] a opção pela proteção individual ou coletiva dos interesses deve sujeitar-se a uma ponderação com os interesses da administração da justiça, de prestar o serviço 'justiça' com eficiência. Vale dizer que a opção pela tutela coletiva ou individual desses ditos direitos de massa não pode ser deixada ao livre critério do titular do direito, à luz de sua autonomia privada. [...] A proteção dos interesses individuais, portanto, deve estar sujeita à ponderação, feita pelo Estado, sobre a adequação da manutenção de várias demandas seriais – com o consequente acúmulo da estrutura jurisdicional e os efeitos nocivos decorrentes – ou a apresentação de uma ação coletiva, em que todos esses direitos (e sua lesões ou ameaças) sejam levados a uma só análise" [ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais:* para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 44].

improcedência liminar do pedido,[115] etc.).[116] A preponderância da racionalidade instrumental também contribui para explicar a preferência do sistema processual pela utilização desses mecanismos de gerenciamento de demandas seriais em relação à tutela coletiva:[117] a vinculatividade muito mais ampla desses mecanismos serve como filtro mais eficiente ao volume de processos, reduzindo os custos de operação da máquina judiciária.[118]

Não obstante, em relação à tutela reparatória de danos decorrentes de infrações à ordem econômica, o ganho de eficiência proporcionado por esses mecanismos é limitado, na medida em que eles abrangem apenas questões de direito. Assim, eles não impedem, nos casos em que há questões de fato comuns, que os prejudicados e a máquina judiciária incorram em custos que poderiam ser evitados, como os decorrentes da multiplicação (i) do número de demandas individuais, ampliando o número de processos; (ii) de providências instrutórias, ampliando o custo e o tempo dispendido com cada pretensão individual; e (iii) de decisões diferentes sobre a mesma questão, ampliando o número de recursos.

Desse modo, considerando que a tutela reparatória examinada costuma envolver diversas questões de fato – em relação às quais a produção de prova é custosa tanto para os prejudicados quanto para o Poder Judiciário –, a solução seria a possibilidade de coletivização dessas questões[119] e, ainda, nesse caso, a obrigatoriedade de suspensão dos

---

[115] Nesse sentido, ver ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais:* para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 365.

[116] Nesse sentido, ao tratar da súmula impeditiva de recurso (art. 518, § 1º, CPC/73) e do julgamento liminar de improcedência (art. 285-A, CPC/73), Arenhart afirma se tratarem de situações que "[…] representam manifesta limitação à autonomia privada […]" e conclui que "[…] a proteção dada ao indivíduo no sistema atual não é tão ampla como se imagina" [ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais:* para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 365]. Destacam-se, ainda, em relação a esse ponto, o art. 976, § 1º, NCPC, que prevê que "a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente", levando à intervenção do MP (art. 976, § 2º, NCPC); e o art. 998, parágrafo único, NCPC, que estabelece que a desistência do recurso não impede a análise da questão repetitiva.

[117] Essa preferência não pode ser compreendida a partir dos critérios de preservação da vontade individual (racionalidade formal) e de maximização da efetividade (racionalidade material), uma vez que ambas são favorecidas pela tutela coletiva em relação aos mecanismos gerenciais.

[118] Em alguma medida, isso poderia ajuda a explicar o paradoxo apontado por Sérgio Arenhart: "paradoxalmente, então, vê-se o Poder Judiciário diminuir o campo de atuação da tutela coletiva e, ao mesmo tempo, encontrar alternativas interpretativas para poder gerir a quantidade de casos idênticos que lhe é submetida" [ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais:* para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 77].

[119] É o que se verifica em outros ordenamentos jurídicos nos quais se prevê a agregação tanto para questões de fato quanto para questões de direito. Nesse sentido, merecem destaque: a *Group Litigation Order – GLO* do direito britânico (CPR 19.10) [ver ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on civil procedure*: principles of practice. 3 ed. London: Sweet and Maxwell, 2013, p. 676-683] e o *Musterverfahren* (procedimento-modelo

processos individuais pendentes,[120-121] bem como a vinculação dos casos futuros.[122] Essa solução, eventualmente específica em relação ao direito concorrencial,[123] poderia ser atingida fundamentalmente de duas formas: (i) criação de um incidente, semelhante ao IRDR, para as questões fáticas; (ii) previsão de que a própria propositura de demanda coletiva implique a suspensão demandas individuais que versem sobre as mesmas questões de fato.[124] Em ambos os casos, as demandas individuais deveriam ser obrigatoriamente suspensas;[125] e a possibilidade de desvinculação ao resultado deveria ser bastante restrita,[126] inclusive em relação a futuras demandas individuais.[127] O controle do incidente

---

alemão) [ver CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo.* v. 32, n. 147, p. 123-146, mai 2007, p. 132].

[120] É o que ocorre no *Musterverfahren* [CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo.* v. 32, n. 147, p. 123-146, mai 2007, p. 136].

[121] O STJ, a partir de analogia com o regime de repetitivos, tem entendido que a propositura de demanda coletiva pode suspender as demandas individuais [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.110.549 – RS. Relator Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 28 de outubro de 2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.353.801 – RS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 14 de agosto de 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.457.199 – RS. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 12 de novembro de 2014].

[122] A vinculação de casos futuros pode ser estabelecida pelo juiz na *GLO* (CPR 19.12(1)) [ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on civil procedure*: principles of practice. 3 ed. London: Sweet and Maxwell, 2013, p. 680-681].

[123] Note-se, por exemplo, que o *Musterverfahren* foi concebido para ser utilizado de forma específica no âmbito da tutela de investidores no mercado de capitais [CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo.* v. 32, n. 147, p. 123-146, mai 2007, p. 131].

[124] Desde a perspectiva dos prejudicados, os incentivos criados por essas soluções, quanto ao custo da atividade instrutória, seriam semelhantes. Contudo, enquanto no incidente os custos poderiam ser compartidos entre os interessados, na tutela coletiva eles seriam "socializados". Atualmente, este também é o regime do IRDR (art. 976, § 5º, NCPC). Quanto à repartição de custos no *Musterverfahren,* ver CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo.* v. 32, n. 147, p. 123-146, mai 2007, p. 142. Em relação à *GLO*, ver ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on civil procedure*: principles of practice. 3 ed. London: Sweet and Maxwell, 2013, p. 681-683.

[125] A suspensão obrigatória não obstaria a concessão de tutela de urgência, tal como previsto em relação ao IRDR pelo art. 982, § 2º, NCPC.

[126] Nesse sentido, Sérgio Arenhart sustenta que: "a análise coletiva dessas questões comuns […] deverá ser aplicada aos processos individuais, posteriormente, como pressuposto inquestionável para o seu exame" [Arenhart, direito individuais, p. 369]. No mesmo sentido, o autor afirma que "[…] no procedimento de coletivização de questão, a análise feita sobre a matéria comum (aos vários processo individuais) impõe – concluído esse julgamento, ou seja, tornando-se irrecorrível essa decisão – sua aceitação pelos demais órgãos do Judiciário, em casos nos quais a mesma questão seja apresentada [ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais:* para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 375].

[127] Tal como ocorre em relação ao próprio IRDR, haveria uma presunção de aplicabilidade, suportando a parte o ônus de demonstrar que a decisão da questão "coletiva" não é aplicável "[...] porque está em situação distinta daquela que foi examinada na coletivização, ou porque o representante do grupo não defendeu adequadamente os seus interesses" [ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais:* para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 379].

de coletivização ou da demanda coletiva seria realizado por meio da participação de representantes e interessados,[128] à exemplo do que ocorre no IRDR (art. 983, NCPC).[129]

DIRETRIZ 2: As técnicas negociais entre poder público e infratores e a utilização de sanções positivas – desde que observada a relação custo-benefício – são adequadas ao fortalecimento do *private enforcement.*

A adoção de uma racionalidade instrumental na concepção e aplicação de normas jurídicas nos ramos do direito examinados implica que, para serem adequadas à tutela reparatória de danos causados por infrações à ordem econômica, as técnicas processuais devem considerar, além de outros aspectos que fogem ao objeto desta tese: (i) os custos e benefícios econômicos que sua adoção pode gerar para os prejudicados; (ii) a gestão dos escassos recursos da máquina judiciária, tendo por objetivo, simplificadamente, "[...] a redução dos custos diretos de resolver disputas (ou um aumento no número de disputas resolvidas a partir de um orçamento fixo) [...]".[130] A primeira consideração pressupõe, particularmente em relação ao direito concorrencial, que a ação dos indivíduos é orientada economicamente[131] e que eles proporão demandas apenas caso o benefício esperado seja maior do que os custos suportados. A segunda consideração reconhece que "em dado momento, o Judiciário, tal como uma indústria, tem uma dada capacidade de produção"[132] que corresponde, de modo simplificado, à quantidade de casos julgados.[133]

Diante disso, a técnica processual ótima seria aquela que, simultaneamente, reduzisse custos para os prejudicados e para a estrutura administrativa, sem reduzir os benefícios esperados. Trata-se, porém, de uma solução difícil de ser encontrada na

---

[128] Sobre essa participação no *Musterverfahren*, ver CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo.* v. 32, n. 147, p. 123-146, mai 2007, p. 135.
[129] Sobre essa questão, ver Diretriz 5.
[130] DAM, Kenneth W. Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, and Conflict of Interest. *The Journal of Legal Studies*, v.4, n.1, p. 47–73, 1975, p. 48. Tradução livre de: "the reduction of the direct costs of resolving disputes (or an increase in the number of disputes resolved with a fixed budget)".
[131] Ver WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 64.
[132] DAM, Kenneth W. Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, and Conflict of Interest. *The Journal of Legal Studies*, v.4, n.1, p. 47–73, 1975, p. 50. Tradução livre de: "at any given time the judiciary has a given output capacity, much like an industry".
[133] DAM, Kenneth W. Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, and Conflict of Interest. *The Journal of Legal Studies*, v.4, n.1, p. 47–73, 1975, p. 50.

prática:[134] a redução de custos para os prejudicados tende a aumentar o número de demandas e, consequentemente, considerando que o Poder Judiciário opera em sua capacidade máxima (ao menos teoricamente), a manutenção da qualidade de sua atuação exigirá uma custosa ampliação dessa capacidade; por outro lado, técnicas que reduzem o custo da máquina judiciária também podem implicar o risco de redução na qualidade das decisões [135] e, consequentemente, afetar o benefício esperado pelos prejudicados, desestimulando-os a propor demandas.

As soluções que têm sido adotadas com o objetivo de fazer frente a essas dificuldades são, de modo geral, não apenas técnicas que "racionalizam" as estruturas e as atuações administrativa e jurisdicional,[136] tal como as examinadas na primeira diretriz, como também técnicas que estimulam soluções negociadas entre os litigantes ou entre administração e administrado – pressupondo, nesses casos, a preponderância de um agir economicamente orientado.

Os exemplos que se conformam à adoção de soluções negociadas são inúmeros e muito variados: de um lado, pode-se mencionar as diversas técnicas de desjudicialização ou, em um sentido mais amplo, desestatização;[137] de outro, merecem destaque as diversas sanções positivas [138] previstas pelo sistema como forma de induzir comportamentos

---

[134] Um exemplo de técnica que produz uma relevante redução de custos para os prejudicados e para a máquina judiciária é, especialmente no âmbito da tutela coletiva, a reparação direta dos prejudicados por meio de tutela específica pecuniária. Nesse caso, seriam eliminados os custos de propositura e julgamento de diversas demandas e execuções individuais que seriam substituídas por meras habilitações e, quando necessário, impugnações. O maior custo de monitoramento, por sua vez, poderia ser enfrentado por meio da designação de um terceiro privado de confiança do juízo para desempenhar tal função, de modo similar ao que ocorre em relação ao administrador na recuperação judicial. Em menor medida, ganhos de eficiência também ocorrem quando a sentença de condenação genérica fixa os danos globalmente causados e estabelece prazo para habilitação de interessados (como ocorre em relação ao art. 100, CDC) [TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 95].

[135] Trata-se do *trade-off* entre quantidade e qualidade na prestação jurisdicional apontado por DAM, Kenneth W. Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, and Conflict of Interest. *The Journal of Legal Studies*, v.4, n.1, p. 47–73, 1975, p. 50-51.

[136] Exemplificativamente: adoção de "precedentes", guias e resoluções; mecanismos de julgamento por amostragem; indeferimento liminar de demandas ou processamento sumário de pedidos; redução das hipóteses de julgamento colegiado; eliminação de obrigatórios e de meios de impugnação, definição clara de competências entre diferentes órgãos, etc.

[137] Como, entre outros, (i) mecanismos consensuais de solução de controvérsias; (ii) arbitragem; (iii) monitoramento de obrigações impostas em atos de concentração por um terceiro privado; (iv) escolha, de comum acordo entre as partes, do perito e do mediador; e (v) celebração de outros negócios jurídicos processuais em geral.

[138] Sobre os mecanismos sancionatórios indutivos, ver TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 168 e ss.

economicamente racionais por parte dos infratores,[139] inclusive permitindo que o Cade possa negociar com eles, celebrando acordos de leniência e TCCs. Na medida em que apenas estas envolvem relações negociais entre poder público e infratores, aquelas não serão examinadas, por extrapolarem o objeto da diretriz ora examinada.

Pois bem. Essas técnicas, que ocupam lugar de destaque na atuação do Cade como forma de detectar ilícitos e evitar determinados custos da atuação repressiva (como a cobrança judicial da multa), têm, de fato, um acentuado caráter negocial: no TCC, além da cessação da conduta e da contribuição pecuniária, podem ser estabelecidas outras obrigações que o Cade julgar cabíveis; no acordo de leniência, para a extinção ou redução da multa, exige-se que a SG não disponha de provas suficientes para garantir a condenação e que o infrator coopere "plena e suficientemente" com as investigações.

Nesse mesmo sentido, em relação aos infratores que celebrarem acordos com o Cade podem ser estipulados (i) requisitos adicionais que impliquem comportamentos facilitadores da reparação de danos e (ii) benefícios adicionais que "premiem" esses infratores quanto a aspectos relacionados à reparação de danos. Note-se que não apenas esses requisitos e benefícios não são mutuamente excludentes como, também, a partir de um critério de eficiência e do pressuposto de que há um equilíbrio em relação aos mecanismos existentes, devem ser utilizados conjuntamente como parte da estratégia "negocial" da autoridade concorrencial.

Duas recentes propostas de alteração do art. 47, LDC, contribuem para elucidar aspectos relativos à utilização de estímulos negociais no âmbito da relação entre os acordos celebrados pelo Cade e a tutela reparatória de danos causados por condutas anticompetitivas: o PLS 283/2016 e a Consulta Pública Cade 05/2016.

O PLS 283/2016, de autoria do Senador Aécio Neves, tem como ponto de partida a previsão de que "os prejudicados terão direito ao ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas no art. 36, § 3º, I e II [LDC]".[140] No entanto, prevê uma sanção positiva ao estabelecer que tanto essa previsão quanto a de responsabilidade solidária pelos danos causados não se aplicam aos signatários de acordo de leniência ou TCC. No primeiro caso, ademais, estabelece como condição que

[139] No âmbito do processo civil são exemplos: (i) isenção de multa em caso de cumprimento espontâneo da sentença; (ii) isenção de custas processuais no caso de cumprimento do mandado monitório; (iii) isenção de custas em caso de desistência da demanda após a publicação de acórdão paradigma, se antes da contestação, entre outras.

[140] Os dispositivos dizem respeito a condutas colusivas entre concorrentes, dentre as quais se destaca a formação de cartel.

o infrator tenha (i) cumprido as obrigações impostas pelo Cade e (ii) entregue "documentos que permitam ao CADE a estimação do dano decorrente da infração à ordem econômica". Essa última previsão, mantendo a lógica negocial presente na troca de informações pela extinção da pretensão punitiva, procura atrelar a redução do valor da reparação ao fornecimento de elementos probatórios suficientes para o cálculo do dano.[141] Essa solução procura preservar o equilíbrio existente no modelo atual do acordo de leniência ao condicionar um novo benefício a uma nova cooperação. Com isso não se criam requisitos adicionais para a celebração do acordo de leniência, ainda que indiretamente se estimule essa celebração por meio da possibilidade de acesso, ainda que condicionado, a outro benefício (reparação simples).[142] Nesse sentido, afirma-se, na justificação do PLS 283/2016, que a isenção quanto à reparação em dobro "[...] introduz um estímulo adicional para que o autor da infração colabore com a investigação do CADE, seja por meio do acordo de leniência, ou seja pelo termo de compromisso de cessação de prática".[143]

A Consulta Pública Cade 05/2016,[144] por sua vez, prevê solução semelhante, porém restrita ao signatário do acordo de leniência, prevendo que ele não responderá solidariamente pelos danos causados, tampouco será obrigado a repará-los em dobro.[145] Contudo, a proposta elaborada pelo Cade não prevê a necessidade de cooperação adicional por parte do signatário, exigindo que ele forneça provas ou repare os lesados para fazer jus a esses benefícios adicionais. Essa ausência é significativa porque, ao justificar a solução adotada, a exposição de motivos do Cade faz referência ao direito estadunidense, mencionando expressamente que, nesse sistema, a concessão desses benefícios (e a própria

---

[141] Nesse sentido, em seu parecer à CCJ, o Senador Antônio Anastasia explica: "o estímulo à leniência reside justamente no fato de que o infrator leniente que colabore com a investigação, de modo a quantificar exatamente o prejuízos causado, não será obrigado a ressarcir a vítima em dobro, mas apenas no exato montante do dano provocado" [BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016. Relator: Senador Antonio Anastasia Senado Federal, Brasília, DF, 21 de setembro de 2017, p. 4].

[142] Como a isenção quanto à responsabilidade solidária não foi condicionada, o PLS 283/2016 cria, em verdade, um estímulo adicional à celebração de acordo de leniência.

[143] BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 283/2016. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica Autor: Aécio Neves. *Senado Federal*, Brasília, DF, 06 de julho de 2016. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392, p. 6.

[144] A Consulta Pública SDE 17/2011, ainda que menos elaborada, consistia em uma minuta de projeto de lei que, entre outras coisas, previa (i) o direito dos prejudicados ao ressarcimento em dobro dos danos causados por infrações à ordem econômica; e (ii) a não aplicação do ressarcimento em dobro aos signatários de acordo de leniência [BRASIL. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Consulta Pública nº 17/2011. Altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 e a Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994. Minuta de Projeto de Lei. Brasília, DF, 2016].

[145] Outra diferença relevante decorre do fato de que a redação da proposta apresentada pelo Cade se refere à não aplicação da repetição de indébito do art. 42, CDC, ao signatário do acordo, ao invés de, como faz o PLS 283/2016, estabelecer essa possibilidade de forma geral no âmbito do direito antitruste.

celebração da leniência) pressupõe a cooperação do infrator em prol da reparação dos prejudicados.[146] Desse modo, ainda que no Brasil seja sensível a questão de condicionar a leniência à reparação,[147] considerando que se oferece um benefício adicional ao signatário em relação ao direito positivo vigente (ausência de solidariedade), não parece ser eficiente – especialmente diante do reportado sucesso do programa – deixar de exigir, em troca, cooperação adicional que, compensando a ausência de solidariedade, possa de outra forma beneficiar os prejudicados.

Outra possível técnica – que, conquanto de direito material, teria reflexos sobre o sistema processual – seria a concessão de benefícios aos infratores que reparassem os danos causados, como a redução da multa administrativa (em processo administrativo) ou da contribuição pecuniária (em TCC e acordo de leniência). Sendo certo que aspectos relacionados à reparação de danos – como a vantagem auferida pelo infrator, o grau de lesão a terceiros e os efeitos negativos produzidos no mercado – já são considerados para fins de fixação de multa no procedimento administrativo (art. 45, LDC),[148] seria possível partir deles para conceber sanções positivas em relação aos infratores.[149] Com isso, a reparação dos prejudicados, ou mesmo sua facilitação[150] por parte dos infratores, poderia ser negociada pelo Cade em troca de um benefício, como a redução da sanção

---

[146] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Consulta Pública nº 05/2016. Disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011. Exposição de motivos. Brasília, DF, 2016, p. 15-16.

[147] Ver Diretriz 3.

[148] Com esse fim, o Cade poderia editar resolução ou acrescentar artigos ao seu regimento interno para disciplinar o art. 45, LDC, e as outras previsões legais aplicáveis – tal como ocorre com os parâmetros de redução da contribuição previstos em relação ao TCC (art. 227, RICade) e à leniência (art. 250, § 3º, RICade).

[149] A Consulta Pública SDE 17/2011, previa a imposição de uma sanção negativa voltada à reparação: que a decisão do Cade obrigasse o infrator a reparar os lesados, possuindo "caráter executivo em relação aos consumidores prejudicados" [BRASIL. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Consulta Pública nº 17/2011. Altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 e a Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994. Minuta de Projeto de Lei. Brasília, DF, 2016]. Mesmo que sem a alteração legislativa proposta, o art. 38, VII, LDC (correspondente ao art. 24, V, Lei 8.884/1994), já prevê que o Cade pode impor ao infrator, além da multa, "qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica": como a transferência ilícita de riqueza e o prejuízo causado pela infração aos agentes econômicos são efeitos extremamente nocivos à ordem econômica, é preciso reconhecer a possibilidade de que o Cade condene os infratores a reparar os danos causados, ainda que de forma genérica. O tema poderia receber disciplina mais detalhada por meio de resolução. Sobre a possibilidade de compensação pública no direito brasileiro, ver CAMARGO GOMES, Adriano. Public compensation in Brazilian competition law: a mechanism to enhance the effectiveness of enforcement. p. 479-498. In: *Ideias em competição*: 5 anos do prêmio IBRAC-TIM. São Paulo: Singular, 2015. Note-se, ademais, que essa medida reforçaria a solução "negocial" proposta, uma vez que aumentaria a probabilidade de que o infrator efetivamente tivesse que reparar os danos causados. Não obstante, é preciso reconhecer que a imposição da obrigação pelo Cade teria efeito semelhante ao de uma condenação genérica (reclamando a liquidação e execução da obrigação pelos prejudicados), com a agravante de que, por se tratar de título judicial, a cognição tenderia a ser mais ampla, implicando uma solução mais demorada e mais custosa.

[150] Nesses casos, poderia haver a utilização de mecanismos consensuais ou, eventualmente, de arbitragem.

administrativa. A vantagem para o infrator consistiria na possibilidade de pagar uma multa (ou contribuição pecuniária) reduzida, evitando o risco de pagar o valor integral da multa e, ainda, ser obrigado judicialmente a reparar os danos causados.[151] Em relação ao *private enforcement*, essa solução tem a vantagem de reduzir a necessidade de propositura de demandas judiciais, desonerando o Poder Judiciário e reduzindo os custos dos prejudicados para obter reparação. Além disso, caso não ocorram habilitações individuais que totalizem o valor pago pelo infrator, o saldo remanescente teria o mesmo destino da multa administrativa e da reparação fluida: o recolhimento ao FDD.

DIRETRIZ 3: As técnicas processuais devem considerar – quer em relação à propositura de demandas, quer em relação à prestação jurisdicional – suas consequências e suas repercussões sistêmicas.

As racionalidades formal e material preponderantes em momentos históricos anteriores do processo civil pautam-se por ações racionais com relação a valores: a coerência interna, no primeiro caso, e a justiça material, no segundo, são perseguidas como fins em si mesmas. Diferentemente, a racionalidade instrumental se pauta por ações racionais com relação a fins: não basta apenas a eleição de meios (ou técnicas) adequados aos fins pretendidos; é preciso analisar também diferentes fins possíveis e suas consequências.[152] Sob essa perspectiva, a ação racional com relação a valores e, portanto, a elaboração de técnicas que busquem a coerência interna ou a justiça material, é, em verdade, vista como irracional, porque, ao tomarem esses valores como fins em si mesmos, ignoram suas possíveis consequências.[153] Não por acaso, as referências à racionalização da prestação jurisdicional e da máquina judiciária são muito comuns no período de preponderância da racionalidade instrumental.[154] Racionalizar significa, entre outras coisas, considerar as consequências das normas jurídicas e de sua aplicação.

---

[151] Para que esse comportamento do infrator seja racional, porém, é necessário que ele tenha incentivos adequados – entre eles o de reconhecer uma alta probabilidade de condenação, na esfera judicial, a reparar os danos causados. Sobre isso, ver HVIID, Morten; PEYSNER, John. Comparing Economic Incentives across EU Member States. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222, p. 205-207.

[152] Ver WEBER, Max. *Economy and Society*: an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 24-26.

[153] WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 26.

[154] Nesse sentido, sustentando que o uso de precedentes confere maior eficiência ao Poder Judiciário, Marinoni afirma que: "o respeito aos precedentes é imprescindível para a atribuição de racionalidade ao

Assim, não se trata apenas de conceber técnicas a partir de valores preestabelecidos que, quando aplicadas, tendem a atender tais valores; trata-se de conceber técnicas com vistas às consequências que elas podem produzir em relação aos prejudicados e ao funcionamento da máquina judiciária, reconhecendo-se a possibilidade de não aplicá-las caso suas consequências sejam indesejáveis. Em diversas situações, o resultado quanto à eficiência administrativa decorrente de determinada técnica, ainda que plausível, pode ser indeterminado em abstrato, dependendo da análise das circunstâncias do caso concreto para seu estabelecimento.[155] Por isso, a formalização (com vistas ao aumento da coerência interna do direito) ou a desformalização (com vistas ao aumento da efetividade do direito material) não podem ser estabelecidas previamente como características necessárias das técnicas processuais: a partir dos elementos analisados nas diretrizes anteriores, o recurso à forma ou sua eliminação será uma decorrência da possibilidade de, com isso, aumentar a eficiência da máquina judiciária e os estímulos para a propositura de demandas por parte dos prejudicados.

Como visto anteriormente, a análise dessa possibilidade leva em consideração especialmente duas consequências da adoção de novas técnicas processuais: a redução de custos (recursos e tempo dispendidos) e o aumento de benefícios (número de casos decididos ou *quantum* da reparação) – ambos entendidos em uma dupla dimensão, considerando a máquina judiciária e os prejudicados. No caso específico da concepção de técnicas processuais para a tutela reparatória no âmbito do direito concorrencial, devido à incipiência de demandas nesse âmbito, essa análise precisa ser feita a partir de um cenário contrafactual em que são analisadas as possíveis consequências do eventual aumento no número de demandas:[156] caso elas alcancem um número significativo, quais técnicas seriam adequadas para minimizar os custos dos prejudicados e da máquina judiciária, sem comprometer de forma significativa a qualidade das decisões?

Exemplo dessa análise – ainda que realizada de forma limitada, uma vez que a eficiência não foi analisada sob a perspectiva da máquina judiciária – pode ser identificado na justificação do PLS 283/2016: primeiro, ao afirmar que, "no Brasil, a incipiência desse

---

sistema [jurídico]" [MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 190].

[155] Nesse sentido, em relação às demandas coletivas, Kenneth Dam afirma que "o resultado da eficiência administrativa pode ser indeterminado *ex ante*". Tradução livre de: "The administrative-efficiency outcome may be indeterminate ex ante" [DAM, Kenneth W. Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, and Conflict of Interest. *The Journal of Legal Studies*, v.4, n.1, p. 47–73, 1975, p. 50].

[156] Esse aumento, como dito, vem sendo identificado como uma tendência pela doutrina [ver nota 2].

tipo de ação [reparatória de danos causados por infração à ordem econômica] pode ser justificada pelo seu alto custo e morosidade";[157] depois, ao conceber, como solução "para reverter tal tendência", o ressarcimento em dobro nos casos de cartel e a possibilidade de utilização da decisão do Cade para fins de concessão da tutela da evidência.[158] Sem adentrar no mérito das técnicas propostas, é possível perceber que há uma correlação entre elas e as consequências esperadas, procurando maximizar benefícios e reduzir custos dos prejudicados.

Além disso, decorre da orientação às consequências a necessidade de analisar de forma conjunta as técnicas propostas: para estimar os resultados e as possíveis externalidades na adoção de determinadas técnicas, é imprescindível que elas sejam consideradas em sua relação com as demais técnicas existentes e propostas. Caso as técnicas fossem concebidas a partir de valores tomados como fins em si mesmos, o seu resultado seria, na grande maioria dos casos, a promoção desses valores.[159] Sob essa perspectiva, considerar as técnicas de forma isolada ou conjunta poderia ter pouca implicação quanto ao atingimento do valor eleito. Diferentemente, quando as técnicas não são orientadas a partir de valores últimos, mas a partir da relação entre eles e suas consequências, a interação entre as técnicas assume particular relevância: os custos e benefícios esperados da demanda reparatória tendem a ser calculados pelos prejudicados de maneira global, levando em consideração toda a plêiade de técnicas existentes; o mesmo se diga com relação à repercussão quanto aos custos da máquina judiciária, que serão consequência dos resultados produzidos pela interação entre as diferentes técnicas.[160]

---

[157] BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 283/2016. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica Autor: Aécio Neves. *Senado Federal*, Brasília, DF, 06 de julho de 2016. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392, p. 5.

[158] BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 283/2016. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica Autor: Aécio Neves. *Senado Federal*, Brasília, DF, 06 de julho de 2016. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392, p. 5.

[159] De modo simplista, é possível utilizar como exemplo a decisão de demanda para concessão de medicamentos a partir de diferentes racionalidades. No caso da racionalidade formal, inexistindo previsão expressa nesse sentido, o medicamento tende a não ser concedido. Na racionalidade material, a partir de pressupostos de justiça, a conclusão tende a ser a oposta. Diferentemente, no caso da racionalidade instrumental, deveriam ser analisados os custos dessa medida, para que, então, pudesse ser decidida a concessão ou não do medicamento.

[160] Note-se, porém, que em relação ao magistrado individualmente considerado, é de se esperar dificuldades para a realização de cálculos com esse sentido. Analisando esse tema em relação à certificação de *class actions* no direito estadunidense, ver DAM, Kenneth W. Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, and Conflict of Interest. *The Journal of Legal Studies*, v.4, n.1, p. 47–73, 1975, p. 51-54.

Um exemplo nesse sentido foi a análise realizada em um dos mais extensos relatórios elaborados no âmbito da União Europeia, com a finalidade de estudar as possibilidades e os limites decorrentes de técnicas processuais voltadas à tutela reparatória no direito concorrencial. Para examinar as possíveis consequências das técnicas, elas foram consideradas em sua interação com as demais, a partir da criação de diferentes cenários em que os diversos custos delas decorrentes puderam ser quantificados de forma conjunta.[161]

Deve-se destacar que a diretriz ora examinada, mais do que servir para a concepção de técnicas, impõe um filtro quanto à adequação delas à tutela reparatória de danos concorrenciais no direito brasileiro. Esse filtro assume particular relevância devido às tendências de internacionalização, harmonização e convergência presentes no direito da concorrência: a proposta de técnicas que consistam em "transplantes jurídicos" deve, necessariamente, considerar sua adequação em relação às demais técnicas existentes no ordenamento jurídico, bem como as consequências que podem ser produzidas.[162]

Nesse sentido, talvez o melhor exemplo, inclusive porque reconhecido pela doutrina, diz respeito aos riscos decorrentes da interação entre o programa de leniência e a reparação de danos – tema que é particularmente relevante quando são considerados os transplantes jurídicos. De fato, à primeira vista poderia parecer óbvia a solução utilizada no direito estadunidense, de exigir do signatário do acordo a reparação dos prejudicados: aparentemente, ela reduziria substancialmente os custos para se obter a reparação tanto em relação aos prejudicados quanto em relação à máquina judiciária, uma vez que eliminaria a necessidade de propositura de demandas individuais. Essa conclusão, porém, tem como pressuposto uma realidade em que o infrator já inclui a reparação de danos no custo da celebração de acordos de leniência.[163] Do contrário, tal como ocorre no Brasil, devido à incipiência das demandas reparatórias no direito antitruste, a consequência da adoção dessa

---

[161] Com essa finalidade estabeleceu-se uma escala de 1 a 5 para "medir" cada um dos custos e dos benefícios decorrentes dos cenários examinados [RENDA, Andrea (Coord.). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios.* Relatório para a comissão europeia. Bruxelas, Roma e Roterdã: European Commission, 2007, p. 545 e ss].

[162] Afinal, é aplicável ao tema o alerta de Mariana Prado: "transplantes jurídicos fazem como que diferentes sistemas jurídicos aparentem ser superficialmente similares. Contudo, para além da superfície, frequentemente, há diferenças consideráveis. Quando imersas em diferentes sistemas políticos, as instituições transplantadas divergem de seus modelos originais". Tradução livre de: "legal transplants make different legal systems appear superficially similar. However, beneath the surface there are often considerable differences. When immersed in a different political system, transplanted institutions diverge from their original models" [PRADO, Mariana Mota. Presidential dominance from a comparative perspective: the relationship between the executive branch and regulatory agencies in Brazil. In: Rose-Ackerman, Susan; Lindseth, Peter L. (orgs.). *Comparative Administrative Law.* Cheltenham: Edward Elgar, 2010, p. 225-245, p. 241].

[163] Ver também a análise realizada na Diretriz 2.

técnica poderia ser, a depender de outros fatores, o desestímulo ao programa de leniência.[164]

Diante do exposto, é possível perceber que, apesar de a orientação às consequências e o tratamento conjunto das técnicas processuais complexificarem a análise de soluções relativas ao *private enforcement*, eles são aspectos imprescindíveis para que essa análise seja adequada à racionalidade instrumental preponderante.

DIRETRIZ 4: A clareza e a especificidade das técnicas processuais e o domínio técnico para sua aplicação são condições necessárias para o *private enforcement*.

A doutrina do direito processual costuma reconhecer, a partir do disposto no art. 5º, XXXV, e § 1º, CF/88, a existência de um direito à técnica processual adequada.[165] Nesse sentido, como explica Flávio Yarshell, "[...] os remédios [processuais] devem ser encarados sob o prisma da cobertura geral, que se contém na garantia constitucional da inafastabilidade da ação, e que, sob essa óptica, é *atípica* [...]".[166] A partir disso, haveria um dever do Estado, correspondente ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, que compreende o direito à técnica processual adequada e que, conforme explica Marinoni, "[...] não se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige contra o Estado-Juiz".[167] Consequentemente, o cidadão teria direito "[...] a um determinado *comportamento* judicial que seja capaz de conformar a regra processual com as necessidades do direito material e dos casos concretos".[168]

Assim, a antinomia (ou a lacuna) decorrente da previsão do direito à tutela jurisdicional efetiva pelo art. 5º, XXXV, CF/88, e da disposição, pela legislação infraconstitucional, de técnicas processuais que não são adequadas para a tutela do direito material seria resolvida em favor da primeira, exigindo-se a construção de técnicas específicas adequadas ao direito material. De forma semelhante, a existência de duas interpretações razoáveis, sob o prisma constitucional, de determinada regra processual,

---

[164] Evidentemente, caso haja uma mudança nesse contexto de incipiência, essa técnica pode se tornar adequada.
[165] MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 129 e ss.
[166] YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 195.
[167] MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 171.
[168] MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 171.

deveria implicar a escolha que implicasse uma maior efetividade. Nas palavras de Marinoni, o dever do juiz é "[...] interpretar a regra processual, ou mesmo suprir eventual omissão legislativa, para dar a máxima efetividade à *tutela jurisdicional*, compreendidas as necessidades do caso concreto e *considerados os direitos fundamentais processuais*".[169]

Pressupondo, *ad argumentandum*, a absoluta correção dessas conclusões em termos lógico-jurídicos, poder-se-ia supor que a construção de técnicas adequadas ao *private enforcement* do direito concorrencial, dada sua não preordenação pelo legislador, é tarefa do juiz; e que, sendo assim, isso seria suficiente para que os prejudicados fossem incentivados a propor demandas e para que o Poder Judiciário solucionasse os problemas decorrentes da falta de disciplina específica em relação ao tema. Essa última conclusão, porém, não se verifica diante das premissas apontadas nesta tese.

Em primeiro lugar, porque os prejudicados, diante da ausência de técnicas processuais, enfrentam, como visto, um custoso ônus argumentativo.[170] Esse ônus é agravado pela existência de interpretações restritivas em matéria processual adotadas pelos tribunais superiores,[171] que criam um contexto de incerteza quanto às regras aplicáveis e, consequentemente, um considerável desestímulo à propositura de demandas reparatórias.[172]

Em segundo lugar, de forma mais ampla, porque as incertezas apontadas quanto ao direito processual se verificam também em relação ao direito material: o sistema processual brasileiro, ao contrário dos sistemas de *common law*, tolerou durante muito tempo a existência de decisões conflitantes e distintas sobre questões idênticas.[173] Essa

---

[169] MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 172.

[170] Ver tópico 6.1. Note-se que o prejudicado é o responsável por alegar e eventualmente demonstrar a inadequação do estado de coisas atual (técnicas predispostas), bem como de convencer o juiz a adotar outra técnica não prevista que entenda mais adequada. Esse ônus é diminuído, mas não eliminado, pela existência de uma previsão geral quanto à necessidade de adequação da técnica ao objeto da tutela.

[171] Ver capítulo 5.

[172] Mesmo que o argumento constitucional ou de normas gerais possa servir para o afastamento de técnicas processuais inadequadas, diz pouco quanto às técnicas que deveriam ser adotadas. Não é por acaso que Marinoni reconhece a possibilidade de que duas interpretações sejam razoáveis sob o prisma constitucional [MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 172]. Se, diante da existência de norma específica, pode haver certa margem para interpretações divergentes (ainda que razoáveis), com ainda mais razão isso pode ocorrer quando a principal disposição aplicável é tão geral quanto o art. 5º, XXXV, CF/88 [ver tópico 6.1].

[173] Nesse sentido, merece destaque o entendimento de Marinoni: "porém, quando se 'descobriu' que a lei é interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente que os juízes do *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modos os 'casos iguais', curiosamente não se abandonou a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. Ora, ao se tornar incontestável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica e inafastável conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade

situação, de um lado, pode servir de estímulo para o litigante que não tem razão, fazendo com o que o prejudicado reduza sua expectativa quanto ao benefício esperado com a demanda; de outro, pode dificultar o cálculo das chances de êxito pelo prejudicado, aumentando o risco atribuído por ele à demanda reparatória.

Esses dois fatores, longe de serem indiferentes sob o prisma da máquina judiciária, também repercutem nela de forma decisiva, aumentando seus custos tanto pela necessidade de decidir repetidas vezes questões já decididas[174] quanto pela proliferação de demandas pouco meritórias que têm sua chance de sucesso aumentada por interpretações conflitantes.[175] Como forma de lidar com esse problema, foram adotadas no processo civil, a partir de uma racionalidade instrumental, diversas técnicas processuais – desde súmulas até mecanismos de julgamento por amostragem – voltadas ao estabelecimento de normas claras e definidas a serem obrigatoriamente aplicadas em casos futuros.[176] De forma semelhante, no âmbito do direito concorrencial, merece destaque o fato de que o Cade, ciente da abertura interpretativa de diversos artigos da LDC, editou diversos guias e resoluções que definem os entendimentos e procedimentos adotados pela autarquia.

Diante disso, é possível concluir que a adequação à eficiência reclama, do sistema jurídico, regras claras e específicas, particularmente quando o direito material possui diversas peculiaridades, como é o caso do antitruste. A clareza das regras confere certeza quanto ao direito aplicável ao caso, produzindo duas externalidades positivas: em relação aos prejudicados, permite um cálculo mais seguro do custo, do benefício e da chance de êxito; em relação à máquina judiciária, desincentiva a propositura de demandas especulativas e simplifica o processo de adjudicação, reduzindo o custo dos julgadores quanto à motivação das decisões e, assim, o tempo dispendido em cada caso.[177]

A especificidade das regras, por sua vez, amplia a adequação entre o direito material tutelado e as técnicas processuais, reduzindo custos relativos à escolha. Esses

---

perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de forma que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em Segundo plano ou desmerecer qualquer respeito do Poder que a pronunciou" [MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 101].

[174] Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 185-187.

[175] Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 180-182.

[176] Sobre a perspectiva da doutrina processual quanto aos ganhos de eficiência por meio da vinculação a "precedentes", ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 178-180 e 187-190.

[177] Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 186-187.

custos estão presentes nos mecanismos que permitem a escolha entre uma multiplicidade de técnicas ou que exigem a consideração de uma pluralidade de fatores, e não são considerados quando se sugere que a norma geral prevista pelo art. 5º, XXXV, CF/88, é capaz de permitir a escolha da técnica mais adequada ao caso concreto.

Há duas razões associadas a uma análise de eficiência que concorrem para essa conclusão. Sabe-se, de um lado, que a existência de restrições ou constrangimentos temporais – como ocorre com o Poder Judiciário devido à enorme quantidade de trabalho a que está submetido[178] – tende a reduzir a capacidade deliberativa na tomada de decisões.[179] De outro lado, há extensa literatura reconhecendo que escolhas mais "racionais", entendidas como mais eficientes, dependem da existência de constrangimentos que reduzam a quantidade de informação e de alternativas.[180] Assim, considerando as limitações temporais que os juízes enfrentam para a tomada de decisão e a quantidade de informação com que lidam, parece necessário reconhecer que a concepção de técnicas processuais a partir do caso concreto tende a implicar custos mais elevados e a produzir resultados menos eficientes do que a escolha entre duas ou mais técnicas predispostas, ou eleitas pelo próprio prejudicado (neste caso, porque ele não está submetido aos referidos constrangimentos).[181-182]

---

[178] GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J., Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Review*, v.93, n.1, p. 1-43, 2007, p. 35.

[179] Cria-se, com isso, estímulo para que juízes optem por atalhos na tomada das decisões, como a repetição de padrões anteriores e a preservação do *status quo* [ver AUGENBLICK, Ned; NICHOLSON, Scott. Choice Fatigue: *The Effect of Making Previous Choices on Decision Making*. p. 01-29. Abr. 2009. Mimeo. Disponível em: http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.175.2560&rep=rep1&type=pdf]. A solução para esse problema seria permitir que os juízes tivessem mais tempo para decidir (aumentando seu número em relação ao de demandas), e, assim, para escolher entre técnicas mais adequadas ao caso concreto [GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J., Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Review*, v.93, n.1, p. 1-43, 2007, p. 35]. Essa, porém, é uma proposta pouco realista diante do custo atual da máquina judiciária.

[180] Nesse sentido, quanto ao processo judicial de tomada de decisões, ver DROBAK, John N.; NORTH, Douglass C. Understanding Judicial Decision-Making: The Importance of Constraints on Non-Rational Deliberations, *Washington University Journal of Law & Policy*, v.26, n.1, p. 131-156, 2008, p. 13 e ss. Ver, também, EPPLER, Martin J.; MENGIS, Jeanne. The concept of information overload: a review of literature from organization science, accounting, marketing, MIS, and related disciplines, *The Information Society*, v.20, n.5, p. 325-344, 2004 EPPLER, Martin J.; MENGIS, Jeanne. The concept of information overload: a review of literature from organization science, accounting, marketing, MIS, and related disciplines, *The Information Society*, v.20, n.5, p. 325-344, 2004; IYENGAR, Sheena S.; LEPPER, Mark R. When Choice is Demotivating: Can One Desire Too Much of a Good Thing? *Journal of Personality and Social Psychology*, v.79, n.6, p. 995-1006, 2000. Especificamente em relação ao direito processual, COLLINS, Paul. *Friends of the Supreme Court:* Interest Groups and Judicial Decision Making. New York: Oxford University Press, 2008, p. 120-121; LEVY, Inbar. Lightening the overload of CPR Rule 3.9. *Civil Justice Quarterly.* v.32, n.2, p. 139-152, 2013.

[181] Analisando a importância da fixação de regras claras no âmbito da reparação fluida, Pamela Tolosa afirma que: "geralmente se defende a ideia de que se deve deixar ao arbítrio judicial a decisão de qual solução adotar para compensar os danos no quadro das ações coletivas. O fundamento é a necessidade de que o juiz conte

Diante dessas considerações, poder-se-ia supor que o estabelecimento de regras claras e específicas é manifestação de uma necessidade de coerência interna do sistema jurídico (racionalidade formal). Esse, porém, não é o caso. De um modo geral, não se busca, no período mais recente, a eliminação de incertezas com o objetivo de aumentar a coerência interna, mas sim com o objetivo de reduzir os custos delas decorrentes.[183] Nesse sentido, é exemplar a adoção de um "sistema de precedentes" pelo NCPC: o respeito à hierarquia e a coerência na afirmação da ordem jurídica que lhe servem de pressuposto estão associados, sobretudo, ao tratamento de casos iguais de maneira igual.[184] Esse tratamento, contudo, não é a única expressão da coerência interna – aliás, na perspectiva juspositivista, é a menos importante: coerência interna significa fundamentalmente a coerência global do sistema jurídico, que, no limite, corresponde à preservação de uma realidade normativa livre de contradições.[185] Contudo, considerando que, sob o prisma da racionalidade instrumental, a coerência que se entende necessária está relacionada mais às consequências das técnicas do que à lógica, tratar casos iguais da mesma forma pode ser

---

com ferramentas flexíveis que possam ser adaptadas às necessidades, no âmbito de litígios complexos, como são as ações coletivas. No entanto, a ausência de regras claras, em certos casos, também implica custos. Especialmente em sistemas de direito continental europeu, as ações de classe não estão enraizadas na sua tradição de ações coletivas". Tradução livre de: "generalmente se defiende la idea de que se debe librar al arbitrio judicial la decisión de qué solución adoptar para compensar daños en el marco de las acciones de clase. El fundamento es la necesidad de que el juez cuente con herramientas flexibles que puedan adaptarse a las necesidades, en el marco de litigios complejos como son las acciones de clase. Sin embargo, la ausencia de reglas claras, en ciertos casos, también implica costos. Especialmente en sistemas de tradición de derecho continental europeo que no tienen arraigada en su tradición las acciones de clase" [TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 95].

[182] A situação poderia ser diferente caso os julgadores estivessem familiarizados com um modelo em que é frequente a necessidade de conceber ou escolher entre diferentes técnicas processuais, tal como ocorre na *common law* [ver MACEY, Jonathan R. Judicial Preferences, Public Choice, and the Rules of Procedure. *The Journal of Legal Studies,* v.23, n.1, p. 627-646, 1994]. Não por acaso, Flávio Luiz Yarshell aponta para o sistema da *common law* como parâmetro quanto à atipicidade de remédios processuais [YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 195-196].

[183] Afinal, como explica Weber: "[...] processos de ação que aparentam, para um observador, ser os mesmos ou similares podem se enquadrar em complexos de motivos extremamente diversos no caso do próprio ator da ação. Então, mesmo que as situações aparentem superficialmente serem muito similares, nós devemos, na verdade, compreendê-las ou interpretá-las como sendo muito diferentes e, talvez, em termos de significado, diametralmente opostas. Tradução livre de "[...] processes of action which seem to an observer to be the same or similar may fit into exceedingly various complexes of motive in the case of the actual actor. Then even though the situations appear superficially to be very similar we must actually understand them or interpret them as very different, perhaps, in terms of meaning, directly opposed" [WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 10].

[184] Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 166-171.

[185] Ver tópicos 2.2.1 e 2.2.2. Ver também as notas de rodapé em MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 171-172.

eficiente.[186] Desse modo, nesse contexto, estabelecer regras com as características mencionadas é menos uma deferência a um desiderato lógico-jurídico ou à *elegantia juris* do que uma solução para a redução de custos da máquina judiciária e dos prejudicados.[187] Trata-se, pois, de uma diretriz decorrente da preponderância de uma racionalidade instrumental.[188]

Conquanto essa diretriz diga respeito mais à existência de regras e ao seu objeto do que ao seu conteúdo (o que reforça sua desvinculação do postulado de coerência interna), duas indicações quanto a sua aplicação podem ser feitas. A primeira diz respeito ao instituto da prescrição. Ainda que se trate de uma questão relacionada ao direito material, tanto no direito brasileiro[189] quanto no direito estrangeiro,[190] ele tem sido considerado um dos principais obstáculos à tutela reparatória no direito antitruste.[191] A existência de divergência interpretativa sobre o tema[192] desestimula os prejudicados e cria

---

[186] Sobre a orientação às consequências, ver Diretriz 3.

[187] Nesse sentido, é exemplar o argumento desenvolvido por Pamela Tolosa ao afirmar a necessidade de regras claras sobre reparação fluida: "[…] pareceria muito mais útil e eficiente uma norma que determina, com maior precisão, classes de casos e soluções alternativas concretas para cada uma delas, com diretivas mais pontuais para os juízes. Regras que determinem em que casos corresponde executar uma sentença por meio da *fluid recovery*, sob quais condições, e que determinem o desenho institucional que o juiz poderia implementar, apresentariam vantagens em termos de eficiência. Por um lado, permitiria adotar *ex ante* um desenho institucional de reparação fluida que minimize os custo de implementação; por outro, a determinação de regras para sua implementação permitiria diminuir os custos administrativos do processo". Tradução livre de: "pareciera mucho más útil y eficiente una norma que determine con mayor precisión clases de casos y soluciones alternativas concretas para cada una de ellas, con directivas más puntuales para los jueces. Reglas que determinen en qué casos corresponde ejecutar la sentencia a través de *fluid recovery*, bajo qué condiciones y que determine el diseño institucional del fluid recovery que puede implementar el juez, presentaría ventajas en términos de eficiencia. Por un lado, permitiría adoptar *ex ante* un diseño institucional de *fluid recovery* que minimice los costos de implementación; por el otro, la determinación de reglas para su aplicación permitiría disminuir los costos administrativos del proceso" [TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017, p. 95].

[188] Sem prejuízo de que a adoção de regras claras e específicas, se informadas pelos mesmos pressupostos, possa contribuir para o aumento da coerência do sistema jurídico como um todo.

[189] CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, 214.

[190] RENDA, Andrea (Coord.). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios.* Relatório para a comissão europeia. Bruxelas, Roma e Roterdã: European Commission, 2007, p. 533.

[191] Não por acaso, a prescrição foi objeto das propostas de alteração do art. 47, LDC, formuladas pelo Cade (Consulta Pública 05/2016) [BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Consulta Pública nº 05/2016. Disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011. Minuta de Projeto de Lei. Brasília, DF, 2016] e pelo Senador Aécio Neves (PLS 283/2016) [BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 283/2016. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica Autor: Aécio Neves. *Senado Federal*, Brasília, DF, 06 de julho de 2016. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392].

[192] CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 213.

custos para o Poder Judiciário, que passa a ter que enfrentar a questão repetidas vezes. As soluções possíveis seriam a adoção da regra geral (art. 206, § 3º, V, CC) ou a concepção de uma regra própria, neste caso, utilizando o critério objetivo (suspensão do prazo durante o processo administrativo instaurado pelo Cade), subjetivo (início da contagem a partir do conhecimento do fato) ou ambos.

As propostas formuladas sobre o tema (PLS 283/2016 e Consulta Pública 05/2016)[193] têm se inclinado pela ampliação dos prazos prescricionais a partir de ambos os critérios. Essa solução aumenta o benefício esperado pelos prejudicados e pode reduzir os custos da máquina judiciária. Afinal, a aplicação da regra geral quanto à prescrição pode fazer com que o Judiciário seja provocado pelos prejudicados em momento anterior apenas com o fim de influir sobre o curso do prazo prescricional. Nesse caso, podem surgir diversos procedimentos que tenham por objeto apenas o protesto judicial (art. 202, II, CC, e art. 726, § 2º, CPC), e as demandas propostas provavelmente não poderão se valer de provas e conclusões obtidas pelo Cade – aumentando o custo incidente sob a atuação do Poder Judiciário.

A segunda diz respeito à criação de órgãos especializados em direito da concorrência no âmbito do Poder Judiciário. Afinal, considerando a necessidade de adoção de regras específicas, é fundamental conceber instâncias como o domínio técnico necessário à sua correta aplicação. Nesse sentido, merece destaque a solução adotada no âmbito da justiça federal por meio da Resolução 445/2017, Conselho da Justiça Federal (CJF). Entre os considerandos da referida resolução, destaca-se que (i) "a especialização não acarretará nenhum aumento de despesa" e que (ii) ela tem aumentado a celeridade processual. A partir disso, o CJF resolveu "recomendar que os tribunais regionais federais, na área de sua jurisdição, especializem varas federais com competência concorrente para processar e julgar feitos que versem sobre Direito da Concorrência e do Comércio Internacional" (art. 1º, Resolução 445/2017). Aceitas as premissas estabelecidas pela resolução, a criação das varas especializadas em direito concorrencial não importará dispêndio de recursos e, ademais, haverá benefício decorrente da maior celeridade – trata-

[193] No mesmo sentido, ver UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Diretiva 104/2014, de 26 de novembro de 2014. Diretiva do parlamento europeu e do conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Bruxelas, 26 de novembro de 2014. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104; CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 213 e ss.

se de uma consequência da maior eficiência adquirida com a repetição e padronização de tarefas, bem assim com o aumento da expertise dos julgadores.[194] Para além disso, sob o prisma da eficiência, a especialização tende a favorecer julgamentos mais técnicos, aumentar a uniformidade das decisões e reduzir erros na compreensão dos fatos e na aplicação do direito.[195]

DIRETRIZ 5: As técnicas processuais que ampliam a participação têm potencial de adequação ao sistema de *private enforcement.*

A conclusão de que, no período examinado, prepondera uma racionalidade de tipo instrumental, informada pelo critério da eficiência, não pode ser interpretada como se essa racionalidade fosse a única presente no sistema jurídico ou, ainda, como se o direito examinado efetivamente devesse ser orientado exclusivamente dessa forma.[196] É preciso notar que a concepção de técnicas a partir de um critério de eficiência consiste, sobretudo, em realizar escolhas limitadas por diversos constrangimentos normativos. Esses constrangimentos, evidentemente, podem se referir a valores diversos, que transcendem a análise da relação custo-benefício. Além disso, alguns desses valores podem ir de encontro à ideia de eficiência, implicando aumento de custos e se colocando em tensão com uma racionalidade instrumental. É o que ocorre quando o sistema jurídico prevê mecanismos que ampliam o fluxo informacional do processo, revelando a presença de uma racionalidade participativa:[197] com esses mecanismos, dispende-se tempo e recursos sem que, via de regra, isso se justifique desde uma lógica de eficiência. Entretanto, como será visto, técnicas processuais adequadas a uma racionalidade participativa também podem, paradoxalmente, contribuir para que o sistema jurídico-processual tenha ganhos de eficiência.

---

[194] OECD. *The resolution of competition cases by specialised and generalist courts*: Stocktaking of international experiences. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2016. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/competition/The-resolution-of-competition-cases-by-Specialised-and-Generalist-Courts-2016, p. 64.

[195] Ver FURLAN, Fernando de Magalhães. *Especialização judicial*: uma solução econômica para a administração da justiça. São Paulo: Singular, 2017, p. 28; OECD. *The resolution of competition cases by specialised and generalist courts*: Stocktaking of international experiences. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2016. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/competition/The-resolution-of-competition-cases-by-Specialised-and-Generalist-Courts-2016, p. 57-65. Sumarizando alguns dos benefícios de estabilidade quanto a decisões, ver Collins Paul. The consistency of Judicial choice, p. 870.

[196] De modo geral, esses são pressupostos normativos encontrados na Análise Econômica do Direito (AED) [ver tópico 2.1].

[197] Ver tópicos 3.3 e 4.2.

Em primeiro lugar, não é necessário muito esforço para compreender que a recepção de técnicas inscritas em uma racionalidade de tipo participativa pode se dar em razão de uma troca compensatória com a racionalidade instrumental. O aumento de custos proporcionado pela criação de estratégias de participação é compreendido como contrapartida aos efeitos de reduções de despesas voltadas para a eficiência.[198] Afinal, como visto nos capítulos 3 e 4, no período atual do processo civil e do direito da concorrência, a tensão entre postulados formais e materiais apontada por Weber[199] se manifesta a partir da contraposição entre a racionalidade instrumental preponderante e uma racionalidade participativa emergente.[200-201]

Para além da tendência à preponderância da racionalidade instrumental, a própria proximidade do direito antitruste com o mercado pode criar a errônea impressão de que o único interesse existente em sua aplicação seja a eficiência, até porque ela é utilizada frequentemente como critério para determinar a licitude de determinados comportamentos. Contudo, como se nota do próprio art. 47, LDC, que prevê o direito à reparação dos lesados, o direito antitruste contempla também outros interesses,[202] como os referentes à justiça distributiva e à função compensatória, que podem ser recepcionados a partir de uma estratégia de participação.

---

[198] Sob o prisma da racionalidade participativa, Harry First e Spencer Weber Waller apontam como troca compensatória decorrente da adoção de mecanismos de participação uma maior deferência concedida às decisões administrativas que os adotam em seu processo de revisão judicial [FIRST, Harry; WALLER, Spencer Weber. Antitrust's Democracy Deficit. *Fordham Law Review.* v.81, n.5, p. 2543-2574, 2013, p. 2574].

[199] Ver tópico 2.2.2.

[200] Ver tópico 2.2.3.

[201] Conquanto seja possível argumentar que o caráter econômico-patrimonial dos danos sofridos no âmbito antitruste minimize a tensão entre valores conflitantes, isso não significa que ela deixa de existir. Mesmo que se reconheça que, sob a perspectiva individual, os prejudicados têm pouco estímulo para postular a reparação mesmo que isso possa beneficiar a coletividade,[201] isso não significa que considerações relacionadas à justiça distributiva, à repressão e à dissuasão das infrações tenham sido simplesmente eliminadas do direito. Ainda que esses valores não sejam tratados como fins em si mesmos, eles continuam presentes na sociedade e, consequentemente, no ordenamento jurídico. Como afirmado anteriormente, na maioria dos casos, a tensão entre valores costuma ser processada, pela legislatura, na produção das normas jurídicas. Não obstante isso, cada vez com maior frequência se apresentam situações em que o direito permite que essa tensão seja processada internamente, pelos juízes ou pelos interessados, prevendo mecanismos de participação.

[202] De todo modo, ainda que seja relevante a presença desses outros interesses, a questão referente ao porquê deles serem considerados – tema que pertence ao problema da legitimação e portanto, à ciência política – foge ao âmbito deste trabalho. Ver tópico 2.3. Ver, quanto ao tema, indicando um déficit democrático do direito antitruste em decorrência de uma suposta virada em direção à tecnocracia (racionalidade instrumental), FIRST, Harry; WALLER, Spencer Weber. Antitrust's Democracy Deficit. *Fordham Law Review.* v.81, n.5, p. 2543-2574, 2013, p. 2544. Segundo First e Waller, o desequilíbrio entre controle democrático e tecnocrático levou o direito antitruste a uma "*thin diet of efficiency*" [FIRST, Harry; WALLER, Spencer Weber. Antitrust's Democracy Deficit. *Fordham Law Review.* v.81, n.5, p. 2543-2574, 2013, p. 2545].

Um exemplo dessa relação entre racionalidade instrumental e participativa pode ser identificada na figura do *amicus curiae*. Sob o prisma da racionalidade participativa, ele permite que outros valores e interesses sejam levados em conta nas decisões administrativas e judiciais, aprimorando o processamento da tensão entre eles. Diferentemente, sob o prisma da racionalidade instrumental, o *amicus curiae* impacta a eficiência na medida em que aumenta a complexidade e o volume de informações a serem consideradas pelo órgão julgador, o que pode implicar maior custo e maior possibilidade de variação das decisões.[203]

Outro âmbito em que o aumento da participação poderia servir de forma destacada como uma troca compensatória em relação a ganhos de eficiência seria a gestão do FDD: simplificar a utilização dos recursos, desvinculando-o do orçamento estatal, poderia aumentar a eficiência da reparação indireta e favorecer o financiamento de demandas que tenham por objeto a tutela dos interesses protegidos pelo fundo; em troca, seria necessário aumentar significativamente a transparência quanto à sua gestão e à possibilidade de participação de interessados e da sociedade civil em geral.

Não fosse suficiente, diversas outras soluções adequadas à racionalidade participativa podem ser identificadas nos ramos do direito examinados. Entre elas, pode-se mencionar a ampliação da transparência,[204] o fortalecimento dos deveres de motivação das decisões judiciais, a necessidade de oitiva dos interessados antes do proferimento de decisões mesmo nos casos de matéria cognoscível de ofício e a ampla divulgação e publicidade relativa à instauração e julgamento do IRDR.

Note-se que a diretriz ora analisada tem seus limites conformados pela necessidade de que o aumento de custos decorrentes dos mecanismos de participação inseridos pelas trocas compensatórias seja inferior à redução de outros custos ou à criação de determinados benefícios.

Não obstante e em segundo lugar, além da recepção de técnicas com fundamento em uma troca compensatória, também é importante considerar que nem sempre há uma

---

[203] Nesse sentido, apontando essa questão em relação à atuação do *amicus curiae*, ver COLLINS, Paul. *Friends of the Supreme Court:* Interest Groups and Judicial Decision Making. New York: Oxford University Press, 2008, p. 120-122. Ver também, por uma revisão da literatura quanto ao excesso de informação, EPPLER, Martin J.; MENGIS, Jeanne. The concept of information overload: a review of literature from organization science, accounting, marketing, MIS, and related disciplines, *The Information Society*, v.20, n.5, p. 325-344, 2004.

[204] Sobre a transparência como mecanismo para ampliar a *accountability* de autoridades antitruste, ver FIRST, Harry; WALLER, Spencer Weber. Antitrust's Democracy Deficit. *Fordham Law Review.* v.81, n.5, p. 2543-2574, 2013, p. 2563-2564. Em relação a esse aspecto, no direito antitruste brasileiro, merece destaque a ouvidoria do Cade e as diversas consultas públicas realizadas pelo órgão.

tensão entre técnicas voltadas para a eficiência e técnicas que ampliam a participação. Há casos em que técnicas participativas – ainda que não fundadas em uma racionalidade de tipo instrumental – contribuem para a geração de ganhos de eficiência.

Este seria o caso, por exemplo, da realização de uma consulta pública pelo Cade com o fim de elaborar um guia sobre a reparação de danos no direito antitruste: tratar-se-ia de uma medida capaz de aumentar a eficiência dessa tutela, permitindo a participação de interessados, a um custo particularmente reduzido. Ainda que se trate de um mecanismo de *soft-law*, o guia poderia contribuir para a clareza na aplicação de regras relativas ao *private enforcement*, bem como para a sua compreensão por prejudicados e infratores. Ademais, sua elaboração poderia contar com a participação de diversos setores (advocacia, magistratura, ministério público, entidades representativas de consumidores e de segmentos empresariais), tendo como externalidade positiva, em termos de eficiência, a maior plausibilidade de adoção das diretrizes estabelecidas pelo guia.

A participação também pode ser útil no âmbito de processos judiciais que tenham por objeto a reparação de danos decorrentes de infração à ordem econômica, como forma de minimizar os custos de agência decorrentes da tutela coletiva ou de algum outro mecanismo de agregação.[205] Trata-se de algo particularmente relevante diante da admissão da *passing-on defence* e das dificuldades quanto aos métodos decorrentes do cálculo de danos. Como aponta Hovenkamp, o cálculo de danos decorrentes de infrações à ordem econômica que produzem efeitos em diferentes níveis da cadeia produtiva apenas será eficiente quando uma solução compreensiva for adotada, reunindo o interesse de todos os prejudicados em um processo.[206] Essa solução se justifica tanto da perspectiva dos prejudicados, que aumentam sua expectativa de receber o que é devido, quanto da máquina judiciária, uma vez que a produção da prova e a quantificação dos danos são, em larga medida, concentradas em um único processo.[207] Nesses casos, então, ainda que se analise apenas uma questão de fato, como a divisão do dano globalmente calculado,[208] é provável

---

[205] Sobre os problemas de agência, ver RENDA, Andrea (Coord.). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios.* Relatório para a comissão europeia. Bruxelas, Roma e Roterdã: European Commission, 2007, p. 308-309.

[206] HOVENKAMP, Herbert J. Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United State. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, fev. 2011. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1758751. Acesso em: 07 dez. 2017, p. 9. Ver também Diretriz 1.

[207] Conclusão semelhante, ainda, poderia justificar a estimação prévia por parte da autoridade concorrencial do montante de danos causados pela infração, ao menos como forma de estabelecer um parâmetro para as demandas reparatórias subsequentes.

[208] O pressuposto de já haver cálculo do valor global do dano elimina o custo provocado pelo interesse do infrator de formular alegações contraditórias em diferentes processos, afirmando a ocorrência de repasse

que existam interesses conflitantes quanto ao percentual de repasse.[209] A forma de preservar a eficiência do julgamento conjunto para a administração e para os prejudicados seria admitir a participação de representantes dos interessados no processo.[210] No entanto, como forma de garantir que essa participação permitisse a consideração dos aspectos necessários sem impor custos adicionais à corte julgadora, é possível considerar (i) a concepção de regra específica disciplinando a forma de participação nesses casos e (ii) a limitação da manifestação a pontos específicos indicados pela corte, como forma de evitar os custos decorrentes do excessivo acúmulo de informações.

Assim, ao se pensar na implementação de técnicas processuais que ampliem a participação, parece não ser aplicável a perspectiva de Claus Offe, que considerava a racionalidade instrumental e a implantação de uma estrutura participativa voltada para o consenso como alternativas excludentes.[211] Em verdade, a análise realizada nesta tese serve de indicativo de que, efetivamente, o atual modelo apresenta possibilidade de recepção de técnicas participativas, quer como troca compensatória, quer quando a técnica amplia a participação sem comprometimento da eficiência.[212]

---

perante compradores diretos e sua inocorrência perante os indiretos. Além disso, nos diferentes processos, diferentes resultados poderiam ser obtidos, podendo significar uma reparação dos prejudicados tanto a menor quanto a maior. Uma possível solução para esse problema é impor, sempre, a fixação anterior do dano globalmente causado ou vincular o infrator quanto ao percentual alegado nas demandas, impedindo a contradição entre eles. Como resultado, a tendência é que o infrator também se sinta estimulado a favorecer a reunião dos processos.

[209] Esse inclusive foi um dos aspectos considerados pela justiça britânica para, reconhecendo o conflito de interesses de compradores diretos e indiretos, entender pela inviabilidade da demanda proposta em *Emerald Supplies v. British Airways* [ver HIGGINS, Andrew; ZUCKERMAN, Adrian A. S. Class Actions in England? Efficacy, Autonomy and Proportionality in Collective Redress. *Oxford Legal Studies Research Paper*, n.93. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2350141. Acesso em: 08 dez. 2017, p. 7-8].

[210] A solução, nesse caso, difere pela sua especialidade daquela prevista no art. 983, NCPC. Enquanto a primeira serviria para permitir a adequada (e eficiente) quantificação ou repartição dos danos, a segunda teria a pretensão de ampliar o ingresso de valores conflitantes no processo (tais como proteção do consumidor, justiça distributiva, aumento da concorrência, etc.), ainda que diante de alternativas igualmente eficientes, constituindo, tal como em relação à figura do *amicus curiae*, uma troca compensatória. Essa alternativa, porém, ainda é muito mais eficiente do que aquela prevista pelo art. 94, CDC, em que todos os indivíduos prejudicados podem ser admitidos na demanda coletiva como litisconsortes. Afinal, nesse caso, como explicam Didier e Zaneti: "há de ponderar-se, entretanto, que, ao menos em tese, é possível que se forme um litisconsórcio ativo ulterior gigantesco (litisconsórcio ativo multitudinário), o que sem dúvida pode comprometer a celeridade e a eficiência desse tipo de mecanismo de tutela coletiva" [DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual: processo coletivo. 8. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v.4, 2013, p. 265].

[211] Ver, nesse sentido, CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional. 2000. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000, p. 371.

[212] Esse entendimento, segundo Camargo e Gomes, é reforçado pela própria Emenda Constitucional nº 19/98, que – pela previsão do princípio da eficiência e pelo aprofundamento do princípio da participação – procurou contemplar ambas as alternativas, desconsiderando uma eventual inadequação estrutural entre distintas racionalidades: "a experiência do direito administrativo brasileiro demonstrou – por meio de avanços e

DIRETRIZES – CONCLUSÃO

Após demonstrar, sob a perspectiva dos incentivos aos prejudicados, a percussão das técnicas processuais existentes na tutela reparatória dos danos causados por infração à ordem econômica (6.1) e explicar os limites das soluções convencionais para analisar os problemas decorrentes daqueles incentivos, retomando a metodologia adotada nesta tese (6.2), este capítulo se dedicou ao levantamento de algumas diretrizes e técnicas adequadas à racionalidade preponderante no processo civil e no direito concorrencial.

As recentes propostas de alteração legislativa apresentadas pelo Senado Federal e pelo Cade, bem como pela decisão do CJF de criar varas especializadas em direito concorrencial na Justiça Federal reforçam a adequação das diretrizes traçadas. Entretanto, essas diretrizes – por mais cuidadosamente que tenham sido construídas e apesar de terem ampliado substancialmente o alcance das metodologias convencionais –não podem ser tidas como absolutas, possuindo limitações. Entre essas limitações, além das anteriormente indicadas,[213] é importante levar em conta o fato de terem sido consideradas apenas a racionalidade instrumental (preponderante) e a racionalidade participativa (emergente): o método utilizado não contemplou as racionalidades formal e material, conquanto identificadas em algumas transformações recentes ocorridas no processo civil e no direito concorrencial.[214] Não obstante, como restou demonstrado quando da análise da quinta diretriz, é possível que técnicas informadas por outras racionalidades (como a formal, a material e a participativa) sejam recepcionadas em um contexto de preponderância de uma racionalidade distinta (no caso, a instrumental).

De todo modo, o conjunto das diretrizes propostas, de um lado, serve para demonstrar a adequação das técnicas indicadas ao longo deste capítulo; de outro, constitui um quadro de indicações para a concepção de novas técnicas adequadas à tutela reparatória dos danos decorrentes de infrações à ordem econômica. Registre-se, por fim, que tanto as

---

retrocessos – certo grau de sucesso em combinar essas duas tendências contraditórias, favorecendo em alguma medida tanto a eficiência quanto a participação no processo decisional da administração pública". Tradução livre de: "the Brazilian administrative law experience has shown – through forward and backward steps – some degree of success combining these two contradictory trends, fostering to some extent both efficiency and participation in public administration decision-making process" [CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. Administrative Law. In: DEFFENTI, Fabiano; BARRAL, Welber (eds.). *Introduction to Brazilian Law.* Second edition. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017, p. 33-50, p. 49].

[213] Ver tópico 2.3.

[214] Ver tópicos 3.3 e 4.2.

diretrizes quanto as técnicas apresentadas não têm uma pretensão de exaustividade e de definitividade. Ao contrário, o que se deseja é que este conjunto sirva como parâmetro para facilitar e estimular o esforço de pesquisadores e legisladores no aperfeiçoamento do *private enforcement* do direito concorrencial.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início desta tese, ao considerar as técnicas processuais existentes como uma das causas da insuficiência do *private enforcement*, deparou-se com um desafio de ordem metodológica: as soluções convencionais utilizadas pela dogmática jurídica não seriam suficientes diante do problema a ser enfrentado. Em particular, ao examinar a adequação de técnicas processuais à tutela reparatória de infrações à ordem econômica, uma análise exclusivamente lógico-jurídica traria consigo duas dificuldades: a ausência de historicidade da abordagem frente a ramos do direito que contemporaneamente sofrem profundas alterações, e o risco de que, dada a generalidade das normas existentes, a dedução de técnicas processuais específicas fosse abusiva.

Diante disso, a tese foi estruturada a partir de reflexões metodológicas fundadas nos estudos de Max Weber (capítulo 2). Essas reflexões pretenderam estabelecer pressupostos e adotar instrumentais para que a investigação realizada atendesse ao objetivo da tese de analisar a adequação de novas técnicas processuais à tutela reparatória de danos causados por infrações à ordem econômica. Entre os instrumentais adotados, destaca-se, primeiramente, o tipo ideal. Essa categoria, que tem como pressuposto as dificuldades enfrentadas pelo pesquisador ao conhecer seu objeto – nas palavras de Weber, a finitude da mente humana diante da infinidade do real[1] –, foi utilizada como forma de permitir que se tentasse identificar a racionalidade preponderante do processo civil e do direito concorrencial, prescindindo de conhecê-los em sua totalidade (o que, se fosse possível, certamente não seria compatível com os limites de uma tese doutoral).

Em segundo lugar, merece destaque a categoria "racionalidade", nos limites que possui sua noção no âmbito da tipologia weberiana do direito. As diferentes racionalidades identificadas em relação ao processo civil e ao direito concorrencial serviram para compreender o sentido presente nas alterações normativas ocorridas nesses ramos do direito em determinados momentos históricos, permitindo revelar suas tendências.

Assim, no capítulo 3, utilizando o método indutivo, foram examinadas as principais alterações normativas ocorridas no âmbito do processo civil a partir da edição do CPC/73. Nesse percurso, foi possível reconhecer a preponderância: (i) até meados da década de 1980, de uma racionalidade de tipo formal, caracterizada pela busca da coerência interna do direito (e do processo) como fim em si mesmo; (ii) a partir da edição

[1] WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138.

da LPC (Lei 7.244/1984), passando pela promulgação da CF/88 e chegando até o que se denominou, neste trabalho, de primeiro ciclo de reformas do CPC, de uma racionalidade de tipo material, caracterizada pela busca da igualdade fática e, no caso do processo, pela ampliação do acesso à justiça como fim em si mesmo; e (iii) a partir do segundo ciclo de reformas do CPC até o momento presente, de uma racionalidade de tipo instrumental, caracterizada pela utilização de um critério de eficiência, por meio do qual as consequências das soluções propostas no âmbito do processo são analisadas quanto aos seus benefícios e custos para a operatividade do sistema processual. Em todos esses períodos, porém, identifica-se a existência de outras racionalidades que se colocam em tensão com a racionalidade preponderante. No terceiro período mencionado, a tensão se dá entre a racionalidade instrumental preponderante e uma racionalidade participativa emergente, caracterizada pela possibilidade de recepção, pelo direito positivo, de valores extrajurídicos que, diferentemente do que ocorre com a racionalidade denominada material, não são tomados como fins em si mesmos.

No capítulo 4, por sua vez, seguiu-se percurso semelhante ao do capítulo anterior, para examinar as principais alterações normativas ocorridas no direito concorrencial a partir do Decreto 92.323/1986 – primeira norma jurídica representativa no âmbito do direito antitruste desde a edição da Lei 4.137/1962. Nesse percurso foi possível identificar a preponderância: (i) até a edição da Lei 8.884/1994, de uma racionalidade material, caracterizada pela atenção a valores extrajurídicos, particularmente associados à igualdade fática e à justiça distributiva; e (ii) a partir da Resolução Cade 05/1996 até o presente, passando pela promulgação da Lei 12.529/2011, de uma racionalidade instrumental, caracterizada pela "economicização" e "eficientização" do direito concorrencial, implicando a modificação de critérios de análise e alterações na estrutura administrativa, com vistas à redução dos seus custos. Também nesse caso, detectou-se a presença de uma racionalidade participativa emergente, identificada com a criação de instrumentos de controle democrático, transparência e participação no âmbito do Cade.

Diferentemente dos capítulos anteriores, o capítulo 5 adotou uma abordagem de cunho lógico-jurídico para analisar as normas jurídicas processuais aplicáveis ao *private enforcement* do direito concorrencial. Como critério de seleção das normas analisadas, utilizou-se a sua particularidade em relação ao regime processual geral: examinaram-se aquelas que, por causa das peculiaridades do direito concorrencial e da pretensão reparatória nesse âmbito, seguem um regime especial ou produzem resultados distintos dos usuais em outras esferas. Nessa análise, de cunho essencialmente descritivo, procedeu-se

uma extensa revisão e sistematização da legislação e da jurisprudência pertinente ao *private enforcement*, considerando, ao longo da exposição, os incentivos e desincentivos criados aos prejudicados por infrações à ordem econômica para buscarem a reparação dos danos sofridos.

Finalmente, o capítulo 6, partindo da sistematização desses incentivos e desincentivos decorrentes das técnicas processuais vigentes, bem como dos limites das soluções convencionais para enfrentá-los, apresentou diretrizes e técnicas logicamente adequadas aos pressupostos estabelecidos. Com isso, sem pretensão de definitividade ou exaustividade, pretendeu-se elaborar um "guia" para a concepção de novas técnicas, apontando-se alguns exemplos considerados adequados às diretrizes propostas.

Apesar da extensão desse percurso e do esforço empregado em sua construção, é preciso reconhecer que o resultado da tese é marcado pelos limites de seu objeto e do método adotado, tal como oportunamente identificado no capítulo 2.3 e, de forma incidental, ao longo dos demais tópicos.

De todo modo, não obstante esses limites, a pesquisa realizada, confirmando as hipóteses inicialmente delineadas, oferece as seguintes contribuições: (i) a indicação dos limites das análises lógico-jurídica e axiológica; (ii) a demonstração da importância de uma perspectiva histórica ou temporal nas análises que tenham como objeto transformações nos campos do direito concorrencial e do processo civil; (iii) a constatação da conveniência da adoção de uma metodologia que opere com tipos ideais, desprovida da pretensão de esgotar a complexidade presente na realidade, para a compreensão do objeto de estudo; (iv) a indicação da plausibilidade e utilidade da pesquisa sobre as racionalidades preponderantes nos ramos do direito analisados; (v) a compreensão de uma historicidade marcada pelo reconhecimento de distintas racionalidades em diferentes momentos históricos; (vi) a demonstração da possibilidade de adotar, para fins de análises de adequação, uma tipologia ideal aplicável à contemporaneidade, indo além da tipologia weberiana cujo campo histórico não ultrapassava o início do século XX; (vii) a identificação, extraída da análise das atuais transformações havidas no direito concorrencial e no processo civil, de uma racionalidade preponderante atualmente vigente, de tipo instrumental, tendo como sentido o critério da eficiência; (viii) a identificação de uma racionalidade emergente, fundada no processamento, interno ao direito, de tensões entre valores extrajurídicos conflitantes, denominada neste trabalho de racionalidade participativa; (ix) a demonstração de uma tensão entre ambas as racionalidades; e (x) a constatação da presença de uma afinidade eletiva entre os dois ramos do direito analisados,

a partir da eliminação de contradições e do reforço mútuo de suas racionalidades no período histórico mais recente.

A partir dessas contribuições tornou-se possível o exame mais qualificado da adequação de técnicas processuais aplicáveis ao *private enforcement*, não apenas por agregar a perspectiva histórica em uma análise lógico-jurídica, mas por sustentar uma conformidade ao sentido das atuais transformações do processo civil e do direito concorrencial. Disso resulta a possibilidade – academicamente ousada, ainda que teórica e logicamente sustentada – de apresentar algumas diretrizes e técnicas não apenas consentâneas à estrutura do direito vigente, mas também às tendências identificadas a partir de sua racionalidade preponderante.

Espera-se que esse esforço constitua um estímulo para legisladores, pesquisadores e operadores do direito aprimorarem e fortalecerem o *private enforcement* do direito concorrencial no Brasil, colocando-o em desejável equilíbrio com relação ao *public enforcement*. Apenas assim, acredita-se, será possível que os problemas aqui enfrentados sejam substituídos por outros e que, desse modo, a ciência possa se preparar, como dizia Weber, para "[...] mudar o seu cenário e o seu aparelho conceitual, e fitar o fluxo do devir das alturas do pensamento".[2]

[2] WEBER, Max. *A "objetividade" do conhecimento nas ciências sociais*. Tradução de Gabriel Cohn. São Paulo: Editora Ática, 2006, p. 106.

REFERÊNCIAS[1]

ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Indirect purchaser litigation handbook.* Chicago: ABA Publishing, 2007.

AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo Rosenthal. A evolução da legislação antitruste no Brasil. *Revista Concorrência & Regulação*, Coimbra, v.7-8, p. 139-159, 2012.

ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. Achegas à Lei n. 8884/94. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. *Lei Antitruste*: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 265-278.

ALBROW, Martin. The application of the weberian concept of Rationalization to Contemporary conditions. In: WHIMSTER, Sam; LASH, Scott (Eds.). *Max Weber, Rationality and Modernity.* 2 ed. Oxfordshire: Routledge, 2006, p. 164-182.

ALEXY, Robert. On the structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, Oxford, v.13, n.3, p. 294-304, set. 2000.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALLEN, Ronald J. Burdens of proof. *Law, Probability and Risk*, Oxford, v.13, p. 195-219, 2014. Disponível em: lpr.oxfordjournals.org/content/13/3-4/195.full.pdf+html. Acesso em: 04 abr. 2017.

ALLISON, J. W. F. *A continental distinction in the Common Law:* a historical and comparative perspective on English Public Law. New York: Oxford University Press, 1996.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A arbitragem e o Direito da Concorrência. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.) *Arbitragem Doméstica e Internacional*: estudos em homenagem ao Prof. Teóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AMANN, Edmund; BAER, Werner. Neoliberalismo e concentração de mercado no Brasil: a emergência de uma contradição? *Revista Econômica,* Rio de Janeiro, v.8, n.2, p. 269-289, dez. 2006. Disponível em: http://www.uff.br/revistaeconomica/v8n2/baer.pdf. Acesso em: 20 set. 2017.

AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coords.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANDRADE, Luís Antônio de. Balanço da aplicação do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.73, n.259, p. 23-28, jul. a set. 1977.

[1] De acordo com UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Sistema Integrado de Bibliotecas da USP. Diretrizes para apresentação de dissertações e teses da USP: parte I (ABNT)/Sistema Integrado de Bibliotecas da USP. Vânia Martins de Oliveira Funaro (Coord.). 3. ed. ver., ampl. e mod. São Paulo: SIBiUSP, 2016. 100 p.

ANDRADE, Luís Antônio de. Inovações do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.246, n.850-852, p. 289-306, abr. a jun. 1974.

ANDRADE, Luis Tomás Alves de. Third-party funding in international arbitration and the allocation of costs. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.47, p. 215-232, out. a dez. 2015.

ANDRADE, Maria Cecília; ARANTES, Álvaro Brito. Private enforcement of competition law in Brazil. *Global Competition Litigation Review,* v.5, n.1, p. 20-27, 2012.

ANDRESKI, Stanislav. *Max Weber's insight and errors.* New York: Routledge, 1984.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Recursos repetitivos. *Revista de Processo,* São Paulo, v.35, n.185, p. 265-281, jul. 2010.

ANSBERRY, Dorothy. et al. Umbrella Effect: Damages Claimed by Customers of Non-cartelist Competitors. *Journal of European Competition Law & Practice*, v.5, n.4, p. 196-205, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. *RDA-Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.259, p. 73-87, jan. a abr. 2012.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Processo de execução. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.246, n.850-852, p. 51-62, abr. a jun. 1974.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Reforma Processual: 10 anos. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.362, n.362, p.15-23, jul. a ago. 2002.

ARAUJO JR. José Tavares de. Prefácio. In: MATTOS, César (Org.). *A revolução do antitruste no Brasil:* a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 5-7.

AREEDA, Philip; TURNER, Donald F. Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act. *Harvard Law Review*, Cambridge, v.88, n.4, p. 697 – 733, fev. 1975. Disponível em: http://www.contrib.andrew.cmu.edu/~kryukov/Predation/areeda75.pdf. Acesso em: 23 fev. 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; OSNA, Gustavo. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n.222, p. 41-64, ago. 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os "acordos processuais" no novo CPC – Aproximações preliminares. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v.4, n.39, p. 103-117, abr. 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/12943882/Os_Acordos_Processuais_no_Novo_CPC_-_Aproxima%C3%A7%C3%B5es_Preliminares. Acesso em: 16 nov. 2017.

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

ARENHART, Sérgio Cruz. *O ônus da prova e sua modificação no direito processual civil brasileiro*. [S.l.:S.n.]. Disponível em: https://www.academia.edu/305697/O_Onus_da_Prova_e_sua_Modificacao_no _Direito_Processual_Civil_Brasileiro. Acesso em: 29 out. 2016.

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico.* 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, Editora da Universidade de Brasília, 1987.

ARON, Raymond. *Main currents in sociological thought.* Translated by Richard Howard and Helen Weaver. London: Penguin Books, 1967, v. 2.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de Arruda Alvim Netto. Dogmática Jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.71, n.252, p. 39-67, out. a dez. 1975.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de Arruda Alvim Netto. O "julgamento conforme o estado do processo" e o "procedimento sumaríssimo". *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 231-242, abr. a jun. 1974.

ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DE MINAS GERAIS. Relação de Filiados em julho de 2016. Disponível em: http://www.centraldoshospitais.com.br/relacao-de-filiados/. Acesso em: 06 dez. 2017.

AUGENBLICK, Ned; NICHOLSON, Scott. Choice Fatigue: *The Effect of Making Previous Choices on Decision Making*. p. 01-29. April 2009. Mimeo. Disponível em: http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.175.2560&rep=rep1&type=pdf.

AZEVEDO, Luiz Carlos; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise econômica da defesa da concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 266-295.

BAGENSTOS, Samuel R. Social change litigation as just another political tool. In: BARNES, Jeb; BURKE, Thomas. *How policy shapes politics*: rights, courts litigation, and the struggle over injury compensation. Oxford: Oxford University Press, 2015.

BAGNOLI, Vicente; BASTOS, Alexandre Augusto Reis; NAVAS, Amanda Renata Enéas. *Cláusula de Exclusividade*: análise concorrencial a partir do caso dos créditos consignados. São Paulo: Almedina, 2014.

BAKER, Jonathan B.; BRESNAHAN, Timothy F. Economic evidence in antitrust: defining markets and measuring market power. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, Stanford, n.328, p. 1-42, set. 2006. Disponível em: https://web.stanford.edu/~tbres/research/buccirossi_01_ch01_001-042.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017.

BAPTISTA, Luiz Olavo; NAKAGAWA, Adriano; TORTORELLA; Eduardo. Brazil. In: FRIEL, Steven; BARNES, Jonathan (Coords.). Litigation Funding 2017. Londres: Getting The Deal Through, 2016.

BAQUERO, Ingrid Ortiz. El Arbitraje Como Vía de Aplicación Privada de las Normas de Libre Competencia en el Sistema Europeo. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Colombia, n.14, p. 3-48, set. 2010.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v. I.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A estrutura do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 34-42, abr. a jun. 1974.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de Direito Processual*: Primeira série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Do procedimento ordinário no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 20-61, abr. a jun. 1974.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Neoprivatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, v.30, n.122, p. 09-21, abr. a jun. 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual:* quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de processo*, Belo Horizonte, v.8, n.31, p. 199-209, jul. a set. 1983.

BARROS, Humberto Gomes de. Carta de alforria – Lei nº 11.672/08 vai resgatar o STJ da inviabilidade. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 mai. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-mai-16/lei_1167208_resgatar_stj_inviabilidade. Acesso em: 04 dez. 2017.

BASSO, Leonardo J.; ROSS, Thomas W. Measuring the true harm from price-fixing to both direct and indirect purchasers. *The Journal of Industrial Economics,* v.58, n.4, p. 895-927, dez. 2010.

BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 2004.

BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Lisboa, v.1, n.2, p. 239-270, fev. a mai. 2015.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an Economic Approach. *University of Chicago and National Bureau of Economic Research*, Chicago, p. 1-54, 1974. Disponível em: http:// www.nber.org/chapters/c3625. Acesso em: 07 abr. 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo:* influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada:* o Cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005.

BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BERMAN, Harold J. Some False Premises of Max Weber's Sociology of Law. *Washington University Law Review*, Washington, v.65, n.4, jan. 1967.

BLAIR, Roger D.; DURRANCE, Christine Piette; WANG, Wenche. The Kone Decision: Economic Logic and Damage Estimation. The Antitrust Bulletin: the Journal of American and Foreign Antitrust and Trade Regulation, Wexford, v.61, n.3, p. 393-410, jul. 2016. Disponível em: http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0003603X16657222?journalCode=abxa. Acesso em: 24 dez. 2017.

BLAIR, Roger D.; PAGE, William H. The role of economics in defining antitrust injury and standing. In: MCCHESNEY, Fred S. (Coord.). *Economic inputs, legal outputs: the role of economists in modern antitrust*. Gainesville: University of Florida - Levin College of Law, 2009. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1414449. Acesso em: 24 dez. 2017.

BLANKE, Gordon. EU Competition Arbitration. p. 1075-1113. In: BLANCO, Luis Ortiz. *EU Competition Procedure*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BOLIVIA. Tribunal Constitucional de Bolívia. Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/2012, da Sala Tercera do Tribunal Constitucional de Bolívia, Sucre, Bolívia, 24 de setembro de 2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalDestaques/anexo/Resolucion_1422_2012__Tribunal_Constitucional_de_Bolivia.pdf. Acesso em: 16 nov. 2017.

BOLOTOVA, Yuliya. Cartel overcharges: an empirical analysis. *Journal of Economic Behavior & Organization*, Amsterdam, v.70, n.1, p. 321-241, mai. 2009.

BOSHOFF, Willem H. *Antitrust market definition:* rationale, challenges and opportunities in South African competition policy. [S.l.:S.n.], 2014. Disponível em: http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2014/09/Boshoff-Market-Definition.pdf. Acesso em: 06 jun. 2017.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil:* jurisdição constitucional das liberdades e garantias constitucionais do processo, execução das decisões do CADE, outros estudos. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BOURJADE, Sylvain; REY, Patrick; BRIGHT, Paul S. Private Antitrust Enforcement in the Presence of Pre-Trial Bargaining. *The Journal of Industrial Economics*, v.57, n.3, p. 374-375, set. 2009.

BRANCA, Silvia. The Private *Enforcement of Competition Law*: developments and persisting problems. 2015. 248 p. Tese (Doutorado). Università Degli Studi del Molise, Campobasso, 2015.

BRANDEIS, Louis D. Chapter V: What Publicity Can Do. In: _____. *Other People's Money And How The Bankers Use It*. Louisville: Louis D. Brandeis School Of Law Library, 1914. Disponível em: http://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/other-peoples-money-chapter-v. Acesso em: 02 de mar. 2016.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 06, de 16 de março de 1979. Introduz alterações no Código de Processo Civil , no que se refere a arrematação de bens penhorados. Autor: Jorge Arbage. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 11 set. 1985. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=170005. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.032, de 30 de maio de 1983. Altera a redação do artigo 132 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Autor: Nilson Gibson. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 31 mar. 1993. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=186249. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.282, de 18 de junho de 2003. Altera o disposto nos arts. 1.050 e 1.053 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Autor: Inaldo Leitão. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) do PL nº 1.283. Autor: Ney Lopes. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 23 mar. 2004. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=205165&filename=Tra mitacao-PL+1282/2003. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.293, de 30 de outubro de 1995. Determina seja dada maior publicidade aos editais, avisos, anúncios e quadro geral de credores na falência, na concordata e na insolvência civil. Autor: Lauro Campos. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 20 jun. 1997. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=190225. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.422, de 29 de junho de 1979. Dá nova redação ao artigo 280 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Autor: Freitas Nobre. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 19 set. 1984. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=191934. Acesso em: 01 nov. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.950, de 25 de agosto de 1983. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do juizado especial de pequenas causas. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 07 out. 1984. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=198038. Acesso em: 01 nov. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.384, de 15 de julho de 2015. Disciplina o juízo prévio de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial; altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil e dá outras providências. Autor: Carlos Manato. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ). *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 15 jul. 2015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1402334&filename=PPP+1+CCJC+%3D%3E+PL+2384/2015. Acesso em: 16 nov. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.462, de 29 de maio de 1989. Altera a redação do parágrafo segundo do artigo 184 e acrescenta parágrafo único ao artigo 240 do Código de Processo Civil – Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Autor: Sigmaringa Seixas. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 13 set. 1990. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=203714. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.778, de 04 de agosto de 2008. Transforma o agravo de instrumento, interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial, em agravo nos próprios autos. Autor: Paes Landim. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) do PL nº 3.778. Autor: Regis de Oliveira. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 13 nov. 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=614020&filename=Tramitacao-PL+3778/2008. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.778, de 04 de agosto de 2008. Transforma o agravo de instrumento, interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial, em agravo nos próprios autos. Autor: Paes Landim. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 04 ago. 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=405593. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.497, de 19 de novembro de 2004. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 07 dez. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=270517. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.728, de 24 de dezembro de 2004. Acresce o artigo 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 08 fev. 2006. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=274442. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.416, de 14 de dezembro de 2005. Altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, admitindo a realização de inventário e partilha extrajudiciais. Autor: César Borges. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) do PL nº 6.416. Autor: Maurício Rands. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 06 abr. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=386354&filename=Tramitacao-PL+6416/2005. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.648, de 21 de fevereiro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o art. 102, §3.o, da Constituição Federal. Autor: Senado Federal – Comissão Mista Especial de Reforma do Judiciário. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) do PL nº 6.648. Autor: Odair Cunha. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 30 mai. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=399380&filename=Tramitacao-PL+6648/2006. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 716, de 29 de junho de 1995. Da nova redação ao inciso III do artigo 82, da Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Autor: Domingos Dutra. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 10 ago. 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=181322. Acesso em: 06 nov. 2017.

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

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Atas de comissões. Brasília, DF, 1987. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/sistema.pdf. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de desenvolvimento econômico, indústria e comércio. Projeto de Lei nº 3.937, de 2004. Autor: Carlos Eduardo Cadoca. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 15 dez. 2004. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=259004&filename=PRL+1+CDEICS+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 09 set. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. Projeto de Lei nº 3.937, de 2004. Autor: Carlos Eduardo Cadoca. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 28 mai. 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=569964&filename=PRL+2+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 06 set. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. Projeto de Lei nº 3.937, de 2004. Autor: Carlos Eduardo Cadoca. *Câmara dos Deputados,* Brasília,

DF, 06 nov. 2007. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=520669&filename=VTS+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 04 set. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 3937, de 2004. Voto em separado (dos Deputados Antonio Carlos Mendes Thame e Luiz Carlos Hauly). *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 20 nov. 2007. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=525827&filename=VTS+2+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 07 set. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 3937, de 2004. Voto em separado do deputado Paes Landim. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 28 mai. 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=560900&filename=VTS+3+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 05 set. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.213, de 30 de maio de 2007. Acresce o artigo 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Autor: Poder Executivo. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) do PL nº 1.213. Autor: Maurício Rands. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 09 out. 2007. Disponível em: http://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/integras/512215.htm. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.213, de 30 de maio de 2007. Acresce o artigo 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Autor: Tarso Genro. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 05 abr. 2007. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F41A01896B8850B937F69A33C17AAABD.node1?codteor=465291&filename=PL+1213/2007. Acesso em: 27 mai. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.522, de 04 de dezembro de 1979. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Autor: Paulo Brossard. *Senado Federal,* Brasília, DF, 17 nov. 1980. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=204270. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.591, de 28 de junho de 1976. Nova ementa: modifica o artigo 649 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, acrescentando dispositivo que torna impenhorável o imóvel rural até um módulo. Autor: Raul Bernardo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 09 jul. 1986. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=204902. Acesso em: 16 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.595, de 10 de novembro de 1983. Acrescenta parágrafo ao artigo 232 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de

Processo Civil). Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 10 out. 1985. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=204943. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.654, de 08 de abril de 1992. Dá nova redação aos dispositivos que menciona do Código de Processo Civil. Autor: Divaldo Suruagy. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 29 set. 1993. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=205498. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.689, de 07 de maio de 1992. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, relativos à liquidação de sentença. Autor: Nelson Jobim. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 29 jun. 1994. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=205833. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.172, de 23 de junho de 1980. Altera a redação do parágrafo segundo do artigo 416 do Código de Processo Civil. Autor: Luiz Viana. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), p. 7.071. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 11 ago. 1980. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05AGO1981.pdf#page=13. Acesso em: 16 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.253, de 29 de abril de 2004. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 23 dez. 2005. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=158523. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.314, de 15 de dezembro de 1992. Acrescenta um § 2º ao artigo 1.031 do Código de Processo Civil, transformando o atual parágrafo único em § 1º. Autor: Mauricio Correa. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 31 mai. 1996. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=211600. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.355, de 06 de agosto de 1980. Altera o artigo 982 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), com a redação dada pela Lei nº 5.925, de primeiro de outubro de 1973, e dá outras providências. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 31 ago. 1982. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=211968. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.474, de 21 de agosto de 2000. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), referentes a recursos e reexame necessário. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 27 dez. 2001. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19720. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.475, de 21 de agosto de 2000. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativos ao processo de conhecimento. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 28 dez. 2001. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19722. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.712, de 23 de abril de 1993. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 23 abr. 1993. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13MAI1993.pdf#page=7. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.801, de 11 de junho de 1993. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, relativos aos recursos. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 13 dez. 1994. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216067. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.802, de 11 de junho de 1993. Altera os dispositivos do Código de Processo Civil sobre as ações de consignação em pagamento e de usucapião. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 13 dez. 1994. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216077. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.803, de 11 de junho de 1993. Altera os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 13 dez. 1994. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216085. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.805, de 11 de junho de 1993. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, com a adoção da ação monitória. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 14 jul. 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216102. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.810, de 11 de junho de 1993. Altera os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de execução. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 13 dez. 1994. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216147. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.811, de 11 de junho de 1993. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, relativos ao procedimento sumário. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 26 dez. 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216157. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.935, de 10 de agosto de 1977. Dá nova redação ao artigo 923 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Autor: Erasmo Martins Pedro. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 16 set. 1980. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=217281. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3937, de 7 de julho de 2004. Autor: Carlos Eduardo Cadoca. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 07 de jul. 2004. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=233311&filename=PL+3937/2004. Acesso em: 02 out. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.018, de 17 de setembro de 1993. Dispõe sobre a arbitragem. Autor: Marco Maciel. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=218042. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.070, de 14 de janeiro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 18 dez. 1998. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=218511. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.293, de 13 de dezembro de 1993. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento. Autor: Marcio Lacerda. *Senado Federal,* Brasília, DF, 01 dez. 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=220356. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.724, de 27 de dezembro de 2004. Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 08 fev. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=274427. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.726, de 27 de dezembro de 2004. Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia,

carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o artigo 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 17 fev. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=274431. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.727, de 27 de dezembro de 2004. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. Autor: Poder Executivo. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 19 out. 2005. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=274440. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.728, de 19 de novembro de 2004. Acresce o artigo 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativo à racionalização do julgamento de processos repetitivos. Autor: Marcio Thomaz Bastos. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 09 nov. 2004. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=260588&filename=PL+4728/2004. Acesso em: 16 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.828, de 04 de dezembro de 2001. Dispõe sobre a informatização do processo judicial e dá outras providências. Autor: Comissão de Legislação Participativa. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 29 dez. 2001. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29DEZ2001.pdf#page=21. Acesso em: 10 ago. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.828, de 04 de dezembro de 2001. Dispõe sobre a informatização do processo judicial e dá outras providências. Autor: Comissão de Legislação Participativa. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 19 dez. 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=41619. Acesso em: 10 ago. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.025, de 06 de outubro de 2005. Altera o artigo 666 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para dispor acerca da penhora sobre máquinas, instrumentos e implementos agrícolas. Autor: César Borges. Relatório da Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do Código de Processo Civil. Relator: Paulo Teixeira. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 25 mar. 2014. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130509-07.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.127, de 17 de dezembro de 1990. Altera o artigo 294 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Autor: Francisco Rollemberg. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 14 out. 1993. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=25728. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 902, de 21 de maio de 1991. Modifica disposições do Código de Processo Civil, alusivas à prova pericial. Autor: Nelson Jobim. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 24 ago. 1992. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=184224. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Sugestão nº 01, de 05 de setembro de 2001. Dispõe sobre a informatização do processo judicial e dá outras providências. Autor: Associação dos Juízes Federais do Brasil. *Câmara dos Deputados,* Brasília, DF, 04 dez. 2001. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=32873&ord=1. Acesso em: 10 ago. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Mista destinada a emitir parecer sobre a Medida Provisória nº 340, de 29 de dezembro de 2006. Mensagem nº 146, de 2006. *Congresso Nacional,* Brasília, DF, 2007. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=452897&filename=PPP+1+MPV34006+%3D%3E+MPV+340/2006. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional: Seção I. Exposição de motivos nº184, de 24 de abril de 1993, do Senhor Ministro de Estado da Justiça. *Congresso Nacional,* Brasília, DF, mai. 1993. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13MAI1993.pdf#page=7. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Substitutiva nº 7 ao Projeto de Lei 3.712/1993. Autor: Vladimir Palmeira. *Congresso Nacional.* Brasília, DF, 6 mai. 1993. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07MAI1993.pdf#page=156. Acesso em: 20 out. 2017, p. 9163-9172.

BRASIL, Congresso Nacional. Relatório nº 01/89 da Comissão Mista do Congresso Nacional destinada a elaborar o Projeto do CDC. *Congresso Nacional*, Brasília, DF, 04 dez. 1989.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Consulta Pública nº 05/2016. Disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011. Exposição de motivos. Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Consulta Pública nº 05/2016. Disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011. Minuta de Projeto de Lei. Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Defesa da concorrência no Brasil:* 50 anos. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Guia*: Programa de Leniência Antitruste do Cade. Versão preliminar [sl:sn]. Disponível em:

http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-programa-de-leniencia-antitruste-do-cade-versao-preliminar-1.pdf. Acesso em: 1º abr. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Nota técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE*. Articulação entre as persecuções pública e privada a condutas competitivas: estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessação (TCC) no Brasil. 2016. Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg. Acesso em: 02 mai. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Processo Administrativo nº 08012.005669/2002-31*. Representante: Ministério Público Federal – RS. Representadas: Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos – ANTV; Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e Pequenas e Micro Empresas de Transporte Rodoviário de Veículos – SINDICAM. Relator: Luis Fernando Schuartz. Brasília, DF, 21 nov. 2007.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Processo Administrativo nº 08012.001003/2000-41*. Representante: Promotoria de Justiça de Londrina (PR). Representados: Ariovaldo Ferraz de Arruda e outros. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, DF].

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Relatório anual 1996*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, fev. 1997. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/antes_2003/rel_1996.pdf. Acesso em: 15 abr. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Relatório anual 1997*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, mar. 1998. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/antes_2003/relfim97.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Relatório anual 1998/99*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, mai. 1999. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/antes_2003/relatorio-anual-98-99-10-05-99.pdf. Acesso em: 20 mai. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Relatório de gestão do exercício de 2013. Brasília, mar. 2014. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2013/relatorio_de_gestao_de_2013_cade_v1.pdf/view. Acesso em: 15 abr. 2017, p. 110.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial.* 6. ed. Brasília, 2016. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf. Acesso em: 05 dez. 2017.

BRASIL. Decreto nº 1355. Promulgação do Acordo sobre Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Brasília, 30 dez. 1994.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil (1939). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1939. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc. Acesso em: 16 nov. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.666, de 22 De junho De 1945. Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. *Consolidação de Leis Brasileiras,* Rio de Janeiro, RJ, 22 jun. 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7666.htm. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 8.167, de 9 de novembro de 1945. Revoga o Decreto-lei n.º 7.666, de 22 de junho de 1945. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 nov. 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del8167.htm. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000. Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 dez. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10149.htm. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. 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; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2 dez. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 nov. 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4132.htm. Acesso em: 08 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.002, de 14 de março de 1990. Dispõe sobre a repressão de infrações atentatórias contra os direitos do consumidor. *Diário Oficial da União,* Brasília, DF, 14 mar. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8002impressao.htm. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 jan. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8158.htm. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, DF, 13 jun. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.021, de 30 de março de 1995. Dispõe sobre a implementação da autarquia Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), criada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 mar. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9021.htm. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Medida provisória nº 204, de 2 de agosto de 1990. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3 ago. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/1990-1995/204.htm. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. Medida provisória nº 276, de 5 de dezembro de 1990. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/1990-1995/276.htm. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Informações Classificadas. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/informacoes-classificadas. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Fundo de Direitos Difusos (FDD). Arrecadação do FDD até novembro de 2017. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/anexos/recfdd2017-novembro.pdf. Acesso em: 23 dez. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Fundo de Direitos Difusos (FDD). Seleção de Projetos 2017/2018. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/anexos/selecao-de-projetos-2017-2018. Acesso em: 23 dez. 2017.

BRASIL. Presidência da República. *Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 204,* de 2 de Agosto de 1990. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/1990/medidaprovisoria-204-2-agosto-1990-371107-norma-pe.html. Acesso em: 20 jan. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 536, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União,* Brasília, DF, 1º dez. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/msg/vep-536.htm. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Consulta Pública nº 17/2011. Altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 e a Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994. Minuta de Projeto de Lei. Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, DF, 1987. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/sistema.pdf. Acesso em: 03 out. 2017.

BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil:* histórico da Lei nº 5.869, v. I, tomo I. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974.

BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016. Relator: Senador Antonio Anastasia Senado Federal, Brasília, DF, 21 de setembro de 2017.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 283/2016. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica Autor: Aécio Neves. *Senado Federal*, Brasília, DF, 06 de julho de 2016. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 6/2009 do Senado e 3937/2004 da Câmara dos Deputados, de 05 de outubro de 2011. Autor: Carlos Eduardo Cadoca. *Senado Federal*, Brasília, DF, 05 out. 2011. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=928019&filename=PSS+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 03 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 491270 PR 2014/0063366-0. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 21 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.010.223 – SP (2016/0289234-0). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 28 de junho de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 603.860 – SP (2014/0260410-2). Relator: Ministro Marco Buzzi, Brasília, DF, 19 de dezembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.287.225 - SC (2011/0250130-2). Relator: Ministro Marco Buzzi, Brasília, DF, 22 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 800.847 – MG. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 20 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1.406.633 – RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 11 fev. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.278.643 – ES (2011/0219311-9). Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Brasília, DF, 29 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 654.728 – DF (2015/0013828-3). Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, Brasília, DF, 21 de outubro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 496.307 – RS (2014/0072547-6). Relator: Ministro Sidnei Beneti, Brasília, DF, 16 de junho de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.359.190 - RJ (2012/0077720-7). Relator: Ministro Moura Ribeiro, Brasília, DF, 21 de junho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 24.940 - RJ (2011/0161161-5). Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 24 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 4.364 – SP (1990/05788-4). Relator: Ministro Ilmar Galvão, Brasília, DF, 10 de outubro de 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 340.965 - SP (2013/0144785-0). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 28 de agosto de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 300.089 - SP (2013/0044261-4). Relator: Ministro Marcos Buzzi, Brasília, DF, 09 de novembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 283.558 - MS (2013/0008223-8). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 22 de maio de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Embargo de Declaração no Recurso Especial nº 1.521.359 - AM (2015/0059071-9). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 03 de novembro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.519.722 – PE (2015/0055388-8). Relator: Ministro Humberto Martins, Brasília, DF, 25 de agosto de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.212.834 – PR (2010/0176506-0). Relator: Ministro Humberto Martins, Brasília, DF, 13 de abril de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.125.981 – RS (2009/0041096-7). Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 05 de março de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 774.033 - RS (2005/0135578-3). Relator: Ministro Felix Fischer, Brasília, DF, 20 de março de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.524.765 – PE (2013/0333086-1). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, DF, 07 de outubro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 113.523 - RJ (2010/0143074-1). Relator: Ministro Castro Meira, Brasília, DF, 04 de março de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em agravo nº 1.178.380 – RS. Relator Ministro Ari Pargendler. Brasília, 22 de maio de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.409.256 – PR (2014/0253909-4). Relator: Ministro Geraldo Og Fernandes, Brasília, DF, 28 de maio de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 22.157 – DF. Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 25 de abril de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 57.488 – RS (2015/0047164-0). Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Brasília, DF, 17 de junho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.110.417 – MA (2008/0273075-4). Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, Brasília, DF, 28 de abril de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.110.549 - RS. Relator Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 28 de outubro de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.135.988 – SP (2009/0073474-8). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 17 de outubro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.153.354 - AL (2009/0142035-2). Relator: Ministro Ari Pargendler, Brasília, DF, 02 de junho de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.171.680 – PB (2009/0238330-0). Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Brasília, DF, 23 de novembro de 2010.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.632 - DF (2010/0060269-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 06 de junho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.198.068 – MS (2010/0110329-0). Relator: Ministro Marco Buzzi, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.243.887 - PR (2011/0053415-5). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 12 de dezembro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.280.825 - RJ (2011/0190397-7). Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Brasília, DF, 29 de agosto de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.287.225 – SC (2011/0250130-2). Relator Ministro Marco Buzzi, Brasília, DF, 28 de novembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.296.281 – RS. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, 15 mai. 2013, p. 7.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.307.439 – SP (2012/0017981-2). Relator: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 04 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.309.015 – SP (2012/0025083-4). Relator: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 04 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.335.624 - RJ (2012/0049591-4). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.353.801 - RS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 14 de agosto de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.354.348 – RS (2011/0310660-6). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 16 de setembro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.361.800 - SP (2013/0011719-4). Relator: Ministro Raul Araújo, Brasília, DF, 14 de outubro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.371.444 - PE (2013/0057803-0). Relator: Ministro Humberto Martins, Brasília, DF, 16 de maio de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.381.603 – MS (2013/0057876-1). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 11 de novembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.407.907 – SC. Relator Ministro Marco Buzzi. Brasília, 02 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.457.199 - RS. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 12 de novembro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.538.904 - SP (2015/0145724-7). Relator: Ministro Olindo Menezes, Brasília, DF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.566.168 – RJ. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 27 de abril de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.610.932 - RJ (2011/0306435-3). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 22 de junho de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.631.870 – SE (2016/0025292-4). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 24 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 32.575 - SP (1993/5217-9). Relator: Ministro Ari Pargendler, Brasília, DF, 22 de setembro de 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 343.917 – MA. Relator: Ministro Castro Filho, Brasília, DF, 03 de novembro de 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 437.638 – RS. Relator: Ministro Barros Monteiro, Brasília, DF, 28 de outubro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 647.184 – DF (2004/0035782-0). Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, DF, 12 de junho de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 673.380 - RS (2004/0116353-7). Relatora: Ministra Laurita Vaz, Brasília, DF, 20 de junho de 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 678.143 - MG (2004/0087312-8). Relator: Ministro Raul Araújo, Brasília, DF, 30 de abril de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 691.987 - RS (2004/0141439-7). Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Brasília, DF, 28 de maio de 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 737.073 - RS (2005/0049471-2). Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 766.134 - DF (2005/0114056-7). Relator: Ministro Francisco Falcão, Brasília, DF, 27 de agosto de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 845.339 - TO (2006/0093791-0). Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 03 de março de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 869.583 - DF (2006/0093884-3). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 05 de setembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 880.385 - SP (2006/0124980-2). Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 16 de setembro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 978.200 - PR (2007/0200996-1). Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 02 de dezembro de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 996.771 - RN (2007/0239360-3). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 23 de abril de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 477.387 - DF (2014/0034437-6) Relator: Ministro Raul Araújo, Brasília, DF, 13 de novembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança nº 31.106 - SP (2009/0239946-9) Relator: Ministro Og Fernandes, Brasília, DF, 23 de novembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 30.812 - SP (2009/0213446-1) Relatora: Ministra Eliana Calmon, Brasília, DF, 18 de março de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 4/DF, Redator do Acórdão Min. Celso de Mello, Plenário, STF, Brasília, DF, 01 de outubro de 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630103. Acesso em: 16 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 32.806 - Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 856.853 - RJ. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, 21 de agosto de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 793.667 - RJ. Relator: Ministro Edson Fachin, Brasília, 07 de março de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 953.923 - DF. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 30 de junho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 961.699 MA. Relator: Ministro Teori Zavascki, Brasília, DF, 02 de dezembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.593 - RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli, Brasília, DF, 25 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 210.029-3 - RS. Relator: Ministro Carlos Veloso, Brasília, DF, 12 de junho de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 550.769-QO – RJ. Relator: Ministro. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 612.043 - PR. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 10 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 631.111 – GO. Relator: Ministro Teori Zavascki, Brasília, 07 de agosto de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 573.232-1 - SC. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 15 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral No Recurso Extraordinário Com Agravo nº 901.963 - SC. Relator: Ministro Teori Zavascki, Brasília, DF, 10 de setembro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2128530-03.2014.8.26.0000. Relator: Vianna Cotrim, São Paulo, DF, 26 de novembro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n° 0123788-48.2007.8.26.0053 – SP (053.07.123788-3). Relator: Luciana Bresciani, São Paulo, SP, 18 de dezembro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0149141-75.2009.8.26.0100 – SP (0149141-75.2009.8.26.0100). Relator: Milton Paulo de Carvalho Filho, São Paulo, SP, 31 de outubro de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança nº 2048656-61.2017.8.26.0000 – SP (2048656-61.2017.8.26.0000). Relator: Maria Laura Tavares, São Paulo, SP, 02 de outubro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança nº 2127110-55.2017.8.26.0000 – SP (2127110-55.2017.8.26.0000). Relator: Luiz Fernando Nishi, São Paulo, SP, 23 de outubro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Agravo de Instrumento nº 0011888.61.2016.8.08.0048 – ES (201600756338). Relator: Samuel Brasil Junior, Vitória, ES, 11 de abril de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0181208-84.2015.8.19.0001. Relator: Desembargador Horacio dos Santos Ribeiro Neto, Rio de Janeiro, RJ, 27 de julho de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação nº 0007786-90.2011.4.01.3801 - MG. Relator: Juiz Federal Ubirajara Teixeira, Juiz de Fora, MG, 07 de dezembro de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 0006767-37.2015.4.02.0000 (2015.00.00.006767-8). Relator: Desembargador Federal José Antonio Neiva, Rio de Janeiro, RJ, 02 de dezembro de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível nº 0118369-90.2014.4.02.5101 - RJ. Relator: José Eduardo Nobre Matta, Rio de Janeiro, RJ, 12 de junho de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2º Região. Apelação Cível nº 2012.51.01.009207-9 - RJ. Relator: Desembargador Federal Aluisio Mendes, Rio de Janeiro, 19 de março de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2º Região. Apelação Cível nº 2001.51.01.0104620 - RJ. Relator: Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, Rio de Janeiro, 11 de agosto de 2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3º Região. Apelação Cível nº 56.053 – SP (2001.03.99.056053-5). Relator: Desembargador Federal Mairan Maia, São Paulo, 27 de novembro de 2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de instrumento nº 2004040-10.063.670 - RS. Relator: Desembargador Federal Edgard Lippmann, Rio Grande do Sul, RS, 12 de agosto de 2004.

BREALEY, Mark; GREEN, Nicholas**.** *Brick Court Chambers: Competition Litigation UK Practice and Procedure***.** Reino Unido: Oxford University Press, 2010.

BROKELMANN, Helmut. La responsabilidad civil por infracción de las normas de defensa de la competencia. In: FONT I RIBAS, Antoni; GÓMEZ TRINIDAD, Silvia (coords.). *Competencia y acciones de indemnización*: actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.27, p. 162-194, out. a dez. 2010.

BRUBAKER, Rogers. *The limits of rationality:* an essay on the social and moral thought of Max Weber. London: Routledge, 1991.

BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). Introduction. In: _____. *Max Weber:* collected methodological writings. New York: Routledge, 2012, p. xi-xxviii.

BRUUN, Hans Henrik. *Science, Values and Politics in Max Weber's methodology*. Hampshire: Ashgate, 2007.

BUCAN, Nina. *The Enforcement of EU Competition Rules by Civil Law*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2016.

BUČAN, Nina. The enforcement of EU Competition Rules by Civil Law. *Radboud Universiteit Nijmegen*, Netherlands, p. 1-373, dez. 2013. Disponível em: http://hdl.handle.net/2066/121821. Acesso em: 18 fev. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUEREN, Eckart; SMUDA, Florian. A primer on damages of cartel suppliers: Determinants, standing US vs. EU and econometric estimation. *ZEW Discussion Paper*, n.13, p. 1-28, 2013. Disponível em: http://hdl.handle.net/10419/88947. Acesso em: 23 dez. 2017.

BURGER, Thomas. *Max Weber's theory of conceptual formation*: history, laws and ideal types. North Carolina: Duke University Press, 1976.

BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial*: perspectiva instrumentalista. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15032013-084457/pt-br.php. Acesso em: 15 abr. 2017.

BURROWS, Andrew. *Remedies for torts and breach of contract*. 3 ed. Oxford: Oxford Press, 2004.

BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964.

BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil:* notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do projeto do código de processo civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.246, n.850-852, p. 07-19, abr. a jun. 1974.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo.* v. 32, n. 147, p. 123-146, mai 2007.

CABRAL, Mario André Machado. *Estado, concorrência e economia:* convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

CABRAL, Patrícia Semensato. Remédios em atos de concentração: uma análise da prática do Cade. *IX Prêmio SEAE*, Brasília, 2014. Disponível em: http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2014/ix-premio-seae-2014/tema1-1lugar-patricia.pdf. Acesso em: 18 set. 2017.

CAIXETA, Deborah Batista. Novas diretrizes da política antitruste brasileira- o consumidor e a atuação do Ministério Público na defesa de seus interesses. *Revista de Defesa da Concorrência,* n°1, p. 71-104, maio 2013.

CALMON DE PASSOS, Jose Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil: (Lei nº 5.869, de janeiro de 1973).* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, v.3, 1998.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CALMON, Petronio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A inversão do ônus da prova em favor do consumidor. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.5, n.18, 2002. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_88.pdf. Acesso em: 21 abr. 2017.

CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. Administrative Law. In: DEFFENTI, Fabiano; BARRAL, Welber (eds.). *Introduction to Brazilian Law.* Second edition. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017, p. 33-50.

CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional. 2000. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

CAMARGO GOMES, Adriano; GARIBALDI, Fernanda. The relationship between public and private enforcement: access to evidence, burden of proof and legal presumptions. In: IBRAC. *Brazilian Antitrust Law (Law N.º 12,529/11): 5 years.* São Paulo, IBRAC, 2017, p. 285- 296. No prelo.

CAMARGO GOMES, Adriano; YARSHELL, Flávio Luiz. Processo judicial eletrônico e acesso à justiça. In: COELHO, Marcus V. F.; ALLEMAND, Luiz C. *Processo judicial eletrônico*. Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014. p. 279-295.

CAMARGO GOMES, Adriano. A crise do processo e o julgamento de Recursos especiais repetitivos. In: BEDAQUE, José Roberto dos S.; CINTRA, Lia Carolina B.; EID, Elie Pierre (Org.). *Garantismo Processual*: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 323-360.

CAMARGO GOMES, Adriano. Condutas anticompetitivas: a necessária adequação entre tutela reparatória e técnica processual. *Revista do IBRAC – direito da concorrência, consumo e comércio internacional,* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 19, n. 21, p. 15-36, jan. a jul. 2012.

CAMARGO GOMES, Adriano. O novo Código de Processo Civil e o Direito Intertemporal em matéria probatória. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fabio Guidi

Tabosa (coords.). Direito Intertemporal. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC.* Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v. 7, p. 21-48.

CAMARGO GOMES, Adriano. Public compensation in Brazilian competition law: a mechanism to enhance the effectiveness of enforcement. In: *Ideias em competição*: 5 anos do prêmio IBRAC-TIM. São Paulo: Singular, 2015, p. 479-498.

CAMARGO, Rodrigo Cavalcanti de. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. *Revista do CADE*, Brasília, v.3, n.2, p. 28-45, nov. 2015.

CAMPILONGO, Celso. Democracia e legitimidade: representação política e paradigma dogmático. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.86, p. 29-40, abr. a jun. 1985.

CANENBLEY, Cornelis; STEINVORTH, Till. Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?. *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford, v.2, n.4, p.315-326, 2011. Disponível em: https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/2/4/315/1845920/Effective-Enforcement-of-Competition-Law-Is-There?redirectedFrom=fulltext. Acesso em: 12 nov. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. *Comentário à Lei de Arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

CARPES, Artur Thompsen. A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coords.). *O novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CARTELS WORKING GROUP. Interaction of public and private enforcement in cartel cases. In: ICN Annual Conference, Moscou, mai. 2007. Disponível em: www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf. Acesso em: 23 dez. 2017.

CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça*: o novo paradigma do Third Party Funding, 2014. 218 p. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

CASCAES, Waldemiro. A conciliação e o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 286-290, abr. a jun. 1974.

CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel. São Paulo: Editora Singular, 2016.

CASTRO FILHO, José Olympio de. Processo Civil e Reorganização Judiciária. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.73, n.259, p. 29-37, jul. a set. 1977.

CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CATÓN, Pablo González de Zárate. Disclosure of leniency materials: a bridge between Public and Private Enforcement of Antitrust Law. *European Legal Studies*, Brugge, n.8, p. 1-23, dez. 2013. Disponível em: https://www.coleurope.eu/research-paper/disclosure-leniency-materials-bridge-between-public-and-private-enforcement-antitrust. Acesso em: 29 jul. 2016.

CAUFFMAN, Caroline. The interaction of leniency programmes and actions for damages. *The Competition Law Review*, London, v.7, n.2, p. 181-220, jul. 2011. Disponível em: http://new.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol7Issue2Art1Cauffman.pdf. Acesso em: 13 abr. 2017.

CAVALCANTI FILHO, José Paulo. O cerco ao capitalismo selvagem. *Revista de Direito Econômico,* Brasília, n.1, jan. 1986.

CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. *Revista de Defesa da Concorrência CADE*, v.3, n.2, p. 28-45, nov. 2015.

CENGIZ, Firat. Passing-On Defense and Indirect Purchaser Standing in Actions for Damages against the Violations of Competition Law: what can the EC learn from the US? *Centre for Competition Policy and School of Law*, University of East Anglia, Norwich, Working Paper 07-21, p. 1-42, nov. 2007.

CHAUDHRY, Faisal. The promise and paradox of Max Weber‘s legal sociology: the categories of legal thought as types of meaningful action and the persistence of the problem of judicial legislation. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, v.20, p. 249-287, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. *La riforma del procedimento civile*. Roma: Tipografia Gianandrea, 1911.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*: tomo II. Tradução de José Casais y Santaló. Madrid: Editora Reus, 1925.

CINTRA, Antonio Carlos de A. et al. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed.. São Paulo: Malheiros, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 388.

CIPRIANI, Franco. Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan. *Rivista di diritto processuale*, Padova, n.2, p. 455, 2003.

COLLINS, Paul M. The Consistency of Judicial Choice. *The Journal of Politics*, v.70, n.3, p. 861–873, 2008.

COLLINS, Paul. *Friends of the Supreme Court:* Interest Groups and Judicial Decision Making. New York: Oxford University Press, 2008.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Annex to the Green Paper*: damages actions for breach of the EC antitrust rules. SEC (2005) 1732. Bruxelas, 2005, p. 25, par. 79.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 tfeu and in merger cases. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_submissions.pdf. Acesso em: 14 abr. 2017, p. 3.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Commision Staff Working Paper*: accompanying the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules. SEC (2008) 404. Bruxelas, 2008.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Directive 2014/104/EU*. Official Journal of the European Union, L.349/1, 26 nov. 2014. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.349.01.0001.01.ENG&toc=OJ:L:2014:349:TOC. Acesso em: 12 mai. 2016.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Green Paper*: Damages actions for breach of the EC antitrust rules. COM (2005) 672, Bruxelas, 2005.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/citizen_pt.pdf>. Acesso em: 06 out. 2016, p. 1.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução CVM 444/2006. Dispõe sobre o funcionamento de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios Não-Padronizados. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de dezembro de 2006.

COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. *Livro Verde: Ações de indenização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*. Bruxelas, 19 dez. 2005. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN. Acesso em: 05 dez. 2017.

COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (CMA). *Guidance on the approval of voluntary redress schemes for infringements of competition law*. Londres: The National Archives
Kew, 2015.

CONNOR, John M. Cartels & antitrust portrayed: private international cartels from 1990 to 2008. *The American Antitrust Institute Working Paper*, Washington, n.9, jan. 2009.

CONNOR, John M.; BOLOTOVA, Yuliya. Cartel overcharges: survey and meta-analysis. *International Journal of Industrial Organization*, West Lafayett, v.24, n.6, p. 1109-1137, nov. 2006.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processos Julgados em 2017. Disponível em: https://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true. Acesso em: 07 dez. 2017.

CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada*: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. Case T-88/09. Idromacchine and others v Comission. Fourth Chamber. 08 de novembro de 2011).

COSTA, Guilherme Recena. *Partes e terceiros na arbitragem*. 2015. 269 p. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

COUTU, Michel. Max Weber et les rationalités du droit. Paris et Québec: L.G.D.J et les Presses de l'Université Laval, 1995.

CRANE, Daniel A. Private enforcement against international cartels in Latin America: a U.S Perspective. *Cardozo Legal Studies Research Paper*, New York, n.231, p. 1-39, abr. 2008. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1120069. Acesso em: 16 fev. 2017.

CRANE, Daniel A. *The institutional structure of antitrust enforcement*. Oxford: Oxford Press, 2011, p. 181.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. Função ético-social do processo civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.267, n.913-915, p. 357-362, jul. a set. 1979.

CRISTOFARO, Pedro Paulo S.; NEY, Rafael de Moura R. Possibilidade de Aplicação das Normas do direito Antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Interna e Internacional*: Questões de Doutrina e da Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Disponível em: http://www.loboeibeas.com.br/archives/1936. Acesso em: 05 dez. 2017.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, n.77, p. 225-235, jan. a mar. 1995.

DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 46.

DAGGETT, R. S.; FREEDMAN, D. *Econometrics and the law: a case study in the proof of antitrust damages*. Technical Report, n.23, p. 1-64, abr. 1984. Disponível em:

http://xtf.lib.berkeley.edu/reports/SDTRWebData/accessPages/23.html. Acesso em: 23 dez. 2017.

DAM, Kenneth W. Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, and Conflict of Interest. *The Journal of Legal Studies*, v.4, n.1, p. 47–73, 1975.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority:* a comparative approach to the legal process. 7 ed. London: Yale University Press, 1991.

DAVIS, Joshua P. *Litigation, Settlement and the Public Interest*: Fluid Recovery and Cy Près Relief. In: Symposium Report, University of San Francisco, São Francisco, mar. 2011.

DAVIS, Joshua P.; LANDE, Robert H. Defying conventional wisdom: the case for private antitrust enforcement. *University of San Francisco Law Research Paper*, nº 2013-08, p. 01-53, 2013.

DAVIS, Peter J.; GARCÉS, Eliana. *Quantitative techniques for competition and antitrust analysis*. New Jersey: Princeton University Press, 2010.

DE SANTIS, Angelo Danilo. Tecniche di tutela collettiva e selezione degli interessi. In: *DALFINO, Domenico. Scritti dedicati a Maurizio Converso*. Roma: Ter-Press, 2016, p. 229-238.

DECKER, Christopher. Economics and the enforcement of European Competition Law. Oxford: CSLS, 2009.

DEFLEM, Mathieu. *Sociology of Law:* visions of a scholarly tradition. New York: Cambridge University Press, 2008.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Primeiras impressões sobre a participação do amicus curiae segundo o projeto do novo Código de Processo Civil (art. 322). *Revista de Processo*, São Paulo, v.36, n.194, p. 307-315, abr. 2011.

DEPARTMENT FOR BUSINESS INNOVATION & SKILLS. *Private actions in competition law*: a consultation on options for reform. Londres: BIS, 2012.

DEPARTMENT OF JUSTICE. *Corporate Leniency Policy*. Disponível em: https://www.justice.gov/atr/corporate-leniency-policy. Acesso em: 07 dez. 2017.

DESTEFENNI, Marcos. *Congruência e Flexibilidade na Tutela Coletiva*. 2008. 441 p. Tese para obtenção do título de doutor (Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063327.pdf. Acesso em: 13 nov. 2017.

DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Antitrust divergence and the limits of economics. *Northwestern University Law Review,* Illinois, v.104, n.1, p. 253-292, 2010. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1429541. Acesso em: 04 out. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual: processo coletivo. 8. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v.4, 2013.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual: processo coletivo. 8. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v.4, 2013.

DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal n. 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal n. 6.385/1976). *Revista de Processo*, São Paulo, n.115, p. 151-163, 2003.

DIDIER JR., Fredie. Revisão do conceito de interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, n.158, p. 279-281, abr. 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedentes. 12 ed. Salvador: Juspodivm, V.2, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil.* 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 01-17.

DROBAK, John N.; NORTH, Douglass C. Understanding Judicial Decision-Making: The Importance of Constraints on Non-Rational Deliberations, *Washington University Journal of Law & Policy*, v.26, n.1, p. 131-156, 2008.

EDWARDS, Corwin D. Conglomerate bigness as a source of power. In: UNIVERSITIES – NATIONAL BUREAU. *Concentration and price policy.* Massachusetts: Princeton University Press, 1955, p. 331-359. Disponível em: http://www.nber.org/chapters/c0967.pdf. Acesso em: 06 jul. 2017.

EGER, Thomas; WEISE, Peter. Some Limits to the Private Enforcement of Antitrust Law: A Grumbler's View on Harm and Damages in Hardcore Price Cartel Cases. *Global Competition Litigation Review*, n.4, p. 151-159, 2010.

ELHAUGE, EINER. Disgorgement as an antitrust remedy. *Antitrust Law Journal*, v.76, n.1, p. 79-96, 2009. Disponível em: https://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Antitrust-Law-Journal/?letter=A. Acesso em> 24 dez. 2017.

ENFORCEMENT. In: GARNER, Bryan A. (ed.). *Black's Law Dictionary.* St. Paul: West/Thomson Reuters, 2009.

EPPLER, Martin J.; MENGIS, Jeanne. The concept of information overload: a review of literature from organization science, accounting, marketing, MIS, and related disciplines, *The Information Society*, v.20, n.5, p. 325-344, 2004.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 U. S. 481. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/481/. Acesso em: 22 dez. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. Illinois Brick Co. v. Illinois. United States Supreme Court. 431 U.S. 720 (1977). Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/720/. Acesso em: 22 dez. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. Mitsubishi Motors Corp. e Soler Chrysler-Plymouth, Inc, 463 U.S. 614. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html. Acesso em: 22 dez. 2017.

ESTEVEZ, Luiz Alberto. Regulação e segurança na atividade de praticagem no Brasil: uma análise econômica. *Revista de Defesa da Concorrência,* Brasília, v.4, n.1, p. 5-20, mai. 2016.

EZRACHI, Ariel; IOANNIDOU, Maria. Access to Justice in European Competition Law: Public Enforcement as a Supplementary Channel for 'Corrective Compensation. Asia Pacific Law Review, v.19, n.2, p. 195-216, 2011.

EZRACHI, Ariel; IOANNIDOU, Maria. Public compensation as a complementary mechanism to damages actions: From Policy Justifications to Formal Implementation. *Journal of European Competition Law & Practice*, v.3, n.6, p. 536-544, dez. 2012.

EZRACHI, Ariel. *From Courage vs Crehan to the White Paper – The Changing Landscape of European Private Enforcement and the Possible Implications for Article 82 EC Litigation*. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-540-69965-1_5. Acesso em: 05 dez. 2017.

EZRACHI, Ariel. Sponge. *Journal of Antitrust Enforcement,* v.5, n.1, p. 49-75, abr. 2017. Disponível em: https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnw011. Acesso em: 10 jul. 2017.

FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. O advogado, a cultura jurídica e o acesso ao sistema judiciário. Revista *Forense*, Belo Horizonte, v.76, n.272, p. 41-50, out. a dez. 1980.

FALECK, Diego; GABBAY, Daniela; TARTUCE, Fernanda. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

FARIA, José Eduardo. Política industrial e Direito antitruste: a experiência brasileira e seu sentido atual. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 10, n.37, p. 109-149, jan. a mar. 2012.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Recursos repetitivos no novo Código de Processo Civil: uma análise comparativa. *Revista de Processo,* São Paulo, v.37, n.209, p. 337-348, jul. 2012.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Desregulamentação e o controle do abuso do poder econômico: teoria e prática. *Revista de Economia Política,* São Paulo, v.14, n.3 (55), p. 78-93, jul. a set. 1994.

FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

FERNÁNDEZ, Cani. Cuestiones de interés sobre la práctica internacional del Derecho de la Competencia. In: FONT I RIBAS, Antoni; GÓMEZ TRINIDAD, Silvia (coords.). *Competencia y acciones de indemnización*: actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales. Madrid: Marcial Pons, 2013.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Lei de defesa da concorrência*: origem histórica e base constitucional. [S.l.: s.n.], 2012. Disponível em: http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/132>. Acesso em: 04 out. 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 1, n. 2, p. 11-31, novembro 2013.

FIRST, Harry; WALLER, Spencer Weber. Antitrust's Democracy Deficit. *Fordham Law Review.* v.81, n.5, p. 2543-2574, 2013.

FLORES, Gustavo Abrahão. *Cartel*: Teoria Econômica e a Prática Antitruste no Brasil. 2006. Dissertação (Mestrado em Economia) - Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2006. Disponível em: http://www.bdtd.ndc.uff.br/tde_arquivos/40/TDE-2008-01-31T111708Z-1259/Publico/2007-gustavo_flores.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017.

FLORIDIA, Giorgio. Il risarcimento dei danni nella proprietà intellettuale e nel diritto antitruste. In: Conference The Economist and the Judge - Private Litigation and Damage Assessment in Antitrust and IPRs Cases, Roma, jun. 2011. Disponível em:

http://www.learlab.com/conference2011/documents/a-Convegno%20Lear%2023.6.2011%20-%20Relazioni%202011.pdf. Acesso em: 23 dez. 2017.

FOER, Albert A. Enhancing competition through the cy pres remedy: Suggested Best Practices. *The American Antitrust Institute Working Paper*, Washington, n.7, nov. 2007. Disponível em: https://www.antitrustinstitute.org/content/aai-working-paper-no-07-11-enhancing-competition-through-cy-pres-remedy-suggested-best. Acesso em: 24 dez. 2017.

FOER, Albert A.; AMORE, Roberto. Cy pres as an antitrust remedy. *The American Antitrust Institute Working Paper*, Washington, n.5, out. 2005. Disponível em: http://www.antitrustinstitute.org/content/aai-working-paper-no-05-09-goals-antitrust-thoughts-consumer-welfare-us. Acesso em: 24 dez. 2017.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste.* 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FORISTER, Eric F.; HUSSAIN, Samid. Empirical Approaches in Assessing Class Certification in Direct Purchaser Price-Fixing Cases. In: GCR. *The Antitrust Review of the Americas*. Londres: Global Competition Review in Association with Cornerstone Research, 2010.

FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. Enunciados Cíveis. Disponível em: http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32.

FOX, Eleanor M. Economic development, poverty and antitrust: the other path. *New York University Law and Economics Working Papers,* n.102, 26 jul. 2007. Disponível em: http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/102/. Acesso em: 10 jul. 2017.

FRAILE, Irene; KAPOOR, Ankur; PIKE, Richard. *EU High Court Opens The Door To Umbrella Liability.* Disponível em: http://awa2015.concurrences.com/IMG/pdf/eu_high_court_opens_the_door_to_umbrella_liability.pdf. Acesso em: 24 dez. 2017.

FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FREEMAN, Peter. The significance of economic evidence in competition. *IEA Beesley Lecture Series*, London, p. 1-17, 15 out. 2009. Disponível em: http://www.rpieurope.org/Beesley/2009/Peter%20Freeman.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017.

FREITAS, José Lebre de. Intervenção de terceiros em processo arbitral. Revista de Processo, São Paulo, v.209, n.37, p. 433-443, jul. 2012.

FREITAS, Paulo Felipe Carneiro de. *Tutela coletiva da responsabilidade civil por infração à ordem econômica*. 2013. 118 p. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

FREITAS, Paulo Felipe Carneiro de. *Tutela Coletiva da Responsabilidade Civil por Infração à ordem econômica*. 2013. 120 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber.* Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. 4 ed. St. Paul: Thomson/West, 2005.

FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrik. Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: insights from German cartel cases. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, v.6, n.3, p. 595-618, set. 2010.

FRIEL, Steven; BARNES, Jonathan (Coord.). *Litigation Funding 2017*. Londres: Getting The Deal Through, 2016.

FURLAN, Fernando de Magalhães. *Especialização judicial*: uma solução econômica para a administração da justiça. São Paulo: Singular, 2017.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GABARDO, Rodrigo Araújo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial:* efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada. 2014. 160 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GABBAY, Daniela Monteiro et al. Cândido Rangel Dinamarco e a instrumentalidade do processo (uma entrevista). *Cadernos Direito FGV*, São Paulo, v.7, n.4, p. 07-41, jul. 2010.

GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v.11, n.43, p. 07-32, 2014.

GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos**.** *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 43, p. 171-207, out. a dez. 2014.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. 274 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-141447/pt-br.php. Acesso em: 05 dez. 2017.

GABURRI, Fernando. A prescrição da pretensão de reparação por responsabilidade contratual decorrente da relação de consumo: um diálogo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. *Interfaces Científicas – Direito*, Aracaju, v.1, n.3, p. 109 – 119, jun. 2013.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1999.

GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional,* v.26, p. 135-152, jul/dez 2014.

GÂNDARA DE CARVALHO, Lívia Cristina Lavandeira. *Responsabilidade civil concorrencial: a busca pela efetiva reparação de danos*. 2011. 74 p. Monografia (Graduação) Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2011.

GÂNDARA, Lívia. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional,* v.21, p. 331-342, jan. 2012.

GAVIL, Andrew I. Burden of proof in US Competition Law. *Issues in Competition Law and Policy*, Washington, p. 125-157, 2008. Disponível em: http://www.masonlec.org/site/files/2011/09/Gavil-Issues-in-Competition-Burden-of-Proof-Chapter-2008.pdf. Acesso em: 12 abr. 2017.

GERBER, David J. *Il risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale - US ed Europa a confronto.* Trento: Giunta della Provincia autonoma di Trento, 2010.

GERBER, David J. Two Forms of Modernization in European Competition Law. *Fordham International Law Journal*, New York, v.31, n.5, p. 1235-1265, 2008. Disponível em: http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol31/iss5/8/. Acesso em: 04 out. 2017.

GIDDENS, Anthony. *Politics and sociology in the thought of Max Weber.* London: British Sociological Association, 1972.

GIDDENS, Anthony. Weber's methodological essays. In: _____. *Capitalism and Modern Social Theory:* An Analysis of the Writings of Marx, Durkheim and Max Weber. Cambridge: Cambridge University Press, 1971, p. 133-144.

GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08072010-175038/pt-br.php. Acesso em: 17 abr. 2017.

GLAVIN, Rita M. Prosecutors who disclose prosecutorial information for literary or media purposes: what about the duty of confidentiality?. *Fordham Law Review*, New York, v.63, n.5, p. 1809-1851, 1995. Disponível em: http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3164&context=flr. Acesso em: 12 jan. 2016.

GODDEN, David M.; WALTON, Douglas. A theory of presumption for everyday argumentation. *Pragmatics and Cognition,* Philadelphia, v.15, n.2, p. 313-346, 2007. Disponível em:

http://www.dougwalton.ca/papers%20in%20pdf/07%20GoddenWalton%20Presumption%20in%20P&C.pdf. Acesso em: 03 ago. 2017.

GOMES, Adalmir de Oliveira; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Desempenho no Judiciário. Conceituação, estado da arte e agenda de pesquisa. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v.47, n.2, p. 379-401, mar. a abr. 2013.

GOMES, Técio Spínola. *A aplicação adequada da fluid recovery na liquidação e execução de ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos*. 2013. 128 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

GÓMEZ TRINIDAD, Sílvia. El sistema de clemencia y el procedimiento judicial civil por daños ante la infracción de las normas de defensa de la competencia. In: FONT I RIBAS, Antoni; VILÀ COSTA, Blanca (coords.). *La indemnización por infracción de nomas comunitarias de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

GONÇALVES FILHO, João Gilberto. *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*. 2010. 455 p. Tese para obtenção do título de doutor (Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-085839/publico/Microsoft_Word_tese_doutorado_joao_gilberto_filho.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017.

JORNAL HOJE. *Governo tenta reduzir impactos da operação Carne Fraca no mercado.* 18 de março de 2017. Disponível em: http://g1.globo.com/economia/noticia/governo-tenta-reduzir-impactos-da-operacao-carne-fraca-no-mercado.ghtml. Acesso em: 18 mar. 2017.

GRINBERG, Mauro; PAOLETTI, Camila; CORDOVIL, Leonor. Brazil. In: FOER, Albert (Org.). *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law.* Northampton: Edward Elgar, 2010, p. 439-446.

GRINBERG, Mauro; PAOLETTI, Camila; CORDOVIL, Leonor. Private Enforcement Brazilian. In: FOER, Albert (Org.). *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law.* Northampton: Edward Elgar, 2010, p. 439-446.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O termo de ajustamento de conduta no âmbito da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v.16, n.1, p. 187-197, 2009.

GUERRA, Marcel Vitor de Magalhães e. *O Direito Tutelado nas Condenações do Fluid Recovery.* Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4523&revista_caderno=21. Acesso em: 23 dez. 2017.

GUIA SILVA, Rodrigo da. *Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes*. Disponível em: civilistica.com/contornos-do-enriquecimento-sem-causa/. Acesso em: 24 dez. 2017.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J., Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Review*, v.93, n.1, p. 1-43, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Na esteira da tecnocracia*: pequenos escritos políticos XII. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I:* racionalidad de la acción y racionalización social. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 4 ed. Madrid: Taurus, 1999.

HAMMOND, Scott. Cornerstones of an effective leniency program. *Presented before the ACCC*. Cracking cartels: International and Australian Developments. Sydney, 2004, p. 2.

HANSBERRY, Dorothy; HUMMER, Christina; LE BERRE, Morvan; LECLERC, Mélanie. Umbrella Effect: Damages Claimed by Customers of Non-cartelist Competitors. *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford, v.5, n.4, p. 196-205, mar. 2014.

HAO, Jing. *Buyers' Cartels*: an empirical study of prevalence and economic characteristics. Department Of Agricultural Economics, Purdue University, abr. 2011. Disponível em: https://ag.purdue.edu/agecon/Documents/Buyers%27%20Cartels%20An%20Empirical%20Study%20of%20Prevalence%20and%20Economic%20Characteristics.pdf. Acesso em: 22 dez. 2017.

HAWTHORNE, Donald; SANDERSON, Margaret. Rigorous analysis of economic evidence on class certification in Antitrust Cases. *Antitrust,* Washington, v.21, n.1, p. 55-61, Fall 2009. Disponível em: https://www.crai.com/sites/default/files/publications/Rigorous-Analysis-of-Economic-evidence.pdf. Acesso em: 10 jan. 2017.

HENRIQUES, Duarte Gorjão. "Third Party Funding" ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.13, n.51, p. 295-336, out. a dez. 2016. Disponível em: http://www.bch.pt/ROA%20III_IV%202015.pdf. Acesso em 23 dez. 2017.

HERKENHOFF, João Baptista. Considerações sobre o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.254, n.874-876, p. 399-427, abr. a jun. 1976.

HIGGINS, Andrew. ZUCKERMAN, Adrian A. S. Class Actions in England? Efficacy, Autonomy and Proportionality in Collective Redress. *Oxford Legal Studies Research Paper*, n.93. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2350141. Acesso em: 08 dez. 2017.

HODGES, Christopher; PEYSNER, John; NURSE, Angus. *Litigation funding*: status and issues. Londres: Swiss Re, 2012.

HODGES, Christopher. Delivering competition damages in the UK. *Oxford Legal Studies Research Paper*, n.66, nov. 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2170385. Acesso em: 06 dez. 2017.

HODGES, Christopher. *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*. Oxford: Hart Publishing, 2008.

HOLTON, Robert. Max Weber and the Interpretative Tradition. In: DELANTY, Gerard; ISIN, Engin F. (Ed.). *Handbook of historical sociology.* London: SAGE Publications, 2003, p. 27-37.

HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos.* 2017. 178 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2017.

HOVENKAMP, Herbert J. Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United State. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, fev. 2011. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1758751. Acesso em: 07 dez. 2017.

HOVENKAMP, Herbert J. Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United State. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, fev. 2011. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1758751. Acesso em: 07 dez. 2017.

HOVENKAMP, Herbert. A Primer on Antitrust Damages. *University of Iowa Legal Studies Research Paper.* p. 01-59, 2011.

HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise*: principle and execution. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

HOVENKAMP, Herbert. The Areeda-Turner test for exclusionary pricing: a critical journal. *Areeda-Turner Predatory Pricing*, abr. 2014. Disponível em: http://www.tinbergen.nl/wp-content/uploads/2014/05/AREEDA-TURNER-revised.pdf. Acesso em: 10 fev. 2017, p.1.

HOWREY, Edward. Economic evidence in antitrust cases. *Presented before the American Marketing Association*. New Jersey, 1954. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/687131/19540614_howrey_economic_evidence_in_antitrust_cases.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 7.

HÜSCHELRATH, Kai; VEIT, Tobias. The Impact of Cartelization on Pricing Dynamics. *ZEW Discussion Paper*, n.11, p. 1-33, nov. 2011. Disponível em: http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp11067.pdf. Acesso em: 23 dez. 2017.

HVIID, Morten; MEDVEDEV, Andrei. The role of contribution among defendants in Private Antitrust litigation. *Centre for Competition Policy Working Paper,* Norwich, n.08-3, p. 1-31, fev. 2008. Disponível em: competitionpolicy.ac.uk/documents/107435/107587/ccp08-3.pdf. Acesso em: 12 jan. 2016.

HVIID, Morten; PEYSNER, John. Comparing Economic Incentives across EU Member States. In: RODGERS, Barry J. (Org.). *Competition Law*: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Kluwer Law International, 2014, p. 195-222.

HYLTON, Keith N.; LIN, Haizhen. Innovation and Optimal Punishment with antitrust applications. *Boston University School of Law Working Paper*, Boston, n.08-33, p. 1-39, 2008. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1305147. Acesso em: 12 jan. 2017.

IANNUCCELLI. Paolo. The European Court of Justice and the shaping of Private Enforcement of EU Antitrust Law through Preliminary Rulings. In: CORTESE, Bernardo. EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement. *International Competition Law Series*, v.55, 2014, p. 237-238.

IDOT, Laurence. Arbitration and competition p. 51-86. In: OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf. Acesso em: 08 dez. 2017.

INDERST, Roman; MAIER-RIGAUD, Frank P.; SCHWALBE, Ulrich. Umbrella effects. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, v.10, n.3, p. 739-763, ago. 2014.

IOANNIDOU, Maria. Enhancing the consumers' role in EU private competition law enforcement: a normative and practical approach. *The competition law review*, v.8, p. 59-85, dez. 2011.

IYENGAR, Sheena S.; LEPPER, Mark R. When Choice is Demotivating: Can One Desire Too Much of a Good Thing? *Journal of Personality and Social Psychology*, v.79, n.6, p. 995-1006, 2000.

JACOBSON, Jonathan M.; WEICK, Daniel P. Contracts that reference rivals as an antitrust category. *The antitrust source*, abr. 2012. Disponível em: https://www.wsgr.com/publications/PDFSearch/jacobson-0412.pdf. Acesso em: 08 jul. 2017.

JAEGER JR, Augusto; CRAVO, Daniela Copetti. A consagração dos litígios privados na união europeia: difundindo o direito da concorrência e reparando as vítimas consumeristas. *Revista de Direito do Consumidor*, v.96, p. 75-84, nov. 2014.

JAMES JR., Fleming. Burdens of proof. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, New Haven, v.47, n.51, p. 51-70, 1961. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3068/. Acesso em: 02 jul. 2017.

JENSEN, Sissel. et al. Crime and punishment: when tougher antitrust enforcement leads to higher overcharge. *Norwegian School of Economics*, Oslo, n.4, fev. 2013. Disponível em: https://brage.bibsys.no/xmlui/bitstream/handle/11250/163336/SAM0413.pdf?sequence=1. Acesso em: 03 mai. 2017.

JUSTIÇA FEDERAL. Apoio Judiciário - Consórcio Garibaldi. Disponível em: https://www.jfpr.jus.br/www/apoio_judiciario/garibaldi.php. Acesso em: 27 dez. 2017.

KAISER, David. Presumptions of Law and of Fact. *Marquette Law Review*, Wisconsin, v.38, n.4, p. 253-261, Spring 1995. Disponível em: http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3106&context=mulr. Acesso em: 12 mai. 2017.

KALBERG, Stephen. Max Weber's types of rationality: cornerstones for the analysis of rationalization processes in history. *The American Journal of Sociology*, Chicago, v.85, n.5, p. 1145-1179, mar. 1980.

KAPLOW, Louis. Why (ever) define markets. *Harvard Law Review,* Cambridge, v.124:437, n.2, p. 437-517, dez. 2010. Disponível em: https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/30013694/vol_12402kaplow.pdf?sequence=1. Acesso em: 02 jul. 2017.

KARMEL, Philip E.; PADEN, Peter R. Fluid Recovery in Class Action Litigation. *New York Law Journal*, dez. 2006. Disponível em: https://www.bryancave.com/images/content/1/0/v2/1014/ToxicTorts12-26-2006.pdf. Acesso em: 24 dez. 2017.

KAUPER, Thomas E.; SNYDER, Edward A. An inquiry into the efficiency of private antitrust enforcement: follow-on and independently initiated cases compared. *The Georgetown Law Journal*, Washington, v.74, p. 1163-1230, 1986.

KENNEDY, Duncan. A transnational genealogy of proportionality in Private Law. In: BROWNSWORD, Roger et al (Eds.). *The foundations of European Private Law*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2011.

KENNEDY, Duncan. Legal Formalism. In: SMELSER, Nial J.; BALTES, Paul B. (Eds.). *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. Berlin, Palo Alto: Elsevier, 2001, p. 8634-8638, v.13. Disponível em: http://duncankennedy.net/documents/Legal%20Formalism.pdf. Acesso em: 20 ago. 2017.

KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal,* San Francisco, v.55, p. 1031-1076, 2004.

KENNEDY, Duncan. *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*. Washington: Beard Books, 1975.

KESKE, Sonja E. *Group litigation in European Competition Law - a law and economics perspective*. 2009. 340 p. Tese (doutorado), Erasmus Universiteit Rotterdam, Tübingen, 2009.

KESKE, Sonja E. *Group litigation in European Competition Law – a law and economics perspective*. 2009. 340 p. Tese (Doutorado), Erasmus Universiteit Rotterdam, Tübingen, 2009.

KESSLER, Amalia D. Our inquisitorial tradition: equity, procedure, due process and the search for an alternative to the adversarial. *Cornell Law Review,* v.90, n.5, jul. 2005. Disponível em:

http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3001&context=clr. Acesso em: 21 jun. 2017.

KIRKBRIDE, James; LETZA, Steve; YUAN, Dujuan. The challenges of private antitrust enforcement in transition economies - The case of Brazil. *International Journal of Law and Management*, v.52, n.6, p. 451-463, 2010.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

KOMNINOS, Assimakis P. *Arbitration and EU Competition Law*. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1520105. Acesso em: 07 dez. 2017.

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

KORNHAUSER, Lewis, The Economic Analysis of Law. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: University Stanford, 2017. URL: https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/legal-econanalysis/.

KOVACIC, William E; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: a century of economic and legal thinking. *Journal of Economic Pespectives,* v.14, n.1, p. 43-60, Winter 2000. Disponível em: http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/century.pdf. Acesso em: 06 jul. 2017.

KRONMAN, Anthony. Max Weber. Tradução de John Milton. *Coleção Teoria e Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

LANDE, Robert H. A traditional and textualist analysis of the goals of antitrust: efficiency, preventing theft from consumers, and consumer choice. *Fordham Law Review,* v.81, n.5, p. 2349-2403, 2013. Disponível em: http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4885&context=flr. Acesso em: 10 jul. 2017.

LANDE, Robert H. Are Antitrust "Treble" Damages Really Single Damages? *Ohio State Law Journal*, v54, p. 115-174, 1993. Disponível em: https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1365&context=all_fac.

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, n.17, p. 1-59, mar. 2010. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1565693. Acesso em: 15 fev. 2017.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Should indirect purchasers have standing to sue under the Antitrust Laws? An economic analysis of the rule of Illinois Brick. *University of Chicago Law Review,* Chicago, n.46, p. 602-635, 1979. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2549&context=journal_articles. Acesso em: 20 jul. 2017.

LANDOLT, Philip. Modernised EC Competition Law in International Arbitration. Haia: Kluwer Law International, 2006.

LAROUCHE, Pierre. *Competition Law and regulation in European telecommunications.* Portland: Hart Publishing, 2000.

LASH, Scott. Modernity or Modernism? Weber and contemporary social theory. In: WHIMSTER, Sam; LASH, Scott (Eds.). *Max Weber, Rationality and Modernity.* 2 ed. Oxfordshire: Routledge, 2006, p. 355-377.

LAZZARINI, Alexandre Alves, A intervenção do CADE no processo judicial. *Revista de processo*, São Paulo, v.27, n.105, p. 240-248, jan. a mar. 2002.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Malheiros, 2008.

LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. Iowa, v.31, 2006.

LEUCHT, Brigitte; MARQUIS, Mel. American Influences on EEC Competition Law: Two Paths, How Much Dependence? (eds.). In: PATEL, Kiran Klaus; SCHWEITZER, Heike. *The historical foundations of EU Competition Law.* New York: Oxford University Press, 2013, p. 125-161.

LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. Breaking up is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration. *Ross School of Business Working Paper*, Michigan, n.1150, set. 2010. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/10.1086/657660?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 12 jan. 2016.

LEVY, Inbar. Lightening the overload of CPR Rule 3.9. *Civil Justice Quarterly.* v.32, n.2, p. 139-152, 2013.

LIANOS, Ioannis; GENAKOS, Christos. Econometric evidence in EU competition law: an empirical and theoretical analysis. *CLES Working Paper Series*, London, n.6/2012, out. 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2184563. Acesso em: 17 abr. 2017.

LIANOS, Ioannis. "Judging" Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017.

LIANOS, Ioannis. Causal Uncertainty and Damages Claims for Infringement of Competition Law in Europe. *Centre for Law, Economics and Society*, Londres, n.2, p. 1-62, jan. 2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1946.

LIMA, Alcides de Mendonça. A nova terminologia do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 191-200, abr. a jun. 1974.

LIMA, Alcides de Mendonça. O processo como garantia das instituições sociais. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.74, n.262, p. 15-21, abr. a jun. 1978.

LIMA, Alcides de Mendonça. Os recursos do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 145-150, abr. a jun. 1974.

LIMA, Ruy Afonso de Santacruz. *Prevenção antitruste no Brasil*: 1991-1996. 1998. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada.* São Paulo: Saraiva, 2012.

LOUREIRO, Edwilson Alexandre. O dever de lealdade e o comportamento ético-jurídico do advogado no processo. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 320-321, abr. a jun. 1974.

LÖWY, Michael. *A jaula de aço:* Max Weber e o marxismo weberiano. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2 ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p.341.

MACCULLOCH, Angus and WARDHAUGH, Bruce. The baby and the bathwater: the relationship in Competition Law between Private Enforcement, Criminal Penalties, and Leniency Policy. *Presented before the Centre for Competition Policy*, Norwich, 14 de junho de 2012. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2089369. Acesso em: 16 dez. 2016, p. 118.

MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. A teoria da dinamização do ônus da prova, o Novo CPC e as adaptações necessárias para a sua utilização no procedimento dos Juizados Especiais. *Revista Forense*, São Paulo, v.420, jul. a dez. de 2014.

MACEY, Jonathan R. Judicial Preferences, Public Choice, and the Rules of Procedure. *The Journal of Legal Studies,* v.23, n.1, p. 627-646, 1994.

MACKENRODT, Mark-Oliver. Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law in Unilateral Conduct Cases. *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition &*

Tax Law Research Paper Series, n.09-11*, p. 1-35, dez. 2009.* Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1470611. Acesso em: 27 dez. 2017.

MAGGI, Bruno Oliveira. O cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28012011-140203/pt-br.php. Acesso em: 18 abr. 2017.

MAHTANI, Munesh Ram. Thinking outside the object box: an EU and UK Perspective. *European Competition Journal,* v.8, n.1, p. 1-39, 2012.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* v.79, 1984.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Da jurisdição coletiva à tutela judicial plurindividual: evolução da experiência brasileira com as demandas seriais.. In: PUOLI, José Carlos B. et al (Org.). *Direito Processual Constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 221-256.

MANTAS, Stanevicius. Cartel File Disclosure to Damage Claimants: AG Opinion in Donau Chemie. *Journal of European Competition Law & Practice*, v.4, n.4, ago. 2013, p. 322.

MARCUSE, Herbert. Some social implications of modern technology. In: ARATO, Andrew; GEBHARDT, Eike (Eds.). *The essential Frankfurt School Reader.* 2 ed. New York: Continuum, 1985, p. 138-163.

MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil.* São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/95008/arbitragem_coletivas_brasil.pdf. Acesso em: 05 dez. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados.* São Paulo, Revista dos Tribunais, v.3, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum.* São Paulo, Revista dos Tribunais, v.2, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil – Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC 2015. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 218.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do Código de Processo Civil:* críticas e propostas. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil – Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. O "problema" do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v.249, n.40, p. 399-419, nov. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINEZ, Ana Paula; Araujo, Mariana Tavares de. Private Antitrust Enforcement in Brazil: New Perspectives and Interplay with Leniency. *CPI Antitrust Chronicle*. April 2013.

MARTINEZ, Ana Paula; TAVARES, Mariana. Private Antitrust Enforcement in Brazil: New Perspectives and Interplay with Leniency. *Competition Policy Journal*. Disponível em: https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/MartinezTavaresOCT-132.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017.

MARTINEZ, Ana Paula. ARAÚJO, Mariana Tavares de. Private antitrust enforcement in Brazil: new perspectives and interplay with leniency. *CPI Antitrust Chronicle*, Boston, n.1, p. 1-5, abr. 2013. Disponível em: https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/MartinezTavaresOCT-132.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017.

MARTINEZ, Ana Paula. *Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil*. [S.l.:s.n.], 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3768038/mod_resource/content/1/CHY%20-%20Texto%20AMP.pdf. Acesso em: 19 set. 2017.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis*: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. Disponível em: http://www.editorasingular.com.br/Uploads/Indice/Sumario_Repressao_a_Carteis.pdf. Acesso em: 20 dez. 2017.

MARTINS, Arthur Villamil. *As políticas econômicas constitucionais como fator de legitimidade das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – Cade. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

MARTINS, Gabriela Freire. "Direitos indisponíveis que admitem transação": breves considerações sobre a lei nº 13.140/2015. *Caderno Virtual*, Brasília, v.1, n.33, jul. 2016. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/1198/718. Acesso em: 05 dez. 2017.

MATION, Gisela Ferreira. As Ações Civis para Cessação e Reparação de. Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil. In: *III Prêmio Seae de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica.* Escola de Administração Fazendária do Ministério da Fazenda. p. 1-77, 2008.

MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei da arbitragem. *Revista de Processo*, v.122, p. 151-166, abr. 2005.

MATTOS, César. Introdução. In: _____. *A revolução do antitruste no Brasil:* a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 19-28.

MCAFEE, R. Preston; MIALON, Hugo M.; MIALON, Sue H. Private v. Public Antitrust Enforcement: a strategic analysis. *Emory Public Law Research Paper*, Atlanta, n.06-4, 2008. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=775245. Acesso em: 05 mar. 2017.

MCKECHNIE, William. Damages Actions in Private Antitrust Enforcement: Irish Report..In: CORTESE, Bernardo (Ed.). *EU Competition Law*: Between Public and Private Enforcement. International Competition Law Series, Kluwer Law International Alphen aan den Rijn, v.55, dez. 2014, p. 286-300.

McKINNEY, John C. Constructive typology and social theory. *Sociology Series.* New York: Appleton-Century-Crofts, 1966.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 18 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 147.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 205.

MELFI, Carlos Mazza Britto. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência:* vulnerabilidade e desarmonia jurídica do controle administrativo. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 884.

MENDES, Gilmar. A Reforma do Sistema Judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no País. In: C*onferência promovida pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE*)*,* Paris, França, 18 mai. 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/discParisport1.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017.

MESQUITA LAUX, Francisco de. *Autocomposição e processo societário*. 2016. 174 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

MILBRADT, Patrícia Amaral. *A efetividade do acesso à justiça por meio do processo eletrônico.* 2010. 93 p. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: http://hdl.handle.net/10183/27084. Acesso em: 27 nov. 2017.

MILLAR, Robert Wyness. The formative principles of Civil Procedure. *Illinois Law Review*, Champaign, v.18, p. 1-36, 1923-1924.

MILLER, Geoffrey P.; SINGER, Lori S. Nonpecuniary class action settlements. *Law & Contemporary Problems*, v.60, n.4, p. 97-154, 1997. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol60/iss4/6/. Acesso em: 23 dez. 2017.

MILLS, Charles Wright. On intellectual craftsmanship. In: _____. *The sociological imagination.* New York: Oxford University Press, 1959, p. 195-226.

MILUTINOVIC, Veljko. The 'Right to Damages' under EU Competition Law: from Courage v. Crehan to the White Paper and Beyond. *Kluwer Law International*, v.73, 2010, p. 275.

MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism*: the politics of competition regulation in Brazil. 2014. Tese (Doctor of Philosophy in Law and Society) - Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Milano, 2014.

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

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 99.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.183, p. 165-194, mai. 2010.

MONTEIRO, Brandão. Apresentação de emendas. In: BRASIL. *Constituinte fase B*: emendas ao ante-projeto do relator da subcomissão. Brasília, v.166, mai. 1987, p. 469. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-166.pdf. Acesso em: 03 out. 2017.

MONTERO AROCA, Juan. Il processo civile "sociale" come strumento di giustizia autoritaria. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v.59, n.2, p. 553-579, mar. a jun. 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral, parte especial. 13 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

MULLENIX, Linda S. Arbitrating Federal Antitrust Claims, Class Action Waivers, and the 'Effective Vindication' Rule. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Texas, n. 349, p. 191-195, fev. 2013.

MUNARI, Francesco. Antitrust Enforcement after the entry into force of Regulation No. 1/2003: the interplay between the Commission and the NCAs and the need for an enhanced role of national courts. In: CORTESE, Bernardo. *EU Competition Law*: Between Public and Private Enforcement. International Competition Law Series, v.55, 2014, p. 124.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Arbitragem e Administração Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n.6, p. 47-81, 2015.

MUNNÉ, Guillermo. Racionalidades del derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico. *Isonomía*, Santa Fé, n.25, p. 65-100, out. 2006.

NADAI, Bruno; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Paradigmas de Direito: compreensão e limites. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). *Direito e Democracia:* um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

NASH, John. *Non-Cooperative Games*. Tese (Doutorado em Economia) - Faculdade de Filosofia, Universidade de Princeton. Princeton, 1950. Disponível em: http://rbsc.princeton.edu/sites/default/files/Non-Cooperative_Games_Nash.pdf. Acesso em: 03 mar. 2017.

NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência:* o Cade (1962-1994). 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

NAZZINI, Roberto. Concurrent Proceedings in Competition Law: Procedure, Evidence and Remedies. Londres: Oxford University Press, 2005.

NERI, Marcelo Cortes (Coord.). *Mapa da inclusão digital*. Rio de Janeiro: FGV, 2012. Disponível em: http://www.cps.fgv.br/cps/bd/mid2012/MID_sumario.pdf. Acesso em: 30 nov. 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 01.08.1997. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY, Ana Luiza. *Arbitragem Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: http://www6g.senado.gov.br/institucional/biblioteca/arquivo-sumario-publicacao/A/12432. Acesso em: 05 dez. 2017.

NEVEN, Damien; DE CONINCK, Raphael. Best practices on the submission of economic evidence and data collection. *DG Competition*, European Commission, p. 1-7, 2010. Disponível em: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/neven_deconinck_best_practices.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017.

NEVES, Luiz das. *O modelo antitruste brasileiro*: Lei nº 12.529/2011. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

NOGUEIRA, Daniel Moura. A nova sistemática do processamento e julgamento do recurso especial repetitivo, artigo 543-C, do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v.33, n.164, p. 235-244, out. 2008.

NOMAN, Gustavo Lage. *Das provas em processo concorrencial*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8966. Acesso em: 17 abr. 2017.

NORKUS, Zenonas. Max Weber's interpretative sociology and rational choice approach. *Rationality and society,* London, v.12, n.3, p. 259-282, 2000.

NOTARO, Giovanni. Methods for quantifying antitrust damages: the pasta cartel in Italy. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, v.10, n.1, p. 87-106, mar. 2014.

ODUDU, Okeoghene. Developing private enforcement in the EU: Lessons from the Roberts Court. *The antitrust bulletin*, Thousand Oaks, v.53, n.4, p. 873-902, Winter 2008.

OECD. *Arbitration and Competition, Working Party N. 3*, out. 2010. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf. Acesso em: 08 dez. 2017.

OECD. Relationship between public and private antitrust enforcement – Germany. *Working Party n.3 on Co-operation and Enforcement*, jun. 2015. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm. Acesso em: 08 dez. 2017.

OECD. Relationship between public and private antitrust enforcement – Brazil. *Working Party n.3 on Co-operation and Enforcement*, jun. 2015. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm. Acesso em: 08 dez. 2017.

OECD. *The resolution of competition cases by specialised and generalist courts*: Stocktaking of international experiences. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2016. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/competition/The-resolution-of-competition-cases-by-Specialised-and-Generalist-Courts-2016.

OFFE, Claus. *Contradicciones en el Estado del Bienestar.* Traducción de Antonio Escohotado. 2 ed. Madrid: Alianza Universidad, 1994.

OFFE, Claus. Structural problems of the Capitalist State: Class rule and the political system. On the selectiveness of political states. In: VON BEYME, Klaus (Ed.). *German Political Studies*. S.l.: Sage, 1974, p. 31-54.

OFFE, Claus. The capitalist State and the problem of policy formation. In: LINDBERG, Leon et al (Ed.). *Stress and contradiction in contemporary capitalism:* public policy and the theory of the state. Lexington: D.C Heath, 1975, p. 125-144.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Presunções e ficções no direito probatório*: ensaio destinado a coletânea em homenagem a Sálvio de Figueiredo Teixera. [sl:sn], 2012. Disponível em: http://alvarodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2012/09/Presuncoes-e-Ficcoes-no-Direito-Probatorio.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017, p. 5.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Rio Grande do Sul, v.12, n.33, p. 79-85, mar. 1985.

OLIVEIRA, Gesner; PAULO, Cinthia Konichi. Aspects of Brazilian competition policy. *Revista de Direito da Concorrência,* Brasília, n.9, p. 35-59, jan. a mar. 2006.

OLIVEIRA, Leonel G. Lima. Uma década de CNJ: reflexes sobre o envolvimento com a melhoria da eficiência do judiciário. In: *VIII Congresso de Gestão Pública (CONSAD)*, Brasília, DF, mai. 2015. Disponível em: http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/1329/1/UMA%20D%C3%89CADA%20DE%20CNJ%20REFLEX%C3%95ES%20SOBRE%20O.pdf. Acesso em: 16 nov. 2017.

ONTO, Gustavo Gomes. *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante:* economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009.

ORBACH, Barak. How antitrust lost its goal. *Fordham Law Review,* v.81, n.5, p. 2253-2277, 2013. Disponível em: http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4883&context=flr. Acesso em: 04 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS. *Lei e política de concorrência no Brasil*: uma revisão pelos pares. [S.l.: s.n.], 2010. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf. Acesso em: 04 out. 2017.

ORTIZ BAQUERO, Ingrid S. La aplicación privada del Derecho Antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia. *Revista e-Mercatoria*, Bogotá, v.7, n.1, p. 1-50, 2008. Disponível em: http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2056. Acesso em: 30 mar. 2017.

ORTIZ BAQUERO, Ingrid S. *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*: los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia. Madrid: La Ley, 2011.

OSNA, Gustavo. *Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade:* Análise crítica da Teoria Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PADELLARO, Matteo. *Il risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*: legittimazione ed antitrust injury. 2009. 210 p. Tese (doutorado) - Università degli studi Roma Tre, Roma, 2009.

PARRET, Laura. Sense and nonsense of rules on proof in cartel cases. *TILEC Discussion Paper*, Netherlands, v.4, p. 1-27, jan. 2008. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1088959. Acesso em: 11 mar. 2017.

PEIXOTO, Bruno L. Brazil. In: GOTTS, Ilene Knable. *The Private Competition Enforcement Review*. Londres: Law Busines Research Ltd., 2017, p. 17-28.

PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luísa. *Arbitragem coletiva no Brasil: a atuação de entidades representativas (art. 5º, XXI, da Constituição Federal)*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150911-03.pdf. Acesso em: 06 dez. 2017.

PEREIRA, Guilherme Teixeira. *Política de combate a cartel no Brasil:* análise jurídica do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento Econômico e Social) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.

PEYER, Sebastian. Myths and Untold Stories - Private Antitrust Enforcement in Germany. *Centre for Competition Policy Working Paper*, n.10-12, set. 2010.

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

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.50, p. 11-39, abr. a jun. 2004.

PINHO, Débora. O crime que fez mudar a Lei de Crimes Hediondos. *Consultor Jurídico,* São Paulo, 9 jul. 2009. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2009-jul-09/imagens-historia-crime-fez-mudar-lei-crimes-hediondos. Acesso em: 08 jul. 2017.

PINILLA, Ignacio Ara. *Teoría del derecho*. 2. ed. rev. e ampl. Madrid: Talleres Ediciones JB, 2005.

PIRES DOS SANTOS, Ulderico. Ligeiros traços sobre o dano processual no novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 316-319, abr. a jun. 1974.

PITTMAN, Russell. Consumer surplus as the appropriate standard for antitrust enforcement. *Antitrust Division, U.S Department of Justice,* jun. 2007. Disponível em: https://www.justice.gov/atr/consumer-surplus-appropriate-standard-antitrust-enforcement. Acesso em: 08 jul. 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil - Tomo I: arts. 1º a 45*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Vol I (Arts. 1 – 152). Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: Direto das obrigações (tomo 23). 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado:* Direito das Obrigações. Atualizado por Alcides Tomasetti Jr. e Rafael Domingos Faiardo Vanzella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 33.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte geral (tomo II). Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte geral (tomo III). 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p. 448.

PORTO, Antonio Rodrigues. Do chamamento ao processo no novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v.70, n.246, p. 322-324, abr. a jun. 1974.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do processo 1674/07.7TVLSB.P1.S1. Relator: Távora Victor. Lisboa, 23 fev. 2012. *Jurisprudência*. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3822fe18e4617a1b802579b90053f603?OpenDocument. Acesso em: 15 mar. 2017.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão do processo 512/10.8TCFUN.L1-2. Relatora Teresa Albuquerque. Lisboa, 27 set. 2012. *Jurisprudência*. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/378f8f0cf358eec180257afc00400bba?OpenDocument. Acesso em: 13 mar. 2017.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão do processo 512/10.8TCFUN.L1-2. Relatora Teresa Albuquerque. Lisboa, 27 set. 2012. *Jurisprudência*. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/378f8f0cf358eec180257afc00400bba?OpenDocument. Acesso em: 13 mar. 2017.

POSNER, Richard A. Antitrust Law. 2. ed. Chicago, EUA: The University of Chicago Press, 2011.

POSNER, Richard A. The Law and Economics of the Economic Expert Witness. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v.13, n.2, p. 91-99, Spring 1999.

PRADO, Mariana Mota. Presidential dominance from a comparative perspective: the relationship between the executive branch and regulatory agencies in Brazil. In: Rose-Ackerman, Susan; Lindseth, Peter L. (orgs.). *Comparative Administrative Law.* Cheltenham: Edward Elgar, 2010, p. 225-245.

PROSSER, Tony. Competition Law and the role of the state in East Asia. In: DOWDLE, Michael W.; GILLESPIE, John; MAHER, Imelda (Ed.). *Asian capitalism and the regulation of competition.* New York: Cambridge University Press, 2013, p. 228-261.

PRÜTTING, Hanns. Presentación de documentos y dirección del proceso. In: RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código procesal civil alemán (ZPO)*. Montevideo: Fundación Konrad- Adenauer, 2006. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf. Acesso em: 21 abr. 2017, p. 62.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Regulação consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. *Revista Estudos Institucionais,* Rio de Janeiro, v.3, n.1, p. 89-122, 2017.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus. Evolução do combate à corrupção no Reino Unido. In: _____; MOHALLEM, Michael Freitas. (Orgs.). *Diagnóstico institucional:* primeiros passos para um plano nacional anticorrupção. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 19-38.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *A regulação da concorrência*. [S.l.:s.n.], jan. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/174307/mod_resource/content/1/fulltext-2. Acesso em: 04 out. 2017.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Iura novit Curia na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v.1, n.1, p. 54-78, jul. a out. 2003.

RAMOS, Vitor de Paula. O ônus da prova no Processo Civil: do ônus ao dever de provar. In: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.). *Coleção o Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 65 e ss.

RAY, Larry; REED, Michael (Eds.). Max Weber and the dilemmas of modernity. In: _____. *Organizing Modernity*: New Weberian perspectives on work, organization and society. 2 ed. New York: Routledge, 2003.

RENDA, Andrea (Coord.). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios.* Relatório para a comissão europeia. Bruxelas, Roma e Roterdã: European Commission, 2007. Disponível em:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf. Acesso em: 21 dez. 2017.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Contratualização administrativa no direito concorrencial. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo. (Orgs.). *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 87-104.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 122.

RIGHI, Ivan. Eficácia probatória do comportamento das partes. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v.20, n.0, p. 1-9, 1981. Disponível em: http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8855. Acesso em: 12 mai. 2017.

RINGER, Fritz. *A metodologia de Max Weber*: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

RINGER, Fritz. *Max Weber's methodology*: the unification of the cultural and social sciences. Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. Private enforcement of competition laws. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v.34, n.3, p. 461-508, 1996. Disponível em: http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol34/iss3/2/. Acesso em: 23 dez. 2017.

ROCHA, Jean-Paul Veiga da; COUTINHO, Diogo R. Para além do CADE: o enforcement privado do antitruste pelo Poder Judiciário. *Migalhas.* 28 de novembro de 2016. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI249542,81042-Para+alem+do+CADE+o+enforcement+privado+do+antitruste+pelo+Poder.

RODGER, Barry J. (Org.). International Competition Law Series. Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014.

RODGER, Barry J. Private enforcement of competition law, the hidden story: competition litigation settlements in the United Kingdom, 2000-2005. *European Competition Law Review*, Amsterdam, v.29, n.2, p. 96-116, 2008.

RODGER, Barry J. Why not court? A study of follow-on actions in the UK. *Journal of Antitrust Enforcement*, v.1, abr. 2013, p. 01-28. Disponível em: https://academic.oup.com/antitrust/article/1/1/104/274780. Acesso em: 06 dez. 2017.

RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. *Contribuição ao estudo das modalidades interventivas no processo civil brasileiro*: elementos para uma teoria geral. 2017. p. 216. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a fluid recovery do Art. 100 do CDC. *Revista de Processo,* São Paulo, n.116, p. 325-333, jul. a ago. 2004.

ROTH, Guenther. Epilogue. In: _____; SCHLUCHTER, Wolfgang. *Max Weber's vision of history*: ethics and methods. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1984, p. 195-206.

ROTH, Guenther. Introduction. In: SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985, p. xv-xxvii.

ROTH, Guenther. Introduction. In: WEBER, Max. *Economy and Society*: an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. xxxiii-cx.

ROTH, Guenther. Rationalization in Max Weber's Developmental History. In: WHIMSTER, Sam; LASH, Scott (Eds.). *Max Weber, Rationality and Modernity.* 2 ed. Oxfordshire: Routledge, 2006, p. 75-91.

RUANO DE LA FUENTE, Yolanda. *Racionalidad y conciencia trágica*: la modernidad según Max Weber. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

SABBATINI, Pierluigi. Interesse privato e interesse pubblico al risarcimento del danno antitrust. Disponível em: http://www.agcm.it/component/joomdoc/eventi/ventennale/VEN-0212Intervento-Sabbatini.pdf/download.html. Acesso em: 23 dez. 2017.

SALGADO, Lucia Helena. As políticas de concorrência (ou antitruste): um panorama da experiência mundial e sua atualidade para o Brasil. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Texto para discussão*, Brasília, n.264, p. 1-44, 1992. Disponível em: http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0264.pdf. Acesso em: 04 out. 2017.

SALGADO, Lucia Helena. Defesa da concorrência no Brasil: aspectos institucionais, desempenho recente e perspectivas de reforma. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Texto para discussão*, Brasília, n.1386, p. 6-26, fev. 2009. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1386.pdf. Acesso em: 04 out. 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v.16, p. 305-323, jan. 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as condutas. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SANTOS, Flávia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. p. 38. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. Castanheira Neves e Jürgen Habermas: os valores e o discurso como propostas para a recuperação do sentido do direito. *RIDB*, ano 3, n.1, p. 579-635, 2014. Disponível em: http://www.idb-fdul.com. Acesso em: 05 mai. 2017.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*: vol. IV (art. 332 a 475). 4 ed, atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 5.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 747.

SATO, Cynthia Ayako. *A eficiência como critério decisório na jurisprudência do CADE sobre atos de concentração.* 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

SAUTER, Wolf H. *Coherence in EU Competition Law.* Oxford: Oxford University Press, 2016.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*: o lucro da intervenção. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHINKEL, Maarten Pieter; RÜGGERBER, Jacob. Consolidating Antitrust Damages in Europe: a Proposal for Standing in Line With Efficient Private Enforcement. Working Paper, n.4, Amsterdam, p. 01-25, mai. 2006.

SCHINKEL, Maarten Pieter. Forensic Economics in Competition Law Enforcement. *Journal of Competition Law and Economics, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper*, Amsterdam, n.5, p. 1-43, mar. 2008 Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1009573. Acesso em: 23 dez. 2017.

SCHLUCHTER, Wolfgang. A dualidade entre Ação e Estrutura: esboços de um programa de pesquisa weberiano. Tradução de Carlos Eduardo Sell. *Política e Sociedade,* Florianópolis, v.15, n.34, p. 18–42, set. a dez. 2016.

SCHLUCHTER, Wolfgang. *Acción, orden y cultura:* estudios para un programa de investigación en conexión con Max Weber. Traducción de Lía E. Cavadas. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008.

SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism:* Max Weber's Developmental History. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1985.

SCHLUCHTER, Wolfgang. The Sociology of Law as an Empirical Theory of Validity. *Journal of Classical Sociology,* London, v.2, n.3, p. 257-280, nov. 2002. Disponível em: https://doi.org/10.1177/1468795X02002003194. Acesso em: 20 ago. 2017.

SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. *Direito Rio – textos para discussões*, Rio de Janeiro, out. 2008. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/1762. Acesso em: 15 set. 2017.

SCHUARTZ, Luis Fernando. As razões do direito da concorrência. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v.39, n.118, p. 77-87, abr. a jun. 2000.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.245, p. 96-127, 2007.

SEGAL, Ilya R.; WHINSTON, Michael D. Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: a Survey. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, California, n.335, p. 1-17, dez. 2006.

SELIGMAN, Brad; LARKIN, Jocelyn. *Fluid recovery and cy pres: a funding source for legal services.* Berkeley: The Impact Fund, 2011.

SENEDA, Marcos César. Max Weber e o problema da evidência e da validade nas ciências empíricas da ação. Campinas: Editora da UNICAMP, 2008.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova: CDC, art. 6º, VIII. *Revista de Processo*, São Paulo, n.146, ano 32, p. 49-68, abr. 2007.

SIDAK, J. Gregory; BLOCK, Michael K., The Cost of Antitrust Deterrence: Why Not Hang a Price Fixer Now and Then?. *Georgetown Law Journal*, v.68, n.5, p. 1131-1139, 1980. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=301191. Acesso em: 21 abr. 2017.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*: Processo de Conhecimento. Porto Alegre: Fabris Editor, 1996.

SOUSA FERRO, Miguel. *Jurisprudência de 'Private Enforcement' (Private Enforcement Case-Law)*. Jurisprudência Portuguesa de Direito da Concorrência. 2016. Mimeo. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3077488.

SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. *Mecanismos de Proteção ao programa de Leniência Brasileiro*: um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil à luz do direito europeu. IX Prêmio SEAE. Classificação: menção honrosa, 2014. Disponível em: http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2014/ix-premio-seae-2014/tema1-MH-Nayara.pdf. Acesso em: 29 jan. 2017.

STARK, Charles S. The view without the rose-colored glasses. *Antitrust magazine,* Connecticut, p. 28, Summer 2005. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/tritellpositiveview.pdf. Acesso em: 04 out. 2017.

STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 2016. 362 p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*: doutrina e jurisprudência, tomo II, 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRAUSS, Daniel. *A accountability no sistema antitruste brasileiro*: as indefinições de seu desenvolvimento institucional. 2005. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2005.

STÜRNER, Rolf. La obtención de información probatoria en el Proceso Civil. *Revista de Derecho de la Pontifícia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, n.30, p. 243-262, jun. 2008.

SWEDBERG, Richard. *The Max Weber Dictionary:* key words and central concepts. Stanford: Stanford University Press, 2005.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). In: *A Justiça Federal e o processo civil*, Curitiba, PR, 04 jun. 2004. Disponível em: https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_p%C3%BAblico_consequ%C3%AAncias_processuais_2005. Acesso: 05 dez. 2017.

TALAMINI, Eduardo. Do Amicus curiae – art. 138. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. (Coords.) *Breves comentários ao novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 438-445.

TALAMINI, Eduardo. Efetivação judicial das decisões e compromissos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei Federal nº 8.884/1994). In: DIDIER JR., Fredie; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1181-1243.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n.91, jul. a set. 1998, p. 93.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória*: a ação monitória – Lei nº 9.079/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile:* Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989.

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

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordí Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Tradução de Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues et al. *Revista Eletrônica de Direito Processual* – REDP, Rio de Janeiro, v.XI, p. 420-431, 2015. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/18079/13332. Acesso em: 12 jan. 2017.

TEIXEIRA, Cleveland Prates. *Controle preventivo da concorrência:* a experiência brasileira em 1994-1996. 1997. Dissertação (Mestrado em Economia de Empresas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Faculdade Getúlio Vargas, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, v.31, n.122, p. 205-214, abr. a jun. 1994. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176149. Acesso em: 06 nov. 2017.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 885-906.

TERHECHTE, Jörg Philipp. *International Competition Enforcement Law between cooperation and convergence*. Springer: Berlin, 2011.

THAYER, James Bradley. The burden of proof. *Harvard Law Review*, v.4, n.2, 15 mai. 1890. Disponível em: https://archive.org/details/jstor-1321112. Acesso em: 13 mai. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As inovações no Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Um novo Código de Processo Civil para o Brasil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Brasília, v.7, n.37, p. 86-97, jul. a ago. 2008.

TOLOSA, Pamela. Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics (LAIJLE),* v.3, n.1, p. 77-98, 2017. Disponível em: https://laijle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3/. Acesso em: 23 dez. 2017.

TRABUCO, Cláudia; GOUVEIA, Mariana França. A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts. Disponível em: https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/miscellaneous/A_arbitrabilidade_das_questoes_de_concorrencia__C_Trabuco_e_M_Gouveia.pdf. Acesso em: 22 dez. 2017.

TREIBER, Hubert. Max Weber and Eugen Ehrlich: On the Janus-headed Construction of Weber's Ideal Type in the Sociology of Law. *Max Weber Studies,* London, v.8, n.2, p. 225-246, jul. 2008.

TRITELL, Randolph W. International Antitrust convergence: a positive view. *Antitrust magazine,* Connecticut, p. 25-28, Summer 2005. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/tritellpositiveview.pdf. Acesso em: 04 out. 2017.

TRUBEK, David M. Max Weber on Law and the Rise of Capitalism. *Yale Law School Legal Scholarship Repository,* New Haven, n.4001, p. 720-753, 1972.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC:* Lei nº 10.352, de 26.12.2001, Lei nº 10.358, de 27.12.2001, Lei nº 10.444, de 07.05.2002. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. *Constituição de 1988 e processo*: regramentos e garantias constitucionais. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 73.

TWINING, William. What is the Law of Evidence?. In: _____. *Rethinking Evidence:* exploratory essays. Illinois: Northwestern University Press, 1994, p. 178-189.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Diretiva 104/2014, de 26 de novembro de 2014. Diretiva do parlamento europeu e do conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Bruxelas, 26 de novembro de 2014. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104.

UNIÃO EUROPÉIA. Parlamento Europeu. Proposta de diretiva do parlamento europeu e do conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Bruxelas, 2013. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:REV1:PT:HTML.

UNIVESP. Adeus, Weber: com Gabriel Cohn. *Youtube.* 31 mar. 2012. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=-LaFaoERNGs&list=PL000A04BBFB7C8123&index=1. Acesso em: 05 mai. 2017.

UZELAC, Alan (Ed.). Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems. *Ius Gentium:* comparative perspectives on Law and Justice, v.34. Switzerland: Springer, 2014.

UZELAC, Alan. *Reforming Mediterranean Civil Procedure:* is there a need for shock therapy?. [S.l.:S.n.], 2008. Disponível em: http://www.courtexcellence.com/~/media/Microsites/Files/ICCE/ReformingMediterranean CivilProcedure.ashx. Acesso em: 05 mai. 2017.

VALVERDE TERRA, Aline de Miranda; CRUZ GUEDES, Gisela Sampaio da. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito*, UERJ, Rio de Janeiro, n.28, p. 1-24, dez. 2015.

VAUGHN, Karen I. Austrian economics in America: the migration of a tradition. *Historical perspectives on modern economics.* Cambrige: Cambridge University Press, 1994.

VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do Direito da Concorrência. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v.16, p. 359-363, jan. 2009.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Lei de mediação e conciliação tem pontos positivos e algumas falhas.* Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jul-03/paul-vaz-lei-mediacao-pontos-positivos-algumas-falhas. Acesso em: 07 dez. 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: Responsabilidade Civil. 14. ed. São Paulo: Atlas, v.4, 2014.

VERBIC, Francisco. Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de *fluid recovery*. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nº 6, p. 3791-3813, 2012.

VERBOVEN, Frank; VAN DIJK, Theon. Cartel Damages Claims and the Passing-on Defense. *The Journal of Industrial Economics*, v.57, n.3, p. 457-491, set. 2009.

VICIANO PASTOR, Javier. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

WAHL, Nils. *Damages for Infringement of Competition Law*. Disponível em: http://www.scandinavianlaw.se/pdf/41-22.pdf. Acesso em: 24 dez. 2017.

WALLE, Simon Vande. *Private Antitrust Litigation in European Union and in Japan:* a comparative perspective. Antwerpen, Apeldoorn: Maklu, 2013.

WALLER, Spencer Weber. The Incoherence of Punishment in Antitrust. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v.78, p. 207-236, 2003. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=977589. Acesso em: 23 dez. 2017.

WALLER, Spencer Weber. Towards a constructive Public-Private Partnership to enforce Competition Law. *Law eCommons*, Chicago, v.29, n.6, p. 1-25, 2006. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=905604. Acesso em: 09 fev. 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. 3 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 650.

WARDHAUGH, Bruce. Cartel leniency and effective compensation in Europe: The aftermath of pfleiderer. *Web Journal of Current Legal Issues*, London, v.19, n.3, set. 2013. Disponível em: webjcli.org/article/view/251/369. Acesso em: 12 abr. 2016.

WEBER, Max. *A "objetividade" do conhecimento nas ciências sociais*. Tradução de Gabriel Cohn. São Paulo: Editora Ática, 2006.

WEBER, Max. *A ética protestante e o "espírito" do capitalismo.* Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. 6 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

WEBER, Max. Critical Studies in the logic of the cultural sciences. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 139-184.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade:* fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, v. 2.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*: esbozo de sociología comprensiva. Traducción de José Medina Echavarría et al. 9 ed. México, D.F: Fondo de Cultura Económica, 1992.

WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978.

WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Los Angeles: University of California Press, 1978.

WEBER, Max. *Economy and Society:* an outline of interpretative sociology. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978.

WEBER, Max. Letters (excerpts): to Heinrich Rickert, 14 june 1904. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 375.

WEBER, Max. On some categories of interpretative sociology. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 273-301.

WEBER, Max. R[udolf] Stammler's "overcoming" of the materialist conception of history. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 185-226.

WEBER, Max. Roscher and Knies and the logical problems of historical economics. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 3-94.

WEBER, Max. The "objectivity" of knowledge. In: BRUUN, Hans Henrik; WHIMSTER, Sam (Eds.). *Max Weber*: Collected methodological writings. Abingdon, New York: Routledge, 2012, p. 100-138.

WEISS, Johannes. The Application of the Weberian Concept of Rationalization to Contemporary Conditions. In: WHIMSTER, Sam; LASH, Scott (Eds.). *Max Weber, Rationality and Modernity.* 2 ed. Oxfordshire: Routledge, 2006, p. 164-182.

WERDEN, Gregory J. Why (ever) define markets? An answer to professor Kaplow. *Antitrust Law Journal,* v.78, n.3, p. 729-746, 2013. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/43486893?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 09 jul. 2017.

WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

WILS, Wouler P. J. Discretion and Prioritisation in Public Antitrust Enforcement, in Particular EU Antitrust Enforcement. *World Competition: Law and Economics Review*, v.34, n.3, set. 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087. Acesso em: 05 dez. 2017.

WILS, Wouter P. J. Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?. *World Competition*. Netherlands, v.26, n.3, p. 473-488, 2003. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228261623_Should_Private_Antitrust_Enforcement_Be_Encouraged_in_Europe. Acesso em: 23 mar. 2017.

WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, v.78, n.2, p. 313-328, 2012. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2166525. Acesso em: 10 jul. 2017.

YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. Breves considerações acerca da exibição de documento ou coisa no direito positivo brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Estudos de Direito Processual Civil*: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006.

YEUNG, Karen. Does the Australian Competition and Consumer Commission Engage in 'Trial by Media'?. *Law and Policy*, Denver, v.27, n.4, p. 549-577, 2005. Disponível em: http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9930.2005.00211.x/abstract. Acesso em: 12 mar. 2017.

YEUNG, Karen. Is the use of informal adverse publicity a legitimate regulatory compliance technique?. Paper apresentado ante o Australian Institute of Criminology Conference. St Anne's College, Oxford University, 2002. Disponível em: http://www.aic.gov.au/media_library/conferences/regulation/yeung.pdf. Acesso em: 12 jan. 2017, p. 42-43.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo:* tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. 295 p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2005.

ZERO HORA. *Em três anos, Lava-Jato identificou R$ 38 bilhões em desvios.* 16 de março de 2016. Disponível em: http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/politica/noticia/2017/03/em-tres-anos-lava-jato-identificou-r-38-bilhoes-em-desvios-9749610.html. Acesso em: 16 mar. 2016.

ZINGALES, Nicolo. European and American Leniency Programmes: two models towards convergence?. *The Competition Law Review*, v.5, n.1, p. 5-60, dez. 2008.

ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on civil procedure*: principles of practice. 3 ed. London: Sweet and Maxwell, 2013.

ZUFELATO, Camilo. Legitimidade Ativa de Associações, autorização individual, e os limites subjetivos da coisa julgada em recente decisão do STF: um retrato para a tutela coletiva. p. 25-51. In: PUOLI, José Carlos B. et al (Org.). *Direito Processual Constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.