

2018 - 06 - 13

Revista dos Tribunais

2015

RT VOL.959 (SETEMBRO 2015)

DOCTRINA

DIREITO EMPRESARIAL

Direito Empresarial

1. Ônus da prova na ação privada de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial

Burden of proof in private damage claims under competition rules

MARCELO H. G. RIVERA M. SANTOS

Especialista em Direito Processual Civil. Pós-Graduando em Direito Empresarial. Sócio Fundador da Brayer & Rivera Advocacia. Advogado. marcelo.rivera@brayererivera.com.br

Sumário:

- I. Introdução
- II. A prova e o seu ônus
- III. A prova na ação privada de ressarcimento derivada de conduta anticoncorrencial
 - III.1 A prova do ilícito concorrencial
 - III.2 A prova do dano decorrente do ilícito concorrencial
 - III.3 A prova do nexo causal entre o ilícito concorrencial e o dano
- IV. Um possível novo fator processual na ação privada de ressarcimento derivada de condutas anticoncorrenciais (Amicus Curiae – novo Código de Processo Civil)
- V. Conclusão
- VI. Referências bibliográficas

Área do Direito: Civil

Resumo:

O presente trabalho visa a discutir a perspectiva da produção da prova nas ações privadas de ressarcimento civil decorrentes da prática de conduta anticoncorrencial, lastreada pelo art. 47 da Lei 12.529/2011. Essas ações privadas de ressarcimento civil são ferramentas

importantes para a dissuasão de futuras práticas anticoncorrenciais, de modo que a definição de a quem compete o ônus da produção da prova nesse tipo de ação judicial é elemento basilar para o seu fomento. O presente trabalho discute, então, novos argumentos sobre os três elementos da responsabilidade civil que devem ser provados nessa ação privada de ressarcimento, quais sejam: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade. Quanto à demonstração do ato ilícito, apresenta-se a possibilidade de inversão do ônus da prova, de aplicação da teoria de dinamização do ônus da prova e de utilização da prova emprestada produzida pelo Cade. Quanto à demonstração do dano, é abordada a necessidade de prova da existência do dano, seja ele moral ou material, compreendendo-se em relação a esses, os danos emergentes e os lucros cessantes, bem como a discussão sobre a passing on defense. Ainda, quanto à demonstração do nexo de causalidade, apresenta-se sugestões do que pode ser feito para se provar esse liame factual. Por fim, analisa-se a possibilidade de o Cade figurar como amicus curiae nas ações privadas de ressarcimento civil derivadas de conduta anticoncorrencial, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.

Abstract:

This paper tackles the issue of evidence in private damage claims under competition rules, as provided in the article 47, of the law number 12.529/2011. Private enforcement is an important tool for discouraging future antitrust infringements, and it cannot be properly applied without defining the party that will bear the burden of proof at trial. Thus, this paper explores new arguments on the three elements of civil responsibility that must be proven in this kind of private litigation in Brazil, which are: the infringement; the damage; and the casual link between the infringement and the damage caused. Concerning the infringement, this paper aims at demonstrating the possibility of the burden of proof inversion, as well as the possibility of applying the theory of "streamlining" the burden of proof, and also the possibility to borrow evidences produced by the Brazilian Antitrust Authority (Cade). Concerning the damage, this paper aims at demonstrating the necessity to prove the moral or material damages, including the financial loss or ceased profit, as well as discussing the so called passing on defense. Concerning the casual link between the infringement and the damage caused, this paper suggests what can be done to prove this nexus. Finally, this paper analysis the possibility of Cade to act as amicus curiae on private damage claims under competition rules, taking into account the entering into force of the new Procedure Civil Code.

Palavra Chave: Ação privada de ressarcimento - Conduta anticoncorrencial - Distribuição do ônus da prova - Inversão do ônus da prova.

Keywords: Private litigation - Antitrust conduct - Distribution of the burden of proof - Inversion of the burden of proof.

I. Introdução

Ciente de que a "(...) arte del procedimiento judicial no es esencialmente más que el arte de producir las pruebas"¹ e que, para se solucionar os conflitos em sociedade e atingir a justiça,² é preciso saber produzir e administrar as provas no processo judicial, o presente trabalho visa a discutir a perspectiva da produção da prova nas ações privadas de ressarcimento civil decorrentes da prática de conduta anticoncorrencial, lastreada pelo art. 47 da Lei 12.529/2011.³

Sabe-se que a complexidade das relações sociais gera conflitos de interesses e conflitos nas interpretações dos direitos subjetivos⁴ e da aplicação das normas⁵ aos casos concretos. Logo, a apresentação das provas e/ou a ausência delas determinarão o desfecho do processo.⁶ Assim, serão apresentadas neste trabalho ideias capazes de dinamizar o ônus

probatório nas ações de ressarcimento oriundas de práticas anticompetitivas, a fim de fomentar essa demanda judicial de indenização, introduzindo significativa ferramenta de dissuasão de tais práticas ilícitas, sem ferir, contudo, os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

O Código Civil, no seu art. 927, parágrafo único,⁷ traz a norma de que, em regra, a responsabilidade civil será subjetiva, mas que isso pode não ocorrer – ou seja, a responsabilização pode ser objetiva – quando a lei especificar que a obrigação de reparar será independentemente da avaliação da culpa do agente. Essa teoria da responsabilidade objetiva ganha força à medida em que há uma maior necessidade de proteção à vítima, com a ideia de inverter o ônus da prova, suprimindo a grande dificuldade do lesado em provar a *culpa* do responsável pela ação ou pela omissão⁸ geradora de dano.

Este é o caso com relação às condutas anticompetitivas, pois a Lei 12.529/2011, por meio de seu art. 36,⁹ consignou que as infrações à ordem econômica serão apuradas independentemente de culpa,¹⁰ pelo que não cabe a discussão sobre eventual existência dos elementos de culpa (imprudência, negligência ou imperícia) do agente. A responsabilidade pelo ressarcimento das condutas anticompetitivas é, portanto, objetiva. Trata-se, assim, de uma ferramenta de proteção à vítima da conduta anticoncorrencial prevista pela legislação brasileira. Desta feita, basta, para fundamentar a ação privada de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial, a prova dos três elementos da responsabilidade civil, quais sejam: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade.

Como será melhor detalhado adiante, sabe-se que o ônus probatório, em regra, é do autor da ação, para a constituição do seu direito e do réu, para demonstrar fatos extintivos, modificativos e/ou impeditivos do direito do autor. No entanto, observa-se também que nas ações de ressarcimento oriundas de práticas anticompetitivas, a aplicação literal dessa regra pode significar um desestímulo significativo para a propositura de demandas dessa natureza.

Por essa razão, apresentam-se neste trabalho novos argumentos sobre os três elementos da responsabilidade civil aplicado à ação privada de ressarcimento derivada de conduta anticoncorrencial. Quanto à demonstração do ato ilícito, discutir-se-á o que pode ser feito para se provar o cometimento do ato ilícito, indicando-se algumas possibilidades para se superar a barreira da aplicação literal do ônus probatório, como a possibilidade de inversão do ônus da prova, a aplicação da teoria dinâmica da prova, bem como a possibilidade de utilização de prova emprestada. Quanto à demonstração do dano, discute-se a necessidade de prova da existência do dano, seja ele moral ou material, compreendendo-se os danos emergentes e os lucros cessantes. Ainda, quanto à demonstração do nexo de causalidade, são apresentadas sugestões do que pode ser feito para se provar a existência desse nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

Por fim, o presente trabalho traz à discussão um possível novo fator a auxiliar os lesados das condutas anticompetitivas nos processos judiciais, qual seja: a inclusão da figura do *amicus curiae*, no novo Código de Processo Civil.

II. A prova e o seu ônus

A¹¹ prova é elemento essencial para o devido e legítimo processo judicial, tanto no exercício do direito de ação quanto do contraditório. Não por outra razão, o direito à prova é direito fundamental que decorre da Constituição Federal, emanado do desdobramento ao devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, conforme indica Fredie Didier Jr.¹²

Este direito à prova também é, segundo este autor, externo à Constituição Federal, já que previsto em dois tratados internacionais recepcionados pela Constituição, quais sejam: (i) Pacto de São José da Costa Rica; e (ii) Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos. Trata-se, porém, de direito não absoluto, podendo ser limitado excepcionalmente quando colida com outros valores e princípios constitucionais.¹³

A prova é conceituada por Carreira Alvim,¹⁴ sob a perspectiva técnica jurídica, em seus sentidos objetivo e subjetivo. O sentido objetivo seria aquele em que a prova é o “meio de demonstrar a existência de um fator jurídico, ou o meio destinado a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos no processo; quando se fala então em prova testemunhal, documental e pericial”. Já no sentido subjetivo, a prova seria “a convicção que se forma no espírito do juiz quanto à verdade dos fatos”. Nesse sentido, entende o citado autor que a prova judiciária reúne esses dois sentidos, sendo apreciada como um fato (sentido objetivo) e como uma indução lógica (sentido subjetivo).

Complementando-se o conceito acima apontada, verifica-se que a prova tem duas funções, segundo as lições de Eduardo Cambi,¹⁵ sendo uma interna e outra externa. A prova em sua função interna “serve como um instrumento para que as partes preparem ou instruam o processo (cognição). A prova se destina à reconstrução dos fatos, permitindo a discussão e a formação do convencimento a respeito dos fatos necessários ao julgamento da causa”. A prova em sua função interna se destina, então, a preparar o processo para o seu julgamento, sendo essencial para a elaboração de decisões justas. A prova em sua função externa, por sua vez, advém do fato de que “quanto melhor é a prova produzida, maior é a chance de a decisão ser justa”. Como consequência, quanto melhores as provas e melhores as decisões judiciais, maior será a legitimação social para o exercício do poder jurisdicional.

O diploma Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), dando azo a esse direito fundamental à prova, formaliza tal direito no art. 332,¹⁶ e no art. 333,¹⁷ distribui o chamado *ônus da prova*. O ônus da prova pode ser entendido, conforme definição de Cassio Scarpinela Bueno,¹⁸ “como a indicação feita pela própria lei de quem deve produzir a prova em juízo. A palavra *ônus* relaciona-se com a necessidade da prática de um ato para a assunção de uma específica posição de vantagem própria ao longo do processo e, na hipótese oposta, que haverá, muito provavelmente, um prejuízo para aquele que não praticou o ato ou o praticou insuficientemente”. Assim, nos termos de Eduardo Cambi,¹⁹ “o ônus da prova é a atribuição, pela lei, a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.

Ou seja, cabe a cada parte provar a alegação que sustenta e/ou o direito por ela invocado, razão pela qual o ônus é do autor²⁰ quando se tratar de fato constitutivo do seu direito, e do réu,²¹ quando se tratar de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor – nos termos do art. 333 do CPC supramencionado. Essa é a regra básica da distribuição do ônus da prova, e é por essa razão que se diz que “o ônus de cada alegação das partes compete a elas próprias: quem alega, tem o ônus de provar o que alegou”.²²

A distribuição do ônus da prova é, pelo que já se pode observar, matéria de fundamental importância para o desfecho do processo, pois é justamente sobre o dever e a capacidade de cada uma das partes de provar o que se alega é que o juiz se convencerá do melhor direito a ser aplicado no caso concreto. E, sobre a distribuição desse ônus, têm-se os denominados *ônus objetivo* e *ônus subjetivo*.

Segundo Daniel Penteado,²³ “o ônus objetivo reflete a própria função jurisdicional inerente à atividade do juiz, sendo a ele vedado se abster de julgar (*non liquet*), sob a premissa de que os fatos trazidos aos autos não restaram comprovados. (...) o aspecto objetivo do ônus da prova guarda ligação com o princípio da aquisição processual ou da

comunhão nos resultados da prova, o qual preceitua que pouco importa qual parte tenha trazido a prova aos autos, porquanto ela pertence ao processo e se faz necessária para formar o livre convencimento do juiz”. Por sua vez, o ônus subjetivo está “ligado à conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz, de sorte que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados, dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional”. Com base nessa distinção, importa observar que para a parte, o que importa é o ônus subjetivo, pois é ele o determinante para o desfecho do processo. Nada obsta, contudo, que uma parte utilize a prova produzida pela outra, já que, uma vez produzida, a prova é do processo e não de quem a produziu.

Esta é, portanto, a regra para a produção da prova no processo civil brasileiro. Ocorre, no entanto, que algumas situações fogem a essa regra, permitindo a chamada *inversão do ônus da prova*, que pode se dar por convenção²⁴ entre as partes ou por imposição legal. Essa inversão do ônus da prova traz consigo a ideia de propiciar aos litigantes uma igualdade de condições de formar o convencimento do magistrado, já que em alguns casos a onerosidade na produção de determinada prova colocaria em risco o julgamento em si do processo, afetando negativamente a toda sociedade, já que a prova é elemento essencial para o devido e legítimo processo judicial, tanto no exercício do direito de ação quanto do contraditório.

Diante de todo o exposto sobre a prova, o ônus da prova e a possibilidade de inversão deste ônus probatório no direito processual civil brasileiro, passam-se à análise dessas questões especificamente nas ações privadas de ressarcimento derivadas de conduta anticoncorrenciais.

III. A prova na ação privada de ressarcimento derivada de conduta anticoncorrencial

Com base nas regras de produção da prova apontadas na Seção II, a regra é a de que cabe ao autor da ação privada de ressarcimento civil (ou seja, ao lesado pela conduta anticompetitiva) a prova do cometimento do ato ilícito, do dano sofrido e do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado;²⁵ tudo isso visando ao ressarcimento dos danos sofridos.

Sabe-se que o art. 36 da Lei 12.529/2011 prevê hipóteses exemplificativas de condutas anticompetitivas, dentre as quais cita-se o cartel, a influência de conduta comercial uniforme, a exclusividade, a venda casada, a recusa de contratar, a fixação de preço de revenda, a criação de dificuldades à atividade de concorrente, o açambarcamento etc. Diante dessa lista de infrações contra a ordem econômica e com o fito de se ter mais um mecanismo para dissuadir a prática de infrações à ordem econômica, a Lei 12.529/2011 dispôs, em seu art. 47, o direito de qualquer prejudicado, por si ou pelos legitimados referidos no Código de Defesa do Consumidor, de ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração à ordem econômica, bem como receber indenização pelas perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que, por sua vez, não será suspenso em razão do ajuizamento da ação.

Assim, o ressarcimento civil, fundamento da ação do artigo supracitado, nada mais é do que o recebimento de indenização pelas perdas e danos sofridos em razão da prática de infração da ordem econômica. A configuração da responsabilidade de reparar o dano tem duas premissas no nosso ordenamento jurídico, segundo o saudoso Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira,²⁶ (i) “não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação de dever jurídico preexistente, uma vez que responsabilidade pressupõe o

descumprimento de uma obrigação”; e (ii) “para se identificar o responsável é necessário precisar o dever jurídico violado e quem o descumpriu. A identificação do dever jurídico violado, por sua vez, importará em determinar com rigor os atos que o obrigado deveria ter praticado e não praticou”.

Ocorre que, apesar da existência de mecanismos legais para garantir a reparação dos danos sofridos em razão das práticas anticoncorrenciais – como é o caso da previsão expressa contida no art. 47 da Lei 12.529/2011 supramencionada –, é preciso se ter em mente que, para quem sofreu com as práticas anticoncorrenciais, trata-se de um desafio provar os fatos ensejadores de reparação tendo como base a regra do ônus da prova estipulado pelo diploma processual brasileiro. Esse desafio, porém, não é exclusivo no Brasil, tanto que discussões sobre a capacidade de produção de prova nas ações de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial não são novidade na Comunidade Europeia (CE).

Na Comunidade Europeia, no intuito de debater e galgar avanços sobre o tema, foi proposta em 2013²⁷ uma diretiva relativa a regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, cujo texto final foi publicado em dezembro de 2014 pela Comissão Europeia, para assegurar o cumprimento dos arts. 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). O objetivo foi garantir que a concorrência não fosse falseada no mercado interno e que as vítimas do cartel fossem integralmente reparadas pelos danos oriundos do cartel.²⁸

A Comissão Europeia apontou, na citada diretiva, que as ações de ressarcimento oriundas de práticas anticompetitivas demandam uma complexa análise fática e econômica. Indicou também que a evidência necessária para provar o dano sofrido está, na maioria das vezes, na posse exclusiva de quem cometeu o ilícito ou de terceiros, além de o prejudicado (demandante) pela ação anticompetitiva não ter pleno conhecimento da conduta e sua extensão. Diante desses fatos, o exercício do direito de ajuizar a ação para ser ressarcido dos prejuízos causados pela conduta anticompetitiva seria desestimulado, pois ter-se-ia criado uma barreira quase que intransponível para o demandante, o que não seria desejado na Comunidade Europeia.

De modo análogo, sob a ótica do sistema processual brasileiro, tem-se que o ônus da prova nas ações de ressarcimento derivadas de condutas anticompetitivas, é, via de regra, incumbência do autor da ação, que deverá provar o cometimento do ilícito pelo demandado, o dano sofrido e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. As perguntas que surgem – também inspiradas nas dificuldades já enfrentadas na Comunidade Europeia –, nesse cenário, são as seguintes: como o demandante conseguirá provar o cometimento em si do ato ilícito? Como será possível provar o dano sofrido pela conduta anticoncorrencial? Além disso, como é que se provará o nexo entre a conduta anticompetitiva ilícita e o dano sofrido? Essas são três questões que se buscará analisar a seguir, nas Seções III.1, III.2 e III.3, respectivamente, ciente de que, via de regra, pelo CPC, cabe ao autor da ação de ressarcimento civil (ou seja, ao lesado pela conduta anticompetitiva) a prova do cometimento do ato ilícito, do dano sofrido e do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

III.1. A prova do ilícito concorrencial

Diante da problemática exposta, a primeira pergunta que se pretende responder é: como o prejudicado pela conduta anticompetitiva conseguirá provar o cometimento em si do ato ilícito, diante do fato da regra do ônus da prova, no Brasil, de que cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito?

Sabe-se que o autor da ação de ressarcimento lesado pela conduta anticompetitiva poderia valer-se, pelo menos em tese, de informações relativas à prática anticompetitiva junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e/ou junto ao eventual processo criminal que investiga a respectiva prática violadora da ordem econômica. No entanto, o que se verifica, *de fato*, é que o acesso a esse material para terceiros é extremamente restrito, dificultando e muito – quando não inviabilizando – a obtenção de tais dados para fundamentar a ação de ressarcimento que pretende ajuizar.

Com vistas a superar essa barreira, propõe-se, no presente trabalho, que o juiz, verificando as condições do caso concreto, tenha em mente a possibilidade de utilizar pelo menos três ferramentas para viabilizar a análise do mérito da ação de ressarcimento: (i) determinar a inversão do ônus da prova; (ii) aplicar a teoria da distribuição dinâmica da prova; (iii) solicitar ao Cade e/ou ao juízo criminal o fornecimento de informações para a formação do seu livre convencimento do juízo, utilizando-se de prova emprestada.

Quanto à possibilidade de o juiz (i) determinar a inversão do ônus da prova, sustenta-se no presente trabalho que, ainda que incumba ao autor da ação de ressarcimento o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, provando o cometimento do ato ilícito, o juiz possa determinar, à luz das circunstâncias do caso concreto, uma distribuição do ônus da prova diversa da determinada pelo art. 333 do CPC.

O que legitima uma posição do juiz nesse sentido, a nosso ver, é uma interpretação do art. 5.º, XXXV, da CF/1988,²⁹ nos sentido de que “a inversão do ônus da prova não é somente uma técnica legislativa. Como mecanismo de promoção do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (CF/1988, art. 5.º, XXXV), o juiz pode inverter o ônus da prova para, diante das circunstâncias do caso concreto, para possibilitar a melhor proteção ao direito material. Assim, as dificuldades probatórias devem ser ponderadas pelo juiz, impedindo que o rigorismo do art. 333 do CPC impossibilite a tutela do direito substancial”, conforme leciona Eduardo Cambi.³⁰

A inversão do ônus da prova pelo juiz nos casos da prática de conduta anticompetitiva seria, portanto, uma importante ferramenta para viabilizar a própria comprovação do direito do autor. Isso porque se sabe que o cartel, por exemplo, como prática delituosa, é de difícil comprovação. A dificuldade para se investigar ou tomar conhecimento da existência do acordo é severa até para os órgãos públicos especializados nessa tarefa, que deflagram processos administrativos, buscas e apreensões etc., com o fito exclusivo de reunir provas substanciais para se concluir pela existência do acordo ilícito. Essas investigações podem demorar anos para serem concluídas, o que denota a extrema dificuldade que seria para um particular prejudicado fazê-lo. Essa constatação da dificuldade de comprovação do ilícito do cartel foi mencionada pelo próprio Cade, conforme constatado na nota de instauração do Processo Administrativo 08700.004617/2013-41,³¹ relativo ao cartel dos trens e metrô, *in verbis*:

“Cientes da ilicitude da conduta que estão cometendo e das repercussões administrativas, criminais e civis a que estão sujeitos, os membros de um cartel costumam ocultar as evidências de seus atos, o que torna a reunião de provas e indícios da conduta tarefa hercúlea. Reuniões, contatos, trocas de informações sobre preços e clientes, entre outros, são geralmente realizados com extrema discrição e sigilo, muitas vezes com a utilização de códigos e siglas, de forma a não deixar transparecer qualquer ilicitude. Cartéis são, sem dúvida, umas das condutas mais difíceis de ser investigada.”

Se assim é dificultoso para a própria autoridade *antitruste*, qual não é a dificuldade de conhecimento sobre o cometimento do ilícito do cartel para os agentes privados que foram prejudicados pela conduta anticoncorrencial. Essa dificuldade na produção da prova já foi apontada pela Comunidade Europeia, que indicou também que são elementos de prova

que na maioria das vezes não estão com o prejudicado, mas sob a posse daquele que cometeu o ilícito, sem falar na assimetria das informações.³²

Assim, nos termos do que defende Eduardo Cambi,³³ parece crível que a técnica da inversão do ônus da prova não deva ocorrer apenas nos casos legalmente previstos ou por convenção das partes. Isso porque “se não é possível ao legislador afirmar, como se estivesse tratando de situações uniformes, que o juiz deve sempre aplicar a regra do ônus da prova, também não lhe é possível dizer que apenas uma ou outra situação de direito material pode permitir sua inversão. É claro que tal inversão pode ser prevista em determinadas situações – como acontece nas relações de consumo –, mas não é certo concluir que a ausência de expressa previsão legal possa excluir a atuação judicial em todas as outras”.³⁴

Com esse raciocínio em mente, sustenta-se, no presente trabalho, ser crível que nas ações de ressarcimento derivadas de conduta anticompetitiva o magistrado possa, verificando as circunstâncias do caso concreto, inverter o ônus da prova a fim de viabilizar o manejo da respectiva ação pelo lesado pelo ilícito.

Ademais, quanto à possibilidade de o juiz (ii) aplicar a teoria da distribuição dinâmica da prova, sustenta-se neste trabalho que a flexibilização do ônus da prova é uma nova e importante ferramenta para se chegar ao objetivo fim de um processo, que é a obtenção da verdade real para a aplicação da justiça.

Nos termos de Eduardo Cambi,³⁵ “pela teoria das cargas probatórias dinâmicas, o ônus da prova de determinado fato recai sobre a parte que encontra melhores condições fáticas, econômicas, técnicas, jurídicas etc., de demonstrá-lo no caso concreto. Logo, não importa o lugar que o litigante ocupa no processo (demandante ou demandado), nem qual é a natureza dos fatos (constitutivos, extintivos, impeditivos ou modificativos), nem tampouco quais dos litigantes alega os fatos como fundamento de sua pretensão, defesa ou exceção”. Essa teoria pode ser perfeitamente aplicada, a nosso ver, nas ações de ressarcimento oriundas de práticas anticompetitivas, para se retirar do demandante o peso da produção de determinada prova, o que viabilizaria ainda mais o manejo dessas ações.

Ora, uma concepção rígida do que determina o art. 333 do CPC pode resultar na conclusão de que a demanda deve ser julgada improcedente se o autor não provou o fato constitutivo do seu direito ou procedente se o réu não provou os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, sem qualquer consideração com a dificuldade ou impossibilidade de determinado fato ser provado em juízo por quem detinha o suposto ônus probatório. Esse comportamento pode inviabilizar a tutela jurisdicional, algo que não é almejado.

Assim, é possível invocar também os poderes instrutórios do juiz para verificar a teoria dinâmica da prova nas ações de ressarcimento objeto do presente trabalho. Segundo Daniel Penteado,³⁶ “os poderes instrutórios são espécie do gênero poderes do juiz, os quais não deixam de ser poderes-deveres. Sendo o juiz o agente em que o Estado deposita poderes que o legitimam a realização de seus atos, esses são exercidos como um dever perante as partes, inerente à garantia constitucional do controle jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CF/1988), uma vez que a realização da justiça não é um favor do Estado, mas uma garantia solene de promessa constitucional (acesso à justiça)”.

Sob essa premissa, cita-se o art. 130 do CPC, que indica caber ao juiz, de ofício, ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. O citado dispositivo, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior,³⁷ indica que o juiz “deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para

pesquisar a verdade real e bem instruir a causa”. De tal sorte, verificando o magistrado que exista algum ponto que merece ser esclarecido, para que seu livre convencimento seja devidamente formado, caberá a ele (i) providenciar as diligências cabíveis, ou (ii) determinar à parte competente elucidar o fato. Caso ocorra a segunda opção o juiz nada mais estará fazendo do que atribuindo o ônus para a parte provar determinado fato. E, na primeira hipótese, o juiz estará direcionando o processo para a formação do seu convencimento, conforme disposto na lei. Acima de tudo, acima do ônus da prova, prevalece – novamente – o compromisso com a *verdade real*.

Corroborando com o que fora até aqui apresentado a respeito da distribuição dinâmica do ônus da prova, cita-se a disposição do novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, sobre o tema. O novo diploma processual, em seu art. 357,³⁸ dispôs que deverá o juiz delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, bem como definir a distribuição do ônus da prova, observando-se o art. 373.³⁹ Esse artigo, por sua vez, traz redação similar com a do atual Código de Processo Civil, mas inova ao introduzir o texto contido no § 1.º, quando dispõe que “nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. Além disso, dispõe que “a decisão prevista no § 1.º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

O que se denota, portanto, é que o novo diploma processual cuidou de introduzir expressamente no ordenamento jurídico a ferramenta da distribuição dinâmica da prova, tudo com o intuito máximo de se conseguir melhores julgamentos, já que se terá decisões judiciais mais bem fundamentadas e melhor amparadas com as provas a serem produzidas. Ressalta-se, ainda, que a teoria dinâmica da prova não é uma ferramenta nova apenas a ser introduzida com a promulgação do novo Código de Processo Civil, mas algo que já está ao alcance dos jurisdicionados, dada a exegese possível diante do atual Código de Processo Civil.

Tem-se, assim, tanto na possibilidade de inversão do ônus da prova quanto na distribuição dinâmica do ônus da prova, mecanismos para se conseguir reunir as provas e os elementos de convicção do juiz, para se viabilizar – e conseqüentemente, fomentar – as ações de ressarcimento oriundas de práticas anticompetitivas. Além da existência desses dois mecanismos, não se ignora também a possibilidade de utilização da prova emprestada, enquanto o caminho mais usual para se provar o cometimento do ato ilícito nas ações de ressarcimento dessa natureza, como se passa a expor.

Enfim, quanto à possibilidade de o juiz (iii) solicitar ao Cade e/ou ao eventual juízo criminal o fornecimento de informações e documentos para a formação do livre convencimento do juízo, aponta-se para a possibilidade da utilização do instituto da prova emprestada.

A prova emprestada é assim conceituada por Fredie Didier Jr.,⁴⁰ “é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, depoimento pessoal ou exame pericial, que é transladada para outro processo, por meio de certidão extraída daquele. A prova emprestada ingressa no outro processo sob a forma documental”.⁴¹ Sua validade e eficácia, segundo Eduardo Cambi,⁴² se sujeitam a uma série de requisitos ligados à observância da garantia constitucional do contraditório e ampla defesa.

A utilização de provas emprestadas para fundamentar as ações de ressarcimento oriundas de práticas anticompetitivas foi abordada pela diretiva lançada pela Comissão Europeia, já mencionada anteriormente. A Comissão Europeia, nessa temática, indicou que as citadas

ações de ressarcimento são permeadas por uma assimetria de informações, sendo apropriado garantir aos prejudicados o direito de obterem as provas relevantes para a ação que pretendem em ajuizar, sem que seja necessária a prova de itens específicos da conduta anticompetitiva. Para garantir esse direito, a Comissão Europeia apontou que as Cortes de Justiça de cada Estado Membro revelem eventuais provas que estejam sob sua tutela sobre caso eventualmente ajuizado em outro Estado-Membro, ainda que essas provas estejam sob a tutela da autoridade pública. Ou seja, cuidou a Comissão Europeia de garantir uma completa cooperação entre Estados soberanos para a divulgação de provas e evidências sobre o cometimento do ilícito concorrencial, para fomentar as ações privadas de ressarcimento. Assim, é possível observar que o que se busca na Europa é uma cooperação entre os Estados-Membros, para que as práticas anticompetitivas sejam desencorajadas e que os prejudicados sejam devidamente ressarcidos.

Com essa ideia em mente, o que se defende é que haja também uma cooperação entre o Cade –⁴³ autoridade *antitruste* brasileira – e/ou o juízo criminal com o juízo cível competente para a análise na ação de ressarcimento, para que os dois primeiros deem os subsídios necessários a este último para fundamentar e fomentar as ações de ressarcimento oriundas de práticas anticompetitivas. Com essa cooperação, o lesado ingressaria com a demanda judicial e solicitaria ao juiz que as provas, informações e documentos da conduta anticompetitiva fossem fornecidos pelo Cade e/ou pelo eventual juízo criminal. Analisando-se o pleito, o magistrado determinaria o fornecimento das provas, informações e documentos para subsidiar a demanda contida na ação privada de ressarcimento.

Em termos de operacionalização dessa eventual determinação do magistrado, é preciso fazer uma breve análise do *status quo* do processo em referência, para saber se seria possível, ou não, o atendimento total ou parcial ao que fora solicitado. Isso porque, recebida a ordem judicial, a princípio caberia ao Cade simplesmente cumprir a ordem e fornecer as provas, informações e documentos solicitados. Ocorre que, dependendo da fase em que a investigação se encontra no Cade, o fornecimento desses dados poderia ser extremamente prejudicial para o combate à conduta anticompetitiva. Isso porque, caso fossem solicitadas provas, informações e documentos de casos que ainda não foram julgados no âmbito do Tribunal do Cade e que estejam em plena investigação e/ou apuração, a fim de se evitar prejuízos processuais no trabalho desenvolvido pelo Cade, entende-se que a autoridade *antitruste* poderia informar ao juízo que, no momento, não se poderia revelar o que foi solicitado, pois ainda se estaria em investigação, solicitando eventualmente uma suspensão processual até que se verifique a possibilidade de ceder o que fora solicitado pelo juízo.⁴⁴

Importante mencionar que essa possibilidade de suspensão processual em caso de investigação em andamento no âmbito da autoridade antitruste, com a não divulgação – temporária – de determinadas provas, informações e documentos, não seria um comportamento inovador. Nos Estados Unidos, por exemplo, existe a figura do *stay*, que significa uma paralização do processo enquanto algo que está a ele relacionado é concluído.⁴⁵ Geralmente, o *stay* é solicitado pelo Departamento de Justiça (DOJ) – órgão investigador antitruste – ou por quem está sendo demandado, e as Cortes de Justiça Norte Americanas têm, nesse contexto, a discricionariedade de utilizar o *stay*, avaliando o interesse público na revelação de determinadas provas e informações.

Essa experiência norte-americana foi apresentada, inclusive, no 20.º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, organizado pelo Ibrac em 2014, quando o Subprocurador de Justiça, da Divisão *Antitruste* do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, Brent Snyder, apresentou painel indicando que a figura do *stay* é temporária e utilizada por um período de no máximo 1 ano.⁴⁶ Isso indica que, quando as informações e

provas são solicitadas para o DOJ, em um momento em que não se poderia revelar tais provas/informações, este solicita uma paralisação do processo judicial e tal paralisação não supera o período de 1 (um) ano. Essa suspensão processual em caso de investigação em andamento, portanto, deve cumprir a estrita função de garantir a persecução da conduta anticompetitiva, de modo que, logo em seguida, deve dar azo à divulgação das provas, documentos e informações a fim de subsidiar as ações privadas de ressarcimento em análise no juízo cível.

A Comissão Europeia também já se debruçou sobre esse tema, e consignou na diretiva supramencionada que os Tribunais de Justiça de cada Estado-Membro deverão dispor de um conjunto de medidas para proteger as informações comerciais sensíveis dos demandados – sem impedir as ações de ressarcimento. A Comissão Europeia indicou algumas medidas disponíveis para a proteção dos dados, como por exemplo, (i) a possibilidade de ocultar partes sensíveis de documentos e não relevantes para o caso ajuizado; (ii) conduzir audiências “à porta fechada”; (iii) restringir o número de pessoas autorizadas a ver os elementos de prova; e (iv) instruir os peritos no sentido de apresentarem resumos das informações de forma agregada ou de outra forma não confidencial. Nesse sentido, a conclusão da Comissão Europeia sobre o tema é que, apesar dos cuidados que se deve ter com as informações confidenciais, não se pode impedir o exercício do direito à reparação, em razão da proteção dos dados. Ou seja, em uma análise do que tem maior “peso na balança”, ou do que possui maior *valor* a ser protegido, na relação *a priori* dicotômica entre a ação de indenização vs. a proteção dos dados do demandado, a Comissão Europeia entende que primeira – ou seja, a ação privada de ressarcimento – deve ser mais defendida do que a segunda – ou seja, a proteção dos dados da empresa à qual é imputada a conduta anticompetitiva. Assim, a Comissão Europeia sugere que se deve proteger mais o direito de quem fora prejudicado pela conduta anticompetitiva do que os dados da empresa que, supostamente, cometeu o ato ilícito.⁴⁷

Diante de todo o exposto, e com base na experiência exitosa internacional, defende-se neste trabalho a possibilidade de, no Brasil, se utilizar o método da suspensão processual quando o pedido de divulgação de informações pelo Cade tiver a capacidade de prejudicar a investigação em curso na autoridade *antitruste* ou, eventualmente, prejudicar o demandado com a exposição de informações comerciais sensíveis. Assim, caso o juízo cível solicite provas, informações e documentos ao Cade e esse não possa – temporariamente – atender, pois isso significaria prejudicar a investigação, sugere-se que o processo judicial fique suspenso até que o Cade possa encaminhar as provas necessárias para o prosseguimento da ação de ressarcimento, a fim de, com isso, impossibilitar definitivamente o julgamento e o eventual ressarcimento dos prejudicados pela conduta anticompetitiva.

A possibilidade de suspensão do processo no juízo cível,⁴⁸ conforme exposto acima, pode ocorrer, quando se tratar de revelar as provas, informações e documentos de processo judicial que tramite em juízo criminal, para a apuração de conduta anticompetitiva.

O que é importante destacar na utilização da prova emprestada, seja ela oriunda de um processo administrativo ou de um processo judicial, é a necessidade de que ela tenha sido produzida respeitando-se o princípio do contraditório e da ampla defesa, para que a prova emprestada tenha validade noutra juízo para o qual será transladada. Entende-se que não é necessário que todas as partes envolvidas na ação de ressarcimento aqui indicada tenham necessariamente participado do processo donde se buscou a prova, mas apenas a parte contra a qual a prova será produzida.⁴⁹

Em conclusão, propõe-se no presente trabalho que, verificando-se as condições do caso concreto, o juiz pode (i) determinar a inversão do ônus da prova; (ii) aplicar a teoria da

distribuição dinâmica da prova; (iii) solicitar ao Cade e/ou ao juízo criminal o fornecimento de informações para a formação do livre convencimento do juízo. Ainda, em relação à prova emprestada, solicitada pelo magistrado na justiça cível ao Cade e/ou ao juízo criminal, cabe destacar a possibilidade de se sobrestar temporariamente o processo no caso de o fornecimento de alguma prova, informação e documentos prejudicar a investigação em curso.

Essas medidas ajudarão o demandante a provar o cometimento do ato ilícito consistente em conduta anticoncorrencial, restando ainda a sua incumbência de provar a existência do dano (seja moral ou material), e o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano sofrido. Assim, sustenta-se no presente trabalho que a utilização dessas ferramentas trará boas possibilidades para que os prejudicados pela conduta anticompetitiva consigam provar o cometimento do ato ilícito, permitindo que avancem com a sua ação de ressarcimento.

III.2. A prova do dano decorrente do ilícito concorrencial

Superada a primeira dificuldade na obtenção das provas do ilícito concorrencial em sede de uma ação privada de ressarcimento (qual seja: como o demandante conseguirá provar o cometimento em si do ato ilícito), passa-se então para a segunda dificuldade: como será possível provar o dano sofrido pela conduta anticoncorrencial?

O *dano* é o prejuízo causado pelo agente,⁵⁰ e sem a demonstração do dano não se tem a responsabilização do agente, dado que a caracterização do dano é elemento indispensável à responsabilização.⁵¹ Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”.⁵² Percebe-se assim que a prova do dano é elemento essencial para o ajuizamento da ação de ressarcimento oriunda de conduta anticompetitiva.

Como se sabe, o dano pode ser material – de ordem patrimonial – ou moral, sendo o dano material dividido entre danos emergentes (ou seja, aquilo que efetivamente perdeu) e lucros cessantes (ou seja, aquilo que se deixou de ganhar, ou seja, o reflexo futuro do ato sobre o patrimônio da vítima).⁵³ Assim, a compensação desses danos sofridos se dá, basicamente, da seguinte maneira: em relação ao dano material, se indeniza pelo equivalente ao que se perdeu ou aquilo que deixou de ganhar (danos emergentes e lucros cessantes), e em relação ao dano moral, o ressarcimento objetiva não falir o agente e não fazer da compensação financeira uma fonte de enriquecimento da vítima. Ciente disso e das peculiaridades de cada caso quanto à apuração de dano moral, não será tratado no presente trabalho a prova da existência, ou não, do dano moral nas ações de ressarcimento oriundas de condutas anticompetitivas, de modo que se aterá à prova do dano material, como se passa a expor.

Pois bem, como apontado anteriormente, o dano material pode ser tanto aquilo que efetivamente se perdeu (danos emergentes), quanto aquilo que se deixou de ganhar (lucros cessantes). Com isso em mente, é de se imaginar que aquilo que efetivamente se perdeu deve ser mais simples provar. Para tanto, apresentamos um exemplo de uma das mais variadas possibilidades de se os danos emergentes diante de uma conduta anticompetitiva.

Imagina-se um caso de cartel clássico, em que, após a condenação do Cade, se verifique que determinada empresa praticou um sobre preço de 10% a 20%, em média, durante o ano de 2013, na venda dos seus produtos. A vítima, munida dos comprovantes de compra

do produto afetado pelo cartel praticado, conseguirá provar a existência do dano. Isso não quer dizer, porém, que necessariamente estará demonstrada a quantificação do dano, pois, nos termos de Aguiar Dias, “o que o prejudicado deve provar, na ação, é o dano, sem consideração do *quatum*, que é matéria da liquidação”.⁵⁴ O *quantum* do dano emergente, portanto, é matéria a ser analisada pelo juiz na execução, e não na análise do mérito da ação de ressarcimento.

Por sua vez, em relação aos lucros cessantes (ou seja, àquilo que se deixou de ganhar), podemos citar a hipótese, por exemplo, de dano decorrente de um cartel em licitação, mais precisamente da ação denominada de “estratégia de bloqueio em pregão presencial”.⁵⁵ Essa estratégia, em linhas gerais funciona da seguinte forma: na 1.^a fase do certame, três empresas ofertam propostas em valor tal que permite impedir ou dificultar que outros licitantes não alinhados sejam classificados para a fase de lances verbais – 2.^a fase. Caso seja bem-sucedidas nessa fase, apenas as 03 empresas combinadas ingressarão sozinhas na fase de lances verbais, bloqueando assim a entrada de concorrentes. E, é nesse momento, que se vislumbra o prejuízo não só para a Administração Pública, mas para os outros licitantes, que ficaram impedidos ou no mínimo dificultados de disputar o certame. Assim, verificando-se a vitória do cartelista na licitação, aquele que ficou impedido de participar dos lances poderá eventualmente provar que conseguiria superar a oferta do cartelista e demonstrar, com isso, que deixou de ganhar a licitação por conta da estratégia de bloqueio praticada pelas empresas em conluio na licitação, o que lhe provocou prejuízos e que lhe caberia o direito de ser indenizada.

Essa definição e a existência da conduta de bloqueio em pregão presencial já foi constatada pelo Cade, por exemplo, quando do Processo Administrativo 08012.003931/2005-55, vide Nota Técnica 190, da Superintendência-Geral do Cade (“cartel das ambulâncias”). Nesse caso, para se provar a existência dos lucros cessantes, bastaria à empresa impedida de participar da fase de lances verbais demonstrar e provar que seria capaz de oferecer o mesmo serviço ou produto que o cartelista por um preço menor, mas que foi impedida de fazê-lo pela conduta anticompetitiva. Mais uma vez, não se prova a quantificação do dano – pois isso seria objeto de discussão da fase de execução –, mas simplesmente a existência do dano.

Em que pese os argumentos apresentados em termos de comprovação dos danos emergentes e dos lucros cessantes, uma teoria usualmente levantada pela defesa, indicando a não existência do dano é a da “repercussão do dano” (*passing on defense*).⁵⁶⁻⁵⁷ Essa tese, de forma sintetizada, indica que um intermediário na cadeia de consumo não é legítimo para propor a ação de ressarcimento aqui tratada, pois repassou para o consumidor final os efeitos do cartel; ou, em outra vertente, que o consumidor final não é legítimo, pois o suposto dano teria sido suportado pelo intermediário da cadeia de consumo, não atingindo os consumidores finais.

Com isso em mente, far-se-á uma análise do ônus da prova sobre essa tese. Para esclarecer melhor o ônus da prova quanto a esse ponto, vamos imaginar o seguinte cenário: temos um grupo de fabricantes, alguns distribuidores dos produtos fabricados e os consumidores finais dos produtos. Nessa cadeia comercial simples se estabeleceu um cartel entre fabricantes, elevando-se o preço do produto fabricado.

À guisa do que dispõe a Lei 12.529, qualquer lesado pode ingressar com uma ação contra aqueles que infringiram a ordem econômica. No caso acima citado, tanto os distribuidores (i) quanto os consumidores (ii) podem ajuizar ações em face dos fabricantes, bem como poderão existir demandas dos consumidores em face dos distribuidores (iii).

Na hipótese de ação privada de ressarcimento decorrente de conduta anticoncorrencial ajuizada pelos distribuidores em face dos fabricantes (i), é comum que esses indiquem que

o distribuidor agregou o sobrepreço ao preço revendido pelo consumidor final (ou seja, repercutiu o dano), o que demonstraria não existir dano ao distribuidor, por ele não ter arcado com o aumento imposto pela conduta anticoncorrencial.

Em sentido próximo ao que consta em nossa legislação, sobre a impossibilidade de se indenizar quem não sofreu dano, a Comissão Europeia, em 2008, quando da edição do Livro Branco, propôs que caso o sobrepreço tenha realmente sido repassado ao consumidor final, não se poderia falar em dano ao distribuir, pois caso assim o fizesse, se estaria proporcionando um enriquecimento sem causa, já que o dano não foi por ele suportado. Quanto ao ônus da prova sobre esse tema, a Comissão Europeia indicou que, caso o fabricante alegasse a repercussão do dano, deve ele provar a sua alegação.

Reforçando essa posição, na diretiva lançada recentemente em 2014, a Comissão Europeia voltou a afirmar que o ônus de prova é de quem alega a existência do repasse do sobrepreço, de modo que, caso o fabricante utilize tal tese de defesa, caberá a ele, fabricante, demonstrar que o distribuidor procedeu com o repasse do sobrepreço e que não arcou com tal dano por si só.⁵⁸ A Comissão Europeia entendeu ainda que é possível que o Poder Judiciário tenha autonomia para estimar os valores que foram repassados aos consumidores, para que não haja um dever de indenização injusto ao demandado. Há limites, portanto, para a utilização da *passing on defense*.

No mesmo sentido do que fora consignado pela Comissão Europeia, tanto em 2008 quanto em 2014, entende-se que a utilização da *passing on defense*, no Brasil, gera ao demandado o ônus de provar que, de fato, tal conduta ocorreu. Isso porque se trata de uma hipótese de fato extintivo ou modificativo do direito do demandante (distribuidor), na medida em que se demonstraria a inexistência do dano.

No caso de o distribuidor não ter repassado o sobrepreço aos consumidores, será mais fácil a constatação de que ele fará jus ao recebimento do ressarcimento, pois arcou com o prejuízo da conduta ilícita dos fabricantes. Nesses casos, o ônus da prova da existência, ou não, do repasse do sobrepreço, é das partes que compõem o processo, tanto do demandante, quanto do demandado, demonstrando-se a extensão do dano que contabilmente suportou e a extensão do que fora suportado, em relação ao aumento injustificado do preço ao consumidor final.

Ainda que existente, portanto, o argumento de defesa da *passing on defense*, sustenta-se no presente trabalho de que é cabível ainda assim ao distribuidor a demonstração da existência de um dano, qual seja, a possibilidade de demonstrar uma queda vertiginosa nas vendas, em razão do aumento injustificado de preço resultado do cartel. Sob esse prisma, o ônus dessa prova deve ser do distribuidor, por exemplo, mediante análise cautelosa do fluxo de vendas e/ou de outras demonstrações contábeis da empresa prejudicada, excluindo outras variáveis a explicar a queda de vendas.

Na hipótese de o consumidor ajuizar a ação em face do fabricante (ii), tem-se a possibilidade de uma situação inusitada – e por vezes até contraditória –, na medida em que o fabricante poderá alegar que não ocorreu a *passing on defense*, para indicar que o consumidor não tem direito a ressarcimento algum. Isso porque, caso o distribuidor não tenha repassado o sobrepreço, não há que se falar em dano ao consumidor final. Do mesmo modo, o ônus de provar da existência, ou não, da *passing on defense* é do fabricante.

Esse mesmo raciocínio acompanha os casos em que o consumidor ajuizar a ação de ressarcimento em face do distribuidor (iii). Entende-se que o ônus da prova da existência, ou não, da *passing on defense*, é do demandado (distribuidor), pois cabe ao distribuidor provar que não repassou o aumento do preço, em razão do cartel, ao consumidor e que

suportou sozinho esse aumento, desconstituindo o direito alegado pelo consumidor. Isso, contudo, não exige o consumidor em provar a existência do dano por ele suportado.

No entanto, nessa hipótese da ação movida pelo consumidor em face do distribuidor, em que se constate que o distribuidor repercutiu o dano, ou seja, repassou o sobrepreço total ou parcialmente ao consumidor final, há um aspecto interessante a ser indicado, qual seja: a impossibilidade de o distribuidor denunciar o fabricante à lide. O Código de Defesa do Consumidor – CDC –, dispõe no art. 88,⁵⁹ que é vedada a denúncia à lide, quando se tratar das hipóteses do art. 13, parágrafo único, do CDC.⁶⁰ A vedação da denúncia à lide existe para se evitar que a tutela jurídica processual dos consumidores pudesse ser retardada e também porque, por via de regra, a dedução dessa lide incidental será feita com a invocação de uma causa de pedir distinta.⁶¹ Desta feita, caso o distribuidor responda integralmente pelo dano causado ao consumidor, terá ele (distribuidor) a possibilidade de intentar uma ação de regresso em face do fabricante, para reaver o que fora dispendido no processo movido pelo consumidor.

Argumenta-se, assim, no presente trabalho, que no caso de uma ação ajuizada pelo consumidor final, o ônus de prova sobre a existência, ou não, do repasse do sobrepreço deve recair sobre o demandado, seja ele o distribuidor e/ou o fabricante. Entende-se que colocar apenas sobre o demandante o ônus de provar a existência do custo adicional como consequência da infração pode se revelar um fardo pesado demais e, por isso, não se viabilizar o manejo das ações privadas de ressarcimento.

Existem, portanto, formas de se provar a existência de danos em decorrência das atividades anticompetitivas, sobrepondo-se, assim, à segunda dificuldade para a demonstração do dano na ação de ressarcimento apresentada neste trabalho, restando apenas à necessidade de provar a existência do nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

III.3. A prova do nexo causal entre o ilícito concorrencial e o dano

Superadas então a primeira e a segunda dificuldades na obtenção das provas do ilícito concorrencial em sede de uma ação privada de ressarcimento, quais sejam: como o demandante conseguirá provar o cometimento em si do ato ilícito e como será possível provar o dano sofrido pela conduta anticoncorrencial, passa-se então para a terceira dificuldade: como é que se provará o nexo entre a conduta anticompetitiva ilícita e o dano sofrido?

O nexo de causalidade é o vínculo entre a conduta do agente e o resultado danoso à vítima. Desse modo, não basta provar a existência do ato ilícito, nem mesmo a existência do dano sofrido pela vítima, para a configuração da responsabilidade civil. É preciso, ainda, provar a existência de uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado.⁶²

Conforme explanado por *Stoco*, é possível que se tenha um só dano atribuído a várias causas ou, ainda, vários danos de diversas naturezas ligados a um só fato ou a fatos diversos, sem se poder saber quais seriam os danos que foram determinados por cada fato.⁶³ Independentemente dessa quantidade de danos ou de fatos, é necessário provar, portanto, um elo entre a conduta do agente e o prejuízo da vítima.

Considerando que, na responsabilidade civil, o nexo de causalidade exsurge como uma questão fática a ser solucionada pelo julgador, caberá ao juiz, na análise de cada caso, sopesar as provas, interpretá-las e estabelecer se há, ou não, violação do direito alegado, cujo resultado seja danoso e se existe nexo causal entre o comportamento e o dano.⁶⁴ Por ser questão fática a ser analisada pelo julgador, não cabe, então, ao presente trabalho

avançar com tanta profundidade nessa terceira dificuldade. De todo modo, aponta-se que o demandante deve, no que compete ao seu ônus probatório, demonstrar o liame entre o evento supostamente danosos (existência de conduta anticompetitiva) e o dano propriamente dito (seja moral ou material [danos emergentes e lucros cessantes]). Ao demandado cabe, no que tange aonexo de causalidade, desconstituir esse liame, ou seja, desconstituir o que integra a suposta conduta e o suposto dano.

Com base no exemplo anteriormente dado, quando estipulamos a existência de um cartel instituído pelos fabricantes, o dever dos distribuidores e dos consumidores é colecionar provas capazes de determinar um liame entre os danos suportados com o cartel praticado. Ou seja, o distribuidor e o consumidor devem demonstrar que o sobrepreço do produto foi decorrente da instituição do cartel. O que se quer dizer com isso é a necessidade de o distribuidor provar que de todas as possíveis variáveis para o aumento do preço, apenas o cartel justificaria o aumento percebido ou no mínimo que essa é a razão mais razoável e plausível para o aumento de preços por ele arcado. Desta feita, consegue-se determinar o liame entre o ato ilícito e o dano. Ao demandado cabe desconstituir o liame estabelecido, provando que outros fatores ensejaram o aumento do preço, ou mesmo que a conduta anticompetitiva sequer aconteceu.

A configuração do nexode causalidade, porém, em casos de condutas anticompetitivas, pode ser uma tarefa extremamente complexa. O que não se pode perder de vista é que o julgador é o destinatário das provas, é ele quem irá analisar o conjunto probatório e interpretar o que consta nos autos, verificando, ou não, a existência do liame. Para tanto, é possível que o julgador se utilize de critério subjetivo para configurar o liame apontado pelo demandante entre o ato ilícito e o dano. No caso de uma eventual perícia inconclusiva, mas sugestiva, o magistrado poderá, pela verossimilhança, indicar que restou provado do nexode causalidade entre o ato ilícito e o dano suscitado.

Uma vez superada a discussão sobre a demonstração de todos os elementos da responsabilidade civil (ato ilícito, dano e nexode causalidade entre o ato ilícito e o dano), passa-se então a analisar brevemente um possível novo fator a auxiliar os lesados das condutas anticompetitivas nos processos judiciais, qual seja: a inclusão do *amicus curiae*, no novo Código de Processo Civil.

IV. Um possível novo fator processual na ação privada de ressarcimento derivada de condutas anticoncorrenciais (Amicus Curiae – novo Código de Processo Civil)

Um possível novo fator processual para a ação privada de ressarcimento derivada de conduta anticoncorrencial foi introduzido no novo Código de Processo Civil (CPC), Lei 13.105, que traz uma disposição que poderá ser de grande relevância para essas ações: a interferência de um *amicus curiae* no processo.

Nos dias atuais não existe disposição legal expressa permitindo a interferência de *amicus curiae*, algo que, no entanto, pode ser entendido implicitamente pela leitura dos arts. 339⁶⁵ e 341⁶⁶ do atual CPC. No Brasil, o *amicus curiae* passou a ser utilizado no STF e nos tribunais estaduais em casos que versem sobre (i) atos legislativos referentes a legislações produzidas pelos Governos Estaduais, conforme art. 59 da Constituição; e (ii) medidas provisórias e atos administrativo-normativos que instituem direitos e obrigações, ameaçadoras de lesão ou violentadoras dos direitos humanos fundamentais: civis, políticos, econômicos, sociais ou culturais positivados e garantidos pela Constituição Federal ou pelas estaduais, assim como pelos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos.⁶⁷ É então um instituto utilizado no Brasil com escopo de controle de constitucionalidade.

O *amicus curiae* é uma figura utilizada na Suprema Corte Norte Americana, cujo objetivo é a proteção de direitos coletivos, oriundos de um grupo identificado, ou de direitos difusos, oriundo da sociedade em geral. Esse instituto pode ajudar os julgadores, chamando-lhes a atenção para um determinado aspecto que por ventura não esteja sendo observado. O *amicus curiae*, então, não é parte no processo, mas apenas um “ajudante” do magistrado.

O novo diploma processual deixa explícito, nesse contexto, a figura do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro, dedicando um capítulo específico sobre o tema. No novo CPC, o art. 138⁶⁸ indica que o juiz, por decisão irrecorrível, poderá solicitar a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada. Com a redação dada pelo novo CPC, portanto, acreditamos que o *amicus curiae* pode exercer a função que exerce nos Estados Unidos, qual seja: a de proteger direitos difusos. E, nesse contexto, entende-se que o Cade poderá figurar como *amicus curiae* nas ações privadas de ressarcimento oriundas de condutas anticompetitivas. Para tanto, é importante ter em mente o disposto nos arts. 1.º, parágrafo único,⁶⁹ e 3.º,⁷⁰ da Lei 12.529/2011, que indicam que o Cade compõe o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, bem como que a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 12.529/2011.

Assim, no que tange ao tema do presente trabalho, pela nova redação do CPC, acredita-se ser explícito que o lesado pela conduta anticompetitiva, bem como o próprio magistrado, poderão solicitar a inclusão do Cade no processo, para figurar como *amicus curiae*, auxiliando o Poder Judiciário contribuindo com aspectos técnicos atinentes à matéria.

O Cade, como *amicus curiae*, poderá auxiliar o juízo com pareceres técnicos e/ou econômicos sobre a questão posta em debate, bem como eventualmente o fornecimento de provas, informações e documentos que estariam sob a posse do Cade, para que o juízo pudesse julgar de maneira mais apropriada o tema. O Cade não exerceria função de órgão determinante para o desfecho da ação, mas seria um auxiliar do juízo, que teria na autoridade *antitruste* um suporte técnico melhor ao proferir a decisão sobre a ação privada de ressarcimento decorrente da conduta anticompetitiva.

Tomando como exemplo o hipotético cartel formulado por fabricantes, citado anteriormente, eventual participação do Cade poderia auxiliar o magistrado na demonstração com maior precisão à ocorrência, ou não, do cartel, bem como da eventual repercussão econômica da conduta anticompetitiva no preço e o dano causado ao mercado. Essa participação seria de extrema valia para se ter uma decisão judicial tecnicamente bem proferida.

V. Conclusão

A ação de ressarcimento oriunda de conduta anticompetitiva é uma importante ferramenta para dissuasão da prática de cartel e de outras condutas anticompetitivas, uma vez que se insere na equação dos benefícios a serem conquistados como um fator de elevação do risco da conduta, já que o número de ações privadas de ressarcimento pelos danos causados é incalculável, aumentando sobremaneira o risco da prática da conduta anticompetitiva.

No Brasil, o ônus da prova é regido pelo art. 333, do CPC, que determina ser incumbência do autor provar os fatos constitutivos do seu direito e do réu os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor. Ocorre que, caso se aplique a regra de maneira literal, o ônus da prova poderá ser um fardo insuperável para quem foi prejudicado pela conduta anticompetitiva, e isso pode acabar por blindar o ajuizamento das ações privadas de ressarcimento decorrentes dessas condutas contra a ordem

econômica. Existem, porém, ferramentas capazes de distribuir de forma mais equilibrada o ônus da prova, sem ferir os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Quanto à prova do ato ilícito concorrencial, propôs-se, no presente trabalho, a possibilidade de o juiz (i) determinar a inversão do ônus da prova; (ii) aplicar a teoria da distribuição dinâmica da prova, em especial diante do novo Código de Processo Civil; (iii) solicitar ao Cade o fornecimento de informações para a formação do livre convencimento do juízo, utilizando-se de prova emprestada – inclusive com a possibilidade de suspensão processual temporária (inspirada no instituto norte-americano do *stay*). Com estas proposições, entende-se que a vítima do cartel e de outras condutas anticompetitivas passa a ter condições seguras de buscar no Judiciário a reparação do dano causado por aquele que praticou o ilícito e, como consequência, a dissuadir as práticas anticoncorrenciais.

Quanto à prova do dano decorrente do ilícito concorrencial, foi abordada a necessidade de prova da existência do dano, seja ele moral ou material, compreendendo-se os danos emergentes e os lucros cessantes. Apontou-se que o prejudicado deve provar, na ação, apenas o dano, sem a consideração do *quantum*, que é matéria a ser analisada pelo juiz na execução, e não na análise do mérito da ação de ressarcimento. Discutiu-se, também, alternativas para o autor da ação diante de uma alegação de defesa consistente no argumento da repercussão do dano (*passing on defense*).

Ainda, quanto à prova do nexo de causalidade entre a conduta anticompetitiva ilícita e o dano sofrido, indicou-se tratar de seara factual demonstrada caso a caso.

Além disso, citou-se também a possibilidade de no futuro próximo, com a entrada do novo Código de Processo Civil, da inclusão da figura do *amicus curiae* no processo em que se demanda o ressarcimento do dano, como ferramenta legal para auxiliar o juiz no curso da demanda. Com isso, acredita-se que o Cade poderá ter atuação mais presente no Judiciário, auxiliando o Poder Judiciário contribuindo com pareceres técnicos e/ou econômicos e ajudando na coibição de futuras práticas anticompetitivas.

Sabe-se, por fim, que o ônus da prova não é o único desafio para o ajuizamento de ações privadas de ressarcimento decorrentes de condutas anticompetitivas, além de outros, cita-se a prescrição⁷¹ e a quantificação dos danos, que requer geralmente uma análise dos fatos e econômica complexa e surge como fator a dificultar o ajuizamento das ações de ressarcimento, tema a ser devidamente abordado em outro trabalho.

VI. Referências bibliográficas

AGUIAR, Dias. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. vol. 1.

BENTHAM, Jeremias. *Tratado de Las Pruebas Judiciales, sacado de los manuscritos de Jeremias Bentham*, jurisconsulto inglês, por Esteban Dumont, abogado de los Reales Tribunais, t. I. Madrid: Suprenta de Don Tomas Jordam, 1835.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988.

_____. Lei 5.869, de 11.01.1973.

_____. Lei 8.078, de 11.09.1990.

_____. Lei 10.406, de 10.01.2002.

_____. Lei 12.529, de 30.11.2011.

_____. Lei 13.105, de 16.03.2015.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Teoria geral do processo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COMISSÃO EUROPEIA. *Proposal for a 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*. 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A inversão do ônus da prova no projeto do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010). A prova no direito processual civil – Estudos em homenagem ao Prof. João Batista Lopes*. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de (coord.). São Paulo: Verbatim, 2013.

CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014.

CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil – Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

SERGIO FILHO, Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae, direito e ação afirmativa*. *Revista Jurídica*. vol. 7. n. 76. Brasília, dez. 2005 a jan. 2006.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil – Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios. Arts. 927 a 965*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. XIII.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. I.

Pesquisas do Editorial

- DIRETRIZES PARA UMA POLÍTICA CORPORATIVA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, de Fernando Marcato - RIBRAC 19/2011/369
- CARTÉIS INTERNACIONAIS E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL, de

Bernardo Becker Fontana - RIBRAC 20/2011/137

- A NOVA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: PERSPECTIVAS E DESAFIOS - COMENTÁRIOS À LEI 12.529/2011, de José Antonio Batista de Moura Ziebarth - RIBRAC 20/2011/471
- CONDUTA ANTICOMPETITIVA: A NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO ENTRE TUTELA REPARATÓRIA E TÉCNICA PROCESSUAL, de Adriano Camargo Gomes - RIBRAC 21/2012/15
- A PROVA DO DANO NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO CONCORRENCIAL, de Marina Sampaio Galvani - RIBRAC 26/2014/135

NOTAS DE RODAPÉ

1.

BENTHAM, Jeremias. *Tratado de Las Pruebas Judiciales, sacado de los manuscritos de Jeremias Bentham*, jurisconsulto inglês, por Esteban Dumont, abogado de los Reales Tribunais, t. I. Madrid: Suprenta de Don Tomas Jordam, 1835. p. 15. Tradução livre: “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de produzir as provas.”

2.

Segundo André Franco Montoro, “só é justiça propriamente dita a relação que tem por objeto dar a outrem, o que lhe é devido, segundo uma igualdade”. MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 129 e 130.

3.

“Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei 8.078, de 11.09.1990, 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.”

4.

Sobre “direito subjetivo”, Savigny escreveu que: “O direito considerado na vida real, envolvendo e penetrando por todos os lados nosso ser, nos aparece como um poder do indivíduo. Nos limites

desse poder, reina a vontade do indivíduo, e reina com o consentimento de todos. A tal poder ou faculdade nós chamamos ‘direito’, e alguns, ‘direito em sentido subjetivo’”. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual*, § IV, vol. 1, p. 25. E, segundo André Franco Montoro, é “a ele [*direito subjetivo*] que nos referimos quando dizemos que o locador tem o ‘direito’ de receber o aluguel, que o Estado tem ‘direito’ de desapropriar imóveis ou cobrar impostos, que o sindicato tem o ‘direito’ de representar a respectiva categoria profissional, que o cidadão tem o ‘direito’ de votar, que todo homem tem ‘direito’ à vida, à liberdade, à propriedade etc.”. MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 438. Logo, quando nos referimos a um direito *lato sensu*, como os enumerados pelo autor retro citado, estamos a nos referir ao *direito subjetivo* conceituado por Savigny e cujo *direito* deve ser protegido pelo Estado.

5.

Para Humberto Theodoro Júnior, é “impossível a vida em sociedade sem uma normatização do comportamento humano. Daí surge o direito como conjunto das normas gerais e positivas, disciplinadoras da vida social”. Mas, conforme bem dito pelo citado autor, não basta que se elabore ou trace as normas de conduta, é preciso que a observância das normas jurídicas seja obrigatória, cabendo ao Estado o papel de garantir a imposição do comando da norma por ele elaborada. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. I, p. 1.

6.

Para André Franco Montoro, o método pelo qual o Estado garante a justiça é o processo, que acaba por receber diversas denominações, como processo civil, penal, trabalhista, administrativo etc., conforme o ramo do direito material perante o qual se instaurou o conflito de interesses. MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed., São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 129 e 130.

7.

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

8.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 237.

9.

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados.”

10.

O que chama atenção para o fato de o legislador ter indicado que uma infração à ordem econômica deve ser vista independentemente da existência de culpa é que analisar a existência do elemento *culpa*, estrito senso, por vezes não soluciona todas as hipóteses surgidas. Isso porque é muito difícil apurar, no caso concreto, a existência do *dolo* ou definir que a ação ou omissão fora revestida de *imprudência*, *negligência* ou *imperícia*.

11.

Sob a perspectiva gramatical, prova pode ser definida como “1. aquilo que demonstra que uma afirmação ou um fato são verdadeiros; evidência, comprovação; 2. Ato que dá uma demonstração cabal de (afeto, fidelidade, felicidade etc.); manifestação, sinal (...)”. HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2320.

12.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil – Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 19.

13.

Idem, *ibidem*.

14.

ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. 16. ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Foren-se, 2014. p. 219.

15.

CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 29-30.

16.

“Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Os arts. 332 a 341 cuidam das disposições gerais sobre a produção de provas no processo judicial. Desses artigos, chama-se a atenção para a distribuição do ônus da prova, matéria regulada pelo art. 333. Além disso, cuidou o diploma processual em dividir os possíveis meios de provas que podem ser produzidos no processo, sendo eles: (i) depoimento pessoal [arts. 342 a 347]; (ii) confissão [arts. 348 a 354]; (iii) exibição de documento ou coisa [arts. 355 a 363]; (iv) documental [arts. 364 a 389; e 396 a 399]; (v) testemunhal [arts. 400 a 419]; e (vi) pericial [arts. 420 a 439], ressaltando-se ainda a possibilidade de outros meios legais de obtenção de provas, desde que moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código.

17.

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

18.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A inversão do ônus da prova no projeto do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010). A prova no direito processual civil – Estudos em homenagem ao Prof. João Batista Lopes*. In: NETO, Olavo de Oliveira (coord.). São Paulo: Verbatim, 2013. p. 120.

19.

CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 161.

20.

Seguindo as lições Cassio Scarpinella Bueno, o *fato constitutivo* do direito do autor seria o suporte fático da pretensão do autor, ou seja, “*é extraído da causa de pedir*”. BUENO, Cassio Scarpinella. *A inversão do ônus da prova no projeto do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010). A prova no direito processual civil – Estudos em homenagem ao Prof. João Batista Lopes*. OLIVEIRA NETO, Olavo de (coord.). São Paulo: Verbatim, 2013. p. 120.

21.

Seguindo as lições Cassio Scarpinella Bueno, para o réu restam os fatos *novos* que se pode alegar em “detrimento da posição jurídica sustentada pelo autor (...)”. BUENO, Cassio Scarpinella. *A inversão do ônus da prova no Projeto do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010). A prova no direito processual civil – Estudos em homenagem ao Prof. João Batista Lopes*. OLIVEIRA NETO, Olavo de (coord.). São Paulo: Verbatim, 2013. p. 120.

22.

Idem, *ibidem*.

23.

CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 149.

24.

A convenção das partes sobre a produção de provas, pode advir, por exemplo, de disposições contratuais. No entanto, a convenção encontra as barreiras dispostas no parágrafo único do art. 333 do CPC.

“Art. 333. O ônus da prova incumbe: (...)

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

25.

Esses são os pilares básicos para qualquer ação de ressarcimento civil. Isso porque, conforme se denota da leitura do art. 927 do CC, “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, o primeiro elemento para o ajuizamento da ação de ressarcimento é a existência do *ato ilícito*. O ato ilícito é, nas palavras de Silvio Venosa “ato contra o direito” e que “pode constituir-se de ato único, ou de série de atos, ou de conduta ilícita”. Após a verificação da existência do ato ilícito, no direito civil, cabe verificar a existência de um dano. Isso porque nesse ramo do direito a verificação do ato ilícito só interessa na medida em que exista um dano a ser indenizado, “quando se fala da existência de ato ilícito no campo privado, o que se tem em vista é exclusivamente a reparação do dano, a recomposição patrimonial”. E, por fim, para formar o “tripé” (ato ilícito; dano e nexo de causalidade) necessário para se ter uma reparação

civil, é preciso constituir a ligação de causalidade entre a conduta ilícita e o dano suportado. Caso falte quaisquer desses elementos, não há que se falar em indenização.

26.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil – Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios. Arts. 927 a 965*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. XIII, p. 51.

27.

COMISSÃO EUROPEIA. *Proposal for a 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*. 2013. Lançada em 2013, a diretiva se tornou lei no dia 26.11.2014, e os Estados-Membros terão dois anos para implementar as propostas a suas legislações nacionais. COMISSÃO EUROPEIA. *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*. 2014. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/damages_directive_final_en.pdf]. Acesso em: 25.01.2015.

28.

Segundo a proposta aprovada em 2013, “assegurar que as vítimas de infrações às regras de concorrência da UE possam obter uma reparação integral pelos danos sofridos” é o segundo objetivo da diretiva elaborada pela COMISSÃO EUROPEIA. *Proposal for a 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*. 2013.

29.

CF/1988, art. 5.º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

30.

CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 170.

31.

Nota de instauração do Processo Administrativo 08700.004617/2013-41. Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/nt%20n%c2%ba%20081_pa%20n%c2%ba%2008700%20004617%202013-41_instaura%c3%a7%c3%a3o%20de%20pa.pdf]. Acesso em: 05.01.2014.

32.

COMISSÃO EUROPEIA. *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*. 2014. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/damages_directive_final_en.pdf]. Acesso em: 01.05.2015.

33.

CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 170.

34.

Idem, p. 190.

35.

Op. cit., p. 227.

36.

CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 172.

37.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. I, p. 431.

38.

“Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I – resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II – delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV – delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V – designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1.º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2.º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3.º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

§ 4.º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5.º Na hipótese do § 3.º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6.º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato. (...).”

39.

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1.º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2.º A decisão prevista no § 1.º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3.º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4.º A convenção de que trata o § 3.º pode ser celebrada antes ou durante o processo.”

40.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil – Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed., Salvador: JusPodivm, 2009. p. 50.

41.

O que se busca com a prova emprestada é a economia processual, evitar novos custos de prova já produzida, bem como aproveitar provas que já não podem mais ser produzidas, como por exemplo o depoimento de alguma testemunha já falecida.

42.

CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 71.

43.

Essa ideia de cooperação já está consignada na Lei 12.529/2011, no art. 11, X.

44.

É importante destacar que dentre as hipóteses vigentes de suspensão processual, não se verifica a possibilidade de o Cade solicitar a suspensão. Acredita-se que – como na sequência será abordado – se possa importar a figura do *stay* do ordenamento jurídico norte americano, ampliando-se o conceito de *juízo* inculpido na regra do art. 265, IV, *b*, do CPC. Confira-se o teor do dispositivo legal:

“Art. 265. Suspende-se o processo: (...)

IV – quando a sentença de mérito: (...)

b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo.”

45.

Essa é a ideia retirada do artigo produzido por Mark D. Hunter, intitulado de *SEC/DOJ Parallel Proceedings: Contemplating the Propriety of Recent Judicial Trends*. Citation: 68 Mo. L. Rev. 149 2003.

46.

Painel elaborado pelo Brent Snyder. Disponível em: [www.ibrac.org.br/uploads/eventos/20seminarioconcorrencia/palestras/painel%202%20-%20brent%20snyder.pdf].

47.

COMISSÃO EUROPEIA. *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*. 2014. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/damages_directive_final_en.pdf]. Acesso em: 01.05.2015.

48.

Vide art. 265, IV, *b*, do CPC, citado anteriormente.

49.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil – Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed., Salvador: JusPodivm, 2009. p. 50.

50.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 200.

51.

Op. cit.

52.

SERGIO FILHO, Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. n. 17, p 76-77.

53.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 201.

54.

AGUIAR, Dias. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. vol. 1, p. 93-94.

55.

O pregão presencial é uma modalidade de licitação utilizada para aquisição de bens e serviços comuns, pelo menor preço. FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 303. A disputa é feita por meio de propostas escritas e lances verbais, em uma única sessão pública. O pregão presencial possui algumas peculiaridades em relação à outras modalidades de licitatórias (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão), quais sejam: (i) inversão de fases – a habilitação vem depois do julgamento das propostas; (ii) apenas o fator preço é levado em consideração; (iii) oportunidade para os 03 (três) melhores licitantes classificados avançarem para a etapa dos lances verbais. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2003. p. 316. Dessas etapas, chama-se a atenção para o julgamento das propostas, que é feito em 02 (duas) fases, a 1.^a fase é a seleção das propostas para os lances verbais; e a 2.^a fase é a dos próprios lances verbais, onde se tem o ápice competitivo do certame.

56.

Livro Branco. Comissão Europeia. Disponível em: [<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=com:2008:0165:fin:pt:pdf>].

57.

A tese de *repercussão do dano* também é chamada de *passing on defense*, conforme se verifica do artigo produzido por Noémie Pinto Antunes, no artigo “Antitrust Private Enforcement: Passing-on Defence”, pela Universidade Católica Portuguesa, de maio de 2014. Disponível em: [<http://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/16043>]. Acesso em: 30.06.2015.

58.

Disponível em: [www.europarl.europa.eu/sides/getdoc.do?pubref=-//ep//text+report+a7-2014-0089+0+doc+xml+v0//pt]. Para uma eventual arguição de que o distribuidor repassou o sobrepreço ao consumidor final, o demandado poderá solicitar ao demandante a entrega de livros contábeis ou outros documentos que possibilitem a aferição da existência ou não do repasse do

sobrepreço.

59.

“Art. 88. Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste Código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denúncia da lide.”

60.

“Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.”

61.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do Anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 782-783.

62.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 228.

63.

Op. cit.

64.

Idem, p. 230.

65.

“Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.”

66.

“Art. 341. Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito:

I – informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento;

II – exhibir coisa ou documento, que esteja em seu poder.”

67.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus curiae*, direito e ação afirmativa. *Revista Jurídica* 7/70-78. Brasília, dez. 2005 a jan. 2006.

68.

“Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1.º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3.º.

§ 2.º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3.º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”

69.

“Art. 1.º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.”

70.

“Art. 3.º O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta lei.”

71.

A problemática envolvendo a prescrição já foi tratada no artigo deste autor, intitulado de “Ação

privada de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial: do termo inicial da prescrição”. Artigo publicado pela Revista de Defesa da Concorrência, vol. 3, n. 1, 2015.

© edição e distribuição da EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.