



INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EDAP
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A TUTELA DE EVIDÊNCIA NA NOVA LEI N.º 14.470/2022: Perspectivas sobre o
tratamento judicial das decisões do Cade

Brasília-DF
2023

BEATRIZ CARVALHO GUIMARÃES

A TUTELA DE EVIDÊNCIA NA NOVA LEI N.º 14.470/2022: Perspectivas sobre o tratamento judicial das decisões do Cade

Artigo apresentado como requisito para conclusão do curso de **Bacharelado** em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientadora: Profa. MsC. Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli

Brasília-DF
2023

BEATRIZ CARVALHO GUIMARÃES

A tutela de evidência na nova Lei n.º14.470/2022: Perspectivas do tratamento judicial das decisões do Cade

Artigo apresentado como requisito para conclusão do curso de **Bacharelado** em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Brasília, 6 de dezembro de 2023.

Banca Examinadora

Profa. MsC. Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli
Orientadora

Prof. Dr. Bruno Oliveira Maggi
Examinador

Prof. Me. Antonio Rodrigo Machado de Sousa
Examinador

A tutela de evidência na nova Lei n.º 14.470/2022: Perspectivas do tratamento judicial das decisões do Cade

Beatriz Carvalho Guimarães

SUMÁRIO: Introdução; 1. Ação de Reparação de Danos Concorrenciais e as Inovações da Lei n.º 14.470/22; 1.1 ARDCs: breve contextualização e delimitação teórica; 1.2. ARDCs sob a perspectiva das alterações presentes na Lei n.º 14.470/22; 2. A tutela de evidência à luz do Código de Processo Civil e à luz da Lei n.º 14.470/22; 2.1 A tutela de evidência no CPC: conceituação e hipóteses de cabimento; 2.2 Da tutela de evidência em Ações de Reparação de Danos Concorrenciais à luz da Lei n.º 14.470/2022; 3. Possíveis obstáculos à efetividade da tutela da evidência em ARDCs; 3.1 Natureza jurídica das decisões do Cade; 3.2 Da quantificação do dano e da indenização por dano concorrencial; 4. Conclusão; 5. Referências.

Resumo:

O presente artigo propõe-se a examinar a possibilidade de concessão de tutela da evidência fundamentada nas Decisões do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) à luz das alterações realizadas pela Lei n.º 14.470/2022 e do Código de Processo Civil. O objetivo geral é explorar quais as possíveis implicações da tutela de evidência no contexto das ARDCs. Buscou-se responder quais são os principais obstáculos para a efetivação da tutela de evidência prevista na Lei n.º 14.470/2022. A metodologia adotada é dedutiva, com revisão bibliográfica e análise de julgado recente do Supremo Tribunal Federal. Concluiu-se que são obstáculos à concessão de tutela de evidência com fundamento na decisão do Plenário do Cade, a natureza jurídica da decisão administrativa e a dificuldade de quantificação do dano concorrencial para viabilizar a indenização, de modo que, não é possível afirmar, até o momento, se essa técnica processual será suficiente para garantir maior efetividade e celeridade às pretensões em ARDCs.

Palavras-chave: Direito Concorrencial. Ação de Reparação de Danos Concorrenciais. Tutela provisória. Infração econômica. Indenização.

Abstract:

The purpose of this article is to examine the possibility of granting injunctive relief based on the decisions of the Plenary of the Administrative Council for the Defense of Competition (CADE) in light of the changes made by Law 14.470/2022 and the Code of Civil Procedure. The general objective is to explore the possible implications of injunctive relief in the context of ARDCs. We sought to answer what the main obstacles are to the effectiveness of injunctive relief provided for in Law 14.470/2022. The methodology adopted is deductive, with a literature review and analysis of a recent Supreme Court judgment. It was concluded that the legal nature of the administrative decision and the difficulty of quantifying the competitive damage to enable compensation are obstacles to the granting of injunctive relief based on the decision of CADE's Plenary, so that it is not possible to say, so far, whether this procedural technique will be sufficient to guarantee greater effectiveness and speed to the claims in ARDCs.

Keywords: Competition Law. Actions for Damages for Infringements of Competition Law. Anticompetitive infringements. Compensation.

LISTA DE SIGLAS

ARDCs - Ações de Reparação de Danos Concorrençiais
CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC - Código Civil
CDC - Código de Defesa do Consumidor
CPC - Código de Processo Civil
FDD - Fundo Coletivo de Direitos Difusos
LDC - Lei de Defesa da Concorrência
OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PL - Projeto de Lei
RE - Recurso Extraordinário
SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SEPRAC - Secretaria de Promoção da Produtividade e da Advocacia da Concorrência
STF - Supremo Tribunal Federal
TCC - Termo de Compromisso de Cessação de Conduta
TRF1 - Tribunal Regional Federal da 1ª Região

INTRODUÇÃO

A livre concorrência, tutelada pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 170, inciso IV, é disciplinada na esfera infraconstitucional pela Lei n.º 12.529, de 2011 (LDC), que institui o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), concedendo ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) o papel central na defesa da ordem econômica. Entre as atribuições conferidas ao Conselho, está a função judicante a ser exercida pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, cuja decisão de seu plenário, ao aplicar multa ou impor obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial, nos termos do art. 93 da referida Lei.

No ano de 2022 foi realizada uma importante alteração legislativa na Lei de Defesa da Concorrência. A Lei n.º 14.470/2022, promulgada com o objetivo de prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica, ao incluir o art. 47-A na Lei n.º 12.529/2011, atribuiu à decisão do Plenário do Tribunal do Cade aptidão a fundamentar concessão de tutela da evidência nas Ações de Reparação de Danos Concorrenciais (ARDCs), que integram o sistema privado de defesa da concorrência e se caracterizam pelo pedido de indenização dos prejudicados diante de danos concorrenciais causados em razão de infrações econômicas.

As ARDCs podem ser classificadas em dois tipos principais: *stand-alone* e *follow-on*. Nas ações *stand-alone*, não existe uma decisão prévia de uma autoridade concorrencial ou do Poder Judiciário sobre a infração da ordem econômica. Neste caso, as provas são produzidas de forma independente pelas partes envolvidas. Já nas ações *follow-on*, a ARDC é proposta após uma decisão da autoridade concorrencial, que já confirmou a existência de prática anticompetitiva. Nestas situações, as análises e decisões resultantes do processo conduzido pela autoridade concorrencial frequentemente servem como prova para apoiar as alegações da parte autora no Poder Judiciário.

Em vista disso, apesar da Lei n.º 14.470/2022 tentar otimizar o pagamento de indenizações devidas em razão de dano concorrencial, algumas questões embaraçam a aplicabilidade e a efetividade da tutela de evidência prevista, em particular as discussões relativas à natureza jurídica das decisões do Cade, à quantificação do dano e à própria executividade da tutela provisória.

Portanto, diante da presença desses impasses, o objetivo geral do presente estudo é explorar quais as possíveis implicações da tutela de evidência no contexto das ARDCs. Com

efeito, pretende-se esclarecer a seguinte questão: quais são os principais obstáculos para a efetivação da tutela de evidência prevista na Lei n.º 14.470/2022?

Os objetivos específicos consistem em retomar os conceitos e principais discussões relativas às ARDCs; contextualizar a tutela de evidência à luz do Código de Processo Civil (CPC) e da Lei n.º 14.470/2022; expor as divergências quanto à natureza jurídica das decisões do Cade; e analisar as dificuldades à quantificação do dano e da indenização devida.

Neste contexto, tem-se como hipótese que poderão operar como entraves à concessão da tutela de evidência no caso das ARDCs com fulcro no art. 47-A da Lei n.º 14.470/2022 a natureza jurídica das decisões do Cade e a quantificação do dano concorrencial, de modo que, a mera possibilidade jurídica da concessão da tutela de evidência nesses termos é muito recente e, portanto, não seria possível atestar, nesse momento, se essa técnica processual será suficiente para garantir maior efetividade, celeridade e otimização da reparação pecuniária nas pretensões em ARDCs.

Adotou-se como metodologia de pesquisa o método dedutivo, utilizando a técnica de revisão bibliográfica, a partir da análise e interpretação de artigos, livros, teses, dissertações e monografias acerca do tema, assim como, uma análise de julgados acerca da possibilidade de revisão judicial de mérito da decisão administrativa do Cade.

No primeiro capítulo deste artigo serão apresentados os conceitos a respeito das ARDCs, enfatizando o seu papel no sistema de *enforcement* privado e as alterações previstas na Lei n.º 14.470/2022. O segundo capítulo abordará o conceito e as hipóteses de cabimento da tutela de evidência à luz do CPC e da Lei n.º 14.470/2022. Por fim, no terceiro capítulo, serão exploradas as principais perspectivas acerca do tratamento judicial das decisões do Cade sob os aspectos da natureza jurídica dessas decisões e da quantificação do dano concorrencial.

1 AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS E AS INOVAÇÕES DA LEI N.º 14.470/2022

Preliminarmente, para que se compreenda as mudanças implementadas pela Lei n.º 14.470/2022, é necessário abordar a delimitação teórica em que as Ações de Reparação de Danos Concorrenciais estão inseridas. Diante disso, este capítulo discorrerá sobre o papel dessas ações no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, destacando suas características principais, a fim de elucidar a discussão proposta pelo presente estudo.

1.1 ARDCs: breve contextualização e delimitação teórica

Inicialmente, para que se discuta o que são Ações de Reparação de Danos Concorrenciais (ARDCs), é necessário compreender o contexto em que esse tipo de ação está inserida no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), sistematizado pela Lei n.º 12.529/2011¹.

No Brasil, a defesa da concorrência possui um sistema híbrido e ocorre em três âmbitos: administrativo; penal; e cível. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), autarquia federal, é o responsável por exercer o combate às condutas anticompetitivas no âmbito administrativo, enquanto a esfera penal engloba a estrutura do Ministério Público, Polícias e o Poder Judiciário. Contudo, o âmbito de responsabilização civil é o que rege as Ações de Reparação de Danos Concorrenciais, visto que é por meio dessas ações que se torna possível a responsabilização privada dos agentes econômicos infratores à ordem econômica por parte dos prejudicados por suas condutas².

Partindo desse ponto, as infrações à ordem econômica passíveis de responsabilização dos agentes econômicos são dispostas no extenso rol do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência e, em síntese, abordam ilícitos por objeto, ou seja, em que a conduta constitui um ilícito concorrencial em razão da sua própria prática e, ilícitos por efeitos, casos em que entende-se que para uma eventual condenação por prática anticompetitiva, seria necessária a ocorrência de efeitos negativos no mercado analisado em decorrência da conduta³. Dito isso, são exemplos de infrações:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

¹ BRASIL. **Lei n.º 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

² RAGAZZO, Carlos; VELOSO, Isabel. **Ações de reparação de danos concorrenciais no Brasil: obstáculos e sugestões**. Rio de Janeiro. Ed. dos autores, 2023. p. 8. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/default/files/arquivos/2023_07_19%20Vers%C3%A3o%20Final%20relat%C3%B3rio%20FDD_site.pdf. Acesso em: 21 nov. 2023.

³ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 138.

IV - exercer de forma abusiva posição dominante⁴.

Nesses termos, a responsabilidade civil no que diz respeito à matéria concorrencial integra o sistema de reparação privada e viabiliza a reparação de danos materiais ou morais de forma coletiva ou individual aos prejudicados em decorrência da prática anticompetitiva sob dois aspectos distintos.

O primeiro aspecto diz respeito à possibilidade de reparação privada em decorrência da prática de ato ilícito, para além da esfera concorrencial, que encontra fundamento no teor normativo brasileiro, no Código Civil (CC), diante das previsões do art. 186 e art. 927 do CC⁵, visto que estes determinam a obrigação de reparação à quem tiver tido direito violado ou sofrido dano, mesmo que moral, em decorrência de ato ilícito⁶. Não somente, o referido Código também veda o enriquecimento sem causa às custas de outrem e preconiza o dever de restituição do que foi auferido indevidamente, no teor do seu art. 884⁷.

Nesse ínterim, no arcabouço do Direito Civil, é evidente a possibilidade de ajuizamento de ARDCs, considerando o dever de indenizar em face da prática de ilícito, ante à violação às vedações impostas pela Lei n.º 12.529/2011, e da vedação ao enriquecimento sem causa do agente econômico diante da prática de infração da ordem econômica que este obteve vantagem econômica.

Por outro lado, o segundo aspecto refere-se à racionalidade econômica que envolve o sistema de incentivos e desincentivos na defesa da concorrência a partir da ideia de eficiência, cujo ponto central consiste na análise prévia do agente econômico em relação ao custo-benefício de determinada conduta, de forma que a sua tomada de decisão seria, em geral, racional e, portanto, consideraria um sopesamento entre os riscos e prejuízos da prática anticompetitiva em detrimento do seu retorno econômico e utilidade⁸.

⁴ BRASIL. **Lei n.º 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

⁵ BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

⁶ MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. **Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel**. 2020. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. p. 34. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2992>. Acesso em: 04 nov. 2023.

⁷ BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

⁸ MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. **Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel**. 2020. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino,

Sendo assim, além do viés reparatório, as ARDCs também operam com o intuito de aumentar os custos de transação dos agentes econômicos de forma a estimular o afastamento de práticas anticompetitivas, vislumbrando garantir mais eficiência ao sistema de *enforcement* da lei de combate à prática de condutas anticompetitivas⁹.

Nesses termos, foi prevista expressamente no art. 47 da LDC a possibilidade de proposição de ações objetivando a reparação de danos causados pelos infratores, independentemente da existência de procedimento administrativo prévio de apuração da conduta, por iniciativa dos prejudicados¹⁰. Assim:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação¹¹.

No entanto, embora a LDC faça referência ao rol do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹² como legitimados para ingressar com ARDCs na defesa dos interesses e direitos coletivos, não é estabelecida uma definição precisa de quem seriam os “prejudicados” elencados no dispositivo supracitado.

Em vista disso, para subsidiar quem seriam os sujeitos considerados prejudicados para o fim do presente estudo, será adotado o conceito de Adriano Camargo Gomes (2018)¹³. Segundo seu entendimento:

(...) na definição dos prejudicados, concorrem ao menos dois critérios distintos: a posição ocupada pelo sujeito em relação ao agente infrator (comprador direto ou indireto, vendedor direto ou indireto e competidor) e os tipos de sujeitos lesados (grande empresa, micro ou pequena empresa – MPE

Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. p. 30. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2992>. Acesso em: 04 nov. 2023.

⁹ *Ibid.*, p. 30.

¹⁰ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 160.

¹¹ BRASIL. **Lei n.º 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

¹² BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

¹³ GOMES, Adriano Camargo. **Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica**. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 271. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13112020-151047/pt-br.php>. Acesso em: 21 nov. 2023.

– e consumidor)¹⁴.

Portanto, vislumbram-se duas possibilidades quanto à legitimidade. A primeira diz respeito à litigância individual, podendo figurar no polo ativo pessoa física ou jurídica, em que se almeja uma indenização do âmbito da defesa de interesses privados.

Já a segunda, se refere à litigância mediante a participação de ente de representatividade coletiva na tutela de direitos, como, por exemplo, é o caso da atuação do Ministério Público nas ARDCs¹⁵. Nesse contexto, há uma subdivisão entre essas possibilidades de atuação: a defesa de direitos individuais homogêneos, capaz de manter a natureza individual e privada da ação, sob a égide do CDC e; a defesa de direitos difusos, conforme os ditames da Lei de Ação Civil Pública¹⁶, em que a tutela jurisdicional é indivisível¹⁷.

Neste último caso, as multas impostas pelo Cade na esfera administrativa em decorrência da condenação por condutas anticompetitivas são destinadas ao Fundo Coletivo de Direitos Difusos (FDD)¹⁸, o que ocasiona no retorno desses recursos à sociedade de forma coletiva¹⁹, e não destinada aos diretamente prejudicados pela conduta perpetrada pelo agente econômico infrator²⁰.

Esclarecidos os pontos elementares acerca dos prejudicados, ou seja, os legitimados das ARDCs, passa-se à exposição em relação ao momento processual em que é possível a propositura dessas ações.

As demandas de reparação de danos concorrenciais podem ser segmentadas em *stand-*

¹⁴ *Ibid.*, p. 271.

¹⁵ MONTEIRO, Ana Sofia Cardoso; SOUZA, Alexandre Barreto de; SILVA FILHO, Henrique Muniz da. A atuação do Ministério Público em Ações Coletivas para a reparação de danos concorrenciais. p. 244. In: GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de Danos Concorrenciais: Direito material e processo**. v.1. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

¹⁶ BRASIL. **Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

¹⁷ MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. **Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel**. 2020. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. p. 40. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2992>. Acesso em: 04 nov. 2023.

¹⁸ BRASIL. **Lei n.º 9.008, de 21 de março de 1995**. Cria, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19008.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

¹⁹ BRASIL. **Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 21 nov. 2023

²⁰ RAGAZZO, Carlos; VELOSO, Isabel. **Ações de reparação de danos concorrenciais no Brasil: obstáculos e sugestões**. Rio de Janeiro. Ed. dos autores, 2023. p. 15. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/default/files/arquivos/2023_07_19%20Vers%C3%A3o%20Final%20relat%C3%B3rio%20FDD_site.pdf. Acesso em: 22 nov. 2023

alone, caso em que não houve decisão prévia do poder público, seja mediante a atuação da autoridade concorrencial ou do próprio Poder Judiciário, acerca da infração da ordem econômica em debate, ou em *follow-on*, situação em que a proposição da ARDC procede a decisão da autoridade concorrencial que corrobora a existência da prática anticompetitiva²¹.

No âmbito das ARDCs que seguem o rito *follow-on* as análises e decisões resultantes do processo de instrução e julgamento dos casos feitas pela autoridade concorrencial são frequentemente utilizadas como meios de prova para corroborar as alegações da parte autora²² no Poder Judiciário, enquanto as provas colacionadas ao processo nas ações *stand-alone* são produzidas de forma autônoma pelas partes²³.

Ademais, conforme aduz Gomes (2018) há a possibilidade de demandas híbridas, em que durante o curso do processo alteram seu status de *stand-alone* para *follow-on* ou até mesmo são simultaneamente de ambas as maneiras, quando em relação à alguns dos agentes demandados existe condenação prévia por parte da autoridade concorrencial e à outros não²⁴.

Diante disso, apesar das duas vertentes expostas, são diversos os questionamentos acerca da efetiva significância dessa distinção na realidade brasileira, uma vez que, conforme será explorado adiante, não haveria efeito vinculante nas decisões administrativas²⁵.

Sendo assim, expostos os elementos introdutórios das Ações de Reparação de Danos Concorrenciais, passa-se à análise preliminar dos pontos trazidos pela Lei n.º 14.470/2022.

1.2 ARDCs sob a perspectiva das alterações presentes na Lei n.º 14.470/2022

Para que seja possível compreender o contexto em que a Lei n.º 14.470/2022²⁶ está inserida e, conseqüentemente as inovações promovidas por ela, é de suma importância fazer

²¹ GOMES, Adriano Camargo. **Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica**. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 315. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13112020-151047/pt-br.php>. Acesso em: 21 nov. 2023.

²² MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. **Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel**. 2020. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. p. 35. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2992>. Acesso em: 04 nov. 2023.

²³ *Ibid.*, p. 38.

²⁴ GOMES, Adriano Camargo. **Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica**. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 318. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13112020-151047/pt-br.php>. Acesso em: 21 nov. 2023.

²⁵ *Ibid.*, p. 319.

²⁶ BRASIL. **Lei n. 14.470, de 16 de novembro de 2022**. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14470.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.470%2C%20DE%2016%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202022&text=Alter%20a%20Lei%20n%C2%BA%2012.529,Art. Acesso em: 22 nov. 2023.

uma breve digressão ao seu histórico legislativo.

O Projeto de Lei 283/2016 (PL), etapa legislativa que precedeu a Lei em comento, teve como termo inicial de tramitação no Senado o ano de 2016. Diante disso, aproximadamente 6 anos se passaram entre a propositura do PL e o período em que a lei entrou em vigor, visto que isso ocorreu apenas ao final do ano de 2022.

Na justificação submetida juntamente ao PL, argumentou-se que objetivo central da proposta operaria como uma forma de fortalecer o sistema de *enforcement* público²⁷ que consiste em:

(...) aprimorar o caráter dissuasório da multa imposta pelo Cade em condenações de empresas por infrações à ordem econômica, bem como estimular o ajuizamento de ações privadas para cessação das infrações vem como ressarcimento dos danos dela decorrentes²⁸.

A proposta original do PL envolvia questões a serem acrescentadas na LDC, como a proporcionalidade entre o tempo de duração da prática de cartel e a multa a ser aplicada; a indenização em dobro aos prejudicados em ARDCs, salvo em caso de infrator signatário de Acordo de Leniência ou que tenha firmado Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC); demais incentivos aos Acordos de Leniência, desde que acompanhados de documentos comprobatórios que auxiliem o Cade na avaliação do dano causado; a sustação do prazo prescricional no curso do processo administrativo e; a aptidão da decisão do Plenário do Cade fundamentar concessão de tutela de evidência²⁹.

A esse respeito, insta salientar que a proposta inicial da redação que foi atribuída ao art. 47-A consistia em um parágrafo único a ser acrescentado no art. 93 da LDC, sob a justificativa de que essa seria uma forma de garantir celeridade e maior efetividade às ARDCs diante do fortalecimento das presunções de veracidade, validade e legitimidade das decisões proferidas pelo Pleno do Tribunal do Cade³⁰.

Adicionalmente, considerou-se na exposição de motivos, a intenção de inverter o ônus da demora em consequência do trâmite processual para a concessão do direito indenizatório do prejudicado aos agentes econômicos, contrariamente à realidade do momento em questão, e ainda, incentivar os agentes econômicos a realizarem medidas autocompositivas no âmbito das

²⁸ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 286, 6 de julho de 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. Brasília: Senado Federal, 2016. p. 4. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>. Acesso em: 09 nov. 2023.

²⁹ *Ibid.*, p. 1.

³⁰ *Ibid.*, p. 6.

ações privadas³¹.

Entretanto, não obteve sucesso a tentativa de tornar proporcional ao tempo de duração da conduta a multa por prática de cartel, o que culminou em toda a matéria do referido PL tratar de ARDCs. Ademais, a tentativa de condicionar a isenção ao pagamento de indenização em dobro mediante apresentação de documentos comprobatórios ao Cade também foi obstada, visto que entendeu-se que impor essa condicionante seria um possível desincentivo à realização de Acordos de Leniência³².

Conforme apresentado, a LDC já disciplinava em seu art. 47 a possibilidade de ajuizamento de ARDCs. A Lei n.º 14.470/2022, porém, acrescentou ao teor normativo da LDC os art. 46-A, art. 47-A e alterou a redação do art. 47, trazendo novas previsões acerca dessa temática³³.

O art. 46-A introduziu definições a respeito do prazo prescricional no decorrer do trâmite de inquérito e processo administrativo no âmbito da autoridade concorrencial brasileira e definiu o marco de 5 anos a partir da publicação do julgamento final do Cade no processo administrativo como termo inicial da contagem da prescrição para o ajuizamento de ARDCs.

Essa definição implicou na resolução de controvérsias constantes em relação ao prazo prescricional para o ajuizamento de ARDCs, tendo em vista que o entendimento doutrinário era divergente em relação, não somente ao marco inicial, bem como, quanto à duração do prazo propriamente dito³⁴.

Nesse sentido, conforme aduz Maggi (2021) a divergência quanto à contagem do prazo prescricional teria fortes impactos inclusive a depender do tipo de ARDCs a ser proposta. Isso porque, na hipótese de ações *stand alone* incumbiria ao autor da demanda, nesse caso o prejudicado, demonstrar a não ocorrência de prescrição com fundamento na data em que tomou ciência da conduta, enquanto no caso de ações *follow on* seria possível vislumbrar diversos momentos processuais da investigação conduzida pela autoridade concorrencial como possíveis

³¹ *Ibid.*, p. 6.

³² RAGAZZO, Carlos; VELOSO, Isabel. **Ações de reparação de danos concorrenciais no Brasil: obstáculos e sugestões**. Rio de Janeiro. Ed. dos autores, 2023. p. 24. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/default/files/arquivos/2023_07_19%20Vers%C3%A3o%20Final%20relat%C3%B3rio%20FDD_site.pdf. Acesso em: 09 nov. 2023.

³³ BRASIL. **Lei n. 14.470, de 16 de novembro de 2022**. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14470.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.470%2C%20DE%2016%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202022&text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2012.529,Art. Acesso em: 22 nov. 2023.

³⁴ MAGGI, Bruno Oliveira. **Cartel [livro eletrônico]**: Responsabilidade Civil Concorrencial. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. RB-4.7.

termos iniciais da contagem do prazo prescricional³⁵.

Sem a estipulação expressa da LDC, aplicava-se, subsidiariamente, o disposto no Código Civil (CC)³⁶. Nesse sentido, uma das correntes doutrinárias compreendia que o marco de início da contagem seria o momento em que o autor da ARDC tomou conhecimento da prática da conduta, enquanto a outra defendia que deveria ser considerado o período em que se iniciou a prática anticompetitiva, com fundamento no art. 189 do CC³⁷.

Além disso, o § 4º do art. 47, também acrescentado pela Lei n.º 14.470/2022, afastou a presunção de repasse de sobrepreço nas hipóteses de infração da ordem econômica por prática de cartel nos termos do art. 36, §3º, incisos I e II, da LDC, incumbindo o ônus da prova de que houve repasse aos demais integrantes da cadeia ao próprio réu da ARDC. Essa previsão traz ganhos consideráveis aos proponentes de ARDCs, uma vez que, anteriormente, o ônus de comprovar que não houve o referido repasse era do próprio autor da ação³⁸.

Isto posto, passou a vigorar a seguinte redação do art. 47 e art. 47-A da Lei n.º 12.529/2011:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

§ 1º Os prejudicados terão direito a ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, sem prejuízo das sanções aplicadas nas esferas administrativa e penal. (Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022)

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo aos coautores de infração à ordem econômica que tenham celebrado acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática cujo cumprimento tenha sido declarado pelo Cade, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados. (Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022)

§ 3º Os signatários do acordo de leniência e do termo de compromisso de

³⁵ *Ibid.*, p. RB-4.7.

³⁶ BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 nov 2023.

³⁷ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-09112015-114806. p. 160. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-09112015-114806/pt-br.php>. Acesso em: 10 nov 2023.

³⁸ RAGAZZO, Carlos; VELOSO, Isabel. **Ações de reparação de danos concorrenciais no Brasil: obstáculos e sugestões**. Rio de Janeiro. Ed. dos autores, 2023. p. 27. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/default/files/arquivos/2023_07_19%20Vers%C3%A3o%20Final%20relat%C3%B3rio%20FDD_site.pdf. Acesso em: 09 nov. 2023.

cessação de prática são responsáveis apenas pelo dano que causaram aos prejudicados, não incidindo sobre eles responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica. (Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022)

§ 4º Não se presume o repasse de sobrepreço nos casos das infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, cabendo a prova ao réu que o alegar. (Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022)

Art. 47-A. A decisão do Plenário do Tribunal referida no art. 93 desta Lei é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente nas ações previstas no art. 47 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022)³⁹.

Especificamente, o artigo 47-A carrega consigo uma mudança significativa em relação ao tratamento das decisões administrativas tomadas no Cade dentro dos parâmetros judiciais. Nesse sentido, o dispositivo supramencionado refere-se expressamente à possibilidade de concessão de tutela de evidência com fundamento na decisão do Plenário do Tribunal do Cade.

De antemão, explicita-se que o aspecto processual e as problematizações que concernem essa inovação trazida pela Lei n.º 14.470/2022 serão abordadas nos próximos capítulos, sendo o objeto de análise deste tópico apenas a exposição das mudanças realizadas e elementos importantes para a sua compreensão.

Sendo assim, passa-se à exposição dos aspectos da tutela de evidência.

2 A TUTELA DE EVIDÊNCIA À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E À LUZ DA LEI N.º 14.470/2022

Neste capítulo, serão fixados os conceitos introdutórios em relação à tutela provisória, especificamente a tutela de evidência, com o objetivo de explicitar suas hipóteses de acordo com o Código de Processo Civil (CPC/2015) e a aplicação deste instituto. Tal digressão será feita em razão da importância que possui em paralelo com o tema e devido à necessidade para a sua compreensão. Ressalta-se que apesar da previsão legal de demais espécies de tutela provisória presentes no CPC/2015, o presente estudo não explorará tais conceitos e hipóteses, uma vez que a proposta é abranger somente a modalidade prevista na Lei n.º 14.470/22.

2.1 A tutela de evidência no CPC: conceituação e hipóteses de cabimento

³⁹ BRASIL. Lei n.º 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

A tutela provisória, gênero do qual a espécie tutela de evidência faz parte, consiste na tutela concedida após cognição sumária do juízo em que se objetiva constituir tutela definitiva⁴⁰. Nesses termos, Didier Jr. (2023) define dois tipos de tutela definitiva satisfativa, a de certificação de direitos, como é o caso das tutelas de natureza declaratória e constitutiva, e a de efetivação de direitos, a exemplo das tutelas executivas⁴¹.

Conforme preceitua Marinoni (2021), a tutela provisória surge com a função de mitigar os efeitos da demora para a concessão da tutela definitiva exauriente exigida pelo processo⁴². Assim, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela definitiva, concedida pela tutela provisória, viabiliza a harmonização dos direitos fundamentais, em especial à segurança jurídica e à efetividade. Sendo esta, portanto, a sua função constitucional⁴³.

Partindo desse ponto, ao avaliar o objetivo central dessa técnica processual é imprescindível notar que com o afastamento do requisito da urgência para a sua concessão, o reconhecimento do prejuízo suportado pela parte, diante de seu direito evidente, foi conferido por essa tutela. Nesse sentido, conforme aduzem Alvim, Granado e Ferreira (2019), a tutela da evidência acarreta a inversão do ônus temporal. Isto é, se ao juiz parecer, ainda que diante de análise sumária, que o requerente muito provavelmente obterá êxito na demanda, impõe-se ao requerido a obrigação de suportar as consequências decorrentes da passagem do tempo exigido para o trâmite processual⁴⁴.

Em vista disso, Humberto Theodoro Júnior (2023) explana que a tutela da evidência não se fundamenta na existência da situação que gera o perigo de dano, mas sim na circunstância de a demanda por uma tutela imediata ser sustentada por uma comprovação substancial dos direitos materiais da parte. Essa justificativa deriva, portanto, da capacidade de avaliar a clareza e a certeza do direito material, mesmo que sem a natureza definitiva, uma vez que o processo de argumentação e instrução ainda não foi concluído. No estágio inicial do processo, no entanto, já estão disponíveis elementos de convicção suficientes para fundamentar uma decisão

⁴⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 32.

⁴¹ DIDIER Jr. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. São Paulo: Ed. Jus Podivm, 2023. v.2. p. 724.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. RB-3.1. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/title>. Acesso em: 12 Nov. 2023.

⁴³ DIDIER Jr. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. São Paulo: Ed. Jus Podivm, 2023. v.2. p. 729.

⁴⁴ ALVIM, Eduardo A.; GRANADO, Daniel W.; FERREIRA, Eduardo A. **Direito processual civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 479. E-book. ISBN 9788553611416. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611416/>. Acesso em: 14 out. 2023.

favorável a uma das partes⁴⁵.

Nos termos do art. 294 do CPC/2015⁴⁶, a tutela provisória pode amparar-se em duas hipóteses: urgência ou evidência. A tutela de urgência, é subdividida em cautelar e antecipada, e requer que sejam demonstrados a probabilidade do direito e do perigo da demora. Por outro lado, a tutela de evidência possui como pressuposto que o direito do autor esteja evidente, ou seja, que suas alegações de fato tenham sido comprovadas e portanto, sejam incontroversas⁴⁷. Apesar dessas duas hipóteses de cabimento e suas subespécies, o presente estudo visa dar maior ênfase à tutela de evidência, uma vez que este é o instituto previsto na Lei n.º 14.470/2022⁴⁸.

Inicialmente, cumpre destacar o momento processual em que pode ser requerida a tutela de evidência, cujo caráter é incidente. Isso significa que essa espécie de tutela deve ser requerida no âmbito do mesmo processo em que se requer a tutela definitiva, uma vez que se objetiva a antecipação dos efeitos que a tutela definitiva traria aos requerentes. Assim, pode-se requerer a tutela de evidência em dois momentos processuais: 1) desde o início do processo, simultaneamente ao pedido de tutela definitiva; e 2) durante o curso do processo em que se requereu a tutela definitiva⁴⁹.

Diante desse contexto, passa-se a exposição das hipóteses de cabimento da tutela da evidência previstas no teor do art. 311 do Código de Processo Civil (CPC/2015). São elas:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos

⁴⁵ JÚNIOR, Humberto T. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. São Paulo: Grupo GEN, 2023. p. 665. E-book. ISBN 9786559646579. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646579/>. Acesso em: 14 out. 2023.

⁴⁶ BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência [livro eletrônico]**: soluções processuais diante do tempo da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. RB-3.4. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/title>. Acesso em: 12 Nov. 2023.

⁴⁸ BRASIL. **Lei n. 14.470, de 16 de novembro de 2022**. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14470.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.470%2C%20DE%2016%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202022&text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2012.529,Art. Acesso em: 22 nov. 2023.

⁴⁹ DIDIER Jr. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. São Paulo: Ed. Jus Podivm, 2023. v.2. p. 734.

constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente⁵⁰.

A possibilidade disposta no inciso I do artigo 311 do CPC configura uma previsão em caráter punitivo, tendo em vista que explicita a possibilidade de deferimento da tutela de evidência mediante caracterização de abuso de direito e conduta protelatória da parte⁵¹.

Apesar do viés punitivo presente nessa disposição, tal dimensão não abrange o contexto previsto na Lei n.º 14.470/2022, visto que essa se ampara em uma tutela de evidência em caráter documental, cujas hipóteses do CPC serão delineadas a seguir.

Diante disso, a redação dos incisos II a IV do artigo supracitado, ressalta a imprescindibilidade de comprovação documental para a sua concessão. Nesse contexto, o que se busca demonstrar mediante a apresentação de provas documentais em juízo, é o direito evidente do autor⁵².

Mais especificamente, o inciso II consiste na tutela de evidência documentada fundada em precedente obrigatório, cuja concessão exige a comprovação de dois fatores: um de fato, relativo a uma prova necessariamente documental, que assegure a existência de fato constitutivo do direito; e um de probabilidade, configurado em tese jurídica firmada em precedente obrigatório, como é o caso da súmula vinculante e de temas repetitivos⁵³.

Por outro lado, o inciso III preconiza, de forma mais objetiva e específica, a concessão da tutela provisória em análise diante da apresentação de prova documental que fundamente pedido reipersecutório referente a contrato de depósito⁵⁴.

Em último lugar, nos termos do inciso IV, admite-se a concessão da tutela de evidência em decorrência de apresentação de prova documental que se demonstre suficiente para a comprovação do direito do autor juntada à petição inicial. Nesse caso, não apenas deve ocorrer a instrução da prova documental, como esta deve ser inequívoca, de modo que o direito do autor seja tão evidente que não haja a possibilidade de questionamento do réu ou ainda que este

⁵⁰ BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

⁵¹ DIDIER Jr. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. São Paulo: Ed. Jus Podivm, 2023. v.2. p. 794.

⁵² ARMONI, RENATO. **Tutela da evidência**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/24820>. Acesso em: 22 nov. 2023.

⁵³ BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

⁵⁴ BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

apresente em juízo prova em sentido contrário⁵⁵.

Partindo desse ponto, é indispensável explicitar que o rol do art. 311 do CPC será debatido de forma mais ampla a seguir diante de uma análise do contexto apresentado pela Lei n.º 14.470/2022 .

Em resumo, após expor e delimitar as hipóteses em que se permite a concessão de tutela de evidência com fundamento no Código de Processo Civil neste tópico, o que faz-se necessário para subsidiar a análise do previsto na Lei n.º 14.470/2022 em relação às decisões do plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, estabelece-se que o próximo tópico abordará a possibilidade de conceder tutela de evidência em Ações de Reparação de Danos Concorrenciais (ARDCs) com fundamento na lei supramencionada.

2.2 Da tutela de evidência em Ações de Reparação de Danos Concorrenciais à luz da Lei n.º 14.470/2022

Com fundamento na breve introdução proposta em relação à técnica processual da tutela de evidência, este tópico tem como objetivo discorrer a respeito da previsão da Lei n.º 14.470/2022 e explorar aspectos relacionados à tutela de evidência dentro desse contexto.

Conforme exposto anteriormente, o art. 47-A, incluído na LDC ao final de 2022, trouxe uma previsão expressa acerca da possibilidade de concessão de tutela de evidência fundamentada em decisão do Tribunal do Plenário do Cade nas ARDCs⁵⁶.

De antemão, é importante frisar que o dispositivo supramencionado refere-se expressamente à possibilidade de decisão liminar do juízo nesses casos. Observa-se, portanto, que a hipótese prevista no art. 47-A da LDC traz uma nova possibilidade de concessão liminar da tutela além das previstas originalmente no parágrafo único do art. 311 do CPC⁵⁷.

Diante disso, cumpre esclarecer que a decisão liminar consiste, em síntese, na decisão tomada pelo Juízo antes da citação do réu e, por conseguinte, ao oferecimento de sua contestação, logo no início do processo⁵⁸.

⁵⁵ BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

⁵⁶ BRASIL. **Lei n. 14.470, de 16 de novembro de 2022**. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14470.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.470%2C%20DE%2016%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202022&text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2012.529,Art. Acesso em: 22 nov. 2023.

⁵⁷ *Id.*, **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

⁵⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos**

Quanto à possibilidade de liminar em sede de tutela de evidência, não há consenso doutrinário acerca da constitucionalidade de tal medida. De um lado, enfaticamente, se posiciona Marinoni (2021) pela inconstitucionalidade, uma vez que, em sua visão não haveria viabilidade verificar a evidência do direito pleiteado pelo autor sem antes ter ocorrido a citação do réu e apresentada sua defesa, o que implicaria em uma violação à ampla defesa e ao contraditório⁵⁹.

No mesmo sentido, Leonardo Greco (2015) defende a inconstitucionalidade da tutela de evidência concedida ante a falta de contestação prévia do réu. Assim, defende o entendimento de que essa hipótese violaria o devido processo legal e ocasionaria na supressão, mesmo que de forma parcial, do contraditório perante o não preenchimento do requisito da urgência, que em sua visão seria a única hipótese cabível para que houvesse eventual adiantamento do direito de contestação do réu⁶⁰.

Por outro lado, Mitidiero (2017) defende a prestação da tutela jurisdicional nos casos em que o direito do autor é evidente de modo que não seria justo a este polo da ação suportar o ônus do tempo do processo. Nesse contexto, o referido autor defende que a técnica antecipatória com fulcro na evidência seria uma defesa ao direito fundamental do autor à prestação jurisdicional em tempo razoável e à própria isonomia no âmbito processual. Adicionalmente, argumenta que as hipóteses de concessão de tutela de evidência em caráter liminar seriam presunções de que a defesa do réu seria inconsistente⁶¹.

Indo ao encontro desta mesma corrente doutrinária quanto à constitucionalidade da tutela de evidência concedida liminarmente, Didier Jr., Braga e Oliveira (2016) explanam expressamente que a ausência de prévia manifestação da outra parte, quando justificada pelo risco ou pela evidência da situação, não constitui uma infração ao direito ao contraditório, considerando que, este é postergado para um momento subsequente à concessão da medida de urgência ou evidência, em prol da proteção de outros institutos jurídicos, como a efetividade processual⁶².

A esse respeito, ponderam Alvim, Lamy e Ribeiro (2021) que a concessão liminar deve

da tutela. 11. ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v. 2, p. 592

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência [livro eletrônico]: soluções processuais diante do tempo da justiça**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁶⁰ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. II, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 369

⁶¹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 3 ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. E-book. ISBN 9788520371862. Disponível em: <https://tmsnrt.rs/3lW8V5X>. Acesso em: 12 Nov. 2023.

⁶² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v. 2, p. 594

ser avaliada conforme o caso concreto, visto que a depender do teor das provas apresentadas pelo autor ao juízo, caso haja clara convicção de seu direito, os princípios da efetividade, da razoável duração do processo e o acesso à tutela jurisdicional adequada autorizariam a concessão liminar sem que haja violação constitucional⁶³.

Diante desse panorama, ao analisar a previsão do art. 47-A à luz do disposto no art. 311 do CPC, é possível vislumbrar alguns cenários em que essa nova disposição poderia se enquadrar.

Em primeiro lugar, pode-se considerar a semelhança entre a previsão introduzida pela Lei n.º 14.470/2022 e a disposta no inciso IV do art. 311 do CPC. Isto porque, o referido artigo do CPC define como possibilidade de aplicação da técnica da tutela de evidência a apresentação e análise de prova documental capaz de comprovar, de forma suficiente, fato constitutivo de direito do autor.

Dessa maneira, seria possível considerar a decisão do Tribunal do Cade e as provas produzidas no âmbito do processo administrativo, que apurou a infração econômica, como documentos capazes de subsidiar o pedido do autor em sede de ARDCs.

A despeito de tal entendimento, deve-se atentar ao fato de que o art. 47-A menciona expressamente a possibilidade de concessão liminar da tutela e, ao considerarmos o art. 311 inciso IV, do CPC, de tal maneira, evidencia-se certa contradição do legislador em relação ao que poderia ser tratado em sede de liminar nesses casos.

Nesse sentido, Didier Jr., Braga e Oliveira (2016) esclarecem esse ponto ao dizer que a concessão da tutela de evidência, conforme estabelecida no artigo supramencionado, é permitida quando o autor apresentar prova documental suficiente que comprove seu direito, e o réu não apresentar prova em sentido contrário que crie dúvida razoável. Assim, considerando que um dos critérios para a concessão dessa medida é a ausência de provas significativas apresentadas por parte do réu, presumindo que este já tenha sido citado e ouvido, não se justifica sua concessão de forma liminar. Portanto, estaria justificada a inexistência de menção a tal possibilidade no parágrafo único do referido artigo⁶⁴.

Por outro lado, ao fazer a análise de forma inversa, conforme os conceitos gerais de Daniel Amorim Assumpção Neves (2023), as hipóteses trazidas no art. 311, parágrafo único,

⁶³ ALVIM, Teresa Arruda; LAMY, Eduardo de Avelar; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (org.). **Tutela provisória**: direto ao ponto. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/title>. Acesso em: 11 nov. 2023.

⁶⁴ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v. 2, p. 594.

do CPC, referem-se à “documentos qualificados” e, portanto, seriam elementos suficientes para a comprovação da probabilidade do direito em razão do caráter que a lei os atribuiu. Nesse sentido, a decisão do Plenário do Cade, nos moldes do art. 93 da LDC, seria uma espécie de documento qualificado autorizativo à concessão da tutela de evidência em sede de liminar⁶⁵.

Ainda, na percepção de Assumpção Neves (2023) entende-se que a previsão da LDC seria uma permissão específica para a previsão genérica do inciso II do art. 311 do CPC⁶⁶, em que a decisão do Tribunal do Cade seria o documento específico capaz de demonstrar a probabilidade do direito do autor⁶⁷.

De acordo com o referido autor, esse entendimento é subsidiado pela percepção de que no rol da tutela de evidência o legislador elencou elementos que conferem ao juiz uma espécie de “probabilidade qualificada”, que restringe o entendimento de probabilidade do direito em comparação à tutela de urgência e, por consequência, é menos abrangente. Dessa forma, são consideradas por Assumpção Neves (2023) três formas distintas da chamada “probabilidade qualificada”. A primeira diz respeito aos requisitos objetivos, a segunda consiste na prova documental e, a terceira se refere à hipótese de apresentação de um documento específico, como no caso do inciso III do 311 do CPC⁶⁸.

Para Assumpção Neves (2023), ao fazer uma remissão expressa à decisão do Plenário do Cade, o art. 47-A seria um tipo de espécie da tutela de evidência de documento específico. Nesse sentido, a probabilidade do direito viria desse documento previsto no art. 93 da LDC⁶⁹.

Apesar dessas duas possibilidades de entendimento, não há no CPC previsão expressa a esse respeito, de modo que essa questão pode se mostrar um obstáculo à aplicação prática do art. 47-A da Lei n.º 14.470/2022⁷⁰.

Veja-se, ao propor essa distinção e tentativa de compreender melhor as definições da nova previsão não se questiona a possibilidade do autor pleitear a tutela de evidência prevista

⁶⁵ IBRAC EVENTOS. **Tutela de evidência em ações de reparação de danos concorrenciais (ARDC)**. 1 vídeo (1h13min), 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nNpX7I0DB8Y>. Acesso em: 06 mai. 2023.

⁶⁶BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

⁶⁷ IBRAC EVENTOS. **Tutela de evidência em ações de reparação de danos concorrenciais (ARDC)**. 1 vídeo (1h13min), 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nNpX7I0DB8Y>. Acesso em: 06 mai. 2023.

⁶⁸ IBRAC EVENTOS. **Tutela de evidência em ações de reparação de danos concorrenciais (ARDC)**. 1 vídeo (1h13min), 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nNpX7I0DB8Y>. Acesso em: 06 mai. 2023.

⁶⁹ IBRAC EVENTOS. **Tutela de evidência em ações de reparação de danos concorrenciais (ARDC)**. 1 vídeo (1h13min), 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nNpX7I0DB8Y>. Acesso em: 06 mai. 2023.

⁷⁰ BRASIL. **Lei n. 14.470, de 16 de novembro de 2022**. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14470.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.470%2C%20DE%2016%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202022&text=Alter%20a%20Lei%20n%C2%BA%2012.529,Art. Acesso em: 22 nov. 2023.

na Lei 14.470/2022 de forma legítima, somente busca-se compreender de forma mais ampla essa previsão.

Em outro sentido, seria possível esclarecer a controvérsia em relação à modalidade de tutela de evidência do art 47-A à luz do art. 311 do CPC diante da definição do tipo de rol que este artigo apresenta. Isto porque, a partir da percepção de que seria um rol taxativo, como defende Leonardo Greco (2015), por exemplo, evidentemente haveria uma dissonância entre o que o legislador estabeleceu nos ditames do CPC e o que foi definido na Lei n.º 14.470/2022⁷¹.

Apesar disso, há entendimento doutrinário de que este rol seria na realidade exemplificativo, tendo em vista que o art. 311 do CPC não abrange todas as possibilidades de cabimento da tutela de evidência. Como destaca Rogéria Dotti (2020), a intenção por trás da tutela de evidência de promover equilíbrio à relação do processo, justifica uma aplicação mais ampla e genérica dessa técnica processual⁷².

Nesse mesmo sentido, conforme aduz Assumpção Neves (2018), o art. 311 do CPC abarcaria somente as previsões de “tutela da evidência típica”, enquanto as demais hipóteses previstas no ordenamento jurídico seriam espécies de “tutela da evidência atípica”⁷³. Dessa forma, o referido autor argumenta que essa distinção traz consequências práticas para a concessão da tutela, uma vez que os requisitos para a concessão da tutela atípica teriam maior especificidade ao passo que seriam menos robustos do que os inicialmente previstos no CPC⁷⁴.

Portanto, diante do exposto, é possível vislumbrar diversos aspectos processuais que tangenciam a tutela da evidência nos termos da Lei n.º 14.470/2022 a partir da análise com fundamento nos ditames do Código de Processo Civil e as possíveis implicações que as interpretações dadas à legislação podem ocasionar em relação, principalmente, à concessão liminar do pedido de tutela de evidência apresentado pelo autor em sede de ARDCs.

3 PERSPECTIVAS ACERCA DO TRATAMENTO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

Diante dos apontamentos quanto às Ações de Reparação de Danos Concorrenciais e à Tutela da Evidência apresentados nos capítulos anteriores, a terceira etapa do presente estudo

⁷¹ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. II, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 370

⁷² DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência** [livro eletrônico]: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/title>. Acesso em: 14 nov. 2023.

⁷³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. 1808 p. ISBN 9788544219447. p. 564.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 564.

objetiva discutir alguns dos possíveis obstáculos à aplicação prática do art. 47-A da Lei n.º 14.470/2022.

3.1 Da natureza jurídica das decisões do Cade

Com fundamento no exposto anteriormente, o art. 47-A da LDC preconiza a aptidão da decisão do Plenário do Tribunal do Cade, prevista no art. 93 da mesma lei, fundamentar tutela de evidência liminar em ARDCs⁷⁵.

Diante desse contexto, observa-se que a partir da referida alteração legislativa a decisão do Tribunal do Cade, que consiste em uma decisão administrativa, adquiriu um novo condão diante do direito dos sujeitos considerados prejudicados por infrações à ordem econômica. Nas palavras de Rogéria Fagundes Dotti (2023), com essa mudança atribui-se grande importância à decisão⁷⁶.

Dessa forma, aspectos em relação ao tratamento judicial das decisões tomadas no âmbito do Cade e, mais especificamente, quanto às implicações desse tratamento à efetivação do direito dos prejudicados à concessão de tutela de evidência, são determinantes para a análise de até que ponto a previsão legal do art. 47-A é suficiente e efetiva.

Inicialmente, cumpre destacar que a LDC foi responsável pela reestruturação do SBDC e definiu em seu Capítulo II as disposições acerca do Cade. O referido conselho consiste em uma autarquia federal, e possui como um de seus órgãos o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, responsável por exercer função judicante⁷⁷ e cuja decisão de seu plenário, ao aplicar multa ou impor obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial, nos termos do art. 93 da mesma Lei⁷⁸.

O título executivo é imprescindível no processo de execução, sendo o elemento determinante para que sejam verificáveis os requisitos essenciais para a execução, como a causa de pedir, a legitimidade, o pedido, o objeto e a responsabilidade atribuída ao executado⁷⁹.

⁷⁵ BRASIL. **Lei n.º 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 n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

⁷⁶ IBRAC EVENTOS. **Tutela de evidência em ações de reparação de danos concorrenciais (ARDC)**. 1 vídeo (1h13min), 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nNpX7I0DB8Y>. Acesso em: 06 mai. 2023.

⁷⁷ FORGIONI, Paula A.. Os fundamentos do antitruste. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 133.

⁷⁸ DIDIER Jr., Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2017. p. 290.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 256.

Portanto, em linhas gerais, pode-se compreender que o título executivo consiste em um documento, cuja função consiste em atestar um ato jurídico normativo, que incumbiu à alguém obrigação de cumprir uma prestação líquida, certa e exigível, ao qual a lei confere a capacidade de autorizar o início da atividade executiva⁸⁰.

Nesse contexto, o título extrajudicial, ao qual a LDC se refere em relação à decisão do Cade, consiste em um documento executável judicialmente por força de lei⁸¹. Nesse caso, em razão da definição normativa, é autorizada a execução do título em questão mediante o procedimento definido a partir do art. 771 do CPC⁸².

Diante desse panorama, passa-se à discussão a respeito da abrangência da atuação judicial em relação às decisões proferidas pelo Cade para que se vislumbre eventuais obstáculos à tutela de evidência do art. 47-A mediante à forma de tratamento dessas decisões.

A natureza jurídica das decisões do CADE é amplamente debatida e recentemente foi objeto de análise no Supremo Tribunal Federal (STF) no Agravo Interno em Recurso Extraordinário n.º 1.083.955/DF⁸³.

O caso analisado nesta ocasião originou-se de uma Ação Anulatória de decisão administrativa condenatória por infração à ordem econômica ajuizada pelos agravantes em face do Cade. Em primeira instância, o pleito foi julgado procedente em favor dos administrados, porém, em segunda instância o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) restabeleceu a decisão administrativa sob o argumento de que não poderia revisar judicialmente o mérito administrativo da decisão do Cade⁸⁴. Portanto, a controvérsia examinada pelo STF pautou-se na possibilidade ou não de revisão judicial do mérito das decisões administrativas.

Diante desse contexto, o acórdão em questão, de relatoria do Ministro Luiz Fux, defende o dever de deferência do Poder Judiciário frente às decisões técnicas tomadas pelo Cade em razão da *expertise* técnica e capacidade institucional desta autarquia, e reforça o entendimento de que o controle jurisdicional do Poder Judiciário sobre as decisões proferidas pelo referido Conselho deve se restringir à análise da legalidade ou abusividade dos atos administrativos⁸⁵.

Esse entendimento tem como base a premissa de que o Poder Judiciário não poderia discutir o mérito administrativo das decisões da Administração Pública, uma vez que este é

⁸⁰ *Ibid.*, p. 259.

⁸¹ *Ibid.*, p. 311.

⁸² *Ibid.*, p. 50.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.083.955 – Distrito Federal**, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28/05/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750040942>. Acesso em: 21 nov. 2023.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 10.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 15.

fundamentado nos critérios de conveniência e oportunidade da própria Administração Pública, nesse caso representada pelo Cade⁸⁶.

Adicionalmente, argumentou o Min. Relator que a deferência também deve ser pautada na possibilidade de “efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa” em decorrência da revisão judicial das decisões técnicas proferidas por órgãos reguladores. Em razão disso, deveria-se preservar a atividade administrativa em prol da manutenção da política regulatória⁸⁷.

Diante desses apontamentos, a Primeira Turma do STF decidiu, por unanimidade, negar provimento ao Agravo Interno e assentou que a análise judicial das decisões do Cade deve se ater somente à legalidade ou abusividade do ato administrativo e, conseqüentemente, pela impossibilidade de revisão de mérito⁸⁸.

No entanto, o posicionamento adotado pelo STF no caso em tela tem levantado críticas⁸⁹ e questionamentos acerca das premissas adotadas para subsidiar o entendimento de que não haveria possibilidade de revisão judicial das decisões do Cade.

Nesse sentido, Paula Forgioni (2020) defende que toda matéria antitruste pode ser levada ao judiciário, com fundamento no princípio constitucional do acesso à justiça e, é enfática ao afirmar que o Poder Judiciário pode exercer controle amplo e irrestrito sobre as decisões administrativas do Cade. Isto porque, a revisão judicial opera como um sistema de segurança do administrado em face de abusos e erros da Administração Pública e possibilita que a decisão, cujo conteúdo abrange diversos interesses, possa ser revisitada e até mesmo adequada à interpretação mais atualizada da norma jurídica⁹⁰.

No mesmo sentido quanto à divergência da impossibilidade de revisão de mérito das decisões, se posicionam Caselta, Adame e Moraes (2023), que entendem que o Cade não pode ser equiparado às Agências Reguladoras, como foi realizado na decisão em comento⁹¹.

⁸⁶ CASELTA, Daniel Costa; ADAME, Victor; MORAES, Bárbara. O controle judicial do mérito das decisões do CADE. In: GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de Danos Concorrenciais**: Direito material e processo. v.1. São Paulo: Quartier Latin, 2023. p. 125.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.083.955 – Distrito Federal**, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28/05/2019. p 10. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750040942>. Acesso em: 21 nov. 2023.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 4.

⁸⁹ Quanto à alegada vantagem em razão da *expertise* do Cade na tomada de decisões, Forgioni (2020) contrapõe o entendimento da Primeira Turma do STF sob o fundamento de que, em razão da matéria concorrencial, o Cade se debruça sobre os mais amplos cenários e mercados para realizar suas análises, diferentemente das Agências Reguladoras, que possuem atuação profunda e restrita naquele setor regulado, como é o caso da Anatel. Portanto, não seria possível atribuir a noção de *expertise* ao Cade nos mesmos moldes das Agências Reguladoras. FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 162.

⁹⁰ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 162

⁹¹ CASELTA, Daniel Costa; ADAME, Victor; MORAES, Bárbara. O controle judicial do mérito das decisões do CADE. p. 128. In: GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de Danos Concorrenciais**: Direito material e

Isto porque, o Cade não possui poder normativo, contrariamente ao que se observa nas referidas agências, elemento necessário para que este pudesse editar normas acerca de matéria concorrencial. Em vista disso, as resoluções e guias elaborados pelo Cade possuem caráter meramente indicativo ao administrado, de modo que, diante do exercício das suas competências definidas no art. 9, II e art. 88, ambos da LDC, a autarquia deve observar os limites preconizados na Lei de Defesa da Concorrência. Portanto, suas decisões seriam de caráter vinculado, e não discricionário⁹².

Nesse sentido, Ferraz Júnior (2023), ressalta que apesar da análise técnica das decisões do Cade, isso não as torna discricionárias, e diferencia que:

(i) De um lado a discricionariedade técnica própria, que ocorre quando o administrador se vale de critérios técnicos para determinada decisão, a qual, contudo, é sujeita em última análise ao critério de conveniência e oportunidade (o exemplo do autor é a hipótese de laudos técnicos não vinculantes recomendando o tombamento de determinado imóvel por seu valor histórico, podendo a administração deixar de seguir a recomendação técnica em virtude de outros critérios de conveniência e oportunidade); e (ii) De outro lado, a discricionariedade técnica imprópria, dentre as quais se incluem as decisões do CADE, em que “a lei usa conceitos que dependem da manifestação de órgãos técnicos, não cabendo ao administrador se não uma única solução juridicamente válida”, não havendo margem de escolha do intérprete, razão pela qual, “o ato, embora com base em conceitos empíricos sujeitos à interpretação técnica, é vinculada”⁹³.

Além disso, deve-se observar que a posição defendida no referido acórdão do STF, vai em sentido contrário ao entendimento da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de que nas palavras de Caselta, Adame e Moraes (2023):

o controle judicial de mérito das decisões de autoridade concorrenciais constitui relevante etapa no desenvolvimento do direito concorrencial em jurisdições estrangeiras, o que, longe de significar um desprestígio às opiniões técnicas dos órgãos especializados, em muito contribui para a evolução da disciplina⁹⁴.

Diante do exposto, considerando como ponto de partida o posicionamento recentemente adotado pela Primeira Turma do STF, em um primeiro plano, é possível vislumbrar menores

processo. v.1. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

⁹² *Ibid.*, p. 129.

⁹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre Atos de Concentração. *apud* CASELTA, Daniel Costa; ADAME, Victor; MORAES, Bárbara, p. 130. O controle judicial do mérito das decisões do CADE. p. 129. In: GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de Danos Concorrenciais: Direito material e processo**. v.1. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

⁹⁴ CASELTA, Daniel Costa; ADAME, Victor; MORAES, Bárbara. O controle judicial do mérito das decisões do CADE. p. 146. In: GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de Danos Concorrenciais: Direito material e processo**. v.1. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

barreiras a serem ultrapassadas pelos autores de ARDCs ao pleitearem a tutela de evidência nos termos do art. 47-A da LDC, visto que eventual questionamento via judicial do réu seria restrito à aspectos de legalidade e abusividade da decisão, não atingindo, portanto, o mérito administrativo da decisão.

Por outro lado, em face das legítimas controvérsias levantadas por parte da doutrina, como exposto, a possibilidade ampla e irrestrita de revisão judicial das decisões administrativas do Cade é capaz de restringir fortemente a aplicabilidade prática da tutela de evidência nos termos analisados, uma vez que todo o teor da decisão do Plenário do Cade, documento que fundamenta expressamente a hipótese de concessão da tutela provisória ora discutida, pode ser apreciado e, passível de modificação.

Portanto, ao aproximar os entendimentos expostos acerca do tratamento judicial das decisões do Cade aos ditames do art. 47-A da LDC, é possível identificar desafios à aplicação da tutela de evidência nas ARDCs pautadas na decisão do Plenário do Cade a depender do entendimento adotado quanto à abrangência da revisão judicial.

3.2 Da quantificação do dano e da indenização devida em ARDCs

Direcionando a análise para outro ponto, o presente tópico dispõe-se a explorar os elementos concernentes à quantificação do dano sofrido pelo prejudicado quanto aos aspectos práticos da aplicação da Tutela da Evidência às ARDCs que, conseqüentemente, repercutem no tratamento judicial das decisões do Cade.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a indenização pleiteada em ARDCs pressupõe a consequente apuração e quantificação do dano ocasionado pelo ilícito para que se possa promover a efetiva reparação dos prejudicados. Para isso, é necessário que o autor da ARDC demonstre os danos que sofreu individualmente, o nexo de causalidade e a sua extensão para fundamentar sua pretensão⁹⁵.

No Brasil, apesar da iniciativa da Secretaria de Promoção da Produtividade e da Advocacia da Concorrência (SEPRAC) de implementar um guia prático para o cálculo de sobrepreço em sede de ARDCs, não há determinação expressa a respeito da metodologia a ser empregada para a quantificação dos danos concorrenciais⁹⁶.

⁹⁵ MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro; ZARUR, Marina de Mello Cerqueira; Produção antecipada de prova e reparação de danos concorrenciais. p. 335. In: GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de Danos Concorrenciais: Direito material e processo**. v.1. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

⁹⁶ MINISTÉRIO DA FAZENDA. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC). Manual Advocacia da Concorrência. **Cálculo de danos em cartéis: Guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos**. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais->

Ademais, a autoridade concorrencial brasileira atualmente não realiza essa quantificação do dano nas decisões de condenação por infração à ordem econômica. A esse respeito, alguns Conselheiros do Cade já se posicionaram quanto às limitações da autoridade em realizar tal feito argumentando que isso extrapolaria a finalidade da atividade punitiva do estado, a possibilidade de “configuração de expropriação ilícita do patrimônio do particular” e afronta ao princípio do não-confisco⁹⁷.

Isto posto, conforme destaca Assumpção Neves (2023), apesar da decisão do Cade condenar e aplicar multa ao agente econômico infrator, não há quantificação do dano efetivamente causado. Dessa forma, deve ser demonstrado o nexo de causalidade e o valor do dano suportado para que de fato se tenha utilidade na concessão da tutela⁹⁸.

Assim, mesmo que se considere que não há nenhum questionamento judicial a respeito da decisão administrativa do Cade nos termos do exposto no tópico anterior, o autor de ARDCs que requerer uma tutela da evidência com fulcro no art. 47-A da LDC, terá que demonstrar que houve infração à ordem econômica, a geração de um dano, a existência de nexo de causalidade entre a infração e o dano, além de quantificar esse dano⁹⁹.

O procedimento para que se demonstre a existência do dano nos casos de cartel perpassa a comprovação de sobrepreço em decorrência da atuação do cartelista e a relação do autor com o produto ou serviço adquirido durante o período em que ocorreu o cartel e foi aplicado o sobrepreço¹⁰⁰.

Após a realização dessa etapa, para que seja possível realizar a quantificação, devem ser observados os “aspectos jurídicos sobre os elementos considerados para o cálculo dos danos” e os métodos propriamente ditos de cálculo. Conjuntamente, esses dois elementos devem ser analisados para o cálculo da extensão do dano¹⁰¹. A partir desse ponto, o foco da análise cinge-

deconteudos/publicacoes/guias-e-manuais/calculo-de-danos-em-carteis/view. Acesso em: 14 nov. 2023.

⁹⁷ PORTO, Giovana Vieira; SILVEIRA, Paulo Burnier da; A complementariedade entre enforcement público e privado no combate a cartéis no Brasil: Desafios e perspectivas à luz das orientações da OCDE. p. 156. In: GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de Danos Concorrenciais**: Direito material e processo. v.1. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

⁹⁸ IBRAC EVENTOS. **Tutela de evidência em ações de reparação de danos concorrenciais (ARDC)**. 1 vídeo (1h13min), 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nNpX710DB8Y>. Acesso em: 06 mai. 2023.

⁹⁹ IBRAC EVENTOS. **Tutela de evidência em ações de reparação de danos concorrenciais (ARDC)**. 1 vídeo (1h13min), 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nNpX710DB8Y>. Acesso em: 06 mai. 2023.

¹⁰⁰ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-09112015-114806. p. 117. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-09112015-114806/pt-br.php>. Acesso em: 10 nov 2023.

¹⁰¹ GOMES, Adriano Camargo. **Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica**. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 342 Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13112020-151047/pt-br.php>. Acesso em: 21 nov. 2023.

se no exame contrafactual do ilícito em uma tentativa de analisar, hipoteticamente, qual seria o cenário no mercado caso não houvesse existido a conduta anticompetitiva em face do cenário apresentado na realidade¹⁰².

Diante desse contexto, são diversas as possibilidades de metodologias que podem ser empregadas para identificar um valor estimado para o dano concorrencial, como é o caso das bases comparativas, a análise financeira e adoção de hipóteses de estruturas de mercado¹⁰³. Assim, é possível alcançar resultados variados a depender da metodologia adotada para a realização dos cálculos de sobrepreço¹⁰⁴.

Em vista das dificuldades metodológicas, deve-se considerar a alta complexidade dos cálculos econométricos capazes de mensurar o dano em análise e o difícil acesso a esse tipo de produção de prova. Nesse sentido, conforme mencionado, a quantificação do dano é um dos aspectos mais desafiadores da ARDC, uma vez que não somente devem ser considerados os elementos para o cálculo do dano em si, como também o caminho metodológico a ser seguido para tanto e, ainda, ao considerarmos o contexto em análise quanto ao ajuizamento da ação, o convencimento do juiz da causa de que o método escolhido é o ideal para o caso em questão¹⁰⁵.

Além disso, os cartelistas, em uma tentativa de se desonerarem do pagamento de indenização em decorrência do dano, se utilizam da tese de “*pass-on defense*” e alegam que houve repasse do sobrepreço decorrente do cartel ao consumidor final, já que o ônus da prova de que não houve o repasse era do autor¹⁰⁶. Contudo, com a inclusão do §4º do art. 47 promovida pela Lei n.º 14.470/2022, o legislador desonerou o autor da comprovação de que não houve sobrepreço para fundamentar o seu pedido indenizatório, incumbindo ao réu que o alegar a devida comprovação¹⁰⁷.

¹⁰² *Ibid.*, p. 343.

¹⁰³ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-09112015-114806. p. 120. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-09112015-114806/pt-br.php>. Acesso em: 10 nov 2023.

¹⁰⁴ PORTO, Giovana Vieira e SILVEIRA, Paulo Burnier da; A complementariedade entre enforcement público e privado no combate a cartéis no Brasil: Desafios e perspectivas à luz das orientações da OCDE. p. 154. In: GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de Danos Concorrenciais: Direito material e processo**. v.1. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

¹⁰⁵ MAGGI, Bruno Oliveira. **Cartel [livro eletrônico]: Responsabilidade Civil Concorrencial**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. RB-5.1.

¹⁰⁶ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-09112015-114806. p. 127. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-09112015-114806/pt-br.php>. Acesso em: 10 nov 2023.

¹⁰⁷ BRASIL. **Lei n.º 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 n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-

Apesar da conquista significativa dos autores de ARDCs com essa mudança legislativa, ainda assim, em vista do alto custo para acessar o tipo de profissional capacitado para realizar os cálculos e emitir pareceres econométricos, parte dos interessados em litigar em prol dos seus direitos em ARDCs podem ser desestimulados e até mesmo impossibilitados de realizar tal feito¹⁰⁸.

Considerando o exposto e retomando a discussão aos aspectos processuais, é possível vislumbrar algumas possibilidades para o pedido de tutela da evidência pelo prejudicado. A primeira se refere à produção probatória exclusiva do autor com a juntada das provas na própria petição inicial, sem observância de contraditório, e o pedido de concessão da tutela de evidência para iniciar a execução.

De acordo com Assumpção Neves (2023), nesse caso, a concessão da tutela de evidência conforme os ditames do art. 47-A da LDC não seria possível, devido à ausência da “probabilidade qualificada”, atribuída pelo legislador à decisão do Cade e que não inclui as provas apresentadas mediante produção exclusiva do autor. Da mesma maneira se posiciona Dotti quanto à aplicação prática restrita da tutela de evidência nos termos do art. 47-A da LDC para indenizações, uma vez que no processo administrativo que gera a decisão do Cade apta a fundamentar a tutela, não há a quantificação do dano em contraditório para subsidiar o pedido do autor em ARDCs¹⁰⁹.

Já a segunda se refere à proposição de ARDCs com pedido de tutela de evidência, porém, sem a produção de prova unilateral pelo autor. Nesse caso, entende-se que haveria a possibilidade de concessão da tutela. Contudo, esta não seria imediatamente executável, tendo em vista a necessidade de comprovação no processo de todos os elementos supramencionados, inclusive, a própria quantificação do dano¹¹⁰.

Outro cenário possível para viabilizar a obtenção de elementos capazes de comprovar e quantificar o dano em ARDCs, seria o rito da produção antecipada de provas, regida pelo CPC¹¹¹. Esse procedimento é cabível, em síntese, nos casos em que se identifica a provável

2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

¹⁰⁸ PORTO, Giovana Vieira e SILVEIRA, Paulo Burnier da; A complementariedade entre enforcement público e privado no combate a cartéis no Brasil: Desafios e perspectivas à luz das orientações da OCDE. p. 157. In: GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de Danos Concorrenciais: Direito material e processo**. v.1. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

¹⁰⁹ IBRAC EVENTOS. **Tutela de evidência em ações de reparação de danos concorrenciais (ARDC)**. 1 vídeo (1h13min), 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nNpX7I0DB8Y>. Acesso em: 06 mai. 2023.

¹¹⁰ IBRAC EVENTOS. **Tutela de evidência em ações de reparação de danos concorrenciais (ARDC)**. 1 vídeo (1h13min), 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nNpX7I0DB8Y>. Acesso em: 06 mai. 2023.

¹¹¹ MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro e ZARUR, Marina de Mello Cerqueira; Produção antecipada de prova e reparação de danos concorrenciais. p. 336. In: GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de Danos Concorrenciais: Direito material e processo**. v.1. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

dificuldade de apuração dos fatos e da produção de provas na ação principal e quando essa produção de provas puder fundamentar o ajuizamento futuro ou não de uma ação a depender de seu resultado¹¹². Ocorre que, apesar desta alternativa ao prejudicado possuir bastante força probatória, essa não possui caráter vinculante ao juízo da causa principal, uma vez que o CPC é expresso que não há prevenção entre o juízo da ação de produção antecipada de provas e o da pretensão principal¹¹³.

De todo modo, conforme aduz Juliana Cordeiro, nesse cenário a tutela da evidência poderia até ser concedida, porém, fundamentada nos termos do art. 311, IV do CPC e não do art. 47-A da LDC considerando que o pedido estaria pautado nos documentos produzidos no procedimento de produção de provas antecipada e não na decisão do Plenário do Cade¹¹⁴.

Ademais, cabe ressaltar a importante possibilidade trazida pela tutela de evidência do art. 47-A da LDC como um elemento facilitador para a obtenção de documentos capazes de viabilizar a quantificação do dano concorrencial. Isso porque, um dos principais desafios para a quantificação do dano é justamente o acesso aos documentos capazes de viabilizar a realização do cálculo do dano.

Nesse contexto, é imprescindível considerar que a maior parte dos documentos e informações capazes de subsidiar o pedido do autor em sede de ARDCs estão sob posse do próprio agente econômico infrator. Ademais, não somente devem ser consideradas as dificuldades práticas de se obter as provas capazes de subsidiar a condenação do agente e a quantificação do dano, como também a questão do sigilo que envolve grande parte dos documentos que envolvem dados sensíveis de grandes empresas e questões operacionais da atividade empresarial.

Em vista disso, vislumbra-se diante desse cenário uma relevante alternativa de interlocução entre o Poder Judiciário e o Cade, no que diz respeito às provas produzidas no âmbito administrativo de atuação do referido conselho e a possibilidade de cooperação entre essas esferas de defesa da concorrência para a tutela dos direitos dos autores de ARDCs¹¹⁵.

Além disso, conforme consignou o Superior Tribunal de Justiça em decisão

¹¹² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v. 2, p. 144.

¹¹³ BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

¹¹⁴ IBRAC EVENTOS. **Tutela de evidência em ações de reparação de danos concorrenciais (ARDC)**. 1 vídeo (1h13min), 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nNpX7I0DB8Y>. Acesso em: 06 mai. 2023.

¹¹⁵ PASCHOAL, Thais Amoroso e MACEDO, José Arthur Castillo de; **Cooperação interinstitucional e produção de provas no direito da concorrência**. p. 328. In: GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de Danos Concorrenciais: Direito material e processo**. v.1. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

paradigmática de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze¹¹⁶, diante da tutela de interesse de terceiros, o Cade deve fornecer documentos que tenha acesso ao Poder Judiciário mesmo que inicialmente estes estivessem protegidos pela confidencialidade¹¹⁷.

Nesse sentido, a oportunidade de promover uma produção probatória em colaboração entre a esfera administrativa e a judicial pode se mostrar extremamente eficiente para o trâmite probatório das ARDCs e, conseqüentemente, para o sucesso da pretensão dos prejudicados¹¹⁸.

Ante o exposto, é possível identificar de plano algumas das dificuldades enfrentadas pelos autores de ARDCs para que possam pleitear seus direitos em juízo, uma vez que são complexas as barreiras a serem ultrapassadas para a comprovação da quantia devida à título de indenização e até mesmo o acesso às provas capazes de subsidiá-la. Adicionalmente, ressalta-se a dificuldade de vislumbrar utilidade prática do instituto previsto no art. 47-A da LDC na celeridade de obtenção da indenização pelo dano concorrencial de direito do autor, tendo em vista o longo caminho a ser percorrido processualmente para demonstrar a o nexo de causalidade entre a infração e o dano e a própria quantificação do dano sofrido.

CONCLUSÃO

Em vista do exposto, o presente estudo buscou explorar a possibilidade de concessão de tutela da evidência fundamentada nas decisões do Plenário do Tribunal do Cade à luz das alterações realizadas pela Lei n.º 14.470/2022 e do Código de Processo Civil, sob as perspectivas da natureza jurídica das decisões do Cade e da quantificação do dano.

A Ação de Reparação de Danos Concorrenciais é um dos elementos que integra o sistema de defesa da concorrência privado no Brasil na esfera cível e viabiliza a indenização de prejudicados por infrações à ordem econômica pelos danos concorrenciais sofridos. Desde 2011, o art. 47 da Lei de Defesa da Concorrência disciplina esse tipo de ação que opera em uma tentativa de dissuadir a prática anticompetitiva mediante o pagamento de indenização por ato ilícito e também aumentando os custos de transação do agente que optar por violar a ordem econômica da mesma forma.

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.554.986 – São Paulo**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 08/032016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1494823&num_registro=201502191117&data=20160405&formato=PDF. Acesso em: 14 dez. 2023.

¹¹⁷ MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro e ZARUR, Marina de Mello Cerqueira; Produção antecipada de prova e reparação de danos concorrenciais. p. 351. In: GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de Danos Concorrenciais: Direito material e processo**. v.1. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 329.

Com objetivo de trazer maior eficiência e celeridade ao processo de reparação de danos via ARDCs, em 2022 foi promulgada a Lei n.º 14.470, que acrescentou à LDC novas previsões acerca desse tipo de ação como a definição de prazo prescricional de 5 anos da ciência inequívoca do ilícito para o ajuizamento da ação, o direito à indenização em dobro, o afastamento da presunção de repasse de sobrepreço e, a aptidão da decisão do Plenário do Tribunal do Cade fundamentar concessão de tutela da evidência em sede liminar pelo juízo.

A tutela da evidência é uma das espécies de tutela provisória prevista no CPC, cuja principal função consiste na redistribuição do ônus do tempo do processo do autor para o réu mediante a apresentação de documento comprobatório do direito evidente do autor em juízo. Ao analisar esse tipo de técnica processual conjuntamente à disposição do art. 47-A da LDC, identificou-se controvérsias em relação à constitucionalidade da concessão desse tipo de tutela liminarmente e à qual tipo de rol o art. 311 do CPC apresenta, elementos estes que podem resultar em discussões em âmbito judicial diante da tentativa de aplicação do novo artigo da LDC.

Isto posto, a análise foi direcionada ao documento adotado pelo legislador capaz de fundamentar o pedido de tutela de evidência nos termos do art. 47-A da LDC, a decisão do Plenário do Tribunal do Cade. Em vista da função administrativa exercida pela autarquia, explorou-se a possibilidade de revisão judicial da referida decisão com base no julgamento do Agravo Interno em RE n.º 1.083.955/DF da Primeira Turma do STF, que defende a deferência das decisões tomadas pelo Cade e entende pela impossibilidade de revisão judicial de mérito das decisões administrativas. Tal posicionamento mostra-se mais favorável à aplicação do art. 47-A da LDC em decorrência da restrição dos aspectos passíveis de reexame judicial.

A despeito desse entendimento, foram abordados posicionamentos doutrinários em sentido contrário e identificou-se algumas premissas dissonantes na referida decisão do STF quanto à equiparação do Cade às Agências Reguladoras e à discricionariedade de suas decisões. Assim, diante da possibilidade irrestrita de revisão judicial das decisões administrativas do Cade, é possível restringir fortemente a aplicabilidade prática da tutela de evidência nesse caso uma vez que todo o teor da decisão pode ser apreciado e, passível de modificação.

Por fim, enfrentou-se a indefinição brasileira acerca do desafio para a quantificação do dano concorrencial suportado pelo prejudicado capaz de subsidiar a sua pretensão indenizatória. Nesse contexto, constatou-se que, apesar da conquista dos prejudicados na inversão do ônus da prova de repasse de sobrepreço ao réu que o alegar promovida pela Lei n.º 14.470 de 2022, são inúmeras as dificuldades para definição do dano concorrencial sofrido como as diferentes metodologias existentes para a realização dos cálculos, a alta complexidade e preço elevado

desse tipo de prova econométrica.

Adicionalmente, foi possível identificar óbices à concessão da tutela de evidência do art. 47-A da LDC diante da ausência da quantificação do dano na decisão do Cade, documento que fundamenta o pedido, em razão da necessidade de produção de provas a despeito desse documento devido à não abrangência da probabilidade qualificada conferida à decisão às provas produzidas somente pelo autor. Não somente, observou-se que caso o autor pleiteasse a tutela sem a juntada de provas previamente produzidas, a tutela poderia ser concedida, mas ainda assim, não seria executável de plano devido à falta de quantificação do dano concorrencial.

Nesse sentido, vislumbrou-se como uma relevante alternativa à viabilizar essa etapa tão desafiadora da quantificação do dano por meio da tutela de evidência do art. 47-A da LDC, a possibilidade de utilização desta técnica processual para a facilitação do acesso a documentos capazes de subsidiar a produção probatória necessária para a reparação dos danos concorrenciais, principalmente em relação às provas previamente produzidas em sede de procedimento administrativo previamente instruído pelo Cade.

Em síntese, diante dos aspectos abordados, foi possível identificar que são obstáculos à concessão de tutela de evidência com fundamento na decisão do Plenário do Cade, a natureza jurídica da decisão administrativa e a dificuldade de quantificação do dano concorrencial.

Desse modo, apesar da previsão expressa do art. 47-A da LDC autorizar a concessão de tutela de evidência fundamentada na decisão do Plenário do Cade, esta ainda é bastante incipiente no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que, em vista dos obstáculos práticos que a decisão administrativa abrange e da dificuldade de quantificação do dano concorrencial para viabilizar a indenização, não é possível afirmar, até o momento, se essa técnica processual será suficiente para garantir maior efetividade e celeridade às pretensões em ARDCs.

Portanto, para que se fortaleça o sistema de reparação concorrencial privada no Brasil, viabilizando as ARDCs de forma cada vez mais efetiva, como se observou na mudança legislativa ocasionada pela Lei n.º 14.470 de 2022, faz-se necessário que sejam adotados parâmetros mais claros de procedimento em relação à possibilidade de concessão de tutela da evidência disposta no art. 47-A da LDC e, indispensavelmente, à quantificação de danos concorrenciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo A.; GRANADO, Daniel W.; FERREIRA, Eduardo A. **Direito processual civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 478. E-book. ISBN 9788553611416. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611416/>. Acesso em: 14 out. 2023.

ALVIM, Teresa Arruda; LAMY, Eduardo de Avelar; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (org.). **Tutela provisória: direto ao ponto**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/title>. Acesso em: 11 nov. 2023.

ARMONI, RENATO. **Tutela da evidência**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/24820>. Acesso em: 22 nov. 2023

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.470, de 16 de novembro de 2022**. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14470.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.470%2C%20DE%2016%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202022&text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2012.529,Art. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 286, 6 de julho de 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. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392> Acesso em: 09 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.554.986 – São Paulo**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 08/032016. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1494823&num_registro=201502191117&data=20160405&formato=PDF. Acesso em: 14 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.083.955** – Distrito Federal, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28/05/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750040942>. Acesso em: 22 nov. 2023.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-09112015-114806. P. 160. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-09112015-114806/pt-br.php>. Acesso em: 12 nov. 2023

CASELTA, Daniel Costa; ADAME, Victor; MORAES, Bárbara. O controle judicial do mérito das decisões do Cade. In: GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de Danos Concorrenciais: Direito material e processo**. v.1. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.1.

DIDIER Jr. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**. São Paulo: Ed. Jus Podivm, 2023. v.2.

DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/title>. Acesso em: 14 nov. 2023.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas Decisões do Cade sobre Atos de Concentração. apud CASELTA, Daniel Costa; ADAME, Victor; MORAES, Bárbara. O controle judicial do mérito das decisões do Cade. p. 130. In: GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de Danos Concorrenciais: Direito material e processo**. v.1. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

FORGIONI, Paula A.. **Os fundamentos do antitruste**. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GOMES, Adriano Camargo. **Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica**. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. doi:10.11606/T.2.2018.tde-13112020-151047. Disponível em: Acesso em: 04 nov. 2023.

IBRAC EVENTOS. **Tutela de evidência em ações de reparação de danos concorrenciais (ARDC)**. 1 vídeo (1h13min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nNpX710DB8Y>. Acesso em: 06 out. 2023.

JÚNIOR, Humberto T. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. São Paulo: Grupo GEN, 2023.

p. 665. E-book. ISBN 9786559646579. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646579/>. Acesso em: 14 out. 2023.

MAGGI, Bruno Oliveira. **Cartel [livro eletrônico]**: Responsabilidade Civil Concorrencial. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. **Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel**. 2020. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2992>. Acesso em: 04 nov. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/title>. Acesso em: 12 Nov. 2023

MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro e ZARUR, Marina de Mello Cerqueira; Produção antecipada de prova e reparação de danos concorrenciais. In: GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de Danos Concorrenciais**: Direito material e processo. v.1. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3 ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. E-book. ISBN 9788520371862. Disponível em: <https://tmsnrt.rs/3IW8V5X>. Acesso em: 12 Nov. 2023.

MONTEIRO, Ana Sofia Cardoso; SOUZA, Alexandre Barreto de; SILVA FILHO, Henrique Muniz da. A atuação do Ministério Público em Ações Coletivas para a reparação de danos concorrenciais. In: GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de Danos Concorrenciais**: Direito material e processo. v.1. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

PASCHOAL, Thais Amoroso e MACEDO, José Arthur Castillo de; Cooperação interinstitucional e produção de provas no direito da concorrência. In: GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de Danos Concorrenciais**: Direito material e processo. v.1. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.