

ADRIANO CAMARGO GOMES

Organizador

REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS DIREITO MATERIAL E PROCESSO

ADRIANO CAMARGO GOMES
ALEXANDRE BARRETO DE SOUZA
ANA CRISTINA VON GUSSECK KLEINDIENST
ANA SOFIA CARDOSO MONTEIRO
BARBARA MORAES
BEATRIZ DE FIGUEIREDO COPPOLA
BRUNO OLIVEIRA MAGGI
BRUNO POLONIO RENZETTI
CAROLINA MATTHES DOTTO
CAROLINA P. TREVIZO
CHRISTIANE MENEHINI S. DE SIQUEIRA
DANIEL COSTA CASELTA
EDILSON VITORELLI
ELISA TATIANE GONÇALVES
ENRICO PIZAO SAID
FLÁVIO LUIZ YARHELL
FREDERICO BASTOS PINHEIRO MARTINS
GIOVANA VIEIRA PORTO
HENRIQUE MUNIZ DA SILVA FILHO
JOANA TEMUDO CIANFARANI
JOÃO LEONARDO MÜLLER BASTOS
JOSÉ ARTHUR CASTILLO DE MACEDO
LUDMILIA MARTINS DA SILVA
MARINA DE MELLO CERQUEIRA ZARUR
MAURO GRINBERG
PAULA MÜLLER RIBEIRO BERNINI
PAULO BURNIER DA SILVEIRA
SÉRGIO CRUZ ARENHART
THAÍS AMOROSO PASCHOAL
VALQUIRIA PÂMELA DA SILVA
VICTOR ADAME

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, verão de 2023
editoraquartier@uol.com.br
 @editoraquartierlatin

ADRIANO CAMARGO GOMES (ORG.).

Reparação de Danos Concorrenciais: Direito Material e Processo

São Paulo: Quartier Latin, 2023.

ISBN 978-65-5575-181-9

1. Direito Concorrencial. 2. Processo. 3. Reparação de Danos. 4. Antitruste.
3. o CADE. 4. Cartel. 5. Prova. I. Título.

Editor

Vinícius Vieira

Produção editorial

José Ubiratan Ferraz Bueno

Diagramação

Victor Gasperazzo Guimarães Nakamura

Finalização

Anderson dos Santos Pinto

Revisão gramatical

Studio Quartier

Capa

Rafael Nicolau

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua General Flores, 508

Bom Retiro – São Paulo

CEP 01129-010

Telefones: +55 11 3222-2423; +55 11 3222-2815

Whatsapp: +55 11 9 9431 1922

Email: editoraquartier@uol.com.br

 @editoraquartierlatin

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUMÁRIO

Prefácio.....	13
Breve Currículo dos Autores	19

PARTE 1 DIREITO MATERIAL, 27

1. Possíveis Relações entre a Indenização Civil e a Dosimetria da Pena nos Casos de Cartel, 29

Bruno Oliveira Maggi

1. Introdução	29
2. Participação do dano como critério para dosimetria da multa	32
3. Reparação do dano como circunstância atenuante para multa e contribuição pecuniária.....	35
4. A função da pena e a indenização por danos coletivos e difusos	38
5. Análise do eventual <i>bis in idem</i> entre multa e indenização	42
6. Conclusão	47
7. Bibliografia	48

2. Direitos Individuais Homogêneos e Coletivos no Direito da Concorrência: Análise da Atividade do CADE, 51

João Leonardo Müller Bastos e Bruno Polonio Renzetti

1. Introdução	51
2. Direitos individuais homogêneos e direitos coletivos: diferenciação necessária	52
3. Qual o bem jurídico tutelado pela concorrência? Interpretação da jurisprudência do CADE	58
4. Como a tutela do CADE impacta as ações, os legitimados e o judiciário	64
5. Conclusão	68
6. Bibliografia	69

3. O Elemento Subjetivo nas Ações de Improbidade que Discutem Supostas Práticas de Cartel no Âmbito de Licitações Públicas: Uma Análise dos Precedentes do TRF-4, 71

Carolina Matthes Dotto e Enrico Pizao Said

1. Introdução	71
1.1. Breves comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa e sua aplicabilidade em casos que envolvem discussões relativas a cartel em licitações públicas	71
1.2. Do requisito subjetivo e delimitação do escopo do presente trabalho.....	73
2. Análise jurisprudencial.....	76
2.1. O recebimento da ação de improbidade em face de diretores ou ex-diretores de empresas que supostamente praticaram cartel.....	79
2.2. O problema do consórcio	82
3. Conclusão	89
4. Bibliografia	92

4. A Responsabilidade Civil por Dano Moral Decorrente de Infração à Ordem Econômica: Uma Análise Crítica da sua Finalidade, 95

Carolina P. Trevizo e Elisa Tatiane Gonçalves

1. Breve introdução.....	95
2. Danos morais e responsabilidade civil à luz do direito brasileiro	98
2.1. As funções do dano moral na teoria tradicional da responsabilidade civil	100
2.2. O caráter punitivo da responsabilidade civil por danos morais.....	101
3. Responsabilidade civil por danos morais decorrentes de infrações à ordem econômica: modalidades e particularidades	102
3.1. Indenização do dano moral da pessoa física ou jurídica.....	103
3.2. Indenização do dano à coletividade	106
4. Problemas na responsabilidade civil por dano moral decorrente de infração à ordem econômica?.....	109
4.1. Indenização punitiva em consonância com o ordenamento brasileiro....	110
4.2. Dos parâmetros usados na quantificação dos danos morais	111
4.3. Inexistência de sobreposição de sanções administrativa e civil no caso de dano moral coletivo decorrente de cartel.....	114
5. Conclusão	117
6. Bibliografia	118

5. O Controle Judicial do Mérito das Decisões do CADE, 121

Daniel Costa Caselta, Victor Adame e Bárbara Moraes

1. Introdução	121
2. Breve contextualização da revisão judicial do mérito de decisões do CADE e a recente posição do STF	122
3. Exame crítico da posição da jurisprudência	127
3.1. Natureza jurídica das decisões do CADE.....	127
3.2. O caráter técnico das decisões do CADE como fundamento para a impossibilidade de controle judicial: as ressalvas que poderiam ter sido consideradas pela decisão do Ministro Luiz Fux.....	131
3.3. Outros aspectos não levados em conta na decisão do STF	136
3.4. Parâmetro de revisão judicial adotado pela decisão do STF se distancia da experiência internacional em matéria antitruste.....	139
4. Conclusão	144
5. Bibliografia	146

6. A Complementariedade entre *Enforcement* Público e Privado no Combate a Cartéis no Brasil: Desafios e Perspectivas à Luz das Orientações da OCDE, 149

Giovana Vieira Porto e Paulo Burnier da Silveira

1. Introdução	149
2. Complementariedade do <i>enforcement</i> público e privado.....	150
3. Desafios para o <i>enforcement</i> no Brasil.....	153
3.1. Quantificação de danos concorrenciais	154
3.2. Acesso a provas	157
3.3. Condenações administrativas como prova <i>prima facie</i>	159
3.4. Contagem do prazo prescricional.....	160
3.5. Duração dos processos judiciais	162
4. Perspectivas para a política nacional de combate a cartéis no Brasil....	164
4.1. Preservação da lógica de incentivos dos colaboradores.....	164
4.2. Coordenação das atividades de <i>enforcement</i> público e privado.....	164
4.3. Promoção de uma cultura de reparação de danos.....	166
5. Conclusão	168
6. Bibliografia	169

PARTE 2

DIREITO PROCESSUAL, 173

1. A Tutela de Direitos Individuais Homogêneos no Direito da Concorrência, 175

Sérgio Cruz Arenhart e Adriano Camargo Gomes

1. Introdução	175
2. A perspectiva restritiva da proteção aos direitos individuais homogêneos	177
3. A adequada compreensão da tutela dos direitos individuais homogêneos	180
3.1. O cabimento de outras formas de tutela dos direitos individuais homogêneos.....	180
3.1.1. Outras formas de tutela dos direitos individuais homogêneos à luz da CF.....	181
3.1.2. Outras formas de tutela dos direitos individuais homogêneos à luz da legislação infraconstitucional.....	184
3.1.3. Limitação dos efeitos da sentença e tutela de direitos individuais homogêneos	187
3.1.4. Relevância de outras formas de tutela de direitos individuais homogêneos para a defesa da concorrência.....	190
3.2. A tutela ressarcitória dos interesses individuais homogêneos e a sentença condenatória	192
3.2.1. Problemas do modelo tradicional de execução individual e coletiva da sentença de condenação genérica.....	193
3.2.2. O uso de meios de coerção no âmbito da tutela ressarcitória de direitos individuais homogêneos.....	197
4. Conclusão	201
5. Bibliografia	202

2. O Litisconsórcio Passivo nos Casos de Responsabilidade Solidária em Ilícitos Colusivos, 207

Ana Cristina von Gusseck Kleindienst e Beatriz de Figueiredo Coppola

1. Introdução	207
2. Regime e formação do litisconsórcio.....	208
2.1. Litisconsórcio unitário e litisconsórcio comum.....	210

2.2. Litisconsórcio necessário e litisconsórcio facultativo	211
3. Aplicação do litisconsórcio em ações indenizatórias	213
4. Aplicação do litisconsórcio no processo administrativo do CADE.....	216
5. Litisconsórcio nas ações de reparação de danos de cartel	221
5.1. Ações Coletivas.....	225
5.2. Ações Individuais.....	227
6. Conclusão	229
7. Bibliografia	231

3. A Atuação do Ministério Público em Ações Coletivas para Reparação de Danos Concorrenciais, 233

*Ana Sofia Cardoso Monteiro, Alexandre Barreto de Souza,
Henrique Muniz da Silva Filho*

1. Introdução	233
2. As ações judiciais cabíveis na tutela de danos concorrenciais coletivos e individuais e a legitimidade do ministério público	239
2.1. A atuação do Ministério Público como substituto processual: estudo de caso com base nas ações reparatorias em face de cartéis de combustíveis em âmbito municipal.....	245
3. O ministério público como <i>custos legis</i>	248
4. Conclusão	252
5. Bibliografia	253

4. A Arbitragem para a Reparação de Danos Concorrenciais, 255

*Christiane Meneghini S. de Siqueira, Joana Temudo Cianfarani e
Paula Müller Ribeiro Bernini*

1. Introdução	255
1.1. Voluntariedade	257
1.2. Da necessária regulamentação pelo CADE para a escolha das Câmaras Arbitrais	259
2. Dos Mitos Envolvendo a Previsão de Arbitragem em TCC's.....	262
2.1. Primeiro mito: as arbitragens são favoráveis apenas aos prejudicados pelos cartéis	263
2.1.1. Celeridade.....	263
2.1.2. Confidencialidade	264
2.1.3. Possibilidade de escolha dos julgadores e especialidade	264

2.2 Derrubando o mito.....	265
3. Segundo Mito: As Arbitragens são mais caras que as Ações Judiciais.....	265
3.1. O exercício de comparação	267
3.2. Derrubando o mito	269
4. Conclusão	269
5. Bibliografia	270

5. O Processo Coletivo e a Reparação de Danos Derivados de Ilícitos Concorrenciais, 271

Edilson Vitorelli

1. Introdução	271
2. O litígio concorrencial como litígio global.....	272
3. O problema do fundo federal de direitos difusos	273
4. Entidades específicas de resolução de conflitos.....	275
5. <i>Price-rollback cy-près</i>	278
6. <i>Organisational distribution cy-près</i>	279
7. Eficácia mandamental dos provimentos condenatórios.....	280
8. Execução coletiva em favor dos indivíduos: o incompreendido art. 98 do CDC	285
9. Conclusão	287
10. Bibliografia	289

6. Breves Notas sobre a Pré-Constituição de Prova Relativa a Processos de Responsabilidade por Danos Decorrentes de Atos Anticoncorrenciais, 291

Flávio Luiz Yarshell

1. Introdução	291
2. Pré-constituição de prova na perspectiva da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.....	293
3. Projeções na reparação de danos decorrentes de práticas anticoncorrenciais.....	298
4. Conclusão	309
5. Bibliografia	310

7. Cooperação Interinstitucional e Produção de Provas no Direito da Concorrência, 313

Thaís Amoroso Paschoal e José Arthur Castillo de Macedo

1. Introdução	313
2. O papel do CADE na defesa da concorrência e o diálogo com o judiciário: equilibrando o <i>enforcement</i> público e o privado	314
3. A cooperação interinstitucional entre judiciário e órgãos não integrantes do sistema de justiça.....	320
3.1. A cooperação CADE-Judiciário para a produção de prova dos danos concorrenciais	324
4. Conclusão	330
5. Bibliografia	330

8. Produção Antecipada de Prova e Reparação de Danos Concorrenciais, 333

Frederico Bastos Pinheiro Martins e Marina de Mello Cerqueira Zarur

1. Introdução	333
2. Produção antecipada de provas	336
2.1. Benefícios gerais da produção antecipada de provas.....	336
2.2. Provas em poder do Cartelista	340
2.3. Provas em poder do CADE.....	347
3. Conclusão	355
4. Bibliografia	357

9. Financiamento Privado de Ações Reparatórias por Danos Concorrenciais, 361

Ludmilla Martins da Silva e Valquíria Pâmela da Silva

1. Breve introdução ao financiamento privado de litígios	361
2. Duplo caráter do financiamento privado de litígios por terceiros	362
2.1. TPLF como Investimento: Recente Desenvolvimento do Mercado de Financiamento Privado de Litígios.....	362
2.2. TPLF como instrumento de efetivação de direitos no contexto das ARDCs	367
3. Análise econômica do financiamento privado em ARDCs.....	369
3.1. Incentivos privados para a contratação de TPLF	369
3.2. TPLF: eficiências e externalidades.....	371

4. Modelando o TPLF.....	376
4.1. Exemplos de Modelagens adotadas na Inglaterra e na Europa Continental.....	376
4.2. Financiamento de Litígios por Terceiros no ordenamento Brasileiro.....	381
4.2.1. Cessão de Crédito.....	381
4.2.2. Alienação da Coisa Litigiosa ou do Direito Litigioso.....	384
4.2.3. Contrato Atípico.....	385
4.2.4. Contrato de Seguro.....	387
5. Conclusão.....	388
6. Bibliografia.....	388

10. Titularidade da ARDC, 393

Mauro Grinberg

1. Introdução: o tema e a questão.....	393
2. A experiência norte-americana.....	394
3. A experiência brasileira.....	396
4. Conclusão.....	398
5. Bibliografia.....	399