

**AÇÕES COLETIVAS [PRIVADAS] COMO INSTRUMENTO
DE EFETIVIDADE NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA**
BREVE ESTUDO COMPARADO DE UMA LACUNA NA
POLÍTICA ANTITRUSTE BRASILEIRA

Fernanda Mercier Farina

Resumo: Este artigo se destina a analisar um importante mecanismo de enforcement da política antitruste no mundo, peça essencial na coibição dos ilícitos econômicos, mas ainda muito pouco explorado na práxis brasileira: as ações coletivas para reparação de danos individuais homogêneos.

Para avaliar o tema, propomos observar a experiência da política antitruste internacional, demonstrando a importância das ações coletivas privadas na efetivação do direito da concorrência e coibição dos ilícitos econômicos.

Posteriormente, fazemos um paralelo com os mecanismos processuais previstos na legislação brasileira para a tutela dos direitos individuais homogêneos, analisando sua eficácia com meio de realização da política antitruste no Brasil.

Palavras-Chave: política antitruste, defesa da concorrência, efetividade, coibição, prevenção, ações coletivas, ação civil pública, direitos individuais homogêneos, ação de classe brasileira, reparação de danos

Abstract: This article aims to analyse an important enforcement mechanism for antitrust policy around the world, essential key on deterring competition illicit, but still little explored by Brazilian praxis: the antitrust class action for damages.

To study the topic on a national perspective, we propose to observe the experience and directions taken by antitrust policies in other countries, in order to demonstrate the importance of private class actions in enforcing antitrust law and deterring economic illicit.

In conclusion, we aim to compare the existing Brazilian procedural mechanisms for solving collective damage redress and to analyse its efficiency in enforcing antitrust policy in Brazil.

Keywords: antitrust policy, competition law, enforcement, deterrence, prevention, class action, collective redress, antitrust class action for damages, Brazilian class action

1. INTRODUÇÃO

A experiência e a doutrina internacional demonstram que uma parcela muitíssimo significativa da eficiência da política antitruste de um país está no seu enforcement privado. Este artigo se destina a analisar esse essencial instrumento de efetivação do direito da concorrência no mundo, ainda muito pouco explorado na prática jurídica brasileira: as ações coletivas para reparação de danos individuais homogêneos decorrentes de ilícitos econômicos.

A política antitruste deve se sustentar em um tripé de combate às condutas anticompetitivas formado pela atuação administrativa, criminal e cível. Esta última devendo ser principalmente conduzida pelos indivíduos lesados, em busca de reparação dos danos sofridos. A estruturação e aplicação efetiva dessas três frentes é que é capaz de criar um ambiente de real desincentivo e coibição das condutas anticoncorrenciais. Quanto mais amplos os meios de combate, maiores são os custos de oportunidade para a cartelização. Portanto, maior o desincentivo e a conseqüente coibição dos ilícitos concorrenciais.

Para avaliar o tema na perspectiva nacional, propomos observar a experiência e a direção da política antitruste internacional, especialmente a norte-americana, para demonstrar a importância das ações coletivas privadas na efetivação (enforcement) do direito da concorrência, e coibição (deterrence) dos ilícitos econômicos.

Posteriormente, fazemos um paralelo com os mecanismos processuais previstos no Brasil para a tutela dos direitos individuais homogêneos apontando suas deficiências e propondo melhorias que potencialmente contribuirão para a eficácia do instituto com meio de realização da política antitruste no Brasil.

2. EFETIVAÇÃO PRIVADA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA (PRIVATE ENFORCEMENT)

De acordo com Paulo Furquim de Azevedo, “concorrência é, ao mesmo tempo, um direito da sociedade e uma característica econômica fundamental dos mercados”¹. A defesa da concorrência, ou antitruste, tutela esses direitos difusos por meio da “prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames

¹ AZEVEDO, P. F. A Análise Econômica da Defesa da Concorrência in Direito e Economia no Brasil, org. Luciano Benetti Timm, Ed. Atlas, 2012, pg. 267.

constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência e função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão do abuso do poder econômico”².

A efetivação (enforcement) do direito difuso à livre concorrência se dá, precipuamente, por meio da atuação dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), regidos pela Lei 12.529/11 (doravante denominada lei de concorrência), bem como pelo Poder Judiciário, e pelo Ministério Público. O SBDC age na esfera administrativa, analisando previamente atos de concentração, a fim de evitar a implementação de estruturas econômicas anticompetitivas (controle preventivo), bem como investiga, julga e pune condutas tipificadas na lei (controle repressivo). O Ministério Público, por sua vez, atua na esfera criminal e cível, no ajuizamento de ações penais para punição de indivíduos envolvidos nos fatos tipificados penalmente e de ações civis públicas para tutela de direitos coletivos. E, finalmente, o Poder Judiciário executa as decisões do SBDC, que se tornam títulos executivos extrajudiciais (art. 93 da lei de concorrência), bem como analisa e julga eventuais processos para concessão de tutelas de urgência e indenizatórias (coletivas ou individuais). Para que o Poder Judiciário possa efetivar eventuais tutelas de urgência ou indenizatórias, no entanto, é necessário que os particulares prejudicados pelas práticas anticompetitivas ajuízem demandas com essa finalidade – sejam elas individuais ou coletivas (princípio da inércia da jurisdição).

O esquema supra apresentado é obviamente uma simplificação do complexo sistema que tutela o direito difuso à livre concorrência. Nesta simplificação, no entanto, podemos identificar duas grandes estruturas: uma a que nomeamos de pública (public litigation), ou seja, o Estado na perseguição ou prevenção de práticas anticompetitivas; e outra que chamamos de privada (private litigation), e que abarca os processos ajuizados por indivíduos ou por uma coletividade privada (não estatal) na perseguição de reparação ou prevenção de danos. Essas duas esferas, pública e privada, são complementares à construção de uma política efetiva de defesa da concorrência. A própria lei que rege o SBDC, além da estipulação dos tipos e penas para atos infracionais, ainda prevê que “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

² Art. 1º da Lei 12.529/11

como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos” (art. 47 da lei de concorrência).

A reunião de toda essa rede de atuação, administrativa e judicial, pública e privada, no direito da concorrência é que garante um efetivo combate às práticas anticompetitivas, especialmente no que tange à coibição (deterrence) dos atos ilícitos. O conjunto de sanções e condenações³ -administrativas, criminais e cíveis (públicas e privadas) -é que montam um real sistema de desincentivo à prática de atos anticoncorrenciais⁴. Trata-se de uma estrutura observável em todos os países que possuem um sistema eficaz de política antitruste⁵; quanto mais amarrado o sistema, mais eficiente é a política concorrencial. A mera previsão legal, no entanto, não é suficiente para implementar essa desejada estrutura de prevenção e desincentivo à prática anticompetitiva. É necessário que haja real aplicação das normas, enforcement⁶. Somente condenações reais e

³ Claro que a repressão não é a única maneira de garantir um mercado competitivo. Na realidade, políticas governamentais que incentivem a competição e a redução de barreiras à entrada de competidores menores são formas menos custosas e mais eficientes na construção de um ambiente concorrencial sadio (nesse sentido: SAMUELSON, P. A and NORDHAUS, W. D., *Economia*, 19ª Edição, Porto Alegre: AMGH, 2012, pg. 177). Mas, o que este artigo busca discutir são as formas de desincentivar a prática anticoncorrencial, o que deve ser cumulado à política de incentivo ao mercado competitivo.

⁴ Nesse diapasão: “a cartel’s optimal price is likely to be neither the competitive price nor the price that the cartel would set in the absence of antitrust enforcement but rather an intermediate price that depends on the levels of antitrust enforcement efforts and penalties. Our empirical result reveal that increasing antitrust enforcement in the presence of a credible threat of large damage awards has the deterrent effect of reducing mark-ups in the bread industry” (BLOCK, M. K, NOLD, F. C. and SIDAK, Joseph Gregory. *The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement*, in *Journal of Political Economy*, v. 89, n. 3, 1981, pg. 429).

⁵ De acordo com ROSENBERG e SULLIVAN, o grupo de combate (“tag team”) às práticas anticoncorrenciais nos EUA é composto pela política pública de incentivo à livre concorrência, sanções e medidas preventivas na seara criminal, pelo Federal Trade Commission (FTC) e Antitrust Division of the Justice Department e, finalmente, pelas ações coletivas ajuizadas para reparação de danos (private litigation). ROSENBERG, D. and SULLIVAN, J. P. *Coordinating Private Class Action and Public Agency Enforcement of Antitrust Law in The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, n. 523, 2005, pg. 2

⁶ Nesse sentido: “But whether antitrust policy is sound depends on the enforcement machinery as well as on legal doctrine. It is not enough to have good doctrine; it is also necessary to have enforcement mechanisms that ensure, at reasonable cost, a reasonable degree of compliance with the law. Antitrust is deficient in such

suficientes⁷ (quantitativa e qualitativamente) são capazes de gerar incentivos negativos significante à prática de atos ilícitos⁸.

E o enforcement por meio de ações privadas representa uma parcela importantíssima na formação de uma política efetiva de defesa da concorrência⁹; parcela esta pouquíssimo explorada na realidade brasileira – não na lei, que prevê a possibilidade, mas no real número de ações (individuais ou coletivas) ajuizadas por particulares para reparação de danos causados por práticas anticompetitivas¹⁰.

mechanisms” (POSNER, R. A. *Antitrust Law*, 2ª edição, Chicago: University of Chicago Press, 2001, pg. 266)

⁷ Nesse diapasão: “The example illustrates a basic principle in the economic analysis of law enforcement (...) the efficient system of law enforcement is the one in which the fine is as large as possible – equal to the wealth of the individuals whose behavior is being controlled. This allows the probability of detection to be very low in order to save enforcement costs” (POLINSKY, A. M., *An Introduction to Law and Economics*, 3ª edição, New York: Aspen Publisher, 2011, pg. 82).

⁸ O objetivo da conluio é determinar os preços para maximizar os ganhos do cartel (presumindo que os players são neutros ao risco). O custo de oportunidade mais significativo para a prática do cartel é a probabilidade de descoberta. A efetividade da política concorrencial depende do grau de incentivos negativos dados os agentes para a prática de atividades anticompetitivas. Enquanto fixar ou combinar preços for favorável, as firmas não optarão por preços competitivos. Nesse sentido: BLOCK at all, op. cit., pg. 433.

⁹ Interessante decisão a respeito do tema se deu no precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos, *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, (1969): “the purpose of giving private parties treble-damage and injunctive remedies was not merely to provide private relief but was to serve as well the high purpose of enforcing the antitrust law”. E, ainda, em *Perma Life Mufflers, Inc. v. Int'l Parts Corp.* (1968), a mesma corte asseverou que: “the purposes of the antitrust laws are best served by insuring that the private action will be an ever-present threat to deter anyone contemplating business behavior in violation of the antitrust laws”.

¹⁰ Há que se ressaltar a atuação do Ministério Público na esfera cível para tutela dos direitos difusos no direito da concorrência. Diversas são as ações coletivas propostas pelo Parquet para reparação de danos à coletividade. No entanto, embora o MP seja um legítimo representante da coletividade, o colocamos no grupo da justiça pública (para os fins de classificação perseguidos neste artigo). Isso porque, ainda que representante dos interesses privados (quando em ações civis públicas para tutela de direitos individuais homogêneos), o MP ainda segue uma política pública. Ao escolher (alocar seus escassos recursos) as demandas que irá propor, o MP toma uma decisão baseada em políticas estatais. Diferentemente se dá nas ações ajuizadas pelos próprios indivíduos (mesmo que por meio de associações), que tem incentivos e motivos distintos do Estado. Não significa, de forma alguma, que rejeitemos a

Observando a realidade americana, NOLD e SIDAK demonstram, com base em estudos empíricos no mercado de pães, que “the deterrent effect of DOJ’s enforcement efforts came not from the threat of publicly imposed fines or imprisonment but from the increased likelihood of an award of private treble damages to bread consumers or distributors”¹¹. O estudo dos autores neste mercado demonstraram que acordos decorrentes de class actions por cartelização são dez vezes maiores do que as multas impostas pelo Estado. Eles concluem que “only after class actions became a credible private remedy did the Antitrust Division’s enforcement capacity or its filing of a bread price-fixing case deter collusion in the conspiracy-prone bread industry”¹².

Um outro interessante estudo empírico, conduzido por DAVIS e LAND¹³, demonstrou que da perspectiva do valor de mercado de empresas rés em processos antitruste demonstrou que as consequências financeiras dos litígios privados são muito mais significativas do que aquelas decorrentes de litígios públicos. Os autores observam que nos sessenta casos estudados de class actions para reparação dos danos, compreendidos entre 1990 e 2011, as condenações e acordos totalizaram, somados, entre 34 e 36 bilhões de dólares. De outro lado, todos os casos conduzidos pelo DOJ neste período foram capazes de impor multas pouco acima de 8 bilhões de dólares. Esse resultado impactou inclusive o valor das ações das empresas rés nos casos antitruste observados, que caíram cerca de 0,6%

atuação do MP civilmente para tutela dos direitos difusos à livre concorrência. Defendemos, tão somente, que esta atuação deva ser cumulada à atuação real da sociedade civil na busca de seus direitos individuais, especialmente de maneira agregada (por meio de ações coletivas). A atuação conjunta do MP (pública) e da sociedade civil (privada) na esfera cível é que tem o potencial de formar um conjunto eficiente de desincentivo aos ilícitos econômicos. Nesse sentido: “this is indeed the very essence of private enforcement brought about by class actions. When civil suits are brought by public prosecutors or governmental agencies, as is the case in the Federal US jurisdiction, a policy decision lies behind such enforcement activities. Here we concentrate on the suits brought by the victims, which are by definition decentralised devices for the production of deterrence” (DENOCCA, F. and TOFFOLETTI, L., Compensation Function and Deterrence Effects of Private Actions for Damages: The Case of Antitrust Damage Suits, 2008. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1116324>, pg. 11)

¹¹ op. cit. 3, pg. 440/441.

¹² ibid. pg. 444.

¹³ DAVIS, J. P and LANDE, R. H. Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Antitrust Enforcement in Georgia Law Review, v. 48, 2013, pg. 1

ante o ajuizamento das class actions. A conclusão que os autores chegam é de que ações privadas para reparação dos danos decorrentes de atividades anticoncorrenciais são um mecanismo essencial para coibição de condutas anticompetitivas, até mais eficientes do que as medidas criminais.

Na Europa, desde a assinatura do Tratado de Roma em 1957 é possível o ajuizamento de ações privadas para aplicação de normas antitruste. No entanto, um estudo realizado pela European Commission em 2004 avaliou o enforcement privado das políticas antitruste europeias como “totalmente subdesenvolvido”. Dezesete dos vinte e sete Estados Membros ainda não haviam proposto qualquer ação coletiva antitruste, e mesmo nos demais países os casos já ajuizados representavam uma realidade isolada¹⁴.

Por este motivo, a European Commission redigiu duas diretivas intituladas The Green Paper (2005) e The White Paper (2008), ambas objetivando o desenvolvimento de políticas públicas para incentivar o ajuizamento de ações privadas para reparação dos danos causados pelo descumprimento das European Community Antitruste Rules. Dentre as previsões dos mencionados documentos estão (i) a redução das custas judiciais, com a limitação da condenação em sucumbências somente em casos de ações manifestamente incabíveis¹⁵; (ii) definição e base para quantificação das indenizações; (iii) incentivos ao ajuizamento de ações coletivas¹⁶; (iv) uso de arbitragem como mecanismo de solução de conflitos antitruste (para reparação de danos), dentre outros.

¹⁴ Making Antitrust Damages Actions more Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios (Final Report for the European Commission), 2007, disponível em ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf

¹⁵ Nesse sentido: “Litigation cost rules constitute a particularly critical obstacle, because the various ‘loser pays’ rules in the Member States are (as they seem intended to be) an important deterrent to a private plaintiff bringing a novel civil action” (BAKER, D. I, The EU Green Paper on Private Damage Actions – An Ambitious Response to a Very Difficult Set of Practical and Philosophic Issues in Competition Law Journal, 2005, pg. 241).

¹⁶ Comungando do entendimento: “Collective and representative actions are particularly important in the context of defending consumer interests ... Easier enforcement of legal rights and increased ability to recover economic losses are essential to bringing European citizens and their associations closer to European laws and policies.” (European Commission, Commission Staff Working Paper – Annex to the Green Paper – Damages actions for breach of the EC antitruste Rules, Dez 2005, pgs. 193-194).

Os dois documentos resultaram na aprovação, no ano passado, da Diretiva 2014/104/EU pelo Parlamento Europeu¹⁷. A diretiva trouxe diversas previsões objetivando intensificar o ajuizamento (e efetividade) de ações privadas para reparação de danos. Estão dentre as principais previsões: (i) a possibilidade de adoção do procedimento de disclosure of evidence, inclusive em países de civil law; (ii) a vinculação de decisões condenatórias de autoridades de concorrência aos processos cíveis para ressarcimento de danos; (iii) harmonização do prazo prescricional em no mínimo cinco anos, bem como termo inicial deste prazo a partir do momento em que partes lesadas tomarem conhecimento (expresso ou tácito) dos fatos lesivos; (iv) responsabilização solidária dos cartelizados pelos danos causados a terceiros; (v) presunção de dano decorrentes das práticas anticompetitivas e possibilidade de quantificação genérica dos mesmos (sem necessidade de liquidação em ação individual); (vi) presunção de transferência direta dos danos do cartel aos consumidores – invertendo o ônus da prova aos cartelizados; dentre outras.

O escopo deste artigo não é analisar a fundo as diretivas e discussões, na Europa, sobre o fortalecimento de ações privadas para reparação de danos antitruste, mas sim utilizar este exemplo de direito comparado para demonstrar a tendência da comunidade internacional em intensificar o enforcement da política antitruste por meio de ações privadas¹⁸.

¹⁷ Vale ressaltar que a diretiva não é vinculante aos Estados Membros da Comunidade Europeia e depende da aprovação de leis locais para que tenha força normativa.

¹⁸ Para uma análise mais profunda a respeito das diretivas e discussões sobre o tema na Europa ver: European Parliament, Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages Under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union, abril de 2014, disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/damages_directive_final_en.pdf; Commission of the European Communities, Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Dez de 2005, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>; Commission of the European Communities, White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Abril de 2008, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0165&from=EN>; CONSOLARI, Private Enforcement of European Union Competition Law in The International Spectator, n. 49, 2014, pg. 134

3. AÇÕES COLETIVAS COMO TÉCNICA DE OTIMIZAÇÃO DO PRIVATE ENFORCEMENT

Conforme defendido na sessão anterior, as ações propostas por indivíduos, privadamente, são parte fundamental na política antitruste, em especial na coibição de condutas anticompetitivas (deterrence). Dentre essas ações privadas, no entanto, uma espécie particular se destaca como aquela com melhor potencial de gerar os efeitos preventivos tão desejados. Tratam-se das ações coletivas, no Brasil representadas pelas ações civis públicas (ACP)¹⁹.

As ações civis públicas para tutela de direitos difusos tem participação importante na política antitruste brasileira, especialmente mediante a atuação do Ministério Público. Mas, para fins da classificação

¹⁹ As ações civis públicas podem ser ajuizadas para tutelar direitos difusos – aqueles que, de acordo com BARBOSA MOREIRA, são “essencialmente coletivos” e “concernem a um número indeterminado e, pelos menos para efeitos práticos, indeterminável de sujeitos: não um grupo definido e sim uma série que comporta extensão em princípio definida” (BARBOSA MOREIRA, J. C. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988 in Revista de Processo, v. 61, 1991, pg. 105), com previsão na Lei 7.347/85. Além disso, as ACPs podem veicular a tutela de direitos individuais homogêneos. Essas últimas, inseridas no ordenamento em 1990 pelo Código de Defesa do Consumidor, são ditas ações coletivas sui generis, pois não se prestam a tutelar direito transindividuais, mas funcionam como verdadeiro método de agregação de demandas individuais repetitivas. São ações que poderiam ser ajuizadas individualmente mas o são de forma agregada, coletiva, para fins de eficiência processual e otimização do acesso à justiça. O direito da concorrência comporta as duas formas de tutela – ACP para tutela de direitos difusos e ACP para tutela de direitos individuais homogêneos. Como bem aponta PFEIFFER, o direito à livre concorrência é de titularidade da coletividade, conforme dicção do art. 1º da lei de concorrência. E ainda, “o legislador foi ainda mais específico ao incluir o art. 1º, VI, da LACP, que estabelece a expressa possibilidade de ser proposta ação civil pública em decorrência da ‘infração da ordem econômica e da economia popular’” (PFEIFFER, R. A. C, Tutela Coletiva da Livre Concorrência in Revista de Direito do Consumidor, v. 49, 2004, pg. 11). Assim, a transindividualidade do direito à livre concorrência gera inerentemente o direito de ação por meio ACP para tutela de direitos difusos. Mas, de outro lado, as infrações à ordem econômica tem o condão de gerar sensíveis prejuízos – diretos e indiretos -a indivíduos (consumidores, fornecedores, distribuidores etc). Esses indivíduos lesados pelas práticas anticompetitivas tem, homogeneamente, direito à cessação dos atos lesivos, ainda em prática (tutela preventiva), bem como (e principalmente) direito à reparação dos danos sofridos – que poderão ser quantitativamente distintos, mas que tem origem comum e portanto, podem ser agregados para fins de eficiência processual e maximização do acesso à justiça (nesse sentido também PFEIFFER, bid, pg. 3).

proposta neste artigo e já supra explicada (nota n. 10), categorizamo-las como ações de natureza públicas, porquanto se destinam a implementar políticas de Estado mediante alocação de recursos de uma instituição pública (MP precipuamente).

De outro lado, a ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos perfeitamente se adequa aos objetivos de enforcement privado da política concorrencial. Esse tipo específico de ACP permite a representação de um conjunto de direitos individuais agregados em uma só demanda, que é oferecida por um representante adequado²⁰. Isso possibilita que os custos da demanda para o indivíduo sejam drasticamente reduzidos – quiçá absorvidos – pela escala²¹, o que garante que aquele que em tese não levariam seu caso a juízo pelo valor marginal o façam por

²⁰ O sistema brasileiro, embora não trate expressamente desse requisito, utilizando-se dessa nomenclatura, possui algumas previsões que podem ser entendidas como requisito de representação adequada. Com efeito, o legislador pátrio definiu expressamente no texto legal o rol de legitimados à propositura da ação civil pública, bem como os requisitos (mesmo que só relativos às associações), no art. 5º e incisos da Lei 7347/85 e no art. 82 do CDC. Com efeito, a lei que rege a ação civil pública, bem como o CDC, preveem uma lista exaustiva de legitimados à propositura da ação coletiva, quais sejam: Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal e os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista e, finalmente, associações. Além de definir o rol de legitimados para a propositura das ações civis públicas, o que, per se, é uma forma de aplicar ex lege o requisito da representatividade adequada, a lei ainda exige que, nos casos de associações civis como autoras das demandas, a mesma deva estar constituída há pelo menos 1 (um) ano, e deva incluir entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Esse último requisito, específico para o caso da autoria da ação ser proposta por associação civil, será analisado pelo juiz quando do ajuizamento da ação civil pública. É fundamental que essa análise seja rigorosa, a fim de se evitar o abuso de demandar coletivamente.

²¹ Transcreve-se: “§1.04 The net value of a group of claims for monetary relief is the portion of any payment remaining after litigation costs, including attorney’ fees, are paid. Maximizing this value is a central objective of aggregate litigation primarily because it is a matter claimants normally care about greatly when litigating. Claimants who directly hire attorneys through individual contractual negotiations typically promise contingent- percentage fees partly to reward lawyer for obtaining higher values. This is true both when claimants sue individually and when they sue in groups” (THE AMERICAN LAW INSTITUTE, Principles of the Law: Aggregate Litigation, Washington, DC: American Law Institute Publishers, 2010, pgs. 48/50)

meio da coletividade²². A coletivização dos direitos individuais não só funciona como instrumento de ampliação do acesso à justiça²³ como também aumenta o valor agregado envolvido na demanda²⁴. Como consequência, há ampliação do potencial preventivo às práticas anticoncorrenciais, porquanto de maneira agregada a condenação em ações coletivas se eleva consideravelmente, aumentando-se, em consequência, o custo de oportunidade à cartelização.

A origem e certamente o mais desenvolvido instituto de ação coletiva que temos no mundo é a class action norte americana (inspiração para a criação da ACP para direitos individuais homogêneos, que por isso foi apelidada de ação de classe brasileira²⁵). Os EUA desenvolveu sensivelmente o instituto, que se tornou uma poderosa arma da sociedade (e dos advogados) em diversas áreas (ambiental, consumidor, trabalhista,

²² Nesse sentido: “The aggregation of plaintiffs may ensure civil enforcement of legal rules where the individual stakes of the beneficiaries of those rules are too small to provide an incentive for the beneficiaries to bring their own actions. The paradigm of this kind of lawsuit is the shareholder derivative action brought to enforce the fiduciary obligations of officers and directors of the corporation. In companies with vast numbers of shareholders, no particular shareholder is likely to have sufficient potential benefit from enforcement of that fiduciary obligation to offset the high cost of bringing the lawsuit. There is thus a collective action problem.” (WINTER, R. K. *Aggregating Litigation*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 69, 1991, pg. 2)

²³ “O imperativo da ‘numerosidade’ está relacionado com o escopo das ações coletivas. Estas devem representar, por um lado, uma medida de economia judicial e processual e, por outro, propiciar o acesso à prestação jurisdicional daqueles que, de outro modo, não lograriam receber a tutela dos seus direitos” (CASTRO MENDES, A. G. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Ed. RT, 2002, pg. 75).

²⁴ Nesse diapasão: “A significant example is the projected introduction of collective actions. These may be more or less similar to the US class actions but still capable to deliver a dramatic increase of private damage suits, since they would solve one of the most formidable obstacle to their development: the lack of incentives for single victims to bring an action against the violator for the disproportion between judicial costs and expected awards. Here we assume that the effect of the introduction of such an instrument would be, regardless of the specific features, to precisely produce a boost of damages actions in number and aggregate value: an effect that (at the level of risk management) for sure would determine a significant increase of the aggregate amount of deterrence.” (DENOCCA, F. and TOFFOLETTI, L, *op. cit.*, pg. 24)

²⁵ GRINOVER, A. P. *A class action brasileira* in *Livros de Estudos Jurídicos*, por Ada Pellegrini Grinover, James Tubenchlak e Ricardo Silva Bustamante, 22-29. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

responsabilidade civil etc)²⁶ As consequências da class action são tão relevantes que representaram a quebra de diversas empresas nos EUA, notadamente nos casos de reparação pelos danos à saúde causados pela exposição ao amianto (asbesto cases)²⁷. E o instrumento se tornou uma ferramenta tão poderosa, que entre 68 e 75%²⁸ (!) dos casos ajuizados (e certificados²⁹) resultam na celebração acordos³⁰. Claro que isso tem um

²⁶ E como todo mecanismo utilizado ao extremo, chegou a se tornar (em alguns casos) contraprodutivo em diversas maneiras. Não é parte do escopo deste artigo analisar as interessantes e diversas discussões a respeito da eficiência, consequências, alcance e restrições impostas à class action nos Estados Unidos. Deixamos a referência de alguns trabalhos sobre o tema: KLONOFF, R. H. *The Decline of Class Action*. In *Washington University Law Review*, v. 90; LUFF, P. A., *Bad Bargains: The Mistake of Allowing Cost-Benefit Analyses in Class Action Certification Decisions* in *The University of Memphis Law Review*, v. 41, pg. 65; MULLENIX, Linda S. *Lessons from Abroad: Complexity and Convergence*. In *Villanova Law Review*, v. 46, n.1, 2000; SINGER, H. J and KULICK, R., *Class Certification in Antitrust Cases: An Economic Framework*, working paper, available at <http://ssrn.com/abstract=1568993>; DAVIS, J. P and CRAMER, E. L., *Of Vulnerable Monopolists: Questionable Innovation in the Standard for Class Certification in Antitrust Cases*, in *Rutgers Law Journal*, n. 41, pg. 355.

²⁷ A primeira ação nos Estados Unidos envolvendo danos à saúde por contato e inalação de amianto foi ajuizada em 1929, quando médicos correlacionaram o contato com o mineral a diversas doenças sérias, como câncer. Mas a explosão de demandas se deu nos anos 80. Para se ter uma idéia, a empresa Johns-Manville, elencada com uma das maiores companhias norte-americanas, chegou a pedir falência por conta dos mais de 16mil processos envolvendo danos por amianto em que figurava como ré. E ela não foi a única. Na década de 90 quase todas as maiores produtoras de amianto quebraram por conta de asbestos litigations. Estima-se que, no total, essas ações envolveram mais de 700 mil trabalhadores contra 8 mil réus, gerando um valor de USD275 bilhões em indenizações.

²⁸ Sobre o tema: EISENBERG, T. And MILLER, Geoffrey, P. M. *Attorney Fees and Expenses in Class Action Settlements: 1993-2008* in *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 7, 2010, pg. 248; FITZPATRICK, B. T. *An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards* in *Journal of Empirical Legal Studies*, n. 7, 2010, pg. 811.

²⁹ Além dos requisitos tradicionais exigidos em quaisquer ações nos Estados Unidos, para que se conheça de uma ação como class action ela deve apresentar uma serie de exigências específicas exigidas para a simples procedibilidade da ação. Esses requisitos, previstos na Rule 23, são verificados em uma fase preliminar chamada de class certification phase. Para que o juiz certifique uma ação como class action ela deve conter todos os requisitos previstos no item 23(a) da Federal Rule of Civil Procedure, de forma cumulativa: numerosidade, homogeneidade, identidade e representatividade adequada. Aqui não nos cabe tratar de cada um dos requisitos detidamente. No entanto, vale observar que esses requisitos representam a própria

efeito positivo na coibição de atos ilícitos e reparação dos danos, mas também pode ter implicações perigosas no abuso do direito de ação (batizado nos EUA de efeito blackmail das class actions). É por isso que se faz tão fundamental a análise pormenorizada pelo juiz dos requisitos de cabimento, antes de certificá-la como class action e dar processamento à ação.

A class action é também muito proeminente na tutela do direito à livre concorrência nos EUA³¹, tanto como instrumento de reparação dos danos (redress)³² quanto de coibição (deterrence). Entre 2007 e 2010, 3.168 ações individuais foram ajuizadas nos EUA para reparação dos danos causados por condutas anticompetitivas. Dentre elas, 1.811 foram federal class actions, o que representa mais de 57% das ações totais promovidas. Dessas, 60% foram decorrência de condenações administrativas, sejam provenientes da autoridade de concorrência

identidade da demanda coletiva nos EUA, e demonstram se de fato se está diante de uma hipótese de ação coletiva para agregação de demandas repetitivas. Conforme já dito, os excessos na propositura de class action levaram ao enrijecimento da fase de certificação (KLONOFF, op. cit. 23, pg. 6/7), ao ponto de em 1998 reformarem o Código de Processo Civil para prever uma exceção ao princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, permitindo recurso da decisão que certifica ou rejeita a class action para appeal courts (s. 23(f) da Rule 23).

³⁰ Nesse sentido: “Class actions raise somewhat different issues in that defendants generally resist aggregation. Once all or most of the possible plaintiffs are included in the action, however, defendants do have an incentive to settle and avoid the costs of further litigation” (WINTER, op. cit., pg. 1)

³¹ “The United States, from the origins of its antitrust law in 1890, has provided for an expansive role for private actions for violations through treble damages remedies, class action procedures, one-way cost rules, contingent fees, and civil jury trials.” (ROACH, K. and TREBILCOCK, M. J., Private Enforcement of Competition Laws, in Osgoode Hall Law Journal, v. 34, n. 3, 1996).

³² Deixa-se de lado, aqui, a discussão sobre o poder de real das class actions de compensar as vítimas pelos danos. Esse debate, embora relevante, foge ao escopo deste artigo, que trata dos efeitos preventivos das ações individuais face às condutas anticoncorrenciais. Sobre o tema, indica-se a leitura de: CRANE, D. A. Optimizing Private Antitrust Enforcement, in Vanderbilt Law Review, n. 63, 2010, pg. 675; CAVANAGH, E. Antitrust Remedies Revisited in Oregon Law Review, n. 84, 2005, pg. 147; PAGE, William H. Indirect Purchaser Suits After the Class Action Fairness Act 3, 2011, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1862218

americana (FTC) ou de autoridades do exterior³³. Embora passível de críticas, a class action representa um dos principais pilares da política antitruste americana, considerada por parte da doutrina como essencial peça na prevenção e desestímulo às práticas anticoncorrenciais³⁴. Como já apontado supra, as condenações e acordos em class action representam um montante até mais significativo do que as próprias condenações criminais do DOJ.

As class actions são alvo de fortes críticas ante o excesso na sua utilização nos EUA, e muito se temia a importação do instituto para a Europa e Reino Unido. No entanto, as diretivas da Comunidade Europeia, supra mencionadas, indicam que a orientação mais atual é a de intensificar e incentivar o ajuizamento das ações privadas, especialmente na sua forma coletiva, exatamente pelo importante potencial que possuem de desincentivar e deter as práticas anticoncorrenciais.

O Reino Unido, por sua vez, demonstrou recentemente especial interesse na coletivização das ações para reparação de danos decorrentes de práticas anticompetitivas. Neste ano, o Parlamento aprovou a Consumer Rights Act, que introduziu a opt-out³⁵ antitrust class actions no país. Isso representa um importante passo na política antitruste do Reino Unido, e certamente mais um forte indicativo de que a orientação internacional é

³³ HAWTHORNE, D. W. Recent Trends in Federal Antitrust Class Action in Antitrust Law Journal, 2010, pg. 58.

³⁴ Transcreve-se: “Instead, today most private antitrust filings are class actions filed by customers seeking to recover damages for illegal cartel activity, usually as a follow-on to government enforcement actions. Individual actions are still common, but the courts now have much better tools for weeding out meritless claims earlier in the litigation so that those cases that make it to trial have a better chance of success.” (KOLASKY, W. Antitrust Litigation: What’s Changed in Twenty-Five Years?, in Antitrust Law Journal, n. 1, 2012, Pg. 9).

³⁵ 35 As class actions podem ter três naturezas quanto a extensão subjetiva dos seus efeitos: (i) mandatory, ou seja, vinculantes a todos os representados, independentemente de seu interesse na demanda, fazendo coisa julgada e litispendência com relação a todos eles; (ii) opt-in, vinculantes somente aos indivíduos que expressamentemanifestarem seu interesse em figurar como representados na demanda coletiva. É a forma mais “tímida” da class action, adotada na União Europeia como regra; e, (iii) opt-out, que presume a vinculação automática de todos os representados a menos que se manifestem contrariamente. Esse método privilegia a vinculação e a formação da coisa julgada extensiva aos indivíduos, permitindo que os representados extromitam-se da ação se assim desejarem, não sendo atingidos, nem positiva nem negativamente, pelo resultado da demanda de massa. Essa última é regra mais genérica nas ações coletivas norte-americanas.

intensificar o combate às práticas anticompetitivas por meio de enforcements privados, especialmente mediante a coletivização³⁶.

4. AÇÕES DE CLASSE BRASILEIRAS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: UMA LACUNA A SER (URGENTEMENTE) PREENCHIDA

Todos os dados apresentados e a breve análise comparada realizada nas sessões anteriores tem o condão de demonstrar a importância fulcral que as ações coletivas privadas possuem na política antitruste, especialmente no que tange ao poder de desincentivar e coibir práticas anticompetitivas.

No entanto, conforme já mencionado, embora as ações civis públicas para tutela de direitos difusos (transindividuais) sejam frequentemente utilizadas para tutela da livre concorrência pela atuação do Ministério Público, essas não fazem parte da categoria de ações coletivas privadas que propomos neste trabalho. Aqui ressaltamos a importância da utilização das ações coletivas privadas. Essas, infelizmente, tem pouca expressão nos foros nacionais. Isso não significa que o ordenamento brasileiro não possua instrumentos legais que possibilitem a exploração das ações de classe no direito da concorrência. Pelo contrário. Como já mencionado anteriormente, a conjugação de previsões da CF, da Lei de Concorrência, do CDC, Lei da ACP e do CPC autorizam indiscutivelmente o oferecimento de ações coletivas para reparação agregada dos danos sofridos por indivíduos vítima de ilícitos econômicos. Diversos pontos da legislação merecem meditação e possivelmente reforma. Mas o que temos, hoje, na legislação vigente, permite sim a exploração do enforcement privado da política antitruste por meio de ações coletivas. O que nos falta é implementação³⁷!

³⁶ Sobre o tema: “The CRA and its new collective redress mechanism are likely to cement the UK’s position as a key jurisdiction for bringing competition damages claims in Europe. (...) Development of the new UK system will be watched closely. If the system is considered a success, it could lead to opt-out collective redress mechanisms in other types of claims, such as securities litigation, or to renewed impetus for a standardised European antitrust damages collective redress mechanism, possibly on an opt-out basis.” (BASS, A. E. and HENDERSON, K. A., UK: A New Dawn For Antitrust Class Actions, in Journal of European Competition Law & Practice, Sep 2015, pg. 6).

³⁷ Com efeito, estudo feito pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais em 2007 identificou como o principal problema das ACPs a ausência de efeitos de

Atribuimos grande parte dessa inexpressividade das ações de classe privadas em matéria antitruste à falta de uma cultura generalizada de coletivização das demandas no Brasil, derivada de uma herança excessivamente individualista do processo³⁸. Outra parcela de culpa pela pequena participação das ações de classe antitruste no enforcement da política concorrencial reside em ineficiências e incoerências do sistema legal de ações coletivas no Brasil³⁹, demandam reforma⁴⁰. Insta frisar que

cunho utilitarista – eficiência e segurança jurídica – no manuseio dos instrumentos de coletivização. Ou seja, embora previstas na legislação e utilizadas com frequência, as ações coletivas, especialmente aquelas envolvendo direitos individuais homogêneos, não tem apresentado os resultados sociais esperados. Para aprofundamento do tema: Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas -Relatório Final. Pesquisa realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário (Ministério da Justiça), Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) e Escola de Direito da FGV-SP. Brasília, DF: 2007 (disponível em <http://www.cebepej.org.br/>).

³⁸ “aquela percepção herdada da Idade Média, coroada no direito alemão, em que o processo era instituto entre partes (Sache der Partein), no qual o juiz, inerte, ficava observando o duelo Judiciário entre os litigantes, com poderes instrutórios mínimos, limitando-se tão somente a proferir uma sentença em consonância com o que havia ficado provado nos autos. Essa visão individualista que marcou o direito civil e o direito processual civil no século XIX, obviamente, influenciou a legislação do século XX” (CRUZ E TUCCI, J. R., Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada nas Ações Coletivas in Revista de Processo, v. 43, 2007, pg. 143). E, nesse sentido, “The conventional understanding of litigation is individualistic, founded on an eighteenth-century common-law tradition that everyone should have his own day in court’. For this reason, tort law scholars and judges have consistently asserted that procedures aimed at achieving collective justice in mass tort cases—such as class actions and aggregative litigation—must be limited by an individual, process-based right to participation. Modern torts scholarship has thus been limited to two opposing rationales: individual justice based on autonomy values or collective justice based on efficiency values.” (HENSLER, D. Asbestos Litigation in the United States: Triumph and Failure of the Civil Justice System in Connecticut Insurance Law Journal, n. 12, 2006, pg. 255)

³⁹ A diminuta expressão das ações de classe propostas por particulares no Brasil tem reflexos não só na política antitruste como também e principalmente na multiplicação de demandas individuais repetitivas, o que afoga os tribunais em números incontroláveis de processo, resultando em demora na prestação jurisdicional e má-qualidade das decisões proferidas (notadamente decisões ctrl-c, ctrl-v). Esse é o entendimento expressado pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp nº 1.167.700/RS, DJe: 03/12/2012: “Vivemos, hoje, um momento de crise na prestação jurisdicional. Todos os ministros que integram esta Corte, submetidos a uma carga sobre-humana de trabalho (há meses em que a distribuição supera os 2.000

grande partes da breves críticas à sistemática das ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos que fazemos aqui encontra resposta imediata no projeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos de 2004, capitaneado por GRINOVER, CASTRO MENDES, GIDI e WATANABE. O projeto infelizmente foi arquivado em 2010 pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e hoje aguarda julgamento de recurso interposto em 2012 perante a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

A primeira característica que criticamos com relação à sistemática das ações coletivas no Brasil diz respeito à representação adequada (ou legitimidade) conferida pela norma para propositura das ações. A legislação pátria (na LACP e no CDC) optou por determinar ex ante os representantes adequados, definindo-os expressamente e exaustivamente na lei, o que acaba por engessar a iniciativa para as demandas. Melhor seria se, ao invés de fixar ex lege, a lei abrisse o leque dos legitimados para propositura das ações a todos os cidadãos e poder público, deixando a cargo do juiz, em análise de requisito de procedibilidade das ações (caso a caso), verificar a adequação do(s) representante(s) (como acontece na class action americana⁴¹).

processos por ministro em um único mês!). (...) [O] amplo acesso [à justiça], para ser factível, precisa vir acompanhado de instrumentos que possibilitem ao Estado dar, à massa de novos litigantes, uma prestação jurisdicional efetiva, justa e em prazo razoável. O desafio, hoje, é o de equilibrar o sistema. E a luta por esse equilíbrio deve ser a plataforma de todos. O principal mecanismo de que dispõe o aplicador do direito nessa luta é o da coletivização do julgamento das macro-lides. Não há sentido em que causas idênticas sejam submetidas, aos milhares, a diversos juízes para julgamento individual”.

⁴⁰ “Os resultados colhidos do dia-a-dia forense e dos debates acadêmicos demonstram que as soluções oferecidas pelos processos coletivos podem e devem ser aperfeiçoados. Os princípios e normas gerais pertinentes aos processos coletivos precisam ser reunidos em um estatuto codificado, dando tratamento sistemático e atual para a tutela coletiva, bem como preenchendo as lacunas existentes e dando respostas às dúvidas e controvérsias que grassam no meio jurídico” (Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo redigido por CASTRO MENDES, disponível em www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc)

⁴¹ O artigo 23(a)(4) da Federal Rules of Civil Procedure americana prevê que para que uma ação seja certificada como class action (requisito de procedibilidade) o autor, representante da coletividade “will fairly and adequately protect the interest of the class”. A representatividade adequada compõe-se de duas partes: uma relativa às partes que atuam como representantes da coletividade envolvida na lide e a outra

Além disso, falta na sistemática das ações coletivas uma fase preliminar destinada exclusivamente a analisar a existência e validade não só dos requisitos gerais do processo, mas principalmente daqueles específicos à validade de uma ação coletiva, exatamente nos moldes da mencionada *class certification phase* da *class action*. A fase da certificação permite que o juiz se atenha aos requisitos de procedibilidade, antes mesmo de ingressar na análise do mérito. Ainda, possibilita o contraditório pleno a respeito desses requisitos legais, de forma que a ação possa prosseguir com segurança, sem o receio de que o processo transcorra sem os pressupostos necessários à sua validade e existência – e inibe, por conseguinte, o abuso do direito de demandar coletivamente. Ademais, sem a fase de certificação⁴², a discussão referente à validade da classe acaba por se confundir com a discussão de mérito, sendo postergada no tempo, de sorte que nesse modelo se transmite pouca ou nenhuma segurança jurídica à coletividade⁴³.

Por fim, a última⁴⁴ crítica que fazemos aqui diz respeito à extensão da coisa julgada e litispendência nas ações civis públicas

relativa aos advogados que patrocinam demanda. Na verificação do requisito, por sua vez, são observadas características de natureza objetivas e subjetivas, tanto com relação aos representantes como com relação aos advogados. No tema, consultar: NAGAREDA, R. *Administering Adequacy in Class Representation* in *Texas Law Review*, n. 287, 2003; e TIDMARSH, J. *Rethinking Adequacy of Representation*, *Texas Law Review*, n. 1137, 2009.

⁴² O mencionado projeto de Código de Processo Civil Coletivo prevê decisão de certificação durante audiência preliminar, como forma de saneamento da demanda, na qual o juiz observa se a demanda “tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como coletiva” (art. 18, §5º, I).

⁴³ Nesse diapasão: “Um exemplo colhido de ações de classe brasileiras pode ser o de pedido de indenização consistente no ressarcimento de fumantes pelos danos provocados pelo tabaco. Nesse caso, pode-se imaginar que a sentença coletiva, mesmo se favorável, afirme simplesmente que o fumo pode ocasionar danos à saúde, condenando a ressarcir aqueles que efetivamente sofreram prejuízos, desde que comprovado o nexo causal entre suas afecções e o uso do tabaco. Toda a prova deverá ser feita no processo de liquidação e será exatamente a mesma que seria produzida em cada ação individual de conhecimento. A sentença coletiva não terá tido utilidade prática.” (GRINOVER, A.P., *Da Coisa Julgada*. In GRINOVER, A.; et all. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Projeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 8ª edição, 2004, pg. 197).

⁴⁴ Outras características da sistemática das ações civis públicas merecem reflexão, mas que deixamos de fazer aqui por falta de espaço hábil para tanto. Fazemos referência, no entanto, ao estudo de FARINA, F. M. Q., *Técnicas de Agregação de*

brasileiras. A coisa julgada no sistema brasileiro só atinge o individual se lhe for favorável ao autor representado (transporte in utilibus), caso este não tenha ainda ajuizado sua demanda individual ou a tenha sobrestado para aguardar o desfecho da ação coletiva. A coisa julgada do resultado negativo da tutela coletiva só atingirá, assim, outras ações coletivas. Além disso, nunca há coisa julgada quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas⁴⁵. O sistema brasileiro adotou, deste modo, o criticado sistema da res judicata secundum eventum litis. E o adotou em uma via de mão única, privilegiando apenas o resultado favorável ao autor representado, nunca o réu.

O CDC, por sua vez, determina no art. 104, que as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais. Dessa maneira, a despeito do ajuizamento de ação civil pública, todos os representados podem ajuizar contemporaneamente ações particulares para discutir a mesma questão, se assim quiserem. Em outras palavras, o representado tem de expressamente demonstrar interesse pela inclusão na ação civil pública, mesmo que de modo omissivo, deixando de ajuizar sua ação individual ou sobrestando-a pelo período determinado na lei. Sistema completamente diverso das class action norte-americanas⁴⁶.

Demandas Repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte-americana em busca da eficiência processual, dissertação de mestrado defendida em 2014 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12122014-093904/pt-br.php>.

⁴⁵ Acrescentando ao tema: “Por conta disso, já se perscrutou inconstitucionalidade nesse regime, na medida em que ele desequilibraria a desejável igualdade entre as partes, ao permitir a reabertura do objeto litigioso por parte dos que remanesceram alheios à lide coletiva, ou seja, haveria um tratamento privilegiado ao autor individual (v.g., o consumidor de um certo produto imputado como nocivo na ação coletiva ao final desacolhida), porque, então, quem estava com o bom direito – o fabricante-réu na ação coletiva rejeitada – terá pouco proveito, porque poderá ter que retornar à Justiça, agora como demandado em ações individuais” (MANCUSO, R. C. Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 269)

⁴⁶ A regra geral de preclusion nas class actions para tutela de direitos individuais homogêneos (chamadas class action for damages) é da opt-out, ou seja, a princípio, todos os membros da classe representados estão vinculados aos efeitos preclusivos da ação coletiva, seja de litispendência, seja coisa julgada, a não ser que exerçam seu direito de extromissão. Para tanto, é necessário que se verifiquem presentes todos os requisitos necessários à certificação, especificamente no que diz respeito à representatividade adequada. Aliás, os efeitos da coisa julgada e da litispendência no direito norte-americano exercem influência direta na rigidez dos requisitos de

Dessa maneira, verifica-se que o legislador brasileiro optou por técnicas bastante particulares no que diz respeito à coisa julgada e a litispendência nas ações civis públicas. Com intento de preservar ao máximo o direito do acesso à justiça do indivíduo (ubiquidade)⁴⁷, acabou por reduzir de forma relevante os efeitos da tutela coletiva, especialmente no que tange à eficácia em atomizar as demandas repetitivas. Ora, pode-se depreender facilmente do texto legal que o legislador não quis afastar do litigante individual o direito de ajuizar e administrar seu próprio processo, como se a ação coletiva não fosse capaz de tutelar os direitos individuais homogêneos de uma coletividade de forma eficaz.

Esse temor à coletivização também se verifica nos magistrados, que tem dificuldade de aceitar a substituição processual da pessoa física pelo representante. Mas o fato é que essa maneira de tratar a tutela coletiva, acaba por desnaturar por completo a natureza e o objetivo das

certificação. Com efeito, verifica-se que nas hipóteses de injunctive class actions, ou seja, aquelas que lidam com direitos indivisíveis, nas quais o liame entre os direitos dos membros da classe são muito mais evidentes, a regra de vinculação é da mandatory class action. Isso quer dizer que nos casos de ação coletiva para tutelar direitos difusos e coletivos lato sensu, nos Estados Unidos, todos os representados estarão necessariamente vinculados ao resultado, seja ele positivo ou negativo, ficando-lhes vedado ajuizamento de ação individual que discuta o mesmo fato jurígeno (claim preclusion), ou questão prejudicial (issue preclusion). Por sua vez, nas class actions for damages, que possuem um liame de direitos menos evidente entre os membros da classe, a regra de preclusion é de opt-out, permitindo a extromissão dos membros que não quiserem ser vinculados pelos efeitos da sentença. Essa é a forma que o sistema norte-americano encontrou de contrabalancear a efetividade da tutela coletiva com a segurança jurídica para os representados: nos casos em que o liame entre os direitos dos membros da classe é muito intenso e que os prejuízos pelo ajuizamento das ações individuais separadas seriam muito grandes, a obrigatoriedade da tutela coletiva se impõe, verificada inclusive pela técnica de estabilização da demanda. Já nos casos em que o liame (commonality) entre o direito dos representados é mais tênue, e que a possibilidade de ações individuais seria mais evidente, deixa-se mais alargada a possibilidade de extromissão da ação coletiva para usufruto do direito de ação individual.

⁴⁷ Nesse sentido: “O sistema processual coletivo é concebido, a princípio, de molde a desestimular o afluxo de demandas individuais à Justiça, até porque a tutela judicial objetivada é molecular, voltada a prevenir a atomização do conflito coletivo em múltiplas e repetitivas ações particulares. Tudo, naturalmente, sem perder de vista a garantia do acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), que hoje merece uma releitura, não podendo ser visto como um incentivo à litigância, ao risco de que o numero excessivo de ações individuais acabe por desfigurar o caráter verdadeiramente coletivo do conflito.” (MANCUSO, op. cit., pg 266, sem grifo no original).

ações coletivas, que é dar eficácia e eficiência à solução de lides. Ao admitir que a ação coletiva produza quase ou nenhum efeito de cunho preclusivo para os representados, seja por limitação subjetiva, de resultado, ou geográfica, a tutela processual coletiva torna-se inútil. Se queremos tutelar direitos coletivos e imprimir, de fato, eficácia à agregação de demandas, temos que mudar a forma como concebemos o direito processual. Para tanto, é imperioso que a lei expanda efeitos subjetivos da coisa julgada e litispendência nas ações coletivas (pelo menos aquelas para tutela dos direitos individuais homogêneos)⁴⁸. Do contrário, jamais daremos incentivos suficientes à implementação de uma cultura de coletivização.

Tal postura legal poderia ter sido corrigida no recém aprovado (ainda em *vacatio legis*) novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), mas não o foi. O NCPC, embora tenha buscado meios para aliviar a multiplicação de ações repetitivas, não o fez dando força à coletivização. Pelo contrário. O único instituto que fortalecia as ações coletivas (conversão da ação individual em coletiva) foi vetado (art. 333).

Verifica-se, por essas brevíssimas ponderações, que a sistemática legal das ações coletivas no Brasil precisa de revisão em diversos aspectos, principalmente nos institutos que tem condão de dar à coletivização o poder de solucionar litígios repetitivos, e fortalecer as tutelas concedidas em sede de ação civil pública. Não obstante, conforme já mencionamos, a sistemática em vigor permite sim a utilização das técnicas processuais de coletivização para [satisfatória] tutela dos direitos individuais homogêneos. Também na seara do direito concorrencial.

⁴⁸ Nesse diapasão: “Mas os conceitos de conexidade, continência e litispendência são extremamente rígidos no processo individual, colocando entraves à identificação das relações entre processos, de modo a dificultar sua reunião ou extinção. No Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos o que se tem em mente, para a identificação dos fe-nômenos acima indicados, não é o pedido, mas o bem jurídico a ser protegido; pedido e causa de pedir serão interpretados extensiva-mente; e a diferença de legitimados ativos não será empecilho para o reconhecimento da identidade dos sujeitos. Isso significa que as causas serão reunidas com maior facilidade e que a litispendência terá um âmbito maior de aplicação” (GRINOVER, A. P. Direito processual coletivo. In GRINOVER, A.; MENDES, A. G. C.; WATANABE, K. (Coord.). Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pg. 13).

É preciso, urgentemente, que os indivíduos lesados pelas práticas anticoncorrenciais e os advogados preencham essa lacuna na política antitruste. Aproveitar o espaço para reparação dos danos privados significa não só reparar direitos individuais violados, mas principalmente aumentar os custos de oportunidade às práticas anticompetitivas, coibindo-as.

Precisamos nos alinhar à política internacional de ampliação do enforcement privado na política antitruste. Todos ganhamos com isso: a sociedade, os indivíduos lesados e a livre concorrência. Só perdem os infratores, que terão mais um lutador de peso para enfrentar no ringue antitruste.

5. CONCLUSÃO

A experiência e a doutrina internacional demonstram que uma parcela muitíssimo significativa da eficiência da política antitruste de um país está no seu enforcement privado. A cultura que incentiva o ajuizamento de ações privadas (especialmente coletivas) para reparação dos danos gerados pelos ilícitos econômicos resulta num ambiente de desincentivo e coibição das práticas anticoncorrenciais.

O mecanismo que se mostra mais eficiente nesta empreitada privada é a class action, por permitir a agregação dos direitos individuais homogêneos de todos os lesados pelos ilícitos antitruste, maximizando as condenações e ampliando o poder de acesso à justiça e reparação dos danos. Esse caminho já é fortemente seguido nos EUA, onde a class action representa um instrumento excepcionalmente significativo de coibição (deterrence) das práticas anticompetitivas. É também a trilha que parece percorrer agora a Comunidade Europeia, com a aprovação de diretivas que incentivam políticas públicas de intensificação das ações privadas para reparação de danos, e o Reino Unido, que acaba de aprovar a Consumer Rights Act, no qual se prevê a possibilidade de opt-out class action for damages.

É inegável que a direção da política antitruste internacional é a de fortalecer cada vez mais a atuação dos indivíduos (privados) no enforcement da política antitruste. No Brasil, no entanto, a parcela de ações de classe privadas para reparação de danos decorrentes de ilícitos econômicos ainda é tímida.

Parte dessa inexpressividade decorre da falta de cultura processual brasileira em coletivizar. Mas também decorre de falhas no próprio sistema de ações coletivas. De qualquer forma, a legislação

brasileira em vigor, a despeito de falhas e ineficiências, permite a autuação coletiva privada para reparação de danos. Precisamos preencher essa lacuna na práxis. Isso trará ainda mais efetividade ao direito da concorrência nacional, desincentivando e coibindo cada vez mais os ilícitos econômicos e reparando os direitos individuais lesados. Temos um cheque valioso nas mãos, só nos falta descontar!

6. BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, P. F. A Análise Econômica da Defesa da Concorrência in Direito e Economia no Brasil, org. Luciano Benetti Timm, Ed. Atlas, 2012, pg. 267.

BAKER, D. I, The EU Green Paper on Private Damage Actions – An Ambitious Response to a Very Difficult Set of Practical and Philosophic Issues in Competition Law Journal, 2005, pg. 241

BARBOSA MOREIRA, J. C. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988 in Revista de Processo, v. 61, 1991, pg. 105

BASS, A. E. and HENDERSON, K. A., UK: A New Dawn For Antitrust Class Actions, in Journal of European Competition Law & Practice, Sep 2015, pg. 6

BLOCK, M. K, NOLD, F. C. and SIDAK, Joseph Gregory. The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement, in Journal of Political Economy, v. 89, n. 3, 1981, pg. 429

CASTRO MENDES, A. G. Ações coletivas no direito comparado e nacional. São Paulo: Ed. RT, 2002, pg. 75

CAVANAGH, E. Antitrust Remedies Revisited in Oregon Law Review, n. 84, 2005, pg. 147;

Comission of the European Communities, Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Dez de 2005, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>;

Comission of the European Communities, White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Abril de 2008, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0165&from=EN>;

CONSOLARI, Private Enforcement of Eruopean Union Competition Law in The International Spectator, n. 49, 2014, pg. 134;

CRANE, D. A. Optimizing Private Antitrust Enforcement, in *Vanderbilt Law Review*, n. 63, 2010, pg. 675

CRUZ E TUCCI, J. R., Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada nas Ações Coletivas in *Revista de Processo*, v. 43, 2007, pg. 143

DAVIS, J. P and CRAMER, E. L, Of Vulnerable Monopolists: Questionable Innovation in the Standard for Class Certification in Antitrust Cases, in *Rutgers Law Journal*, n. 41, pg. 355.

DAVIS, J. P and LANDE, R. H. Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Antitrust Enforcement in *Georgia Law Review*, v. 48, 2013, pg. 1

DENOCCA, F. and TOFFOLETTI, L., Compensation Function and Deterrence Effects of Private Actions for Damages: The Case of Antitrust Damage Suits, 2008. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1116324>, pg. 11

European Commission, Commission Staff Working Paper – Annex to the Green Paper – Damages actions for breach of the EC antitrust Rules, Dez 2005, pgs. 193-194

European Parliament, Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages Under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union, abril de 2014, disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/damages_directive_final_en.pdf;

EISENBERG, T. And MILLER, Geoffrey, P. M. Attorney Fees and Expenses in Class Action Settlements: 1993-2008 in *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 7, 2010, pg. 248

Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo redigido por CASTRO MENDES, disponível em www.direitouterj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc

FARINA, F. M. Q, Técnicas de Agregação de Demandas Repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte-americana em busca da eficiência processual, dissertação de mestrado defendida em 2014 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12122014093904/pt-br.php>.

FITZPATRICK, B. T. An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards in *Journal of Empirical Legal Studies*, n. 7, 2010, pg. 811.

GRINOVER, A. P. A class action brasileira in *Livros de Estudos Jurídicos*, por Ada Pellegrini Grinover, James Tubenchlak e Ricardo Silva Bustamante, 22-29. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

_____. Da Coisa Julgada. In GRINOVER, A.; et all. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Projeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 8a edição, 2004, pg. 197

_____. Direito processual coletivo. In GRINOVER, A.; MENDES, A. G. C.; WATANABE, K. (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pg. 13

HAWTHORNE, D. W. Recent Trends in Federal Antitrust Class Action in *Antitrust Law Journal*, 2010, pg. 58.

HENSLER, D. Asbestos Litigation in the United States: Triumph and Failure of the Civil Justice System in *Connecticut Insurance Law Journal*, n. 12, 2006, pg. 255

KLONOFF, R. H. The Decline of Class Action. In *Washington University Law Review*, v. 90;

KOLASKY, W. Antitrust Litigation: What's Changed in Twenty-Five Years?, in *Antitrust Law Journal*, n. 1, 2012, Pg. 9

LUFF, P. A., Bad Bargains: The Mistake of Allowing Cost-Benefit Analyses in Class Action Certification Decisions in *The University of Memphis Law Review*, v. 41, pg. 65

NAGAREDA, R. Administering Adequacy in Class Representation in *Texas Law Review*, n. 287, 2003

MANCUSO, R. C. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 269

MULLENIX, Linda S. Lessons from Abroad: Complexity and Convergence. In *Villanova Law Review*, v. 46, n.1, 2000

PAGE, William H. Indirect Purchaser Suits After the Class Action Fairness Act 3, 2011, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1862218

PFEIFFER, R. A. C, Tutela Coletiva da Livre Concorrência in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 49, 2004, pg. 11

POLINSKY, A. M., *An Introduction to Law and Economics*, 3ª edição, New York: Aspen Publisher, 2011, pg. 82

POSNER, R. A. *Antitrust Law*, 2ª edição, Chicago: University of Chicago Press, 2001, pg. 18

ROACH, K. and TREBILCOCK, M. J., *Private Enforcement of Competition Laws*, in *Osgoode Hall Law Journal*, v. 34, n. 3, 1996.

ROSENBERG, D. and SULLIVAN, J. P. *Coordinating Private Class Action and Public Agency Enforcement of Antitrust Law in The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, n. 523, 2005, pg. 2.

SAMUELSON, P. A and NORDHAUS, W. D., *Economia*, 19ª Edição, Porto Alegre: AMGH, 2012.

SINGER, H. J and KULICK, R., *Class Certification in Antitrust Cases: An Economic Framework*, working paper, available at <http://ssrn.com/abstract=1568993>

Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas - Relatório Final. Pesquisa realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário (Ministério da Justiça), Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) e Escola de Direito da FGV-SP. Brasília, DF: 2007 (disponível em <http://www.cebepej.org.br/>).

THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law: Aggregate Litigation*, Washington, DC: American Law Institute Publishers, 2010.

TIDMARSH, J. *Rethinking Adequacy of Representation*, *Texas Law Review*, n. 1137, 2009. WINTER,

R. K. *Aggregating Litigation*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 69, 1991, pg. 2