
A NOVA LEI DO CADE E A AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CIVIL CONTIDA EM SEU ARTIGO 47

*CADE'S NEW LAW AND THE CIVIL INDEMNITY LAW SUIT
INSTITUTED IN ARTICLE 47*

*Marcela Ali Tarif Roque
Procuradora Federal em exercício na Procuradoria-Federal
Especializada junto ao CADE*

SUMÁRIO: 1 Aspectos Gerais sobre o Tema; 2 Da Reparação Civil Tratada na Lei nº 12.529/2011 e a Independência de Instâncias; 3 Legitimidade para ser Autor e Réu na Ação de Indenização da Lei 12.529/2011; 4 Direitos que se busca Tutelar: individuais e individuais homogêneos; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O trabalho analisa o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011, que trata do direito de ação para proteção de interesses individuais ou individuais homogêneos, voltados ao ressarcimento por danos provocados pela prática de infrações contra a ordem econômica, bem como a possibilidade de cessação dessas condutas. Dentre os aspectos estudados se inclui a legitimidade ativa para propositura da demanda e a natureza dos interesses protegidos.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Civil de Indenização. Defesa da Concorrência. Infração Contra a Ordem Econômica.

ABSTRACT: The present paper analyzes the 47th article of Brazilian Law no. 12.529/2011, which deals with the right of action for the protection of individual interests or homogeneous individual interest, leaning towards compensations for damages caused by violations against the economic order, as well as the possibility of termination of such conducts. Among the aspects approached by this paper, there is the active legitimacy to pursue the demand and the nature of the interests protected .

KEYWORDS: Indemnity law suit. Competition defense. Violation against the economic order.

1 ASPECTOS GERAIS SOBRE O TEMA

Com o presente artigo pretende-se realizar a análise do artigo 47 da Lei nº 12.529/2011, que reproduz integralmente a redação do artigo 29 da revogada Lei nº 8.884/1994, ao tratar da possibilidade de responsabilização civil decorrente da prática de condutas que constituam infração contra a ordem econômica. Segue redação da norma a ser estudada:

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.

O artigo acima reproduzido prestigia o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, inscrito no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser excluído da apreciação do Poder Judiciário. E não poderia ser diferente, na medida em que se trata de dispositivo constitucional absoluto, sem espaço para exceções ou condicionamentos, salvo hipóteses inseridas de forma expressa no próprio texto constitucional.

De acordo com Fredie Didier Jr.¹, a inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário reflete uma conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o poder público o monopólio da jurisdição, de modo que o Estado passou a ter o dever de prestar jurisdição, independentemente da procedência do pedido.

Por essa razão, a tutela jurisdicional deve ser concedida pelo Estado a todos que dela se socorrerem, tenham eles ou não razão.

Nesse sentido é que a norma do artigo 47 reafirma a regra constitucional que afasta a necessidade de esgotamento da via administrativa para que se obtenha guarida jurisdicional. Assim, o prejudicado poderá valer-se do Poder Judiciário independentemente da existência ou encerramento de processo administrativo que trate dos mesmos fatos apresentados em juízo.

1 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 9. ed. Jus Podium, p. 86.

É bom que se esclareça, desde logo, que a pretensão de que trata o artigo 47 refere-se a direito do prejudicado em face do sujeito que pratica atos de infração contra a ordem econômica, e não contra a entidade administrativa responsável pela análise dos aspectos concorrenciais decorrentes dessa conduta.

Por outro lado, ao disciplinar que a ação de indenização independe do inquérito ou processo administrativo, e que esses não serão suspensos em virtude de seu ajuizamento, a norma deixa claro que as instâncias civil e administrativa são absolutamente independentes.

Por isso, em caso de propositura de ação de responsabilidade civil resultante de prejuízos causados por ato de infração contra a ordem econômica, não é obrigatória a manifestação do CADE ou de qualquer órgão administrativo sobre o pedido do requerente, tampouco existe qualquer relação de prejudicialidade entre os processos administrativo e judicial.

2 DA REPARAÇÃO CIVIL TRATADA NA LEI Nº 12.529/2011 E A INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS

Como já destacado, o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 trata da possibilidade de qualquer prejudicado ingressar em juízo a fim de obter reparação civil quanto aos danos resultantes das práticas condenadas pela lei concorrencial. Foi mantida a previsão contida no artigo 29 da revogada Lei nº 8.884/1994, no sentido de garantir a independências entre as instâncias administrativa e judicial.

Segue novamente a transcrição da norma em estudo, agora com destaque para os pontos que serão analisados neste tópico.

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. (grifo nosso)

Embora a alusão sobre a independência entre as esferas judicial e administrativa tenha sido feita na parte final do dispositivo, o tema será desde logo apresentado, uma vez que sua abordagem tem o condão de trazer à luz pontos importantes para a compreensão dos demais aspectos do dispositivo em estudo.

A norma legal garante a possibilidade de que, independentemente do inquérito ou processo administrativo, os prejudicados pelas práticas de infração contra a ordem econômica obtenham a cessação dessas condutas, bem como indenização pelas perdas e danos dela decorrentes.

Referida previsão chancela a regra vigente no direito brasileiro, segundo a qual as instâncias administrativa, cível e penal não se confundem e não se prejudicam, salvo a hipótese relativa ao direito criminal, em que a negativa de autoria ou do próprio fato oferecem implicações às demais esferas.

A despeito da previsão geral inserida no artigo 927 do Código Civil, pela qual já seria possível a responsabilização daqueles que, por ato ilícito, causarem dano a outrem, a lei concorrencial apresentou previsão específica para prejuízos e danos resultantes da prática de infrações contra a ordem econômica. Tal previsão evidencia a intenção do legislador de conferir especial proteção do equilíbrio de mercado interno², na medida em que, além do Estado, a preservação de um ambiente sadio passa a ser fiscalizada também pelos agentes econômicos diretamente relacionados.

O posicionamento adotado por Jayme Vita Roso, ao tratar do artigo 29 da revogada Lei nº 8.884/1994, caminha nesse sentido quando afirma categoricamente que “a pretensão de receber indenização independe do processo na SDE ou no CADE”.³

Assim como ocorre com os fatos cujas implicações são sentidas em esferas diversas, como é o caso de infrações penais cujos efeitos são sentidos nas esferas funcional e civil, a Lei nº 12.529/2011 prestigia o aspecto cível sem prejuízo, evidentemente, da possibilidade de apuração dos aspectos administrativos e criminais pelo CADE e pelo Ministério Público, respectivamente.

Nesse sentido é o teor do artigo 9º, §2º, da Lei nº 12.529/2011, que prevê que o Ministério Público deve ser comunicado das decisões do Tribunal do CADE, para fins de adoção das demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições:

§ 2º As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições. (grifo nosso)

2 Entendido aqui na acepção constitucional a ele conferida. O artigo 219 da Constituição Federal estabelece que “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”

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

Diante dessa observação, resta evidenciado que a proteção conferida pela atuação do Ministério Público, ao menos na hipótese do artigo 9º, § 2º, não se confunde com a tutela eminentemente civil tratada pelo artigo 47, pois, na primeira hipótese, a atuação do *Parquet* parece relacionar-se com eventual averiguação de prática dos crimes contra a ordem econômica ou, ainda, sobre a possibilidade de ingresso com ação civil pública para defesa de interesses difusos e coletivos.

Entretanto, deve ser esclarecido que, em razão da independência de instâncias, tanto a apreciação judicial resultante da aplicação do artigo 47 (ação reparatória civil) como a proferida em sede de ação civil pública não se confundem com a análise feita pelo CADE, tampouco a substitui ou com ela guarda relação de prejudicialidade.

Sobre o tema, segue transcrição parcial da ementa do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1181643 / RS:

ADMINISTRATIVO E CONCORRENCIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM ECONÔMICA. PORTOS. TARIFA DE ARMAZENAGEM. CARGA PÁTIO. COBRANÇA ABUSIVA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. LEI 8.884/1994 E ART. 12 DA LEI 8.630/1993.

1. O Poder Judiciário é competente para examinar Ação Civil Pública visando à proteção da ordem econômica, independentemente de prévia manifestação do CADE - Cade ou de qualquer outro órgão da Administração Pública.

[...]

(REsp 1181643/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 20/05/2011).

A decisão judicial proferida em sede de ação civil pública não se confunde, por sua vez, com ato judicante concorrencial resultante da decisão emanada pelo tribunal do CADE.

Não é por outra razão que, no mesmo Recurso Especial acima mencionado, o Ministro Relator Herman Benjamin sustentou com brilhantismo a inexistência de qualquer *bis in idem* entre ações individuais, civis públicas, penais e processos administrativos, uma vez que possuem escopos diversos e cumuláveis.

A relevância das lições expostas no referido voto justifica a reprodução parcial dos trechos tidos por esclarecedores quanto ao tema:

A recorrente aduz que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência teria competência exclusiva para o exame da matéria. A afirmação está equivocada.

O Cade é autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, competente para prevenir e reprimir condutas anticompetitivas, e ostenta sua conformação institucional atual desde 1994. É órgão administrativo judicante responsável pela apreciação, em apertada síntese, de processos administrativos e atos de concentração instruídos pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Os três órgãos compõem os pilares que sustentam as políticas de defesa administrativa da livre iniciativa e da livre concorrência no Brasil.

Trata-se de um ramo ainda jovem da Ciência Jurídica. (...) No Brasil, a despeito de o Cade existir desde 1962, foi apenas com a instituição de uma economia de mercado pós-redemocratização e com a edição da Lei 8.884/94 que se erigiu a proteção da concorrência a tema de relevância para as políticas públicas econômicas e sociais.

No âmbito da atividade repressiva, neste primeiro período de consolidação da disciplina e da tutela antitruste no Brasil, concentraram-se esforços no “public enforcement”, ou seja, na tutela da concorrência oferecida por entes públicos, preocupados com a eficiência dos agentes econômicos, com a concorrência como instituição e com a proteção do bem-estar social, sempre conforme a Lei 8.884/1994.

Foram, portanto, pouco menos de duas décadas destinadas à criação de órgãos especializados no exame da matéria e formação de técnicos com expertise em disciplina bastante específica e com ainda pouca disseminação acadêmica.

Esse esforço, bastante louvável, jamais eliminou a possibilidade do ‘public enforcement’ autônomo e independente – realizado por órgãos do Poder Judiciário, por meio de Ações Cíveis Públicas amparadas na Lei 7.347/1985 e Ações Penais fundadas na Lei 8.137/1990, especialmente em casos de cartéis –, tampouco do ‘private enforcement’, pelo qual concorrentes podem buscar tutelas cominatórias e indenizações por danos sofridos em decorrência

de condutas anticompetitivas, nos termos da regra geral do art. 927 do CC: "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Não haveria qualquer 'bis in idem' entre ações individuais, civis públicas, penais e processos administrativos, porquanto possuidores de escopos distintos e cumuláveis. Eventuais aspectos de coordenação entre demandas concomitantes seriam dirimidos, p.ex., pela disciplina dos efeitos civis de sentenças penais, quando aplicáveis. (grifo nosso)

Embora esse aspecto não seja o tema central do presente estudo, convém esclarecer que eventual ação civil pública que verse sobre matéria concorrencial, bem como a decisão judicial dela decorrente, não pode ser confundida com a atribuição judicante conferida ao CADE.

Em razão da independência de instâncias vigente no Brasil, é possível, ainda, a responsabilização civil de uma empresa, sem que dos mesmos fatos seja possível aplicar qualquer pena de natureza criminal. É possível também uma decisão judicial concluir pela improcedência do pedido, enquanto que a análise do CADE culmine com a imposição de sanções ou restrições, e vice versa.

A fim de enriquecer o debate, convém apresentar aqui a peculiaridade das decisões proferidas pelo CADE, uma vez que a essa entidade a lei conferiu natureza judicante, de forma que suas decisões não podem ser identificadas como decisões administrativas ordinárias.

A natureza técnica e a complexidade da matéria que ordinariamente é examinada pelo CADE já foram reconhecidas em voto do Ministro Luiz Fux, quando ainda ocupava vaga do Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que acolheu a doutrina de João Bosco Leopoldino da Fonseca, segundo a qual a decisão proferida pelo CADE tem natureza administrativa e também jurisdicional, na medida em que essa Autarquia definida pela legislação como órgão judicante em razão da especialidade e complexidade da matéria sobre a qual se pronuncia. Segue ementa do referido acórdão:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LEI 8.884/94. DECISÃO PLENÁRIA DO CADE. IMPOSIÇÃO DE MULTA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE GARANTIA. RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE.

1. "A nova lei antitruste, no art. 60, dispõe que a decisão do CADE continua tendo duplo conteúdo: cominação de multa e imposição de obrigação de fazer ou não fazer. A novidade consiste na atribuição de natureza de título executivo extrajudicial à decisão do CADE. No sistema adotado pelo Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, toda execução terá por base um título executivo que poderá ser de origem judicial ou extrajudicial. No inciso VII do art. 585 do Código de Processo Civil, está estabelecido que são títulos executivos extrajudiciais, além dos enumerados nos incisos anteriores, 'todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva'. Assim, a disposição do art. 60 da Lei nº 8.884, de 1994, está em consonância com a lei que disciplina o processo comum.

[...] A decisão proferida pelo CADE tem, portanto, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES, uma natureza administrativa, mas também jurisdicional, até porque a nova lei antitruste, no art. 3º, como já salientado, conceitua o CADE como um 'órgão judicante'. Não resta dúvida que as decisões do CADE, pela peculiaridade de versarem sobre matéria especificamente complexa, que requer um órgão especializado, apresentam natureza bastante similar a uma decisão judicial. E o legislador quis exatamente atribuir a essa decisão uma natureza especificamente judicial, posto que de origem administrativa." (João Bosco Leopoldino da Fonseca. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, p. 312/313)

[...]

(REsp 590.960/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/10/2004, DJ 21/03/2005, p. 234)

Em reforço ao entendimento exposto na decisão acima, as decisões do Tribunal do CADE são tomadas por órgão colegiado e somente após ampla dilação probatória, com observância ao contraditório e à ampla defesa. O processo administrativo concorrencial é instruído com manifestação fundamentada de órgão técnico, que é constituído por especialistas no ramo, os quais realizam ampla análise econômica e mercadológica.

Em razão disso é que se entende como absolutamente legítima a presunção de legitimidade do ato administrativo no tocante às decisões proferidas pelo Tribunal do CADE. A circunstância descrita se mostra

merecedora da aplicação da doutrina segundo a qual a reapreciação do mérito administrativo pelo Poder Judiciário somente pode ser admitida para fins de verificação da legalidade estrita, afastando-se a possibilidade de reapreciação indiscriminada do mérito administrativo.

De todo modo, ainda que se reconheça a possibilidade de decisões conflitantes nas diversas esferas em que uma infração contra a ordem econômica possa produzir efeitos, a decisão do CADE merece ser considerada como forte elemento na formação de convicção dos respectivos julgadores, na medida em que sua manifestação fundamenta-se em atuação complexa de seus órgãos, o que confere primor e legitimidade ao acórdão proferido por seu Plenário.

Por essa mesma razão, a despeito da independência de instâncias confirmada pela literalidade da lei, é importante que a reapreciação judicial das decisões proferidas pelo CADE seja realizada com parcimônia pelo Poder Judiciário.

Como exemplo emblemático dessa realidade, é possível que, diante de uma infração contra a ordem econômica, o CADE imponha condenação concorrencial ao ofensor, ao passo que, quando da análise judicial no bojo de ação indenizatória do artigo 47, o Poder Judiciário entenda pela improcedência do pedido ao argumento de que a conduta não afronta a Lei nº 12.529/2011.

Embora seja questionável a competência técnica do magistrado para apreciar condutas anticoncorrenciais⁴, essa sistemática colabora para que se faça cumprir o direito antitruste, pois se presume que o risco de responsabilização civil atua como mais um fator de desestímulo para a prática de condutas vedadas pela Lei nº 12.529/2011.

Esses aspectos reforçam a absoluta pertinência da inclusão de responsabilização civil em diploma legal destinado primordialmente à prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Ademais, além do desestímulo à prática de condutas anticompetitivas, o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 reforça a preocupação do legislador quanto aos prejuízos resultantes da prática de infração à ordem econômica, que nessa espécie de tutela é voltada para danos individuais ou individuais homogêneos, tema que será abordado mais adiante.

É possível concluir, ainda, que a ilicitude conferida às práticas vedadas pela lei anticoncorrencial impõe aos agentes econômicos verdadeira obrigação de não fazer, motivo pelo qual é possível e recomendável a cominação de multa pelo descumprimento da decisão

⁴ Tema que ganha contornos ainda mais significativos quando se trata da judicialização de decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pois incide na famigerada questão relativa legitimidade da apreciação judicial quanto ao mérito administrativo.

judicial que reconhecer sua ilicitude, sem prejuízo da indenização resultante das perdas e danos resultantes da prática da infração, tutela que se insere no cerne da norma inserta no artigo 47 da Lei nº 12.529/2011. Possível, portanto, a aplicação do artigo 461, *caput* e seus parágrafos, do Código de Processo Civil.

Como visto, o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 tem por objetivo a proteção de bem jurídico de natureza civil, que não se confunde com ato judicante a ser praticado pelo CADE.

Vê-se que a Lei 12.529/2011 não se limitou a inserir no ordenamento jurídico normas de cunho exclusivamente administrativo e concorrencial, decorrentes do poder conferido ao CADE. Pelo contrário, além das normas de direito antitruste e concorrencial, há normas de caráter civil, penal, processual civil, conforme abaixo se demonstra:

Natureza da norma	Dispositivo na lei 12.529/2011
Administrativa	artigos 31 e seguintes, entre outros
Penal	artigo 116
Processual Civil	artigo 93 e seguintes
Processual penal	artigo 87

Essa constatação é reforçada pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido no Recurso Especial nº 1.181.643 – RS. O voto do relator é extremamente elucidativo quanto à questão ao indicar que a tutela da concorrência oferecida por entes públicos preocupados com a eficiência dos agentes econômicos, tal qual o CADE, não é apta a anular a possibilidade de tutela pelo Poder Judiciário por meio de Ações Civis Públicas e Ações Penais, bem como por ações individuais manejadas pelos concorrentes, que podem buscar tutelas cominatórias e indenizações por danos sofridos em decorrência de condutas anticompetitivas, nos termos da regra geral do artigo 927 do Código Civil.

Entretanto, é bom que se esclareça que, ainda que aprecie casos que tenham mesmos elementos de fato, cada uma dessas esferas realiza a proteção ao bem jurídico por meio de instrumentos diversos.

Tanto é assim que o artigo 47, em sua parte final, é claro ao dispor que a demanda judicial nele tratada não depende do inquérito ou processo administrativo, tampouco implica em sua suspensão.

Logo, a apreciação judicial realizada por força do artigo 47 não se confunde com a análise feita pelo CADE, tampouco a substitui ou com ela guarda relação de prejudicialidade. Pelo contrário, como já abordado neste trabalho, é possível que a ação judicial fundada no artigo 47 resulte

em decisão de improcedência do pedido, enquanto que a análise do CADE imponha sanções, ou vice e versa. Do mesmo modo, é possível a ocorrência de responsabilização civil da empresa sem que dos mesmos fatos seja possível aplicar qualquer pena de natureza criminal. Em razão da independência de instâncias, é possível vislumbrar a ocorrência de qualquer dessas combinações.

3 LEGITIMIDADE PARA SER AUTOR E RÉU NA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DA LEI 12.529/2011

Para estudo do tema relativo à legitimidade ativa e passiva para propositura de demanda civil, segue novamente a reprodução do artigo, com destaque para as expressões relevantes para a questão:

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.

Inicialmente, registre-se que o artigo 3º do Código de Processo Civil é categórico ao dispor que para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Legitimidade para agir é a pertinência subjetiva da ação, conforme notável definição doutrinária de Araken de Assis⁵. Nessa esteira, embora a legitimidade de parte não seja necessária para a propositura da demanda, em razão do direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional, ela é indispensável para a obtenção de pronunciamento de mérito.

De acordo com a Lei nº 10.529/2011, os prejudicados pelas infrações contra a ordem econômica podem, por si ou pelos legitimados indicados no artigo 82 da Lei nº 8.078/1990⁶, ingressar em juízo para defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos.

5 ASSIS, Araken de. Substituição Processual. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n.09, 2003, *Apud* – Fredie Didier Jr. P. 177.

6 Lei nº. 8.078/1990 - Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
I - o Ministério Público,
II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

Por essa razão é que se conclui que a reparação civil tratada no artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 confere proteção exclusivamente aos interesses individuais⁷, cuja tutela pode ser obtida diretamente pelos indivíduos ofendidos ou, ainda, pelos legitimados extraordinários de que trata o artigo 82 da Lei nº 8.078/1990, mediante substituição processual, em razão da expressa previsão legal.

A legitimidade ativa ordinária pertence, portanto, aos indivíduos de alguma forma prejudicados pelas infrações condenadas pela Lei nº 12.529/2011, prejuízo esse que deverá ser demonstrado em dilação probatória.

Quanto à legitimização extraordinária, a literalidade de norma é clara ao atribuir aos legitimados relacionados no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor a possibilidade de ingresso com ação de indenização civil contra autores de infração contra a ordem econômica.

A correta interpretação do artigo 47, portanto, é no sentido de que a tutela individual somente pode ser obtida mediante legitimização ativa ordinária, ou seja, o prejudicado por si deve ingressar em juízo para satisfação de seu direito. A atuação dos legitimados indicados no artigo 82 da Lei 8.078/1990, a saber, legitimização extraordinária, somente se justifica caso se pretenda ingressar com tutela coletiva de interesses individuais homogêneos, motivo pelo qual, por óbvio, esses legitimados não podem ingressar com ação indenizatória em defesa de interesses de um determinado indivíduo.

Embora essa conclusão pareça óbvia, a redação legal cuidou de realizar expressamente essa diferenciação, pois poderiam remanescer dúvidas quanto a sua correta interpretação.

Sob o prisma da legitimidade passiva, inicialmente, é importante registrar que a responsabilidade pelo pagamento da indenização foi atribuída pela lei àquele que praticou a infração a ordem econômica, pois o dispositivo legal realiza inequívoca vinculação entre a necessidade de cessação das práticas perpetradas pelo sujeito infrator e as perdas e danos dela advindas.

Portanto, a legitimidade passiva para figurar como réu na ação de indenização é exclusivamente da empresa ou indivíduo que praticou infração contra a ordem econômica.

Importante ressaltar que o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 trata exclusivamente da responsabilidade pela prática de infrações contra a

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

7 Os direitos individuais homogêneos são direitos individuais cuja tutela é realizada de forma coletiva.

ordem econômica, motivo pelo qual não há que se falar em pretensão de indenização contra qualquer organismo estatal por força desse dispositivo legal. Assim, não é possível a obtenção de indenização, por exemplo, contra o CADE, ao argumento de que sua atuação não foi eficiente e, em decorrência disso, haveria prejuízos resultantes de infrações praticadas por terceiros.

Por fim, convém esclarecer que a ação indenizatória de que trata o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011, ainda que manejada pelos legitimados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, não se confunde com a ação civil pública que pode ser proposta pelos mesmos legitimados, para proteção de interesses difusos e coletivos *stricto sensu* relacionados com as infrações condenadas pela Lei nº 12.529/2011.

4 DIREITOS QUE SE BUSCA TUTELAR: INDIVIDUAIS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A questão relativa à natureza dos interesses protegidos pelo artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 guarda relação direta com a legitimidade ativa abordada no tópico anterior.

A fim de compreender a relevância da questão, convém destacar que os direitos coletivos são apresentados pelo artigo 81 da Lei nº 8.078/1990 da seguinte forma:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Além da caracterização acima destacada, a doutrina cuidou de aperfeiçoar a definição legal. Em apertada síntese, eis que o aprofundamento do tema refoge ao cerne da questão em análise, adota-se a seguinte acepção de interesses coletivos⁸:

a) Difusos: transindividualidade real ou essencial ampla, indeterminação de sujeitos, indivisibilidade ampla, indisponibilidade e vínculo meramente de fato a unir os sujeitos;

b) Coletivos 'stricto sensu': transindividualidade real ou essencial restrita, determinabilidade dos sujeitos, divisibilidade externa e indivisibilidade interna, disponibilidade coletiva combinada com indisponibilidade individual e relação jurídica-base a unir os sujeitos;

c) Individual homogêneo: transindividualidade artificial (ou legal) e instrumental, determinabilidade dos sujeitos, divisibilidade, disponibilidade (quando a lei não disponha ao contrário) e núcleo comum de questões de direito ou de fato a unir os sujeitos.

Ocorre que o artigo 47 da Lei nº 12.529 somente conferiu proteção de natureza reparatória civil aos interesses individuais e individuais homogêneos. Disso se conclui que os interesses pertencentes a um número indeterminado de indivíduos, a saber, interesses coletivos *stricto sensu* e difusos, não foram albergados pela norma em estudo.

Em verdade, sequer haveria como compatibilizar a pretensão indenizatória de natureza civil, que exige individuação para fins de demonstração de prejuízo efetivo ou iminente, com a tutela de interesses coletivos⁹, cuja característica principal é a transindividualidade e indivisibilidade, os quais se caracterizam pela suplantação da órbita individual de interesse do sujeito prejudicado¹⁰.

Apenas a fim de enriquecer o debate, merece registro o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover sobre a temporária indivisibilidade dos interesses individuais homogêneos¹¹. Sustenta a referida autora que, em ações coletivas para defesa dos interesses individuais homogêneos, a pretensão processual do autor coletivo é condenatória, motivo pelo qual se reveste da dessa mesma natureza a

⁸ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. Livraria Del Rey: Editora e Livraria Jurídica.

⁹ Aqui entendidos em caráter *lato sensu*.

¹⁰ Nesse sentido ensina Pedro Lenza em *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. Ed. RT. Pág. 68.

¹¹ GRINOVER, A. P. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7. ed. p. 813 – comentários ao art. 95 do CDC e regras.

sentença que acolher o pedido. Em decorrência disso, o artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor teria o condão de impor ao sucumbente uma condenação genérica, de modo que, declarada a responsabilidade civil do réu e a obrigação de indenizar, a respectiva condenação versaria sobre o ressarcimento dos danos causados, e não dos prejuízos sofridos.

Esse entendimento conduziria à conclusão de que, antes das liquidações e execuções individuais, o bem jurídico tutelado ainda seria tratado de forma indivisível, aplicando-se a toda a coletividade, de maneira uniforme, a sentença de procedência ou improcedência.

Sem pretender esgotar o assunto, a solução acima parece adequada, na medida em que desvincula a atuação do Ministério Público, e demais legitimados¹², da necessidade de realizar prévio juízo de individualização dos interesses. Pelo contrário, seria possível obter decisão judicial condenatória independentemente de individuação de interesse ou prejuízo, o que seria efetivado por ocasião da liquidação de sentença.

Até aqui se tratou da individuação do dano ou prejuízo. Todavia, o mesmo entendimento se aplica quanto à pretensão de cessação de práticas de infração contra a ordem econômica¹³, em que também há necessidade de individuação do ofendido, por expressa previsão legal. Essa orientação parece guardar coerência com o âmbito de proteção conferido pela norma, ou seja, proteção a interesses individuais ou individuais homogêneos, cuja peculiaridade principal refere-se a possibilidade de sua particularização.

Além disso, a individuação do interesse para obtenção da cessação da conduta com base no artigo 47 é indispensável para que seja possível diferenciar a tutela civil da tutela coletiva.

Portanto, sem prejuízo da cessação das condutas por força da ação civil tratada no artigo 47, as infrações contra a ordem econômica também podem ser interrompidas tanto pela atuação do CADE como pela propositura de ação coletiva pelos legitimados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor. Neste último caso, para proteção de interesses coletivos em sentido estrito. Além disso, não se pode ignorar que algumas condutas foram revestidas da natureza de ilícito penal, de forma que sua cessação pode decorrer diretamente de persecução criminal.

12 Quando do ingresso da ação indenizatória para proteção de direitos individuais homogêneos somente.

13 Lei nº 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. (grifo nosso)

De todo modo, o processo administrativo que tramita no CADE e a ação coletiva são instrumentos que revelam mecanismos de proteção ao interesse público e a direitos coletivos, motivo pelo qual se reforça a constatação de que a cessação de condutas prevista no artigo 47 de Lei nº 12.529/2011 deve ser precedida de individuação do interesse do requerente, de modo a ficar comprovado nos autos da respectiva ação de reparação civil a real e efetiva necessidade de cessação da conduta impugnada, sob pena de indeferimento do pedido.

5 CONCLUSÃO

Em conclusão a tudo o que foi dito, entende-se que a previsão de ação para reparação civil inserida no artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 se volta precipuamente à promoção da recomposição financeira do sujeito prejudicado, bem como ao reforço do arcabouço de mecanismos destinados a coibição de condutas de infração da ordem econômica.

Nesse sentido, são absolutamente pertinentes as considerações feitas por Gisela Ferreira Mation¹⁴, em monografia na qual demonstra essa verificação. Segue reprodução de trecho em que alguns aspectos relevantes sobre o tema são apresentados:

Além de possibilitar a reparação de danos causados por condutas anticompetitivas e fazer cessar a conduta, as referidas ações judiciais podem ser importante fator de dissuasão, já que aumentam as consequências financeiras negativas impostas a um agente infrator. O pagamento de indenização em ações civis pode representar uma parcela significativa da “sanção total” imposta a um agente infrator. Por exemplo, de acordo com pesquisa realizada por Connor e Helmers analisando cartéis internacionais processados em diversas jurisdições no mundo entre 1990 e 2005, 38% das consequências econômicas impostas a participantes de cartéis internacionais foi proveniente de ações privadas. Com as ações judiciais de perdas e danos causados por práticas anticompetitivas o custo de oportunidade de praticar uma conduta muda; é mais vantajoso praticar uma

14 MATION, Gisela Ferreira. Monografia intitulada: As Ações Cíveis para Cessação e Reparação de Danos Causados por Condutas Anticorrecionais no Brasil. III Prêmio Seae de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica. p. 8. 2008. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2008/Categoria_Estudantes/T1/2L/MONOGRAFIA.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2012.

conduta anticoncorrencial se não houver risco de pagamento de indenização, além do pagamento da multa administrativa. Estas ações civis podem, portanto, aumentar o cumprimento do direito antitruste.

Nesse mesmo trabalho acadêmico foi destacado um segundo efeito positivo da inserção da responsabilização civil no âmbito concorrencial. Trata-se da possibilidade de obter a descentralização de aplicação da lei antitruste como forma de desestimular e fazer cessar a prática de condutas ofensivas à concorrência. Desse modo, a fim de coibir as consequências de determinada conduta anticoncorrencial, um particular poderia oferecer ao CADE representação contra o ato abusivo, sem prejuízo da propositura de ação judicial voltada para a cessação das práticas ilícitas e respectiva reparação civil.

Além disso, os aspectos apresentados no presente artigo revelam a possibilidade de coexistência entre processos de naturezas diversas voltados à apreciação dos mesmos fatos, consistentes nas mesmas as infrações contra a ordem econômica.

Em razão disso, a cada uma das autoridades competentes é dada a possibilidade de apreciar a questão sob o ponto de vista específico, não havendo que se falar em *bis in idem*.

Embora não se negue o risco de resultados conflitantes, trata-se do modelo adotado pelo legislador brasileiro, voltado para apreciação individualizada dos fatos com vistas a circunstâncias diferenciadas, de modo que as consequências resultantes dessa apreciação podem apontar para resultados diversos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Substituição Processual. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 9, 2003.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. volume 1. 9. ed. Jus Podium.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3. ed. Livraria Del Rey e Livraria Jurídica.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, A. P. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7. ed.

MATION, Gisela Ferreira. Monografia intitulada: *As Ações Cíveis para Cessação e Reparação de Danos Causados por Condutas Anticorrecionais no Brasil*. III Prêmio Seae de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica. Página 8. 2008. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2008/Categoria_Estudantes/T1/2L/MONOGRAFIA.pdf>.

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

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*: Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.