



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIZA QUEIROZ DE CASTRO

**O ARTIGO 47-A DA LEI 12.529/2011 E A TUTELA DA EVIDÊNCIA NAS AÇÕES DE
REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS PELA PRÁTICA DE CARTEL**

FORTALEZA

2023

LUIZA QUEIROZ DE CASTRO

O ARTIGO 47-A DA LEI 12.529/2011 E A TUTELA DA EVIDÊNCIA NAS AÇÕES DE
REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS PELA PRÁTICA DE CARTEL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Ceará, como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Uinie Caminha.

FORTALEZA

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- C351a Castro, Luiza Queiroz de.
O artigo 47-A da Lei 12.529/2011 e a tutela da evidência nas ações de reparação de danos concorrenciais pela prática de cartel / Luiza Queiroz de Castro. – 2023.
86 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2023.
Orientação: Profa. Dra. Uinie Caminha.
1. Responsabilidade Civil. 2. Direito Concorrencial. 3. Cartel. 4. Tutela da Evidência . 5. CADE. I.
Título.

CDD 340

LUIZA QUEIROZ DE CASTRO

O ARTIGO 47-A DA LEI 12.529/2011 E A TUTELA DA EVIDÊNCIA NAS AÇÕES DE
REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS PELA PRÁTICA DE CARTEL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Ceará, como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 08/12/2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Uinie Caminha (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dr. Adriano Camargo Gomes
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

AGRADECIMENTOS

Acaso fossem incluídas nestes agradecimentos todas as pessoas que me incentivaram nesta jornada e a tornaram mais leve, eles dificilmente chegariam a um fim. Não obstante, alguns agradecimentos especiais merecem ser feitos.

Primeiramente, agradeço à minha mãe, Fabíola Castro, e ao meu pai, Zilton Castro, por todos os sacrifícios feitos por mim e por sempre acreditarem e apostarem no meu potencial, bem como por todo o apoio e acolhimento que sempre me deram. Ao meu irmão, Matheus Castro, agradeço por ser o meu maior companheiro e melhor amigo durante todas as fases da minha vida, sendo o motivo de muitas das minhas pequenas felicidades cotidianas.

Agradeço ao meu avô, Byron Queiroz, por ter me incentivado, desde criança, a exercitar meu intelecto, desenvolver minhas próprias opiniões e a defendê-las, acabando por incentivar, anos após o seu falecimento, a minha escolha pela graduação em direito. À minha avó, Sonia de Queiroz, com a qual dividirei a profissão e esta *alma mater*, agradeço pelo carinho e cuidado de sempre, bem como pelo exemplo de gentileza e resiliência a ser seguido. Aos meus demais familiares, sou grata por toda a torcida e empolgação com cada conquista minha, e por todo o carinho, me considero uma pessoa de sorte por tê-los em minha vida.

Igualmente, devo minha gratidão a todos os meus grandes amigos, tanto aos que me acompanham desde o colegial, quanto àqueles que fiz ao longo desta graduação, tê-los ao meu lado tornou esta jornada mais leve e proveitosa. Em especial, devo citar Julia Ribeiro, minha maior companheira da graduação, Melina Coelho, a quem admiro há anos e hoje em dia tenho como grande amiga, e Bruno Bandeira, Eduardo Tigre, Matheus Borges e Isabela Franco, com os quais tive a felicidade de compartilhar tantos bons momentos ao longo desta jornada.

Agradeço à Liga de Arbitragem UFC, projeto no qual vivi as melhores experiências da minha graduação, bem como a todos os amigos e colegas com os quais tive maravilhosas trocas em função dele, com destaque para Clarice Góis, Lara Vainstok, Lara Gabriela e João Victor Carneiro. Tê-los por perto é sempre motivador e inspirador.

A todos os excelentes profissionais com os quais meus caminhos se cruzaram ao longo da graduação, sou grata por todos os ensinamentos e bons momentos compartilhados, de modo que não posso deixar de agradecer especialmente a Sofia Signorelli, Catarina Buzzi, Lucas Barrios, Thiago Soares, Davi Frota e Bruna Frota.

Por fim, toda a minha profunda gratidão a todos os docentes que compõem esta Banca Examinadora, por aceitarem o convite para participarem deste momento tão significativo em minha trajetória e, em especial, à minha orientadora, a Professora Dra. Uinie Caminha, docente que tanto admiro, respeito e me inspiro, por todo o cuidado e a atenção ao longo da orientação dessa monografia, bem como todos os momentos de aprendizado e confraternização que compartilhamos ao longo desta graduação.

RESUMO

Considerando as repercussões negativas que a formação de cartel causa ao bem-estar social, é necessário um sistema de repressão a tal ilícito que seja apto a dissuadir a sua prática. Nesse contexto, a responsabilidade civil concorrencial é um mecanismo essencial, não somente por viabilizar a reparação de danos causados por cartéis, mas também por desempenhar um papel dissuasório significativo. Portanto, é desejável que as ações de reparação de danos concorrenciais (ARDC) sejam utilizadas com frequência, de modo que a administração pública deve garantir a efetividade de tal tipo de ação, que por si só apresenta um grande nível de complexidade. Afinal, a responsabilidade civil concorrencial requer a demonstração de um ato ilícito, um dano, e do nexo causal entre eles, sendo a quantificação de tal dano dependente da elaboração de perícia econômica com base na construção de cenários hipotéticos. Ciente da morosidade das ARDCs, o legislador brasileiro estabeleceu que a decisão condenatória do tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência de modo liminar. A tutela da evidência propõe-se a inverter o ônus do tempo no processo, incentivando condutas processuais mais adequadas por parte do réu. Para que uma tutela da evidência possa ser concedida é necessária a incidência de uma das hipóteses legais que permitam a sua concessão, bem como é essencial a constatação de que o autor possui um direito provável e o réu uma defesa frágil. O artigo 47-A da Lei 12.529/2011, cria uma espécie típica de tutela da evidência ao estabelecer a possibilidade de decisões do CADE fundamentarem a sua concessão no âmbito das ARDCs, inclusive de modo liminar. Ocorre que a decisão do CADE normalmente não contém elementos dos quais se extraiam todos os fatos constitutivos do direito do autor desse tipo de demanda, o que é necessário para que se constate a probabilidade do direito. Desse modo, percebe-se que apesar da decisão do CADE ter aptidão para fundamentar a concessão da tutela da evidência, se ela não contiver todos os elementos necessários, ela não poderá ser utilizada de modo isolado, exigindo-se que o autor junte provas aptas a influenciarem a convicção do juiz no sentido de que resta configurada a responsabilidade civil concorrencial do réu. Contudo, não obstante a decisão do CADE de fato ser capaz de elevar a força das alegações do autor, não se admite a concessão da tutela da evidência em caráter liminar.

Palavras-chave: responsabilidade civil; direito concorrencial; cartel; tutela da evidência; CADE.

ABSTRACT

Considering the negative repercussions that cartels have on social well-being, an effective system to repress such misconduct that can deter its practice is necessary. In this context, antitrust civil liability is an essential mechanism, not only for enabling the reparation of the damages caused by cartels but also for playing a significant deterrent role. Therefore, an expressive use of actions for antitrust damages is desirable, and the public administration must ensure the effectiveness of such actions, which inherently involve a high level of complexity. Antitrust civil liability requires demonstrating an illicit act, a damage, and the causal link between them, with the quantification of such damage depending on economic expertise based on the construction of hypothetical scenarios. Aware of the time-consuming nature of antitrust damages actions, the Brazilian legislator established that the condemnatory decision of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) tribunal can substantiate the granting of a preliminary injunctive relief. In this sense, a preliminary injunctive relief serves the purpose of shifting the burden of time in the process, encouraging more appropriate procedural conduct by the defendant. For a preliminary injunctive relief to be granted, it is necessary that one of the legal hypotheses allowing its concession applies in the specific case, and it is essential to ascertain that the plaintiff has a strong claim and the defendant a weak defense. Article 47-A of Law 12,529/2011 creates a specific type of preliminary injunctive relief by establishing the possibility of CADE's decisions substantiating the granting of a preliminary injunctive relief within the scope of antitrust damages actions. However, CADE's decision typically does not contain elements from which all constitutive facts of the plaintiff's right in this type of demand can be extracted, which is necessary to establish the probability of the claim. Thus, despite CADE's decision's capacity to substantiate the granting of a preliminary injunctive relief, if it does not contain all the necessary elements, it cannot be used in isolation, requiring the plaintiff to submit evidence capable of influencing the judge's conviction that the defendant's antitrust civil liability is established. Nevertheless, despite CADE's decision indeed being capable of strengthening the plaintiff's allegations, the granting of preliminary injunctive relief is not allowed before the hearing of the defendant.

Keywords: civil liability; antitrust; cartel; CADE; preliminary injunctive relief.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	AS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS	14
2.1	Importância dissuasória das ações de reparação de danos concorrenciais.....	18
2.2	Requisitos para a caracterização da responsabilidade civil concorrencial	21
2.2.1	Ato ilícito	25
2.2.2	Dano	25
2.2.3	Nexo causal	30
2.3	O ônus da prova nas ARDCs	30
2.4	A morosidade como um fator desencorajador às ARDCs.....	32
3	A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	34
3.1	O tempo como um ônus a ser distribuído no processo civil.....	34
3.2	Conceito e função da tutela da evidência	41
3.3	Requisitos e hipóteses de cabimento da tutela da evidência	47
3.3.1	Incidência de uma hipótese de tutela da evidência prevista em lei	49
3.3.2	Probabilidade do direito do autor	51
3.3.3	Fragilidade da defesa do réu	56
3.4	A concessão liminar de tutela da evidência	58
4	A TUTELA DA EVIDÊNCIA DO ARTIGO 47-A DA LEI 12.529/211 NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS	62
4.1	Requisitos para a concessão da tutela da evidência com fundamento no artigo 47-A da Lei 12.529/2011	66
4.2	A inadmissibilidade da concessão liminar da evidência do artigo 47-A da Lei 12.529/2011	74
5	CONCLUSÃO.....	75
	REFERÊNCIAS	81

1 INTRODUÇÃO

As ações de reparação de danos concorrenciais (ARDCs) são de extrema valia para o direito concorrencial não somente por consistirem em instrumento por meio do qual aqueles que foram efetivamente lesados por condutas anticompetitivas possam receber indenização pelos danos sofridos, mas também por desempenharem uma importante função no sistema de dissuasão de tais condutas ao tornarem a sua repressão ainda mais onerosa ao infrator.

Nesse sentido, visando tornar o uso das ARDCs mais expressivo no Brasil, foi elaborado o Projeto de Lei nº 283, de 2016, o qual deu origem à Lei 14.470/2022, alterando diversos dispositivos da Lei 12.529/2011 de modo a conferir maior eficiência e segurança jurídica a tal tipo de ação.

Desse modo, o legislador buscou sanar diversas questões que eram objeto de grande controvérsia nos tribunais, bem como introduziu certas novidades, dentre elas, a possibilidade da decisão do Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ser apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência no âmbito das ARDCs, inclusive de forma liminar.

Tal possibilidade foi consagrada no artigo 47-A da Lei 12.529/2011, e no tocante ao seu propósito, conforme resta expresso nas justificativas do projeto de lei, por meio da “concessão de tutela da evidência até mesmo em caráter liminar em tais ações, busca-se estimular uma postura mais proativa dos agentes econômicos, tanto no sentido de dissuasão das infrações, quanto de realizarem a auto composição”¹.

Não obstante a nobre intenção do legislador, vislumbram-se a princípio algumas particularidades quanto à caracterização da responsabilidade civil concorrencial e quanto à decisão do CADE que podem causar certas controvérsias no tocante à utilização da tutela da evidência no âmbito das ARDCs. Isso pois, as decisões do Cade não necessariamente trazem em seu conteúdo todos os dados necessários para a caracterização da responsabilidade civil concorrencial dos condenados perante os possíveis interessados em buscar reparação e, na prática, é raro que elas contenham tais informações.

¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 283, de 2016**. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 [...] e torna a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência. SF/16347.96151-11. Brasília: Gabinete do Senador Aécio Neves, 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=568008&ts=1567533944277&disposition=inline>. Acesso em: 27 out. 2023. p. 6.

Ou seja, o documento ao qual o legislador conferiu aptidão para fundamentar a concessão liminar da tutela da evidência em ações de reparação de danos concorrenciais normalmente não conseguirá evidenciar sozinho o preenchimento de todos os requisitos de caracterização da responsabilidade civil concorrencial.

Somando isso à falta de clareza na legislação acerca da natureza, dos requisitos e dos limites da tutela da evidência no Brasil, ao curto período de vigência da Lei 14.470/2022, e à baixa expectativa quanto à utilidade de tal novidade legislativa no contexto das ARDCs, torna-se relevante fazer um estudo acerca do artigo 47-A da Lei 12.529/2011 com base nas características e nos requisitos da tutela da evidência e na caracterização da responsabilidade civil concorrencial.

Fala-se em baixa expectativa acerca de tal inovação legislativa pois em um evento virtual² organizado pelo Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio (IBRAC) para promover um debate entre Daniel Amorim Assumpção Neves, Juliana Cordeiro de Faria e Rogéria Fagundes Dotti acerca do dispositivo em questão, os palestrantes demonstraram-se receosos quanto a sua aplicação prática no âmbito das ARDCs, concluindo que seria limitada em decorrência do conteúdo que normalmente consta nas decisões do Tribunal Administrativo do CADE e que provavelmente acabaria por não trazer a efetividade visada pelo legislador.

Diante disso, o objetivo desta monografia é determinar os requisitos para a concessão da tutela da evidência em ações de reparação de danos concorrenciais com base no art. 47-A da Lei 12.529/2011, de modo a constatar se o conteúdo da decisão do CADE deve ser tido ou não como um problema nesse contexto e, assim, contribuir para a interpretação e aplicação eficaz desse dispositivo legal, que foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro ao final de 2022.

Para tanto, far-se-á, a princípio, uma análise da lesividade da prática de cartel, analisando-se o sistema dissuasório de tal conduta, com enfoque para a relevância da responsabilidade civil concorrencial nesse contexto. Desse modo, serão analisados os requisitos de caracterização da responsabilidade civil concorrencial partindo-se da perspectiva de uma ARDC ajuizada por uma empresa de médio ou grande porte, compradora direta do infrator, que busca a reparação dos danos emergentes causados pelo sobrepreço do cartel.

² IBRAC - INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; CORDEIRO, Juliana; ROGÉRIA DOTTI, Rogéria; MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. Tutela de evidência em ações de reparação de danos concorrenciais (ARDC). **Encontros IBRAC: Comitê de Contencioso e Arbitragem**, [S. l.], 7 mar. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nNpX7I0DB8Y>. Acesso em: 6 abr. 2023.

Ao final da primeira seção do desenvolvimento, destacar-se-á o problema da morosidade das ARDCs como um fator desencorajador ao ajuizamento dessas ações, de modo a ressaltar a relevância de incentivos e de melhorias no sistema, como a que o legislador visou promover com a inclusão do artigo 47-A na Lei 12.529/2011, prevendo uma modalidade específica de tutela da evidência no contexto de tais ações.

Na seção subsequente, serão abordados inicialmente os problemas da morosidade do sistema judiciário no Brasil e o impacto desigual que ela causa às partes que integram a relação processual à luz dos princípios da razoável duração do processo e da isonomia. Nesse âmbito, considerando o tempo do processo como um ônus que deve ser distribuído entre as partes, destacar-se-á o propósito da tutela da evidência de servir como ferramenta para concretizar tal distribuição com base na probabilidade de sucesso das partes.

Em seguida, proceder-se-á a análise dos detalhes acerca da tutela da evidência e da sua natureza dentro do sistema que foi estruturado pelo Código de Processo Civil de 2015, explorando as complexidades e divergências que incidem na sua conceituação e, principalmente, na função que ela pode ou deve revelar, destacando-se, conseqüentemente, a divergência doutrinária acerca da sua aplicabilidade.

No tocante aos requisitos para a concessão da tutela da evidência, considerando que a legislação não é tão clara quanto poderia acerca dos requisitos genericamente aplicáveis a todas as suas hipóteses de concessão, previstas no Código de Processo Civil ou em legislação específica, far-se-á um estudo mais abrangente, buscando identificar tais requisitos genéricos e desenvolver as principais nuances referentes a eles. Finalizando tal Seção, far-se-á uma análise crítica e aprofundada acerca da (in)constitucionalidade da concessão liminar da tutela da evidência, hipótese que é permitida pelo legislador e que causa fortes divergências na doutrina.

Por fim, na última seção, a análise terá início pelo escopo do artigo 47-A da Lei 12.529/2011 e pelo propósito da sua inclusão, de modo a averiguar se a tutela da evidência tem a aptidão para permitir que o legislador alcance a finalidade que visava com a inclusão de tal dispositivo.

Em seguida, apurar-se-ão os requisitos para a concessão da tutela da evidência com fulcro no artigo 47-A da Lei 12.529/2011, de modo a avaliar se a decisão condenatória do CADE preenche todos os requisitos exigidos pela sistemática da tutela da evidência nesse contexto e, caso

não preencha, se o artigo 47-A permite a concessão mesmo que a decisão por si só não atenda a todos esses requisitos.

Por fim, esclarece-se que a metodologia aplicada a todos as seções desta monografia baseou-se em uma análise qualitativa acerca das informações coletadas por meio de revisão legislativa e bibliográfica acerca dos elementos responsabilidade civil concorrencial, do tratamento da tutela da evidência, e do conteúdo obrigatório das decisões condenatórias do CADE nos casos de cartel no ordenamento jurídico brasileiro.

2 AS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS

Antes de adentrar-se a fundo nos elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil concorrencial pela prática de cartel, convém tecer breves esclarecimentos acerca do direito concorrencial brasileiro e do ilícito de cartel.

A Lei 12.529/2011 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), o qual é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e tem a função principal de preservar e promover a concorrência.

Tal lei, conforme dispõe o seu artigo 1º, é “orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”³, sendo os bens jurídicos por ela protegidos pertencentes à coletividade.

Nesse sentido, conforme destaca Vicente Bagnoli, o direito da concorrência é justamente um dos principais instrumentos para a proteção e para a efetivação do princípio constitucional da livre concorrência, o qual é essencial para o funcionamento dos mercados, reprimindo o abuso de poder econômico “que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”⁴.

Desse modo, percebe-se que o direito concorrencial visa garantir a eficiência dos mercados, com o objetivo final de proteger o bem-estar do consumidor, atentando-se a fatores tais como a relação entre demanda e preço, os índices de inovação do mercado e a qualidade dos produtos e serviços ofertados.⁵

³ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

⁴ BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico e concorrencial.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. e-book. ISBN 978-65-5065-125-1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-economico-e-concorrencial/1153084474>. Acesso em: 16 nov. 2023. Seção 5.14.

⁵ WRIGHT, Joshua D.; DORSEY, Elyse; RYBNICEK, Jan; KLICK, Jonathan. Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust. **Arizona State Law Journal: George Mason Law & Economics Research Paper** No. 18-29, [s. l.], ano 2019, p. 1-71, 14 set. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249524. Acesso em: 11 nov. 2023. p. 18.

Nessa perspectiva, tais objetivos são alcançados principalmente por meio da atuação do CADE, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça que conta com três órgãos – o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência-Geral, e o Departamento de Estudos Econômicos.

O CADE, como autoridade central do direito antitruste no Brasil exerce a sua função de defesa da concorrência por meio de uma atuação preventiva e repressiva, que se manifestam, respectivamente, por meio do controle de estruturas e do controle de condutas. Sobre o tema, Maurício Oscar Bandeira Maia explica que

Por meio do primeiro instrumento acima mencionado, o controle de estruturas, o órgão antitruste examina as fusões e aquisições entre empresas com o fito de avaliar os possíveis impactos negativos dessas concentrações no mercado, cabendo-lhe intervir para evitar eventuais operações que se mostrem negativas à concorrência, bloqueando-as ou impondo remédios de natureza estrutural ou comportamental. [...] No tocante ao segundo tipo de atuação de um ente antitruste, o controle de condutas, intenciona-se por meio dele combater a prática dos cartéis e de outras condutas anticompetitivas decorrentes do abuso do poder econômico, viabilizando-se um funcionamento mais neutro do mercado, com menos incentivos aos grandes agentes econômicos a mobilizarem seus recursos a fim de manipular e alterar o funcionamento do mercado em seu único benefício, em detrimento da concorrência. Por meio desses controles é que se desenvolve a atividade pública de aplicação, persecução e cumprimento da lei antitruste.⁶

Para o presente trabalho, a função repressiva do CADE, por meio do controle de condutas, assume especial relevância, afinal, é neste âmbito que as infrações à ordem econômica são investigadas – por meio da atuação da Superintendência-Geral na promoção de inquéritos administrativos – e punidas – por meio de decisão condenatória do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica em sede de processos administrativos instaurados a partir dos inquéritos movidos pela Superintendência-Geral.

Nesse sentido, destaca-se que as infrações à ordem econômica são definidas através de quatro fórmulas gerais, listadas nos incisos do artigo 36 da Lei 12.529/2011. Fala-se em fórmulas gerais pois são definidas como infrações quaisquer condutas que, independentemente de culpa, tenham o objetivo ou sejam capazes de prejudicar de qualquer forma a livre concorrência, de “dominar o mercado”, “aumentar arbitrariamente os lucros”, ou de “exercer de forma abusiva posição dominante”, ainda que os efeitos de tais condutas não sejam alcançados.

⁶ MAIA, Maurício Oscar Bandeira. **Elementos das ações reparatorias por danos concorrenciais decorrentes de cartel**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. 324 p. ISBN 978-65-252-0298-3. p. 67.

Diante de tais fórmulas gerais, o parágrafo terceiro do artigo 36 estabelece uma lista de exemplos de condutas concretas que se encaixam nas hipóteses previstas nos incisos em questão. Nesse sentido, existem diversas infrações e todas tem o potencial de causar efeitos lesivos à economia, aos consumidores e à concorrência, contudo, pode-se afirmar que o cartel é tido como o mais grave ilícito concorrencial. Em decorrência disso, tal ilícito será tido como referência para o estudo ora realizado.

Conforme define Calixto Salomão Filho, o cartel consiste em “qualquer tipo de acordo, expresso ou tácito, firmado entre concorrentes [...] em que o objetivo é, primordialmente, a fixação conjunta de uma das variáveis concorrenciais. [...] São elas, sem dúvida, preço, quantidade, qualidade e mercado”⁷. Portanto, um cartel pode apresentar qualquer um dos efeitos listados nos incisos do artigo 36, ou todos simultaneamente e, a sua prática é especificamente exemplificada nos incisos I e II do parágrafo terceiro do mesmo dispositivo.

Nesse sentido, sobre os efeitos provocados pela atividade de um cartel, Ana Frazão chama atenção para o fato de que tais conluíus, em hipótese alguma gerariam eficiências econômicas, tampouco aumentariam os incentivos à inovação do mercado, de modo que, sob todos os ângulos, são incapazes de contribuir de qualquer forma para o bem-estar social.⁸ Desse modo, a autora ressalta que os cartéis servem “apenas para que os agentes econômicos se apropriem ilicitamente da renda dos consumidores”⁹.

É justamente a expressiva perda de bem-estar social provocada pelo cartel que faz com que ele consista em uma das maiores e mais graves infrações contra a ordem econômica¹⁰, e, em decorrência de tal gravidade, a prática de cartel é punida tanto na esfera administrativa, quanto na esfera penal.

⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. ISBN 978-65-596-4082-9. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640836/>. Acesso em: 1 nov. 2023. p. 446.

⁸ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 9788547219611. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219611/>. Acesso em: 1 nov. 2023. p. 441.

⁹ FRAZÃO, 2017, p. 440.

¹⁰ OLIVEIRA JUNIOR, Francisco Dias de. **Enforcement privado do direito da concorrência no brasil: uma análise sob o prisma dos ilícitos concorrenciais e seus reflexos no âmbito da responsabilidade civil**. Orientador: Dr. João Luís Nogueira Matias. 2017. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7, Fortaleza, 2017. Disponível em: https://www.uni7.edu.br/wp-content/uploads/2021/06/Disserta_o_de_Mestrado_-_Francisco_Dias_de_Oliveira_Junior_-_Vers_o_Final_com_correcoes.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023. p. 111-112.

Ademais, também como consequência da gravidade dos efeitos causados pelo cartel, este é considerado um ilícito por objeto (*per se*), o que faz com que os seus efeitos negativos sejam presumidos.¹¹ Na prática, isso significa que a existência do cartel, por si só, já enseja a

condenação administrativa do cartelista independentemente de um benefício concreto por ele auferido e do dano efetivamente causado. Portanto, o CADE, para as suas condenações, não necessita de comprovar a obtenção de vantagens indevidas oriundas do cartel ou ainda estimar o aumento de preços decorrente da conduta, bastando provar o arranjo colusivo com o fito de falsear o mercado e eliminar a concorrência, sendo este suficiente para ensejar a condenação administrativa.¹²

Pois bem, considerando os danos que os cartéis causam à concorrência como um todo, e em especial aos consumidores intermediários e finais da cadeia de produção que adquirem, ainda que indiretamente, produtos ou serviços das empresas participantes do conluio, é evidente que tal ilícito não somente deve ser reprimido por intermédio da atividade na administração pública na esfera administrativa e penal, como também deve obrigar aqueles que o cometem a reparar os danos que foram efetivamente causados.

Isso se deve, pois, por mais que “as multas e penas de prisão aplicadas aos agentes econômicos responsáveis pelo cartel tenham papel importante na prevenção de práticas anticompetitivas, tais sanções não se prestam a reparar os danos”¹³ provocados pela conduta. Nesse contexto, surgem as ações de reparação de danos concorrenciais (ARDCs), que consistem em ações cíveis cuja razão jurídica é, nas palavras de Maurício Oscar Bandeira Maia,

possibilitar que um dano injusto, decorrente de um ato ilícito como é o cartel - cuja repercussão tem efeitos lesivos a toda a sociedade (dano esse reparado administrativamente na esfera do CADE e passível de ser buscado pela via da ARDC pública), mas também causa diretamente prejuízos mensuráveis a consumidores individualmente identificáveis -, possa e deva ser objeto de legítimo pleito reparatório perante o Poder Judiciário.¹⁴

Nessa perspectiva, destaca-se a princípio que as ARDCs, fundamentadas no artigo 47 da Lei 12.529/2011, independem de condenação administrativa do Tribunal do CADE, de modo que são divididas em ações autônomas (normalmente chamadas de *stand-alone suits*) e ações

¹¹ SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. ISBN 978-85-309-9196-8. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991975/>. Acesso em: 1 nov. 2023. p. 64.

¹² MAIA, 2021, p. 25.

¹³ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel**. São Paulo: Singular, 2016. 240 p. ISBN 987-85-86626-90-6. p. 69.

¹⁴ MAIA, *op. cit.*, p. 58.

complementares (normalmente chamadas de *follow-on suits*). Assim, as *stand-alone suits* seriam “as demandas reparatórias propostas sem que tenha havido uma prévia atuação do poder público voltada ao reconhecimento da infração apontada e follow-on aquelas que partem de uma decisão da autoridade concorrencial reconhecendo a ocorrência de infração”¹⁵.

Portanto, a responsabilidade civil concorrencial a ser perseguida por meio das ARDCs, seja no âmbito de uma *stand-alone suit*, seja no âmbito de uma *follow-on suit*, tem um papel de suma relevância não somente para promover a reparação dos danos causados por cartéis, mas também para reprimir a sua prática, conforme será detalhado adiante.

2.1 Importância dissuasória das ações de reparação de danos concorrenciais

Conforme mencionado acima, a prática de cartel consiste na infração à ordem econômica mais grave e lesiva ao bem-estar social. Diante disso, conforme explica Bruno Maggi, é necessário que a Administração Pública, valendo-se principalmente dos seus poderes de polícia e da atividade legislativa, torne a prática do ilícito de cartel desfavorável na análise de um agente econômico racional.

Nas palavras do autor, as medidas adotadas pela administração “devem ser capazes de dissuadirem os agentes da decisão de criação dos cartéis ou de alterarem o equilíbrio da função matemática para que os potenciais ganhos sejam inferiores às prováveis perdas”¹⁶ a serem sofridas caso o ilícito seja descoberto e punido. Fala-se em uma função matemática pois, nas palavras de Daniel Costa Caselta,

ao decidir sobre a conveniência de cometer determinado ato ilícito, o potencial infrator leva em conta os ganhos decorrentes da prática (G) e o prejuízo esperado em razão de eventual sanção, o qual corresponde ao prejuízo efetivamente incorrido caso a sanção seja aplicada (P) multiplicado pela probabilidade de que a infração seja descoberta (p). Desse modo, na hipótese de os ganhos serem superiores ao prejuízo esperado ($G > P \cdot p$), o agente irá cometer a infração. Caso os ganhos sejam inferiores ao prejuízo esperado ($G < P \cdot p$), ele não cometerá a infração.¹⁷

¹⁵ CAMARGO GOMES, Adriano. **Ação de Reparação por Danos Concorrenciais**. São Paulo: Quartier Latin, 2023. 618 p. ISBN 978-65-5575-181-9. p. 406-407

¹⁶ MAGGI, Bruno Oliveira. **Cartel: responsabilidade civil concorrencial**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. e-book. ISBN 978-65-5991-893-5. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1339466845/cartel-responsabilidade-civilconcorrencial>. Acesso em: 5 nov. 2023.

¹⁷ CASELTA, 2016, p. 71.

Ora, conforme mencionado anteriormente, a prática de cartel sujeita o infrator a sanções administrativas, a sanções penais e à responsabilidade civil. Nesse sentido, Maggi destaca que, apesar de as sanções penais serem efetivas em decorrência “do temor dos dirigentes das empresas em serem privados da liberdade”¹⁸, as sanções administrativas possuem uma efetividade limitada, uma vez que, em função das multas serem aplicadas seguindo parâmetros legais pré-definidos, “elas podem ser estimadas antes do início da prática de cartel e computadas nos cálculos necessários para viabilizar a operação – em outras palavras, quanto maior a multa, maior o aumento dos preços”¹⁹.

Maurício Oscar Bandeira Maia também faz alusão à incapacidade da multa administrativa efetivamente tornar desvantajosa a prática do ilícito, ressaltando o fato de que há uma limitação de tal multa ao patamar de 20% do faturamento bruto do infrator no ano anterior ao da instauração do processo administrativo que faz com que, principalmente em casos de cartéis de longa duração, tenha-se “um processo de punição provavelmente subdissuasório, em que o agente econômico dele sai com a certeza de que o ilícito compensou”²⁰.

É justamente nesse contexto que Maggi ressalta a expressiva importância dissuasória das indenizações decorrentes da responsabilidade civil concorrencial, afinal, ao contrário do que ocorre com a multa administrativa, é impossível estimar com antecedência todos que serão prejudicados pelo cartel e os respectivos danos por eles sofridos, de modo que é inviável – bem como irracional – incluir no sobrepreço os valores para cobrir as eventuais indenizações a serem pagas – afinal, quanto maior o sobrepreço maiores seriam os danos.²¹ Nas palavras do autor,

se viabilizada a plena indenização dos prejudicados, mesmo que apenas dos danos materiais emergentes, torna-se impossível que o saldo do cartel seja positivo. Assim, ou os cartelistas terão trabalhado em vão, sem lucrar nada, ou terão prejuízo, pois além de devolverem tudo o que obtiveram ilegalmente, ainda pagarão pelo custo de operação do cartel e eventuais multas ou demais danos [...] Além de recompor os bens afetados pelo cartel aos prejudicados, a indenização desestimula a prática do ilícito porque não há controle sobre a extensão dos prejuízos que serão gerados, inviabilizando o cálculo de conveniência (ou custo de oportunidade) de realizá-lo.²²

¹⁸ MAGGI, 2021, Seção 1.1.

¹⁹ *Ibid.*, Seção 1.1.

²⁰ MAIA, 2021, p. 68-69.

²¹ MAGGI, *op. cit.*, Seção 1.1.

²² *Ibid.*, Seção 1.1.

Portanto, percebe-se que a responsabilidade civil concorrencial acaba por ter, para além de uma função compensatória, uma função preventiva e punitiva, visto que ela aumenta os desincentivos à prática do ilícito, tornando economicamente inviável, irracional e desfavorável a sua prática.²³ Ademais, destaca-se o fato de que as ARDCs “aumentam a probabilidade de detecção de cartéis, por incentivarem os próprios prejudicados a denunciarem a prática e a ingressarem em juízo para fazê-la cessar e obter reparação”²⁴.

Desse modo, é evidente que as ARDCs, enquanto modo de persecução privada do direito antitruste (comumente chamada de *private enforcement*), complementam a persecução pública (comumente chamada de *public enforcement*), a qual, por sua vez, consiste justamente na repressão penal e administrativa a tais ilícitos.²⁵

A interação entre o *public* e o *private enforcement* possibilita a existência de um sistema dissuasório da prática de cartel que seja mais efetivo, ao passo em que possibilita que os danos que não poderiam ser reparados por meio da atuação da administração pública sejam devidamente indenizados. Em decorrência disso, é de rigor reconhecer que o *private enforcement* “constitui parte integrante na implementação da política antitruste”²⁶.

Nesse sentido, o próprio legislador, reconhecendo a relevância das ARDCs para a repressão dos cartéis e a maior efetividade que elas conferem aos mecanismos de *public enforcement*, incluiu dentro da Lei 12.529/2011 dispositivo específico que reforça a possibilidade dos prejudicados valerem-se de tais ações reparatórias, “reforçando a concepção de que a persecução promovida por agentes particulares está inserida no contexto do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sendo ferramenta complementar ao seu bom funcionamento”²⁷.

²³ REGO, Cristiane Roberta Franco da Cruz. **Reparação de danos como desestímulo à prática de cartel: uma abordagem prática.** Orientador: Caio Mário da Silva Pereira Neto. 2017. 169 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23909/Cristiane%20Rego%20FGV%20mestrado%20profissional%20biblioteca%20digital.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 set. 2023. p. 82.

²⁴ CASELTA, 2016, p. 73.

²⁵ MAIA, 2021, p. 67.

²⁶ BARROS, Leonel Moraes. **A interação entre enforcement público e privado no direito concorrencial brasileiro.** Orientador: Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara. 2021. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Desenvolvimento) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/44523/1/Disserta%3%a7%3%a3o%20Leonel%20-%20Vers%3%a3o%20Final%20pdfa.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023. p. 78.

²⁷ MAIA, *op. cit.*, p. 68.

No entanto, não obstante a sua importante função no âmbito da política antitruste brasileira, não se pode esquecer de analisar a responsabilidade civil concorrencial sob o prisma tradicional das ações reparatórias, qual seja, o propósito de recompor os prejuízos sofridos por aqueles que foram afetados pelo ato ilícito praticado.²⁸ Portanto, na seção a seguir proceder-se-á a análise dos requisitos da responsabilidade civil concorrencial tendo em mente a consecução do seu objetivo primordial, mas sem desconsiderar a relevância das ARDCs para a efetividade do direito antitruste na repressão a cartéis.

2.2 Requisitos para a caracterização da responsabilidade civil concorrencial

O art. 47 da Lei 12.529/2011 estabelece que os prejudicados “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”²⁹.

Os prejudicados pela prática de cartel podem variar de acordo com a relação estabelecida entre o sujeito e o infrator, bem como de acordo com a qualidade do sujeito. Quanto ao primeiro critério, é possível que o lesado seja comprador direto ou indireto, vendedor direto ou indireto, ou até mesmo competidor do infrator. Já no tocante à qualidade do sujeito, esclarece-se que ele pode ser uma grande empresa, uma pequena ou microempresa, ou um consumidor.³⁰ Nas palavras de Adriano Camargo Gomes,

esses dois elementos - o tipo de sujeito a que corresponde a vítima e sua relação com o infrator - têm repercussão em diversos aspectos processuais relacionados com a reparação de danos causados por infrações à ordem econômica. Entre eles, pode-se mencionar a legitimidade, o meio utilizado para a solução dos conflitos, a via processual eleita, a forma de quantificação dos danos sofridos, etc.³¹

²⁸ COIMBRA, Luiz Fernando Santos Lippi; COPPOLA, Beatriz de Figueiredo; FERRAZ, André Santos. **Ações de reparação por danos concorrenciais e as funções da responsabilidade civil**: breves reflexões. Breves reflexões. 2021. Coluna Migalhas de Responsabilidade Civil. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/352936/acoes-de-reparacao-por-danos-concorrenciais-e-a-responsabilidade-civil>. Acesso em: 11 nov. 2023.

²⁹ BRASIL. 2011.

³⁰ CAMARGO GOMES, 2023, p. 133.

³¹ *Ibid.*, p. 134.

Em complemento, Maurício Oscar Bandeira Maia divide as ARDCs entre privadas e públicas, de modo que, enquanto as privadas seriam movidas por consumidores finais e empresas, assumindo caráter individual ou coletivo, defendendo interesses privados ou direitos individuais homogêneos, as públicas seriam movidas em prol de direitos difusos ou coletivos pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pelos entes federados, pelas Autarquias e empresas públicas, por sociedades de economia mista e Fundações, bem como por associações, desde que preenchidos os requisitos cabíveis.³²

Considerando, portanto, as diferenças que as qualidades do sujeito prejudicado podem provocar aos elementos da ação, para a análise que será feita nesta ocasião acerca da caracterização da responsabilidade civil concorrencial, tomar-se-á como referência a perspectiva de uma empresa de médio ou grande porte cuja relação com o infrator seria a de compradora direta, tratando-se, portanto, de uma ARDC privada de caráter individual.

A razão para a adoção de uma perspectiva de uma empresa de médio ou grande porte tem origem no fato de que ela seria “capaz de suportar o custo das demandas reparatórias e de ser economicamente beneficiada de forma satisfatória em caso de sucesso”³³, bem como se justifica por viabilizar que a análise não seja influenciada pela incidência de normas especiais que haveriam de ser aplicadas caso se tratasse de uma relação regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor. Ademais, não se objetiva abordar as peculiaridades da reparação de danos difusos, morais, sociais ou coletivos como um todo.

Já a opção pela perspectiva de um comprador direto do infrator se dá como meio de simplificar as observações a serem feitas quanto ao dano sofrido e a sua quantificação, uma vez que existem diferenças significativas no tocante aos danos sofridos por um fornecedor direto ou indireto – no caso de um cartel de compra – bem como no que tange aos compradores indiretos, para os quais seria essencial abordar as discussões acerca do repasse do sobrepreço do cartel ao longo da cadeia produtiva que fogem do escopo deste trabalho.

Para além de tal recorte com base no polo ativo da ação, será também feito um recorte no tocante ao tipo de dano a ser indenizado, visto que um cartel pode gerar diversos tipos de danos aos seus consumidores diretos. Conforme explica Francisco Dias de Oliveira Júnior,

³² MAIA, 2021, p. 39-40.

³³ CAMARGO GOMES, 2023, p. 133.

embora o sobrepreço, no caso de carteis, seja o mais comum, não é a única manifestação possível de dano emergente em casos de infração antitruste [...] é possível cogitar acerca de acordos colusivos que tenham por objeto não propriamente a alteração do preço final, mas sim a depreciação da qualidade dos produtos comercializados (com redução de custos e consequente aumento da margem de lucro). Nesse caso, o dano antitruste não se manifestaria através do preço, mas sim na qualidade do produto.³⁴

Não obstante a variedade de danos indenizáveis, o presente estudo tomará como base os danos emergentes causados em decorrência do sobrepreço praticado pelo cartel, por se tratar da mais clássica e mais comum medida adotada pelos cartéis para a maximização dos seus lucros e por consistir em prejuízo verificável de modo mais objetivo do que os prejuízos decorrentes da má qualidade, por exemplo.

Pois bem, definido o referencial da análise, passa-se ao estudo dos elementos de caracterização da responsabilidade civil concorrencial em ações individuais movidas por empresas, na qualidade de compradoras diretas de uma empresa condenada pela prática de cartel, visando a reparação pelos danos emergentes sofridos em decorrência do sobrepreço do cartel.

Conforme já mencionado, o artigo 47 da Lei 12.529/2011 faz menção específica à possibilidade de os prejudicados pela prática de infrações à ordem econômica poderem buscar reparação pelos danos sofridos. Sendo as infrações à ordem econômica definidas como atos ilícitos nos termos do artigo 36 da mesma lei, percebe-se que não era necessária³⁵ a menção específica a essa possibilidade por parte do artigo 47, uma vez que a responsabilidade civil nesses casos já podia ser extraída do artigo 927 do Código Civil³⁶.

Nessa perspectiva, com base nas lições de Tercio Sampaio Ferraz Júnior e sabendo que “o legislador é sempre finalista, [...] a referida disposição da lei antitruste não deve ser reduzida, pura e simplesmente, à prescrição de reparação de dano já existente no Código Civil, mas há de referir-se a um estatuto jurídico próprio”³⁷. Com base em tais observações Daniel Costa Caselta

³⁴ OLIVEIRA JUNIOR, 2017, p. 129.

³⁵ ARBEX, Fabricio Cobra; BUENO, Marcio de Carvalho Silveira. In: ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. SBN: 978-85-309-4177-2. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4324-0/>. Acesso em: 21 nov. 2023. p. 188.

³⁶ BRASIL. **Lei N° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**. Brasília, Vol. 1, n°2, Novembro 2013, pp. 11-31. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/75>. Acesso em: 11 nov. 2023.p. 21.

defende que o artigo 47 “viabiliza a aplicação dos princípios da lei concorrencial' no âmbito da responsabilidade civil por cartel e outras práticas anticompetitivas”³⁸.

Com todo respeito aos autores, ao que parece, a menção específica à reparação de danos decorrentes de ilícitos concorrenciais na Lei 12.529/2011 parece ter como principal propósito disseminar tal possibilidade e incluí-la dentre os objetivos da política antitruste, reforçando e reconhecendo a importância do *private enforcement* para a defesa da concorrência.³⁹

Quanto à natureza da responsabilidade civil concorrencial, apesar de existirem posicionamentos no sentido de que ela pode assumir caráter tanto contratual quanto extracontratual a depender do contexto – como defende Cristiane Roberta Franco da Cruz Rego⁴⁰ Adriano Camargo Gomes⁴¹ – a maioria dos autores entendem se tratar de responsabilidade extracontratual⁴²⁻⁴³⁻⁴⁴⁻⁴⁵.

Nesse sentido, conforme explica Bruno Maggi, o dano que necessita de indenização “não decorre da violação do contrato de compra e venda celebrado com o fornecedor, sendo ele um dos cartelistas ou não. A origem do prejuízo está no acordo de cartel, fator externo aos negócios jurídicos individuais de compra e venda dos produtos”⁴⁶.

Independentemente de a natureza da responsabilidade ser contratual ou extracontratual, os requisitos que serão exigidos para a sua configuração serão essencialmente os mesmos.⁴⁷ A responsabilidade civil concorrencial, assim como qualquer responsabilidade civil, requer a demonstração dos requisitos extraídos do artigo 927 do Código Civil, quais sejam, o ato ilícito, o dano e o nexa causal entre ambos.⁴⁸

Nesse ponto, convém esclarecer que a responsabilidade civil concorrencial prescinde da demonstração de culpa⁴⁹, visto que a Lei 12.529/2011, em seu artigo 36, estabelece que a

³⁸ CASELTA, 2016, p. 108.

³⁹ BARROS, 2021, p. 51.

⁴⁰ REGO, 2018, p. 43-44.

⁴¹ CAMARGO GOMES, 2023, p. 210 e 212.

⁴² SILVA, Breno Fraga Miranda e; BARBOSA, Izabella de Menezes Passos; MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. Public antitrust enforcement and private actions for antitrust damages: building a model. In: GONÇALVES, Priscila Brolio. IBRAC (coord.). **The future of antitrust**. São Paulo: Editora Singular, 2020. Cap. 5. p. 376-382. ISBN 978-65-992056-8-2. Disponível em: https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/The_Future_of_Antitrust.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023. p. 376.

⁴³ MAIA, 2021, p. 21.

⁴⁴ CASELTA, *op. cit.*, p. 132.

⁴⁵ OLIVEIRA JUNIOR, 2017, p. 95.

⁴⁶ MAGGI, 2021, Seção 4.

⁴⁷ CAMARGO GOMES, *op. cit.*, p. 210 e 212.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 300.

⁴⁹ *Cf.* MAIA, *op. cit.*, p. 63.

configuração das infrações à ordem econômica independe da verificação da culpa do infrator.⁵⁰ Ou seja, de fato basta a demonstração do ato ilícito praticado, do dano e do nexa causal.⁵¹ Nas palavras de Maggi, “a análise da culpa é dispensada no caso da responsabilidade civil decorrente de cartel, visto que em qualquer das hipóteses essa prática resultará em responsabilidade civil objetiva de seus agentes”⁵².

2.2.1 Ato ilícito

Para os fins da responsabilidade civil concorrencial, o ato ilícito consiste na própria conduta anticompetitiva investigada e condenada pelo Cade, no caso deste estudo em específico, na prática de cartel. Ou seja, trata-se do “acordo entre concorrentes com o objetivo de eliminar a competição entre si e fixar conjuntamente preços e quantidades, dividir mercados ou fraudar o caráter competitivo de licitações”⁵³.

A prática de cartel, crime contra a ordem econômica pelo artigo 4º da Lei 8.137/1990⁵⁴ e infração à ordem econômica pelo artigo 36 da Lei 12.529/2011, por óbvio, consiste em ato ilícito e é inequivocamente reprovada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nessa perspectiva, “no caso dos cartéis, o ato ilícito têm dois momentos: o da própria celebração do acordo cujo objetivo é gerar aos participantes lucros monopolísticos e o da sua implementação”⁵⁵.

A demonstração do ato ilícito em uma ARDC, caso se trate de uma demanda *follow-on*, poderá se aproveitar da decisão condenatória do CADE e, caso se trate de demanda *stand-alone*, será feita “de forma independente diretamente nos autos do processo judicial indenizatório. A conduta ilícita pode ser reconhecida em Acordo de Leniência ou TCC homologado pelo Tribunal do CADE”⁵⁶.

2.2.2 Dano

⁵⁰ REGO, 2018, p. 41-42.

⁵¹ CASELTA, 2016, p. 126.

⁵² MAGGI, 2021, Seção 4.4.

⁵³ CASELTA, *op. cit.*, p. 119.

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

⁵⁵ MAGGI, *op. cit.*, Seção 4.1.

⁵⁶ REGO, *op. cit.*, p. 42.

Inequivocamente a demonstração de todos os elementos da responsabilidade civil é essencial para a sua incidência. Não obstante, pode-se dizer que a demonstração do dano é um dos principais fatores, afinal, “não se pode cogitar de responsabilidade civil sem que fique caracterizado o dano”⁵⁷.

No âmbito das condenações proferidas pelo Tribunal do CADE, “é pressuposta a existência do dano, a menos que o cartel nunca entre em operação”⁵⁸. Isso pois, conforme já elucidado, o cartel é um ilícito por objeto, punido na via administrativa ainda que na sua forma tentada e ainda que tenha sido malsucedido ou não tenha causado quaisquer efeitos ao mercado.

Contudo, na esfera da responsabilidade civil concorrencial, a pressuposta existência de dano não é o bastante, sendo necessária a constatação de danos efetivamente causados. Ou seja, no caso de um cartel que entrou em operação, apesar de ser possível pressupor a sua capacidade de gerar danos ao funcionamento do mercado, é de suma relevância apurar os seus efeitos no caso concreto à luz da perspectiva do autor da ARDC, afinal “o direito civil cuida da responsabilidade em casos de danos efetivos, e não de prejuízos meramente potenciais”⁵⁹.

Para melhor compreender e apurar no que consistem os efeitos de um cartel e os danos por ele provocados, convém destacar os apontamentos de Bruno Maggi⁶⁰ e de Daniel Costa Caselta⁶¹ que, com base nas lições de Antônio Junqueira de Azevedo, propõem que a análise do dano para a responsabilidade civil concorrencial seja feita em dois planos distintos, dividindo-se entre dano-evento e dano-prejuízo.

O dano-evento consistirá no efeito direto da conduta, ou seja, na distorção que o cartel causará ao mercado, no sobrepreço⁶² artificialmente cobrado pelo cartel, enquanto o dano-prejuízo será a consequência causada pelo dano-evento. Conforme explica Bruno Maggi, “no caso dos cartéis, o dano-prejuízo é a redução patrimonial sofrida pelas vítimas no momento que se deparam com as alterações de mercado artificialmente criadas pelos cartelistas”⁶³.

⁵⁷ CASELTA, 2016, p. 137.

⁵⁸ MAGGI, 2021, Seção 4.2.1

⁵⁹ MAIA, 2021, p. 57.

⁶⁰ MAGGI, *op. cit.*, Seção 4.2.1.

⁶¹ CASELTA, *op. cit.*, p. 139.

⁶² MAGGI, *op. cit.*, Seção 4.2.4.

⁶³ *Ibid.*, Seção 4.2.3.

É justamente o dano-prejuízo que consistirá no dano emergente a ser indenizado no âmbito de uma ARDC, correspondendo “à diferença entre o sobrepreço e o preço em um cenário contrafactual, com competição, multiplicada pela quantidade vendida”⁶⁴. Portanto, deste ponto em diante, a expressão “dano” será utilizada como sinônimo de “dano-prejuízo”.

Pois bem, a apuração do dano passa por duas etapas, quais sejam, a prova da sua existência e a sua quantificação. Enquanto a existência do dano deve ser objetivamente verificável e inequívoca, é possível que a sua quantificação se sujeite a dúvidas e variações⁶⁵. Ademais, ao passo em que a demonstração da existência do dano é imprescindível para a procedência da ação, devendo ser provada durante o processo de conhecimento, a quantificação deste dano pode ser realizada posteriormente, durante a fase de liquidação de sentença.⁶⁶

Nessa perspectiva, Daniel Costa Caselta estabelece que a prova da existência do dano em decorrência de um cartel envolve, primeiramente, a prova de que foi praticado um sobrepreço e, segundo, a prova de que o autor “adquiriu os produtos ou serviços das empresas cartelizadas no período e no mercado em que se verificou o sobrepreço”⁶⁷.

A prova da existência do dano é consideravelmente mais simples do que a sua quantificação, sendo esta uma tarefa complexa e suscetível a controvérsias, visto que requer a comparação entre o sobrepreço que se verificou no mercado e o preço que deveria ter se verificado na ausência da conduta anticompetitiva.⁶⁸ Não obstante a possibilidade de ser feita somente na fase de liquidação de sentença, a quantificação do dano é fator essencial para que seja possível a sua efetiva reparação.⁶⁹

Isso se deve, pois, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da indenização integral estabelece que a indenização deve ser medida com base na extensão do dano sofrido, nos termos do artigo 944 do Código Civil. Desse modo, mesmo diante da possibilidade de a responsabilidade civil concorrencial assumir também uma função punitiva e preventiva, ainda assim, conforme explica Adriano Camargo Gomes, o seu objetivo precípua “é promover a recomposição do patrimônio do prejudicado considerando a ausência de dano”⁷⁰.

⁶⁴ BARROS, 2021, p. 57.

⁶⁵ MAGGI, 2021, Seção 4.2.1

⁶⁶ CASELTA, 2016, p. 143.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 144.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 144.

⁶⁹ OLIVEIRA JUNIOR, 2017, p. 127.

⁷⁰ CAMARGO GOMES, 2023, p. 359.

Ocorre que, apesar de o cálculo do sobrepreço pago aparentar a princípio ser uma operação matemática simples⁷¹, subtraindo-se do preço praticado pelo cartel o preço que teria sido cobrado em um ambiente competitivo normal, o grande problema está justamente na determinação de qual seria, afinal, o preço na ausência do cartel.

Uma das grandes dificuldades nesse sentido é o fato de que, durante o período da conduta, o preço também esteve potencialmente sujeito a variações em decorrência de outros fatores decorrentes “das condições regulares do mercado, tais como a sazonalidade de vendas, a inflação, alterações nos impostos ou a paridade cambial da moeda”⁷².

Ademais, Bruno Maggi destaca ainda as dificuldades causadas à quantificação do dano pelas eventuais incertezas quanto ao período de vigência do cartel, visto que nem sempre há no caso concreto uma prova material que permita de modo direto extrair a data na qual o sobrepreço foi implementado pela primeira vez e a última data na qual foi praticado.⁷³

Nesse sentido, para superar tais dificuldades e assim identificar “os preços que seriam vigentes em um cenário hipotético em que o cartel não tivesse ocorrido, o chamado cenário contrafactual”⁷⁴, é possível a aplicação de diversos métodos de cálculo, no entanto, todos eles envolvem análises baseadas em modelos econômicos e exercícios especulativos para identificar como o mercado teria se comportado se não tivesse sido cartelizado. Sobre a questão, Adriano Camargo Gomes destaca que

O estabelecimento do cenário hipotético pode ser feito, fundamentalmente, por meio de três abordagens, que são referendadas teórica e empiricamente pela literatura econômica: (i) comparativas (que usam dados de fontes externas à infração para o cálculo da situação hipotética comparando outros mercados, outros períodos, ou ambos); (ii) de análises financeiras (a partir da análise da performance financeira ou do uso de ferramentas financeiras); e (iii) de estruturas de mercado (utilizando modelos teóricos, estimativas e premissas baseadas em teorias de organização industrial). A utilização de cada uma delas envolve, fundamentalmente, as variáveis necessárias para a estimação do dano (volume, preço, etc.) e os dados disponíveis para tanto.⁷⁵

De qualquer modo, independentemente da abordagem adotada, “o cálculo do sobrepreço deve ser baseado em critérios objetivos, sendo imprescindível que haja sólida

⁷¹ MAGGI, 2021, Seção 3.2.1.

⁷² *Ibid.*, Seção 3.2.1.

⁷³ *Ibid.*, Seção 3.2.1.

⁷⁴ CASELTA, 2016, p. 148.

⁷⁵ CAMARGO GOMES, 2023, p. 367.

demonstração da razoabilidade das premissas adotadas, assegurando-se o contraditório”⁷⁶. Ou seja, até mesmo a escolha da abordagem requer justificativa, de modo que o economista responsável pela sua produção deixe claro “por que seria mais razoável interpretar os dados de acordo com determinada teoria e não com outra”⁷⁷.

Nesse contexto, a prova da quantificação do dano pode ser feita por meio de prova pericial ou, nos termos do artigo 472 do Código de Processo Civil, por meio de “pareceres técnicos ou documentos elucidativos”⁷⁸, apresentados pelas partes na petição inicial e na contestação, que o juiz considere suficientes para elucidar a questão. De qualquer modo, frisa-se que a perícia unilateral extrajudicial é admissível, sendo apta a influenciar a convicção do juiz.⁷⁹

No entanto, considerando o caráter controverso da matéria diante da possibilidade de “que análises econômicas igualmente válidas produzam resultados distintos quando aplicados aos fatos: seja por diferença quanto aos dados utilizados nas abordagens, aos modelos econômicos, aos pressupostos usados na interpretação ou, ainda, as técnicas e metodologias”⁸⁰, é razoável esperar que se opte por produzi-la por meio de perícia judicial nos autos do próprio processo, por se tratar de matéria “complexa e de difícil compreensão para o magistrado”⁸¹.

Ademais, apesar da quantificação dos danos envolver necessariamente uma análise hipotética, de modo que os valores não necessariamente corresponderão de modo exato ao prejuízo efetivamente sofrido, “a estimativa por meio de métodos econômicos seria capaz de identificar valores bem próximos aos danos que realmente tenham sido gerados”⁸².

Nas palavras de Daniel Costa Caselta,

não é possível medir com precisão absoluta o prejuízo decorrente do sobrepreço, uma vez que todos os métodos de cálculo, em maior ou menor extensão, dependem da adoção de determinadas premissas para que seja possível estimar um cenário contrafactual hipotético e compará-lo com o cenário de cartel. Essa característica dos métodos de quantificação do sobrepreço, contudo, não constitui óbice à sua adoção no direito brasileiro.⁸³

⁷⁶ CASELTA, 2016, p. 156.

⁷⁷ CAMARGO GOMES, 2023, p. 289.

⁷⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 2 nov. 2023.

⁷⁹ CAMARGO GOMES, *op. cit.*, p. 291.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 288-289.

⁸¹ *Ibid.*, p. 294.

⁸² REGO, 2018, p. 67.

⁸³ CASELTA, *op. cit.*, p. 152.

Nessa perspectiva, frisa-se que tal modelo de quantificação com base em estimativas, conforme explica Maurício Oscar Bandeira Maia, não é uma ofensa ao princípio da reparação integral, afinal o propósito deste princípio é garantir que o lesado receba uma indenização capaz de o colocar em uma situação equivalente a que se verificaria acaso o dano não tivesse ocorrido e não o de proteger o infrator por meio da exigência de um cálculo absolutamente preciso da extensão do dano, o que seria impossível no caso de danos decorrentes da prática de cartel.⁸⁴

2.2.3 Nexo causal

Por fim, no que tange ao nexo causal, destaca-se inicialmente que a sua função consiste em limitar os danos indenizáveis e precisar o agente que o causou, visto que “só é indenizável o dano decorrente da conduta ilícita” e “não se pode litigar contra quem não deu causa ao dano”.⁸⁵ Ou seja, conforme detalha Caselta,

No âmbito da responsabilidade civil por cartel, o nexo causal pressupõe a verificação de que o dano experimentado pela vítima foi decorrência do acordo ilícito celebrado entre os concorrentes com o objetivo de eliminar a competição entre si e aumentar artificialmente os lucros.⁸⁶

Nesse sentido, adota-se o posicionamento de Maggi, que estabelece que o nexo causal no caso da responsabilidade civil concorrencial deve ser determinado por meio da teoria da causalidade adequada, de modo que poderiam ser indenizados os “prejuízos efetivamente sofridos em decorrência do ato lesivo, mas sobre os quais é impossível comprovar que inexistiram outras circunstâncias que interferiram na produção do dano”⁸⁷.

Ou seja, apesar de ser possível que outras causas tenham incidido na produção do dano, o ato ilícito deve ser tido como determinante e suficiente para a sua produção, de modo que o dano seria um resultado esperado pela prática de tal ato.⁸⁸

2.3 O ônus da prova nas ARDCs

⁸⁴ MAIA, 2021, p.151.

⁸⁵ REGO, 2018, p. 44.

⁸⁶ CASELTA, 2016, p. 131.

⁸⁷ MAGGI, 2021, Seção 4.3.

⁸⁸ *Ibid.*, Seção 4.3.

O ônus da prova tem a função de definir a parte contra a qual determinada questão será julgada de modo desfavorável no caso de insuficiência probatória.⁸⁹ Nesse sentido, no âmbito das ARDCs, assim como em qualquer processo de modo geral, cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito – quais sejam, o ato ilícito, o dano e o nexo causal –, enquanto cabe ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos que eventualmente alegar.⁹⁰

Não obstante se tratar de regra de distribuição de ônus que não foge do padrão praticado no ordenamento jurídico brasileiro, no caso da responsabilidade civil concorrencial deve-se atentar a ela, principalmente considerando o fato de que “é pouco provável que os lesados por infrações à ordem econômica disponham das fontes de prova necessárias para demonstrar as alegações de fato essenciais à procedência de uma demanda reparatória”⁹¹.

Ora, a dificuldade probatória sofrida pelo autor de uma ARDC também se verifica no âmbito do CADE, ao reprimir administrativamente a prática de cartel.⁹² Isso se deve principalmente em decorrência da natureza oculta da prática de cartel, de modo que muitas das provas mais significativas estão no poder justamente do infrator, que logicamente buscará escondê-las e destruí-las a qualquer custo.⁹³

Nesse ponto, esclarece-se que ainda que o autor possa valer-se de pedido de exibição de documento dirigido ao réu, nos termos do artigo 397 do Código de Processo Civil, ele teria que individualizar de modo preciso o documento a ser exibido, indicar a sua finalidade e indicar como ele tem conhecimento da existência do documento e dele estar em poder do réu. Ou seja, o autor não pode apresentar um pedido genérico. Quanto a isso, nas palavras de Camargo Gomes,

A partir de tais requisitos se percebe, pois, que em que pese a possível utilidade da exibição de documentos que precisem ser produzidos e mantidos pela outra parte (como o preço e o custo dos produtos que comercializa), ela não se presta para a maioria dos casos em que há suspeita quanto à ocorrência de uma infração à ordem econômica - seja porque a parte terá dificuldade em individualizar os documentos de que necessita e em comprovar sua existência; seja porque a parte contrária pode eliminá-los sem deixar vestígio. O mesmo se aplica ao juiz que, em tal contexto, dificilmente será capaz de usar seus poderes instrutórios.⁹⁴

⁸⁹ CAMARGO GOMES, 2023, p. 295.

⁹⁰ SILVA; BARBOSA; MAIA, 2020, p. 378.

⁹¹ CAMARGO GOMES, *op. cit.*, p. 260.

⁹² OLIVEIRA JUNIOR, 2017, p. 112.

⁹³ SILVA; BARBOSA; MAIA, *op. cit.*, p. 378.

⁹⁴ CAMARGO GOMES, *op. cit.*, p. 270.

É justamente por isso que as provas indiretas e os estudos econômicos assumem tanta importância para a responsabilidade civil concorrencial e que, no âmbito das ações *follow-on*, “a disponibilização de provas obtidas no processo administrativo pode ser determinante”⁹⁵. Afinal, conforme defende Cristiane Roberta Franco da Cruz Rego, nos casos em que a vítima estiver impossibilitada de “demonstrar os fatos ensejadores do prejuízo, [...] há se buscar uma forma de viabilizar a reparação dos danos, sob pena do prejudicado não ter como recuperar seus prejuízos, gerando com isso a premiação do infrator com a impunidade”⁹⁶.

2.4 A morosidade como um fator desencorajador às ARDCs

No Brasil e no mundo, é difícil e raro o descobrimento de um cartel “antes de cinco a dez anos depois do seu período de operação”⁹⁷. Ocorre que não somente há uma demora na suspeita e descoberta do cartel, na verdade, depois da sua constatação, os processos administrativos que visam punir os seus membros, por sua vez, também “têm um tempo de maturação longo, de modo que a maioria das condenações só vem a acontecer, em regra, após mais de 7 anos dos fatos”⁹⁸.

Por sua vez, as ARDCs também demandam uma considerável quantidade de tempo até que cheguem a um desfecho final, por se tratarem de ações complexas, demandando instrução probatória e a elaboração de provas periciais, conforme destaca Adriano Camargo Gomes, as ARDCs “costumam tramitar por mais de uma dezena de anos até que seja proferida sentença, quem dirá julgados todos os recursos”⁹⁹.

Nesse contexto, diante da demora inerente à descoberta e à punição do ilícito na esfera administrativa, o risco da morosidade da justiça no âmbito das ARDCs assume um caráter ainda mais gravoso, pois pode implicar no fato de que o lesado pelo ilícito concorrencial só venha a receber reparação pelos danos sofridos mais de duas décadas após a sua ocorrência.

O problema morosidade da justiça somado aos altos custos necessários para arcar com um processo do tipo cria um cenário desencorajador ao ajuizamento de ARDCs, sendo notório que,

⁹⁵ BARROS, 2021, p. 78.

⁹⁶ REGO, 2018, p. 62-63.

⁹⁷ MAGGI, 2021, Seção 4.2.5.

⁹⁸ MAIA, 2021, p. 23.

⁹⁹ CAMARGO GOMES, 2023, p. 426.

no Brasil, ainda “não se tem a cultura de processar-se os causadores de danos por prática concorrencial. Ilícitas”¹⁰⁰, pelo menos não da forma expressiva como seria desejável.

Essa falta de cultura de reparação de danos concorrenciais no Brasil, conforme ressaltam Eduardo Molan Gaban e Juliana de Oliveira Domingues, faz com que o Poder Judiciário careça de familiaridade com esse tipo de demanda, o que faz surgirem mais obstáculos reais às ARDCs que tramitam no país.¹⁰¹ Trata-se de problema que só será resolvido por meio de um incentivo a tais ações, de modo que essa familiaridade possa ser construída e esse ciclo vicioso seja quebrado.

Nesse contexto, o legislador, percebendo a necessidade de incentivos às ARDCs e sensibilizando-se com a morosidade dessas ações, promulgou a Lei 14.470/2022 que alterou a Lei 12.529/2011 para, dentre outras melhorias para as ARDCs, estabelecer em seu artigo 47-A a possibilidade de que a decisão condenatória do CADE possa ser utilizada para fundamentar a concessão liminar de tutela da evidência no âmbito dessas ações. Com tal inclusão, o legislador visava em específico proporcionar uma maior celeridade a tal tipo de demanda, tornando as mais efetivas e, por sua vez, fortalecendo o seu efeito dissuasório, bem como buscava estimular a autocomposição nesse âmbito.¹⁰²

Desse modo, para melhor compreender os requisitos para a concessão da tutela da evidência em ações de reparação de danos concorrenciais com base no art. 47-A da Lei 12.529/2011, passa-se à análise do propósito, dos requisitos, e de alguns limites da tutela da evidência no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰⁰ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 9788547203368. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/>. Acesso em: 22 nov. 2023. p. 353.

¹⁰¹ GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 355.

¹⁰² BRASIL, 2016, p. 5-6.

3 A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A tutela da evidência, no ordenamento jurídico brasileiro, se relaciona profundamente com o entendimento de que o tempo no processo civil também deve ser visto como um ônus. Tal instituto, disciplinado pelo artigo 311 do Código de Processo Civil, possui diversas especificidades que devem ser exploradas com maior profundidade e sistematização, de modo a possibilitar a identificação do seu propósito, do seu conceito, da sua função e dos seus requisitos e limites.

Portanto, nesta seção serão explorados, a princípio, os efeitos do tempo no processo civil em relação às partes que compõem os polos distintos de um litígio e o papel que a tutela da evidência é capaz de desempenhar nesse contexto, visando compreender qual o seu propósito dentro da legislação processual brasileira e quais os princípios constitucionais que ela visa realizar.

Posteriormente, a partir do seu propósito e da forma pela qual foi disciplinada pelo legislador, valendo-se da sistematização e das construções elaboradas pela doutrina, passar-se-á à determinação do conceito, da função e dos requisitos da tutela da evidência, visando o alcance de um entendimento mais completo e coerente desse instituto, analisando-se também a possibilidade da sua concessão em caráter liminar.

3.1 O tempo como um ônus a ser distribuído no processo civil

O Conselho Nacional de Justiça, contabilizou que, somente em 2022, 31,5 milhões de novos processos judiciais ingressaram no acervo judiciário, de modo que, no final do ano, havia um total de 81,4 milhões de processos em trâmite nos tribunais brasileiros, os quais contam com apenas 18.117 magistrados.¹⁰³ Constatou-se ainda que, naquele ano, os processos pendentes de solução definitiva já estavam em trâmite há uma média de 4 anos e 5 meses, considerando todos os tribunais brasileiros¹⁰⁴.

Diante desse panorama, não somente é natural, como é também necessário, que haja uma preocupação do Estado e dos juristas brasileiros acerca da morosidade do Poder Judiciário. Nessa perspectiva, Paulo Guilherme Mazini ressalta que “[u]ma das maiores angústias que

¹⁰³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. ISBN: 978-65-5972-116-0. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2023. p. 229-300.

¹⁰⁴ BRASIL, 2023, p. 215.

envolvem o direito processual civil é, sem dúvida, o fator tempo ou mais precisamente o lapso temporal que decorre desde o início do processo até a integral satisfação do direito do autor”¹⁰⁵.

Pois bem, no plano legislativo, nos últimos 20 anos, tal angústia ensejou diversas melhorias – ou, ao menos, tentativas de melhorias – voltadas a possibilitar uma justiça mais célere e efetiva. Destaca-se, a princípio, a inclusão, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, do inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição, que cristalizou e tornou inequívoco o direito à “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”¹⁰⁶ como um direito fundamental.

Ademais, cumpre mencionar o próprio Código de Processo Civil, promulgado em 2015. Em verdade, conforme o Ministro Luiz Fux, Presidente da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, deixou bem claro na apresentação do anteprojeto, o desafio da comissão era “resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”, em contexto no qual a morosidade do Poder Judiciário vinha sendo objeto de fortes incômodos¹⁰⁷.

Tal preocupação, bem como a relevância de que ela exista e seja voltada à construção de soluções para mitigar o problema da morosidade da justiça, tem origem no fato de que a razoável duração do processo é essencial ao devido processo legal, pois, nas palavras de Rogéria Fagundes Dotti, “não se pode conceber um processo legal justo e adequado (CF, art. 5º, LIV), sem a correlata exigência de um breve espaço temporal”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ MAZINI, Paulo Guilherme. **Tutela da evidência**: perfil funcional e atuação do juiz à luz dos direitos fundamentais do processo. São Paulo: Almedina, 2020. e-book. ISBN 978-85-8493-616-8. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935611/>. Acesso em: 16 set. 2023. p. 24

¹⁰⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 nov. 2023.

¹⁰⁷ BRASIL. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. ISBN: 978-85-7018-317-0. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 2 nov. 2023.

¹⁰⁸ DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da Evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. e-book. ISBN 978-65-5614-006-3. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1199169676/tutela-da-evidencia>. Acesso em: 1 abr. 2023. Seção 4.4.

Seguindo o mesmo entendimento, é essencial ressaltar a célebre lição de Luiz Fux no sentido de que a “indefinição do litígio pelo decurso excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão mesmo o ‘indevido’ processo”¹⁰⁹.

Chegar a tal conclusão é inevitável, afinal não se pode esperar que o mero ajuizamento da ação, por si só, faça cessar o conflito existente entre as partes, mitigando ou resolvendo o problema que motivou a parte autora a ajuizá-lo. Muito pelo contrário, acionar a jurisdição é apenas a primeira etapa na busca por uma solução para um litígio existente, de modo que, a depender principalmente do comportamento das partes, este continuará existindo, havendo ainda a possibilidade de que ele se agrave enquanto o processo estiver pendente de resolução.¹¹⁰

Nessa perspectiva, apesar da indefinição do litígio ser potencial fonte de prejuízos para ambas as partes, normalmente ela acabará afetando muito mais o autor do que o réu. Isso decorre da própria lógica processual, uma vez que, conforme explica Alexandre Freitas Câmara,

o demandante é aquele que vai a juízo postular algo a que considera ter direito, mas que só conseguiria obter através da atividade jurisdicional. Já o demandado é aquele que tem o bem jurídico pretendido pelo demandante. Acontece que, como regra geral, o demandante só obtém o bem jurídico postulado se, ao final do processo, ficar constatado que ele tem razão.¹¹¹

Portanto, é evidente que a morosidade da justiça normalmente será de particular interesse do réu que não tem razão, pois quanto mais o processo demorar, mais ele poderá gozar do *status quo*, beneficiando-se de uma posição jurídica a qual ele não faz jus. Não se desconsideram as hipóteses nas quais a posição defendida pelo réu encontre respaldo no ordenamento jurídico, no entanto, ainda que ele tenha razão e utilize todos os meios disponíveis para demonstrar que o autor não faz jus ao que pleiteia, a demora do processo normalmente não será um problema para ele, uma vez que ela “não o priva do bem jurídico em disputa”¹¹².

Por outro lado, o autor ao qual a lei atribui a razão normalmente tem de suportar sozinho o ônus do tempo, aguardando por um provimento jurisdicional que finalmente reconheça e satisfaça

¹⁰⁹ FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/894>. Acesso em: 6 abr. 2023. p. 15.

¹¹⁰ DOTTE, 2020, Seção 2.2.3.

¹¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de direito processual civil**. Barueri [SP]: Atlas, 2022. e-book. ISBN 978-65-597-7176-9. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771776/>. Acesso em: 19 set. 2023. p. 310.

¹¹² CÂMARA, 2022, p. 310.

o direito que possui e persegue em juízo. Ou seja, em geral, “quanto mais o processo demora, mais prejuízo ele causa ao demandante que tem razão”¹¹³.

Diante de tal circunstância, o processo, que teria justamente a função de efetivar os direitos daqueles que legitimamente acionam a justiça e, assim, impedir, mitigar ou, ao menos, compensar os seus prejuízos, acaba por servir como instrumento útil ao réu para agravar tais prejuízos por meio do retardamento da realização da justiça.

Afinal, mesmo que o direito do autor não corra riscos de perecimento, “a simples duração do processo, eliminando a possibilidade de o autor poder ver realizado imediatamente o seu direito, é fonte de prejuízo”¹¹⁴. Nesse sentido, tal prejuízo denomina-se dano marginal e “encontra-se presente em qualquer processo no qual o autor, apesar de estar respaldado em direito provável, é compelido a aguardar o tempo decorrente do desenvolvimento do processo”¹¹⁵ para obter o que lhe é de direito, independentemente da boa-fé ou má-fé do réu¹¹⁶.

Ademais, menciona-se a possibilidade do réu utilizar o processo como instrumento para agravar a situação do autor pois, sendo vantajoso para o réu a manutenção do *status quo*, ele se vê diante da oportunidade de tentar valer-se das garantias processuais que a ele são conferidas, tais como o contraditório e a ampla defesa, de modo desleal – instaurando incidentes processuais desnecessários ou incabíveis, ou interpondo recursos meramente protelatórios –, com o único intuito de adiar o devido desfecho da ação.¹¹⁷

Nesse contexto, é evidente que, conforme defende Luís Guilherme Marinoni, o tempo no processo civil não pode ser neutro e indiferente diante dos direitos materiais que são debatidos no caso concreto,¹¹⁸ afinal, tal neutralidade não existe na prática, visto que nos processos de conhecimento ela atribui ao autor o ônus de suportar sozinho todo o tempo do processo. Nas palavras de Marinoni, “[o] tempo do processo não pode prejudicar o autor e beneficiar o réu, já que

¹¹³ *Ibid.*, p. 310.

¹¹⁴ MARINONI, Luís Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência**: Soluções Processuais Diante do Tempo da Justiça. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. e-book. ISBN 978-65-5991-769-3. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/tutela-de-urgencia-e-tutela-da-evidencia-solucoes-processuais-diante-do-tempo-da-justica/1394831905>. Acesso em: 16 set. 2023. Parte III, Seção 5.3.

¹¹⁵ MAZINI, 2020, p. 28.

¹¹⁶ DOTI, 2020, Seção 2.2.

¹¹⁷ TEIXEIRA, Sergio Torres; ALVES, Virgínia Colares Soares Figueiredo; MELO, Danilo Gomes de. Tutela provisória da evidência e sua aplicabilidade prática. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 195-222, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p195. Acesso em: 2 nov. 2023. p. 209.

¹¹⁸ MARINONI, 2021, Parte III, Seção 7.

o Estado, quando proibiu a justiça de mão própria, assumiu o compromisso de, além de tutelar de forma pronta e efetiva os direitos, tratar os litigantes de forma isonômica”¹¹⁹.

Logo, a isonomia é fator de suma relevância para o problema em questão. Esse direito fundamental, consagrado no *caput* do 5º artigo da Constituição, é refletido no 7º artigo do Código de Processo Civil, que assegura às partes a “paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais”¹²⁰. Ou seja, no processo civil não há presunção nem em favor do autor, tampouco em favor do réu – ao contrário do que ocorre no processo penal, que deve obedecer a presunção da inocência do réu.¹²¹

Portanto, deve-se prezar pela igualdade material no processo civil, o que à luz dos ensinamentos de Marinoni¹²² e Dotti¹²³, impõe que o tempo do processo seja visto como um ônus e, conseqüentemente, seja distribuído de forma isonômica entre os litigantes.

Fala-se na distribuição do tempo, não na sua eliminação, pois, apesar de ele ser um fator inconveniente para a parte que se vê na necessidade de suportá-lo, ele consiste em consequência natural de uma prestação jurisdicional justa, não sendo adequado que se busque pela celeridade processual a qualquer custo.

O princípio da razoável duração do processo requer que este “seja célere, mas tenha a duração temporal necessária para não se perder qualidade na prestação jurisdicional”¹²⁴, sendo necessário que ele tramite em um tempo razoável, não em um tempo curto¹²⁵. Nesse sentido, de modo coerente com o princípio da isonomia, Bruno Vinícius da Rós Bodart esclarece que o princípio da razoável duração do processo “impõe que o tempo do processo seja gerido com razoabilidade, não apenas no que concerne à decisão final, mas também no que tange à escolha do sujeito que deverá suportar os inconvenientes gerados pela demora do julgamento”¹²⁶.

¹¹⁹ *Ibid.*, Parte III, Seção 1.2.

¹²⁰ BRASIL. 2015..

¹²¹ FERREIRA, William Santos; ARMONI, Renato. A tutela da evidência na sentença com fundamento no artigo 311, IV do Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**: Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 3, p. 673-696, Setembro a Dezembro 2020. DOI <https://doi.org/10.12957/redp.2020.47271>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/47271>. Acesso em: 6 abr. 2023. p. 688.

¹²² MARINONI, 2021, Parte III, Seções 1.2 e 1.5.

¹²³ DOTI, 2020, Seção 4.3.

¹²⁴ *Ibid.*, Seção 2.1.1.

¹²⁵ *Ibid.*, Seção 4.5.2.

¹²⁶ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. e-book.

Ora, é dever da Administração Pública assegurar aos litigantes o tratamento isonômico e a razoável duração do processo, mesmo diante das limitações orçamentárias e estruturais do Poder Judiciário.¹²⁷ Para tanto, é essencial que existam procedimentos e técnicas aptos a viabilizarem a prestação efetiva e adequada da tutela jurisdicional.¹²⁸ Nas palavras de Marinoni, “[a] necessidade de distribuição do tempo do processo e, portanto, de técnica processual idônea a tanto, é indispensável para dar concretude ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e ao princípio da isonomia”¹²⁹

Desse modo, o legislador infraconstitucional, visando atender o direito fundamental à razoável duração do processo e assim cumprir com o dever que lhe foi imposto pela ordem constitucional¹³⁰, bem como com o específico propósito de neutralizar o dano marginal “decorrente da normal e inevitável demora do processo”¹³¹ que atinge sistematicamente o autor da demanda, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a tutela da evidência.

Nesse sentido, a tutela da evidência tem a finalidade de viabilizar que o ônus do tempo no processo seja distribuído de modo isonômico, “de acordo com as necessidades e particularidades do direito material afirmado em juízo, fazendo prevalecer o direito provável em detrimento do direito improvável”¹³², visto que, conforme explica Daniel Mitidiero

Demandante e demandado têm de arcar com o peso que o tempo representa no processo de acordo com a maior ou menor probabilidade da posição jurídica por eles defendida em juízo. Fora daí, há ofensa à igualdade e, portanto, enfraquecimento de um dos fundamentos em que assentado o Estado Constitucional.¹³³

ISBN 978-85-203-6493-2. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/tutela-de-evidencia-teoria-da-cognicao-analise-economica-do-direito-processual-e-comentarios-sobre-o-novo-cpc/1302631547>. Acesso em: 16 set. 2023. Seção 4.1.

¹²⁷ DOTTI, *op. cit.*, Seção 4.4.2.

¹²⁸ MARINONI, *op. cit.*, Parte III, Seção 7.

¹²⁹ *Ibid.*, Parte III, Seção 7.

¹³⁰ MAZINI, 2020, p. 110.

¹³¹ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. 23. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. *In*: BUENO, Cássio Scarpinela; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coord.). **Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. e-book. ISBN 978-85-536-0167-7. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601677/>. Acesso em: 16 set. 2023. p. 472.

¹³² MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2022. e-book. ISBN 978-65-260-0650-4. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/antecipacao-da-tutela-ed-2023/1804176163>. Acesso em: 19 set. 2023. Parte I, Seção 3.

¹³³ MITIDIERO, 2022, Parte I, Seção 5.

Ou seja, a igualdade material entre as partes, no que tange ao problema do tempo no processo civil, deve ser efetivada considerando os direitos materiais defendidos por cada parte em juízo e os seus respectivos graus de verossimilhança e probabilidade. Nesse cenário, a tutela da evidência surge como o instrumento estruturado pelo legislador para conferir um tratamento diferenciado aos direitos que, nos termos definidos em lei, façam jus a serem tratados diferentemente em decorrência do fato de, no caso concreto, apresentem um índice maior e mais intenso de probabilidade.¹³⁴

Nas sábias palavras de Humberto Theodoro Júnior, “a tutela da evidência parte do princípio de que a duração do processo não deve redundar em maior prejuízo para quem já demonstrou, satisfatoriamente, melhor direito dentro do conflito material a ser ao final composto pelo provimento definitivo”¹³⁵.

Justamente pelas razões expostas que se entende que a tutela da evidência tem o potencial de incentivar condutas processuais mais adequadas do réu, visto que a morosidade do processo passa a ser um problema para ele. Ou seja, não somente a tutela da evidência presta-se a redistribuir o ônus do tempo entre as partes, como também serve para inibir o réu de exercer seus direitos de defesa de modo abusivo.¹³⁶

Conforme ressalta Dotti, “a tutela da evidência deve ser concedida não apenas porque o autor merece a antecipação (o que já seria uma razão suficiente), mas também porque tal medida pode gerar uma vantagem em termos de conduta do réu e redução do tempo do processo”, o que traria uma ganhos de eficiência para todo o sistema judiciário.¹³⁷ No tocante às condutas processuais mais adequadas, a autora desenvolve com excelência o raciocínio de que

No momento em que a parte ré sofre os efeitos concretos da decisão antecipada, o que se verifica é que ela não tem mais razões para adotar condutas protelatórias. A lógica é a seguinte: a protelação não lhe servirá mais de escudo para evitar o desfecho do processo. Tal efeito antecipado faz cessar, conseqüentemente, o interesse de praticar abusos e de se valer do decurso do tempo. Este, que antes pesava para o autor, passará a pesar para o réu. Assim, tornar-se-á mais interessante obter desde logo o pronunciamento final do que alimentar uma espera longa e vazia. [...] Além disso, a antecipação do efeito concreto da decisão judicial também faz aumentar o interesse na realização de acordos. Isso é fácil de aferir. A parte que sofre a imposição da tutela percebe que a derrota no processo é uma

¹³⁴ DOTTI, 2020, Seção 4.3.

¹³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 1. vol. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. e-book. ISBN 978-65-5964-657-9. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646579/>. Acesso em: 19 set. 2023. p. 665.

¹³⁶ MARINONI, 2021, Parte III, Seção 5.4.

¹³⁷ DOTTI, 2020, Seção 6.1.2.

probabilidade que ganhou força e, portanto, passa a fazer o cálculo do prejuízo que sofrerá com o desfecho do processo. Do ponto de vista da análise de custo-benefício, fica claro para o litigante que uma composição amigável pode reduzir o provável prejuízo e gerar vantagens. Afinal, se a parte antevê que vai perder, o melhor será entrar em um entendimento, na tentativa de obter ainda algum benefício.¹³⁸

Pois bem, a partir do entendimento acerca do propósito da tutela da evidência no ordenamento jurídico brasileiro, convém, portanto, tecer alguns esclarecimentos acerca do seu conceito, da sua função, dos seus requisitos concessão e das suas hipóteses de cabimento, de modo a elucidar alguns dos limites e das possibilidades de tal instituto à luz da legislação pátria.

3.2 Conceito e função da tutela da evidência

O Código de Processo Civil, promulgado em 2015, não obstante ter sistematizado e ampliado as hipóteses de tutela da evidência, não a inseriu como novidade no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto esta em sua essência já era extraída do artigo 273, II, do Código de Processo Civil de 1973, e de alguns procedimentos especiais, como a tutela possessória do artigo 920 e subsequente de tal código.¹³⁹

Fala-se em essência, pois, na época, o legislador não havia utilizado a nomenclatura “tutela da evidência” para batizar o instituto processual que disciplinou. Na verdade tal expressão, como bem destaca Bruno da Rós Bodart, foi utilizada pela primeira vez por Luiz Fux, em sua obra “Tutela de segurança e tutela da evidência”¹⁴⁰, e, tendo sido o Ministro o Presidente da Comissão de Juristas encarregada pelo Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015, percebe-se que as suas lições influenciaram a forma pela qual a tutela da evidência foi concebida pelo novo código¹⁴¹ ao menos no tocante a nomenclatura selecionada.

Ocorre que, apesar do código de 2015 ter sistematizado e alargado a incidência da tutela da evidência, a forma pela qual tal instituto foi disciplinado não foi a melhor possível, de modo que a compreensão do conceito e de todas as especificidades da tutela da evidência não pode ser

¹³⁸ *Ibid.*, Seção 6.

¹³⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Livro V - Da Tutela Provisória (Arts. 294 a 311). In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2022. e-book. ISBN 978-85-970-2666-5. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772148/>. Acesso em: 19 set. 2023. p. 452.

¹⁴⁰ BODART, 2015, Seção 4.1.

¹⁴¹ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. e-book. ISBN 978-85-472-1915-4. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219154/>. Acesso em: 16 set. 2023. p. 315.

extraída da mera leitura dos dispositivos a ela dedicados. Nessa perspectiva, é importante citar as duras críticas tecidas por Luís Guilherme Marinoni no sentido de que

o legislador se confundiu bastante ao editar as normas relativas à “tutela provisória” e, ao tratar da “tutela da evidência”, continuou perdido. Bem vistas as coisas, parece que o legislador não sabia o que estava fazendo. Daí a importância de a doutrina colocar as coisas em seus devidos lugares.¹⁴²

De fato, ao tratar da tutela da evidência é essencial voltar-se às construções doutrinárias, sob pena de correr o risco de compreender erroneamente a abrangência, os limites, e a própria essência de tal instituto no Brasil. Isso é consequência do fato de que o Código de Processo Civil apenas estabelece que “[a] tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”¹⁴³, listando em seguida algumas hipóteses que justificariam a sua concessão.

Prevista expressamente no artigo 311 do Código de Processo Civil¹⁴⁴, a tutela da evidência é, a princípio, uma espécie do gênero tutela provisória, expressão que, por sua vez, foi selecionada pelo legislador para se referir a todas as hipóteses nas quais se permite que um provimento jurisdicional baseado em cognição não exauriente e, portanto, carente de definitividade, antecipe ou sirva para garantir a realização de determinado direito debatido em juízo, antes mesmo que o processo chegue a uma solução definitiva.¹⁴⁵

A decisão que concede qualquer tipo de tutela provisória, seja ela fundada em urgência ou em evidência, a não ser que seja conferida em um dos capítulos da sentença, se baseia em um juízo de cognição sumária. Por sua vez, o juízo de cognição sumária é aquele que “não exaure o conhecimento do caso, não permitindo a formação de um juízo de verdade e a convicção de certeza”¹⁴⁶, seja em função da pendência do contraditório, seja em decorrência da necessidade de que mais provas sejam produzidas para o total esclarecimento da controvérsia.

Justamente pela cognição sumária permitir apenas que seja formado um juízo de probabilidade acerca das questões postas em juízo, a tutela provisória nela baseada se tratará de provimento jurisdicional não definitivo, que conservará a sua eficácia na pendência do processo

¹⁴² MARINONI, 2021, Parte III, Seção 9.

¹⁴³ BRASIL, 2015.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. e-book. ISBN 978-65-5964-847-4. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648474/>. Acesso em: 19 set. 2023. p. 120.

¹⁴⁶ MITIDIERO, 2022, Parte II, Seção 2.

enquanto não sobrevir decisão contrária à sua manutenção, mas que poderá ser revogado ou modificado a qualquer tempo, nos termos do artigo 296 do Código de Processo Civil.¹⁴⁷

Isso pois, em regra, após a concessão da tutela provisória, o juiz aprofundará a sua cognição acerca das alegações e evidências trazidas aos autos por ambas as partes, o que abrange um aprofundamento do contraditório e a análise de provas eventualmente produzidas posteriormente. Logo, é possível que sujam novos fatos ou elementos que façam o juiz mudar a concepção que teve ao deferir a tutela provisória por indicarem “que aquilo que parecia provável não existe, ou não tem as características que inicialmente se imagina que tivesse”¹⁴⁸.

Sobre a tutela provisória, Cassio Scarpinella Bueno define que esta consiste no

conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor, até mesmo de maneira liminar, isto é, sem prévia oitiva do réu.¹⁴⁹

Nesse sentido, esclarece-se que a técnica processual que possibilitaria a concessão de uma tutela baseada em cognição sumária para assegurar ou satisfazer um direito, denomina-se técnica antecipatória. Isso pois, independentemente da sua função ser assecuratória ou satisfativa, a tutela provisória, em sua essência, não diverge da tutela que a parte visa obter em definitivo com o processo, de modo que consiste justamente em uma antecipação da tutela jurisdicional que se acredita que a parte obterá ao final do trâmite processual. Nas palavras de Daniel Mitidiero

a técnica antecipatória constitui simples meio para obtenção da tutela jurisdicional, que pode tanto satisfazer como acautelar os direitos, a relação de provisoriedade que se estabelece é entre o provimento antecipado oriundo da técnica antecipatória e o provimento final prolatado posteriormente¹⁵⁰

Mitidiero ressalta ainda que “[a] técnica antecipatória é o denominador comum capaz de sistematizar o fenômeno da tutela sumária”¹⁵¹ e, por tal razão, o autor, assim como outros

¹⁴⁷ BRASIL, *op. cit.*

¹⁴⁸ CÂMARA, 2022, p. 276.

¹⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. e-book. ISBN: 978-65-5362-210-4. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622111/>. Acesso em: 12 out. 2023. p. 165.

¹⁵⁰ MITIDIERO, 2022, Parte II, Seção 4.

¹⁵¹ *Ibid.*, Parte I, Seção 3.

doutrinadores¹⁵², critica a escolha do termo “tutela provisória” em detrimento do termo “tutela antecipada”, entendendo se tratar de nomenclatura “rigorosamente incapaz de equacionar de forma satisfatória as relações entre direito e processo”¹⁵³. Não obstante, nesta ocasião alinha-se à posição de Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo no sentido de que, quanto a tal matéria, “a questão terminológica importa menos”¹⁵⁴.

Pois bem, esclarecidos os pontos essenciais quanto a tutela provisória como um todo, volta-se à análise em específico da tutela da evidência, que se refere aos casos nos quais o provimento jurisdicional provisório for conferido com base na evidência do direito da parte que ele visa privilegiar.

Com base nos pontos elucidados até então, pode se conceituar a tutela da evidência como uma espécie de tutela provisória baseada em técnica antecipatória que, a não ser que seja concedida em um dos capítulos da sentença, é fruto da cognição sumária do juiz acerca das matérias postas em juízo em momento no qual, apesar de ser possível reconhecer a evidência do direito da parte que com ela se beneficiará, não se pode julgar a causa por ainda ser necessário um aprofundamento da cognição.

Não obstante, o conceito não se exaure nestes termos, afinal é crucial compreender ao menos com quais funções a tutela da evidência pode antecipar a tutela jurisdicional e com que tipos de processos ela é genericamente compatível.

No tocante a função da tutela da evidência, ressalta-se de início que o Código de Processo Civil não estabelece em específico, tampouco limita a tutela da evidência a uma ou outra função, portanto, para extrair com que finalidade a tutela da evidência deve ser utilizada deve-se voltar ao seu propósito e aos benefícios que se esperam obter com a sua utilização.

Conforme fora citado alhures, a tutela provisória pode antecipar a tutela jurisdicional com finalidade satisfativa ou assecuratória. Nesse sentido, uma tutela provisória satisfativa visa permitir que o seu beneficiário usufrua desde já do direito material que ele persegue no processo, ou seja, ela antecipa os efeitos práticos da tutela final, acelerando o resultado do processo.¹⁵⁵ Já a tutela provisória assecuratória visa proteger o direito perseguido pelo seu beneficiário, permitindo

¹⁵² BUENO, 2022, p. 165, e BODART, 2015, Seção 4.1.

¹⁵³ MITIDIERO, *op. cit.*, Parte I, Seção 3.

¹⁵⁴ YARSHELL; ABDO, 2018, p. 469.

¹⁵⁵ CÂMARA, 2022, p. 305.

o emprego de meios aptos a conservá-lo, por exemplo, se o autor visa uma tutela ressarcitória, o seu direito pode ser protegido por meio do arresto de bens do demandado, dentre outros meios.¹⁵⁶

Ocorre que, em decorrência da ausência de definição legislativa acerca da função para qual a tutela da evidência deve ser utilizada, há uma divergência doutrinária acerca da questão.

Eduardo Lamy defende a impossibilidade de a tutela da evidência ser utilizada em caráter assecuratório por entender que ela é, por si só satisfativa, não lhe cumprindo proteger o direito evidente e sim executá-lo. Nessa perspectiva, o autor explica que “[a] cautela se liga à dúvida que gera a necessidade de proteção; não à certeza que permite a imediata execução”.¹⁵⁷

Similarmente, Eduardo Arruda Alvim considera que não é viável a concessão de uma tutela da evidência que seja meramente assecuratória. A lógica aplicada pelo autor tem como base a premissa de que se não há risco ao resultado útil do processo, não haveria razão para conceder uma medida de natureza cautelar, bem como o entendimento de que “a concessão de medida acautelatória não teria o condão de redistribuir o ônus do tempo, na forma concebida pelo legislador ordinário”, uma vez que, para Alvim tal redistribuição teria como objetivo que o beneficiário da tutela da evidência possa gozar do efeito prático da tutela jurisdicional perseguida em juízo sem que tenha com que se sujeitar ao decurso do tempo processual.¹⁵⁸

Já Alexandre Freitas Câmara entende pela possibilidade de utilização da tutela da evidência tanto com função satisfativa quanto com função assecuratória, no entanto, o autor classifica que todas as hipóteses do artigo 311 do Código de Processo Civil são de função satisfativa, de modo que fora de tal dispositivo poderiam ser encontradas hipóteses de função assecuratória.¹⁵⁹

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro defende ser plausível conceder tanto uma tutela satisfativa quanto uma tutela cautelar com fundamento na evidência.¹⁶⁰ Por sua vez, Cassio Scarpinella Bueno considera ser indiferente a discussão acerca da tutela da evidência apresentar uma maior ênfase em prol da satisfação ou da segurança do direito, entendendo que é possível que

¹⁵⁶ MITIDIERO, 2022, Parte II, Seção 4.

¹⁵⁷ LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018. e-book. ISBN 978-85-970-1694-9. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016956/>. Acesso em: 16 set. 2023. p. 30.

¹⁵⁸ ALVIM, 2017, p. 318-319.

¹⁵⁹ CÂMARA, 2022, p. 305 e 311.

¹⁶⁰ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. 16. Tutela Provisória. In: ALVIM, Teresa. **CPC em Foco: Temas Essenciais e sua receptividade**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. e-book. ISBN 978-85-5321-217-0. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/cpc-em-foco-2019/1333799768>. Acesso em: 2 nov. 2023. Seção 7.

ela seja utilizada para as duas funções, pois ela deve conferir à parte o direito à tutela jurisdicional ainda que ela não tenha urgência na satisfação ou na cautela do seu direito.¹⁶¹

Finaliza-se, portanto, com o entendimento de Humberto Theodoro Júnior

A tutela da evidência, embora haja controvérsia, pode dar-se por qualquer provimento que se mostre adequado às circunstâncias do caso concreto: seja por meio de medida satisfativa, seja por medida conservativa. O que distingue a tutela da evidência das medidas de urgência é a desnecessidade do periculum in mora (art. 311, caput). [...] Os casos de tutela da evidência são tipicamente hipóteses de antecipação de tutela satisfativa, mesmo porque o que se protege diretamente é a própria usufruição do direito material, e não propriamente a conservação da utilidade do processo. Não é fácil imaginar, in concreto, medidas apenas cautelares na espécie. Não se pode, nada obstante, ser radical a ponto de se negar, em caráter absoluto, o cabimento de eventual medida cautelar, dentro da sistemática da tutela da evidência. Como as medidas cautelares não prescindem do pressuposto do perigo de dano, o caso acabaria, na maioria das vezes, melhor enquadrado nas tutelas de urgência do que na tutela da evidência.¹⁶²

Com todo respeito aos autores que apresentam entendimento diverso, nesta ocasião adota-se a posição de que a tutela da evidência pode ser usada tanto com finalidade satisfativa, quanto com finalidade acautelatória.

Nesse ponto, Theodoro Júnior é certo ressaltar que é radical negar em absoluto a possibilidade de medidas cautelares dentro da sistemática da tutela da evidência.¹⁶³ Em verdade, não há lógica em tal entendimento pois ele implicaria no fato de que um direito que apresenta maior probabilidade do que os direitos protegidos pelas tutelas de urgência – os quais, por sua vez, fazem jus especificamente a tutelas cautelares – não fizesse jus a medidas de segurança, que são mais brandas do que medidas satisfativas.

Ademais, ao contrário do que defende Alvim¹⁶⁴, o deferimento de uma medida assecuratória teria sim o condão de satisfazer o propósito da tutela da evidência, que é redistribuir o ônus do tempo do processo entre as partes. Para que ocorra tal distribuição não é intrinsecamente necessário que a parte passe a usufruir dos resultados práticos da tutela final, visto que medidas cautelares podem plenamente causar inconveniências à contraparte que a façam sentir o peso da morosidade processual.

¹⁶¹ BUENO, 2022, p. 179.

¹⁶² THEODORO JÚNIOR, 2023, p. 666.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 666.

¹⁶⁴ ALVIM, 2017, p. 318-319.

Quanto aos tipos de procedimento nos quais pode ser concedida uma tutela da evidência, esclarece-se que, conforme destaca Daniel Mitidiero, “é possível antecipar todos os efeitos práticos oriundos das formas de tutela jurisdicional”, ou seja, “pouco importa se a ação visa à tutela declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva – sempre se pode impor antecipadamente à parte o comportamento que por ela deve ser observado no futuro”.¹⁶⁵

No entanto, a tutela da evidência, por se tratar de tutela provisória oriunda de juízo de cognição sumária, não pode ensejar uma situação irreversível, razão pela qual impõe-se que a decisão que a concede seja efetivada seguindo-se a lógica do cumprimento provisório de sentença. Portanto, exemplifica-se que, na antecipação de uma tutela reparatória, inexistindo urgência – como é o caso da tutela da evidência –, a princípio, a efetivação da decisão seguirá a técnica expropriatória.¹⁶⁶

Por fim, esclarece-se que não há qualquer impedimento de que a tutela da evidência seja concedida em benefício do réu. No entanto, considerando que o seu propósito essencial é redistribuir o ônus do tempo entre autor e réu e que geralmente a morosidade não é um fator tão desfavorável para este quanto é para aquele, bem como à luz do próprio escopo deste trabalho, a partir desse ponto considerar-se-á apenas as hipóteses e especificidades de concessão da tutela da evidência em benefício do autor.

Desse modo, conclui-se que a tutela da evidência consiste em espécie de tutela provisória baseada em técnica antecipatória e em juízo de cognição sumária – a não ser que seja concedida em um dos capítulos da sentença – podendo ser utilizada em qualquer tipo de procedimento para satisfazer ou assegurar, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, o direito do autor por se tratar de direito evidente à luz dos elementos de convencimento postos nos autos, sendo concedida em ocasiões nas quais não se pode ainda julgar a causa em definitivo – havendo a necessidade de continuidade da instrução processual – e devendo ser efetivada de modo que não cause situações irreversíveis.

3.3 Requisitos e hipóteses de cabimento da tutela da evidência

¹⁶⁵ MITIDIERO, 2022, Parte III, Seção 2.

¹⁶⁶ MITIDIERO, 2022, Parte III, Seção 4.

O legislador, ao disciplinar a tutela da evidência no Código de Processo Civil, não somente deixou de ser específico quanto ao seu conceito e função, como também poderia ter sido mais claro quanto aos seus requisitos essenciais.

Isso pois, o único artigo destinado à disciplina da tutela da evidência limita-se a estabelecer que ela independe do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, que se atribui à tutela de urgência, e a listar um rol não taxativo¹⁶⁷⁻¹⁶⁸ de quatro hipóteses nas quais seria possível o deferimento da tutela da evidência.

Fala-se em rol não taxativo pois, inequivocamente, existem outras hipóteses de tutela da evidência, previstas no CPC ou em legislação extravagante que não foram incluídas ou que não necessariamente se refletem nos incisos de tal artigo.

Em específico, o artigo 311 estabelece a possibilidade da tutela da evidência ser concedida quando a parte a quem ela desfavoreceria agir em abuso do direito de defesa ou com manifesto propósito protelatório (inciso I), quando as alegações de fato estiverem comprovadas apenas documentalmente e o direito se baseie em tese firmada em súmula vinculante ou em julgamento de recursos repetitivos (inciso II), quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito” (inciso III), e quando “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável” (inciso IV).¹⁶⁹

Cada uma dessas hipóteses possui as suas peculiaridades e pontos que podem e devem ser aprofundados para uma melhor compreensão da abrangência e dos limites de cada uma. Contudo, aprofundá-las em específico não faz parte do escopo deste estudo, que busca uma concepção mais ampla que caracterize os requisitos da tutela da evidência em sua essência, sem considerar individualmente uma hipótese ou outra dentre as do artigo 311.

Portanto, nos parágrafos a seguir o foco residirá em delimitar quais seriam os requisitos essenciais e genéricos que permitiriam a concessão da tutela da evidência, considerando o ponto de interseção e as lições genericamente aplicáveis que podem ser extraídas das hipóteses do artigo 311, bem como a sistemática processual que tange a tutela da evidência para além deste dispositivo.

¹⁶⁷ DOTTI, 2020, Seção 9.

¹⁶⁸ LAMY, 2018, p. 15.

¹⁶⁹ BRASIL, 2015.

De início, cumpre citar um fator que inequivocamente é homogêneo em todas as hipóteses de concessão da tutela da evidência e, por mais que não seja um requisito – sendo, na verdade, a ausência de um –, deve ser destacado, considerando a sistemática das tutelas provisórias como um todo: não é de modo algum necessário que haja perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo para a concessão da tutela da evidência. Isso se extrai diretamente do *caput* do artigo 311 que estabelece categoricamente essa desnecessidade.

O fato de a tutela da evidência não requerer que a demora da concessão da tutela seja um risco para o direito do autor é o principal fator que a distingue das tutelas de urgência, outras espécies de tutela provisória. Nesse contexto, Elpídio Donizetti explica que essa prescindibilidade se justifica pois “o perigo (ou risco de perigo) está inserido na própria noção de evidência. O direito da parte é tão cristalino que a demora na sua execução, por mera e inócua atenção aos atos procedimentais do método, já se torna indevida”¹⁷⁰.

Esclarecido esse ponto, ressalta-se que, para a concessão de uma tutela da evidência, é necessária a verificação de três requisitos, quais sejam, a incidência de uma hipótese de tutela da evidência prevista em lei ao caso concreto, a probabilidade do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu.

3.3.1 Incidência de uma hipótese de tutela da evidência prevista em lei

Para a demonstração do requisito de que deve incidir ao caso concreto uma hipótese de tutela da evidência prevista em lei, de início, convém destacar que, por mais que a doutrina no geral não costume especificar a necessidade de permissivo legal como um requisito ao lado da probabilidade do direito e da fragilidade da defesa, conforme será demonstrado adiante, ela é, inequivocamente, tratada como pressuposto essencial.

Além disso, por mais que pareça óbvia a necessidade de que a concessão da tutela da evidência se baseie em permissivo legal, é relevante tratar esse requisito com atenção, uma vez que é justamente ele que diferencia a probabilidade do direito exigível da tutela da evidência daquela que se exige da tutela de urgência.

¹⁷⁰ DONIZETTI, Elpídio. **Curso de direito processual civil**. 25. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022. e-book. ISBN 978-65-5977-195-0. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771967/>. Acesso em: 22 out. 2023. p. 462.

Afinal, é a junção da existência de hipótese legal aplicável ao caso com a probabilidade do direito concretamente alegado pelo autor que forma uma probabilidade do direito qualificada¹⁷¹, elevando o direito ao patamar de direito evidente. Esses dois requisitos se completam e estão intrinsecamente relacionados, de modo que não se pode ignorar os efeitos que um tem sobre a abrangência do outro.

Isso ocorre, pois, ao contrário do que ocorre com as tutelas cautelares, nas quais o juiz é dotado de um poder geral de cautela, “não existe um poder geral de tutela da evidência”¹⁷², de modo que todas as circunstâncias nas quais um direito poderá ser considerado evidente estão previstas em lei. Nesse sentido, Câmara destaca que “cabe ao texto legal indicar em que situações se pode considerar presente essa probabilidade qualificada (evidência) que justifica a concessão de tutela provisória independentemente da existência de uma situação de perigo de dano”¹⁷³.

Sobre tal questão, convém ainda frisar que

se trata de opção legislativa estabelecer qual direito é tido como evidente, no sentido de existir alta probabilidade de sua existência. [...] Em outras palavras, somente poderá o juiz conceder tutela de evidência estando diante de hipótese prevista no art. 311 do CPC, ou de outra também prevista expressamente em lei. É, pois, um rol taxativo, mas não limitado ao art. 311 do CPC.¹⁷⁴

Ou seja, as hipóteses legais de concessão da tutela da evidência servem para limitar as ocasiões nas quais seria possível considerar que um direito é provável o suficiente para ser considerado evidente.

Nessa perspectiva, conforme já mencionado existem os permissivos legais de concessão da tutela da evidência previstos nos incisos do artigo 311 do Código de Processo Civil, bem como existem espécies típicas, previstas no próprio código ou em legislação específica, as quais visam privilegiar determinados direitos materiais.

Dentre as espécies típicas, para além do artigo 311, exemplifica-se a tutela da evidência “nas liminares possessórias (CPC, art. 562), nos embargos de terceiros (CPC, art. 678), na locação

¹⁷¹ CÂMARA, 2022, p. 305.

¹⁷² *Ibid.*, p. 305.

¹⁷³ CÂMARA, 2022, p. 305.

¹⁷⁴ VEIGA, Daniel Brajal; FONSECA, Geraldo; D'ORIO, Rodrigo; FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares; ARMELIN, Roberto. 24. Tutela provisória: questões polêmicas. In: BUENO, Cássio Scarpinela; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coord.). **Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. e-book. ISBN 978-85-536-0167-7. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601677/>. Acesso em: 16 set. 2023. p. 529-531.

(Lei nº 8.245/91, art. 59, § 1º, e art. 68, II) e na antecipação de uso e fruição de bem na partilha (CPC, art. 647, parágrafo único)”¹⁷⁵.

No entanto, a principal espécie típica de tutela da evidência para o presente estudo é a do artigo 47-A da Lei 12.529/2011, inserida no ordenamento jurídico brasileiro em novembro de 2022, afinal, objetiva-se identificar e compreender os requisitos para a concessão da tutela da evidência em ações de reparação de danos concorrenciais com base nesse dispositivo, visando a contribuir para a sua correta interpretação e aplicação.

Por outro lado, tratando-se das espécies do artigo 311, é verdade que as hipóteses dos incisos I, II e IV consistem em cláusulas abertas que podem ser aplicadas genericamente, independentemente do direito material em juízo. No entanto, essas hipóteses exigem a verificação circunstâncias processuais específicas para que seja permitida a concessão da tutela da evidência, as quais devem ser devidamente observadas e respeitadas.

Nesse sentido, convém ainda destacar que a hipótese do inciso IV, a qual permite “uma abertura do sistema para aferição da evidência no caso concreto”¹⁷⁶, consiste na norma que mais se remete à razão teórica¹⁷⁷ e à lógica essencial¹⁷⁸ da tutela da evidência.

Entende-se dessa forma, pois, a circunstância processual exigida pelo permissivo legal do inciso IV do artigo 311 – que requer que o autor tenha instruído a inicial “com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”¹⁷⁹ – nada mais é do que a necessidade de verificação dos outros dois requisitos tidos como essenciais a todas as hipóteses de tutela da evidência, quais sejam, a probabilidade do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu – que serão detalhados adiante.

3.3.2 Probabilidade do direito do autor

Ainda no tocante aos fatores comuns a todas as espécies de tutela da evidência, destaca-se a necessidade de verificação da probabilidade do direito do autor. Isso pois, apesar de o artigo 311 não prever expressamente a necessidade de verificação de tal requisito no seu *caput*, a

¹⁷⁵ DOTTI, 2020, Seção 4.3.2.

¹⁷⁶ DOTTI, 2020, Seção 9.

¹⁷⁷ MARINONI, 2021, Parte III, Seção 8.4.

¹⁷⁸ LAMY, 2018, p. 21.

¹⁷⁹ BRASIL, 2015.

essencialidade da sua verificação decorre de fatores lógicos e da própria interpretação sistemática das regras que disciplinam a tutela da evidência.

Ora, se a tutela da evidência e a tutela de urgência são ambas espécies do gênero tutela provisória e se a tutela de urgência tem como requisitos a probabilidade do direito e o perigo da demora, o fato de o Código de Processo Civil caracterizar genericamente a tutela da evidência apenas pela prescindibilidade deste requisito pressupõe que aquele também é necessário para ela.¹⁸⁰

Conforme destacam Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo, para concessão da tutela da evidência é necessário “que se demonstre também a verossimilhança ou probabilidade de acolhimento da pretensão, pois esse é requisito fixo e indissociável de toda e qualquer tutela provisória”¹⁸¹. No mesmo sentido, cita-se Bruno Vinícius da Rós Bodart¹⁸², Leonardo Ferres da Silva Ribeiro¹⁸³, Cássio Scarpinella Bueno¹⁸⁴ e Humberto Theodoro Júnior, que reforça que a

tutela sumária, em qualquer de suas formas, inclusive a da evidência, nunca prescinde da comprovação do *fumus boni iuris*. Sem prova (ainda que sumária e superficial) do direito que se deseja tutelar, não se pode pretender provimento que o assegure, em caráter provisório.¹⁸⁵

Ou seja, é inequívoco que, não obstante as possibilidades legais fundadas em circunstâncias processuais e as espécies típicas que se baseiam no direito material em jogo para estabelecer determinadas presunções, ainda assim é necessário que o direito seja provável. Afinal, como foi destacado alhures, é justamente a junção da probabilidade do direito com a incidência de permissivo legal que formam um direito evidente, de probabilidade qualificada.

Nessa perspectiva, por óbvio, não se desconsidera o fato de que algumas das hipóteses de evidência do direito previstas pelo legislador já incluem no seu próprio texto requisitos que seriam suficientes para que o direito possa ser considerado provável. Ou seja, no caso do inciso IV do artigo 311, a mera incidência do dispositivo ao caso concreto já indicaria a probabilidade do direito, pois nesse caso esses dois requisitos seriam redundantes.

Ocorre que, existem diversas hipóteses legais que criam possibilidades e presunções para que um direito seja considerado evidente que, no entanto, podem se verificar em circunstâncias

¹⁸⁰ MAZINI, 2020, p. 34.

¹⁸¹ YARSHELL; ABDO, 2018, p. 476.

¹⁸² BODART, 2015, Seção 4.2.

¹⁸³ RIBEIRO, 2018, Seção 7.

¹⁸⁴ BUENO, 2022, p. 179.

¹⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, 2023, p. 669.

concretas nas quais esse direito não faça sequer jus a tal presunção. Nesses casos, se fosse dispensada a necessidade de probabilidade do direito, nas palavras de Mitidiero, “correr-se-ia o risco de agredir a esfera jurídica da parte sem suficiente grau de certeza a respeito da veracidade das alegações – violando-se, portanto, o direito à segurança jurídica no processo”¹⁸⁶.

Por exemplo, conforme fora mencionado anteriormente, o inciso I do artigo 311 estabelece a possibilidade de concessão da tutela da evidência quando o réu abusar do seu direito de defesa ou agir com manifesto propósito protelatório. Nesse contexto, caso se dispensasse o requisito básico da probabilidade do direito, confiando-se apenas na possibilidade prevista em tal dispositivo, haveria margem para que um autor de uma ação temerária, cujo pleito carece de absolutamente qualquer probabilidade, ter deferida uma tutela da evidência em seu fator unicamente porque o réu estaria retardando de modo abusivo o prosseguimento do feito.

A circunstância do exemplo conferido não parece ser o propósito da tutela da evidência e, na verdade, não é. Dentre os autores que se posicionam dessa forma quanto a esse dispositivo em específico – como Yarshell e Abdo¹⁸⁷, Gouveia¹⁸⁸, Bueno¹⁸⁹, Theodoro Júnior¹⁹⁰ e Bodart¹⁹¹ – destaca-se a crítica de José Miguel Garcia Medina, que entende que ele foi disciplinado de modo incompleto e tecnicamente ruim, ressaltando que a sua redação “não deve conduzir ao entendimento de que algo inverossímil, afirmado pelo autor da ação, seja considerado evidente, tão só pelo fato de o réu ter abusado do direito de defesa”¹⁹².

Por isso, adota-se integralmente o raciocínio de Mazini, que defende que

Não basta, por esta ótica, que apenas sejam invocadas na causa de pedir quaisquer das hipóteses elencadas no art. 311, I a IV do Código, para a obtenção da tutela da evidência, pois a alegação deve necessariamente ter amparo em elementos probatórios, presunções ou regras de experiência que sejam capazes de formar a convicção do juiz quanto à probabilidade do direito evidenciado.¹⁹³

¹⁸⁶ MITIDIERO, 2022, Parte II, Seção 3.2.

¹⁸⁷ YARSHELL; ABDO, 2018, p. 475.

¹⁸⁸ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Título III da tutela da evidência. In: ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. (coord.) **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. e-book. ISBN 978-85-472-2223-9. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547222239/>. Acesso em: 19 set. 2023. p. 416.

¹⁸⁹ BUENO, 2022, p. 179.

¹⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, 2023, p. 669.

¹⁹¹ BODART, 2015, Seção 4.2.

¹⁹² MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2022. e-book. ISBN 978-65-5991-325-1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/curso-de-direito-processual-civil-moderno/1590358174>. Acesso em: 1 nov. 2023. Capítulo II, Seção 8.3.

¹⁹³ MAZINI, 2020, p. 33.

Portanto, apesar de, de fato, não caber ao julgador estabelecer qual direito é considerado evidente pelo sistema, visto que isso é um papel do legislador,¹⁹⁴ as definições feitas pelo legislador não eximem a necessidade de que o direito do autor, para além de se encaixar nas hipóteses legais de direitos que podem ser evidentes, seja realmente provável no caso concreto. Ou seja, o legislador não renunciou “à confirmação – ainda que em grau menor – das alegações da parte para concessão da tutela jurisdicional”¹⁹⁵.

Nesse contexto, convém fazer breves apontamentos sobre o que afinal é um direito provável e como ele pode ser aferido pelo juiz e, de início, ressalta-se a definição de Marinoni de que pode se considerar uma afirmação como provável quando ela, antes mesmo de ser submetida “à plenitude do contraditório, faz surgir a convicção – a partir da relação que possui com outros fatos, provas e regras de experiência – de que será demonstrada na fase seguinte do processo”¹⁹⁶.

Ademais, o juízo de probabilidade, conforme Theodoro Júnior, pressupõe que na fase inicial do processo já se encontrem nos autos elementos de convicção que sejam suficientes para que se tenha um juízo do mérito favorável a um dos litigantes.¹⁹⁷

No caso da tutela da evidência que é requerida pelo autor da demanda, é lógico que a convicção deve ser formada acerca da probabilidade dos fatos constitutivos do direito que ele busca tutelar e que foram por ele alegados e comprovados. Afinal, são esses os fatos que o réu tentará negar, modificar, impedir ou extinguir e, nesse contexto, se a defesa do réu for frágil isso significará que os fatos constitutivos manterão inalterada a sua probabilidade.

Portanto, já sob a ótica do autor da demanda, Mazini explica que se pode compreender a probabilidade “como a constatação de que o direito alegado pelo autor encontra respaldo em provas robustas e suficientes para considerá-lo factível, mesmo que em sede de cognição superficial”¹⁹⁸.

Ou seja, é lógico que a tutela da evidência exigirá que o autor faça prova dos fatos constitutivos do seu direito que, quando analisada em conjunto das regras de experiência, seja o suficiente para gerar a convicção necessária. No entanto, a prova convincente o suficiente para a

¹⁹⁴ LAMY, 2018, p. 15.

¹⁹⁵ MITIDIERO, 2022, Parte II, Seção 3.2.

¹⁹⁶ MARINONI, 2021, Parte III, Seção 1.9.

¹⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, 2023, p. 665.

¹⁹⁸ MAZINI, 2020, p. 33.

tutela da evidência não necessariamente será uma prova inequívoca ou irrefutável em favor do autor, sendo contrário à lógica da tutela da evidência exigir que a prova apresente tais qualidades.¹⁹⁹

Afinal, requer-se um juízo de probabilidade, não um de certeza, sendo plenamente possível que, ao final da instrução do feito, constate-se que probabilidade que havia sido considerada no início do feito não se confirma e que as oposições do réu ao direito do autor tinham fundamento²⁰⁰. Nas palavras de Eduardo Lamy,

a essência da evidência é a existência de uma dúvida mínima do julgador a respeito do direito aplicável ao caso concreto, e que crie a necessidade de instrução probatória, ainda que mínima. Especialmente após o contraditório, se dúvida mínima não existisse, mais fácil seria simplesmente julgar antecipadamente a lide.²⁰¹

Portanto, sobre a qualidade da prova acerca dos fatos constitutivos, Bodart indica seria necessário que ela fosse segura e confiável.²⁰² Dotti, por sua vez, ressalta que “mesmo a prova dúbia pode convencer, desde que aliada a outros elementos probatórios. Nem mesmo ela pode ser considerada inútil”²⁰³.

Nesse ponto, alia-se ao posicionamento da autora, o qual não necessariamente exclui o de Bodart. É lógico que provas robustas, seguras e confiáveis são desejáveis e merecem privilégios, no entanto, a existência de dúvidas é parte do juízo de probabilidade, que não requer uma certeza quanto à pretensão do autor, tampouco uma prova inequívoca. Nesse contexto, não se pode desconsiderar por completo a prova dúbia quando a junção dela às máximas de experiência e aos demais elementos probatórios for útil à constatação da probabilidade do autor.

Não obstante tais esclarecimentos ainda assim remanesce obscuro o nível de convicção necessário acerca do direito do autor. Nesse sentido, Dotti aprofunda-se em tal questão, esclarecendo que a análise da probabilidade deve levar em consideração um *standard* mínimo de preponderância de prova, de modo que pode se conceder a tutela da evidência quando o direito do autor for minimamente mais provável que o do réu. Ou seja, se o direito do autor, com base nos elementos de prova disponíveis nos autos, for um 1% mais provável que o do réu, apresentando uma probabilidade de 51%, será possível conceder uma tutela da evidência em seu favor.²⁰⁴

¹⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 670.

²⁰⁰ MITIDIERO, 2022, Parte III, Seção 1.2.

²⁰¹ LAMY, 2018, p. 14.

²⁰² BODART, 2015, Seção 4.6.

²⁰³ DOTTI, 2020, Seção 4.8.4

²⁰⁴ *Ibid.*, Seção 7.5.3.

À essa perspectiva, acresce-se os apontamentos de Mitidiero acerca de que

“O nível de convicção exigido sobre as alegações processuais para concessão da antecipação da tutela pode variar de maneira significativa de acordo com o direito material debatido em juízo. [...] A gravidade do litígio no plano do direito material também constitui importante baliza para graduação do nível de exigência probatória que se deve empregar para formação da convicção judicial no âmbito da técnica antecipatória.”²⁰⁵

Nesta ocasião, adota-se em conjunto tanto as lições de Dotti quanto as de Mitidiero, concluindo-se que a convicção necessária para a concessão da tutela da evidência em regra requer que se considere o direito do autor minimamente mais provável que o do réu, sem conduto desconsiderar as importantes balizas fixadas pelo direito material e pela gravidade do litígio.

3.3.3 Fragilidade da defesa do réu

Conforme apontado anteriormente, o terceiro requisito necessário para a concessão da tutela da evidência é a fragilidade da defesa do réu. A imprescindibilidade de tal requisito não somente é fruto de uníssona construção doutrinária, como também se extrai das próprias hipóteses de tutela da evidência previstas em lei.

Nessa perspectiva, destaca-se que Mitidiero considera que o grande denominador comum entre as hipóteses legais de tutela da evidência “é a noção de defesa inconsistente. A tutela pode ser antecipada porque a defesa articulada pelo réu é inconsistente ou provavelmente o será”²⁰⁶. No mesmo sentido, Dotti estabelece que o “que une todas as hipóteses da tutela da evidência é a noção de contestação não séria, ou seja, de uma defesa frágil, inconsistente”²⁰⁷.

Esse requisito se aplica a qualquer tipo de defesa, seja a direta, seja a indireta. Ou seja, ainda que a dilação probatória necessária para viabilizar a cognição exauriente ao final do processo se refira à elucidação dos fatos constitutivos do autor, se a defesa apresentada pelo réu for considerada frágil, justifica-se a redistribuição do ônus do tempo.

Portanto, ressalta-se que a fragilidade da defesa pode ser identificada por meio de dois caminhos. O primeiro seria a partir da mera comparação entre as posições processuais das partes

²⁰⁵ MITIDIERO, 2022, Parte II, Seção 3.3.

²⁰⁶ *Ibid.*, Parte III, Seção 1.2.

²⁰⁷ DOTTI, 2020, Seção 7.

com base nos elementos demonstrados nos autos, e o segundo teria fundamento em uma presunção fixada pelo legislador em decorrência da natureza do direito material em juízo.²⁰⁸

O primeiro caminho é aquele aplicável genericamente a todas as hipóteses de tutela da evidência, independentemente da natureza do direito material debatido no processo. Afinal, em regra, “a concessão da tutela da evidência depende do cotejo entre as posições jurídicas do autor e do réu no processo: é dessa comparação que será oriunda a noção de evidência”²⁰⁹. Por sua vez, tal comparação, para permitir a concessão da tutela da evidência deve resultar na constatação de que, enquanto há probabilidade do direito do autor a defesa do réu percebe-se como frágil.

Sobre o conceito de fragilidade da defesa, Dotti esclarece que esta “se verificará sempre que os argumentos do réu não conseguirem criar uma incerteza a respeito do direito questionado, isto é, sobre o próprio mérito do pedido”²¹⁰.

Em complemento, Marinoni, que também destaca a imprescindibilidade de tal requisito para a concessão de tutela da evidência, explica que a defesa deve ser tida como provavelmente infundada ou inconsistente, de modo que não se considere provável a demonstração das alegações nela contidas na próxima fase do processo.²¹¹ Nas palavras do autor, atribui-se “ao réu o ônus da argumentação fundada, ou melhor, o ônus da argumentação capaz de demonstrar que a prova produzida pelo autor poderá ser negada pela instrução”²¹².

Afinal, quando se está diante de um direito evidente – ou seja, que apresenta uma probabilidade qualificada, nos termos já definidos –, este não se abala em face de qualquer defesa, visto que somente as alegações do réu que sejam de fato “merecedoras de credibilidade podem descaracterizar a evidência do direito e, deste modo, racionalmente adiar a tutela do direito”²¹³. Conforme explica Eduardo Arruda Alvim, tal circunstância “impõe ao réu que crie “dúvida razoável” ao julgador, ou seja, atinja com sua defesa a probabilidade de êxito que decorreria da petição inicial”²¹⁴, o que por óbvio requer uma defesa consistente.

Pois bem, no tocante ao segundo caminho, no qual a fragilidade da defesa é pressuposta pelo legislador com base na natureza do direito material em juízo, esclarece-se que a sua incidência

²⁰⁸ *Ibid.*, Seção 4.

²⁰⁹ MITIDIERO, 2022, Parte III, Seção 1.2.

²¹⁰ DOTTI, 2020, Seção 7.

²¹¹ MARINONI, 2021, Parte III, Seção 1.9.

²¹² *Ibid.*, Parte III, Seção 4.1.

²¹³ *Ibid.*, Parte III, Seção 1.9.

²¹⁴ ALVIM, 2017, p. 332.

se dá no âmbito das espécies típicas de tutela da evidência, casos nos quais o legislador entendeu por bem “fixar uma presunção legal de evidência do direito”²¹⁵.

Nas palavras de Dotti,

Trata-se, assim, de um juízo prévio, feito pelo próprio legislador, para facilitar a atividade judicial na decisão de conceder ou não uma ordem provisória. Ou seja, a noção daquilo que normalmente acontece estaria inserida previamente na lei, de forma a autorizar a concessão da medida pelo magistrado.²¹⁶

Nesse sentido, apesar de nas espécies típicas o legislador não fazer constar expressamente que se pressupõe a fragilidade da defesa, tal conclusão é inexoravelmente extraída do teor de tais dispositivos. Isso pois, primeiramente, se o legislador optou por antever a evidência do direito, sendo o requisito da probabilidade do direito inerente à tutela da evidência, de modo que este deve ser imprescindivelmente aferido no caso concreto, o único outro requisito sobre o qual a presunção poderia incidir seria o da fragilidade do direito.

Em complemento, é possível extrair a existência de tal presunção em decorrência do fato de que em muitas de tais espécies típicas de tutela da evidência autoriza-se a sua concessão em caráter liminar, ou seja, antes mesmo que o réu tenha a oportunidade de se manifestar na ação. Novamente, valendo-se das palavras de Dotti, em função da relevância do direito material, autoriza-se um tratamento diferenciado e, assim, “se imagina antecipadamente que o autor tem razão e, com base nessa aposta legislativa, permite-se uma posição processual de vantagem, consistente na autorização da antecipação da tutela do direito”²¹⁷.

Não obstante, a questão da concessão liminar da tutela da evidência, não somente nas hipóteses típicas, mas também nas genericamente aplicáveis, é um dos temas mais controversos relativos a tal instituto, de modo que será tratado individualmente na sessão a seguir.

3.4 A concessão liminar de tutela da evidência

Um último ponto a ser esclarecido acerca da tutela da evidência se refere à possibilidade de ela ser concedida em caráter liminar. Isso pois, o parágrafo único do artigo 311

²¹⁵ FUX, 2000, p. 18.

²¹⁶ DOTTI, 2020, Seção 5.5.

²¹⁷ *Ibid.*, Seção 5.5.

estabelece que o juiz poderá decidir liminarmente pela concessão da tutela da evidência nos casos dos incisos II e III, bem como diversas espécies típicas extraídas de outros dispositivos legais também contém permissão expressa nesse sentido, como é o caso do artigo 47-A da Lei 12.529/2011.

Ocorre que tal questão é um ponto polêmico e que causa divergência na doutrina, que parte considera inconstitucional a concessão liminar da tutela da evidência e parte não vê óbices à constitucionalidade de tal possibilidade prevista de modo expreso pelo legislador.

Marinoni é um dos maiores críticos à tutela da evidência concedida em caráter liminar. Nas palavras do autor, “[a]o exigir direito evidente e, assim, não poder dispensar a análise da defesa, tutela da evidência antes da ouvida do réu não é apenas uma contradição em termos; é igualmente uma tutela que viola o contraditório e o direito da defesa e, portanto, é inconstitucional”²¹⁸.

Seguindo o mesmo raciocínio, Lenio Luiz Streck, Lúcio Delfino e Diego Crevelin de Sousa, em coautoria, afirmam que “a lei processual protege deficientemente o contraditório quando o afasta em estrita homenagem à evidência”²¹⁹, e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro²²⁰ esclarece que se não há risco à utilidade do processo não há justificativa para que seja concedida liminarmente a tutela da evidência.

Em complemento, Sérgio Torres Teixeira, Virgínia Colares Soares Figueiredo Alves e Daniel Gomes de Melo, defendem que não há justificativa para a concessão liminar de uma tutela da evidência, visto que se trata de uma ofensa ao contraditório e que carece de racionalidade pois “culpa da morosidade não está no prazo para a defesa do réu e a sua supressão, à luz de uma falsa eficiência, não resolverá o problema de forma alguma”²²¹.

Nessa perspectiva, Mazini também entende ser inconstitucional a concessão liminar, esclarecendo que, mesmo com a tutela da evidência se amparando nos princípios da duração razoável e da tempestividade da jurisdição, se não há urgência, “não haveria outro direito

²¹⁸ MARINONI, 2021, Parte III, Seção 9.

²¹⁹ STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; SOUSA, Diego Crevelin de. Tutela provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade. **Revista Consultor Jurídico**. 15 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoria-contraditorio-evidente-inconstitucionalidade>. Acesso em: 2 nov. 2023.

²²⁰ RIBEIRO, 2018, Seção 7.

²²¹ TEIXEIRA; ALVES; MELO, 2019, p. 206.

fundamental em rota de colisão a ser acomodado para permitir o deferimento in limine da tutela da evidência”²²².

Em sentido contrário aos posicionamentos supracitados, Dotti entende que a melhor posição seria em favor da constitucionalidade da concessão liminar de tutela da evidência quando a sua autorização decorrer de expressa escolha do legislador baseada na natureza do direito material em juízo. Ou seja, a autora não vê óbices à constitucionalidade da concessão liminar autorizada nos incisos II e III do artigo 311, bem como nas espécies típicas de tutela da evidência, visto que se estaria diante de uma presunção, fixada pelo legislador, de que a defesa será frágil.²²³

Nesse sentido, no tocante às espécies típicas, destaca-se que a autora entende que não há inconstitucionalidade na concessão liminar da tutela da evidência

nas ações possessórias (CPC, art. 562) , nos embargos de terceiro (CPC, art. 678) , nas ações de despejo por falta de pagamento quando o credor estiver desprovido de garantias como caução, fiança, seguro fiança, cessão fiduciária de cotas de fundo de investimento (Lei nº 8.245/91, art. 59, § 1º) , nas ações revisionais de aluguel (Lei nº 8.245/91, art. 68, II) , na busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente (DL nº 911/1969) e na antecipação de uso e fruição de bem na partilha (CPC, art. 647, § único).²²⁴

A autora, no entanto, destaca a importância de que seja feita no caso concreto uma avaliação acerca do cabimento da concessão liminar, esclarecendo que em determinadas "situações, ouvir primeiramente o réu antes de decidir será uma opção prudente para o juiz", enquanto que, em outras, "havendo clara convicção do magistrado diante da força das provas já produzidas pelo autor", seria plenamente cabível a concessão liminar da tutela da evidência, não havendo o que se falar em inconstitucionalidade.²²⁵

Em sentido similar, Bueno é contrário à alegação genérica de inconstitucionalidade da opção feita pelo legislador de autorizar a concessão liminar da tutela da evidência para alguns casos. No entanto, o autor também ressalta a necessidade de o magistrado ter "um redobrado cuidado na análise do pedido respectivo para não arranhar, em nome do princípio da efetividade, o do contraditório"²²⁶

²²² MAZINI, 2020, p. 88.

²²³ DOTTI, 2020, Seção 4.7.3.

²²⁴ *Ibid.*, Seção 5.5.1.

²²⁵ *Ibid.*, Seção 4.7.3.

²²⁶ BUENO, 2022, p. 180.

Em obra de coautoria, Daniel Brajal Veiga, Geraldo Fonseca, Rodrigo D'Orio, Cristiane Druve Tavares e Roberto Armelin, inclinam-se a favor da constitucionalidade da concessão liminar de tutela da evidência, em decorrência de haver um prestígio legal ao direito do autor e considerando ainda que "não se estará dispensando o contraditório; ele será apenas postergado para momento posterior"²²⁷.

Câmara, por sua vez, se limita a afirmar que "a possibilidade de prolação de decisões concessivas de tutela da evidência sem prévio contraditório é absolutamente excepcional", pois o contraditório "só pode ser excepcionado em casos nos quais seu afastamento se revele necessário para a proteção de algum direito fundamental que seria sacrificado com sua observância".²²⁸

Com todo respeito aos autores que não consideram problemática a concessão liminar da tutela da evidência, nesta ocasião alinha-se ao posicionamento de que se trata de permissão inconstitucional e que, portanto, não deve ser utilizada na prática.

Afinal, se não há urgência, não se justifica que o contraditório seja integralmente postergado simplesmente em prol da duração razoável do processo, posto que este segundo princípio impõe que o processo tenha um tempo razoável, e não célere a qualquer custo, razão pela qual não se pode considerar irrazoável aguardar que o réu tenha ao menos ciência da ação e apresente contestação, caso assim entenda.

²²⁷ VEIGA; FONSECA; D'ORIO; FAGUNDES; ARMELIN, 2018, p. 538.

²²⁸ CÂMARA, 2022, p. 311.

4 A TUTELA DA EVIDÊNCIA DO ARTIGO 47-A DA LEI 12.529/2011 NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS

A partir de toda a base teórica construída na seção anterior acerca da tutela da evidência no ordenamento jurídico brasileiro, passa a ser possível fazer uma análise mais precisa e fundamentada da modalidade prevista no artigo 47-A da Lei 12.529/2011, de modo a determinar os requisitos para a concessão da tutela da evidência em ações de reparação de danos concorrenciais com base em tal dispositivo, bem como as suas limitações.

O artigo ora sob análise dispõe que “a decisão do Plenário do Tribunal referida no art. 93 desta Lei é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente nas ações previstas no art. 47 desta Lei”²²⁹. A decisão à qual o dispositivo faz menção, nos termos do artigo 93 da Lei 12.529/2011, consiste na decisão do Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, do CADE, que contenha condenação ao pagamento de multa ou imposição de obrigação de fazer ou não fazer.

Por sua vez, o artigo 47, também citado expressamente no texto do 47-A, se refere à possibilidade de que os prejudicados pela prática de infrações à ordem econômica por parte de outros agentes ingressem em juízo para obter a cessação de tais práticas ou para obter indenização pelas perdas e danos sofridos em decorrência delas.

A possibilidade genericamente estabelecida no artigo 47 não depende de inquérito ou de processo administrativo do CADE para o seu exercício, no entanto, por óbvio, ter respaldo no caso concreto em uma investigação ou decisão da autarquia é elemento de convicção relevante. Ademais, a previsão e abrange diversos tipos de ações, e dentre essas, incluem-se as ARDCs.

Portanto, tendo em mente o recorte teórico deste estudo, pode-se traduzir o teor do artigo 47-A da Lei 12.529/2011 no sentido de que a decisão condenatória pela prática de cartel do Plenário do Tribunal do CADE é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente em ações de reparação de danos concorrenciais do tipo *follow-on*.

Trata-se de possibilidade inovadora no ordenamento jurídico brasileiro. Isso pois, ao contrário do que ocorre no caso de decisões condenatórias proferidas na esfera penal, as quais são vinculantes na esfera cível, a decisão condenatória proferida pelo CADE, na esfera administrativa,

²²⁹ BRASIL, 2011.

em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, não o é. Ou seja, em tese, é possível inclusive que o juízo estatal tenha “entendimento diverso do CADE com relação à existência da conduta ilícita”²³⁰.

A inexistência de vinculação do Poder Judiciário à decisão do CADE, no entanto, “em nada desmerece a profundidade, tecnicidade, legalidade e legitimidade das decisões adotadas pela Autarquia, tampouco lhes retira importância”²³¹. Na verdade, a decisão do CADE, assim como todos os atos administrativos de modo geral, goza de uma presunção relativa de veracidade, a qual se manifesta tanto no tocante aos fatos nela contidos, quanto em relação à correta aplicação e observância às normas pertinentes.²³²

Nessa perspectiva, conforme ressalta Rogéria Fagundes Dotti, a possibilidade introduzida pelo artigo 47-A no ordenamento jurídico brasileiro consiste em significativa inovação, visto que não havia anteriormente qualquer hipótese de autorização à concessão de tutela da evidência baseando-se em decisões proferidas por tribunais administrativos²³³, apesar da presunção de veracidade que é genericamente atribuída a elas.

No entanto, apesar de tal alteração legislativa conferir uma maior relevância probatória à decisão do CADE no âmbito das ARDCs, nas palavras de Daniel Costa Caselta, não se pode “interpretar, como ocorre em outras jurisdições, que a decisão administrativa do Cade terá caráter vinculante perante o Poder Judiciário, o que conflitaria com a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição”²³⁴.

Portanto, é de rigor interpretar o dispositivo no sentido de que a possibilidade de a decisão do CADE fundamentar a concessão de tutela da evidência confirma “a deferência do

²³⁰ CASELTA, 2016, p. 122.

²³¹ MAIA, 2021, p.153.

²³² CAMARGO GOMES, 2023, p. 339-340.

²³³ DOTTI, Rogéria Fagundes. Decisões do plenário do Cade e a tutela da evidência. **Revista Consultor Jurídico**. 2 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-02/rogeria-dotti-artigo-47-lei-122592011/>. Acesso em: 2 nov. 2023.

²³⁴ CASELTA, Daniel Costa. Nova lei busca promover indenizações em matéria concorrencial. **Revista Consultor Jurídico**. 4 de dezembro de 2022. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2022-dez-04/daniel-caselta-lei-busca-promover-indenizacoes-materia-concorrencial/#:~:text=Nova%20lei%20busca%20promover%20indeniza%C3%A7%C3%B5es%20em%20mat%C3%A9ria%20concorrencial&text=A%20nova%20Lei%20n%C2%BA%2014.470.mat%C3%A9ria%20concorrencial%20no%20Direito%20brasileiro](https://www.conjur.com.br/2022-dez-04/daniel-caselta-lei-busca-promover-indenizacoes-materia-concorrencial/#:~:text=Nova%20lei%20busca%20promover%20indeniza%C3%A7%C3%B5es%20em%20mat%C3%A9ria%20concorrencial&text=A%20nova%20Lei%20n%C2%BA%2014.470.mat%C3%A9ria%20concorrencial%20no%20Direito%20brasileiro.). Acesso em: 2 nov. 2023.

judiciário às decisões da Autarquia”²³⁵, conforme destacam Alexandre Barreto e Ana Sofia Monteiro Signorelli.

Afinal, por meio de tal dispositivo o legislador, apesar de manter a inafastabilidade da jurisdição ao não tornar a decisão do CADE vinculante, fez uma escolha política de elevar o grau de força e respeitabilidade da decisão administrativa no âmbito do Poder Judiciário ao permitir que ela fundamente a concessão de tutela da evidência.

O propósito dessa inclusão, conforme restou estabelecido na justificativa do projeto de lei que nela resultou, era de inverter o ônus da morosidade no âmbito das ARDCs, buscando-se “imprimir maior celeridade às ações privadas e atribuir a elas grau de efetividade imediata capaz de gerar um efeito dissuasório ainda maior aos ilícitos concorrenciais”²³⁶, bem como “estimular uma postura mais proativa dos agentes econômicos, tanto no sentido de dissuasão das infrações, quanto de realizarem a auto composição também nas ações privadas”²³⁷.

Diante da justificativa do legislador, percebe-se que o intuito do artigo 47-A, per si, é coerente com a finalidade da tutela da evidência que, conforme já detalhado, visa justamente redistribuir o ônus do tempo no processo em prol de incentivar condutas processuais mais adequadas por parte do réu e inibir o exercício abusivo dos seus direitos de defesa²³⁸, visto que a morosidade do processo passa a ser um problema para ele, tornando-se mais interessante a obtenção de um desfecho para a ação.

A intenção de incentivar a autocomposição também é coerente com a finalidade da tutela da evidência. Afinal, conforme explica Dotti, a partir do momento que o réu passa a sofrer os efeitos da decisão antecipatória é natural que ele faça uma análise de custo-benefício comparando os prejuízos que poderia sofrer com o desfecho do processo pela via judicial e os prováveis benefícios que poderia ter caso o litígio fosse encerrado por meio de uma composição amigável.²³⁹ Nesse cenário, aplicando-se um critério de racionalidade dos agentes econômicos,

²³⁵ BARRETO, Alexandre; SIGNORELLI, Ana Sofia Monteiro. Lei 14.470/22: uma nova era para a persecução concorrencial privada no Brasil. 2022. **Coluna Migalhas de Peso**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/377527/uma-nova-era-para-a-persecucao-concorrencial-privada-no-brasil>. Acesso em: 11 nov. 2023.

²³⁶ BRASIL, 2016, p. 5.

²³⁷ *Ibid.*, p. 6.

²³⁸ MARINONI, 2021, Parte III, Seção 5.4.

²³⁹ DOTTI, 2020, Seção 6.

pode-se dizer que somente o réu que estivesse absolutamente convicto da probabilidade da sua posição jurídica que não veria vantagem alguma na autocomposição.

Ou seja, trata-se de inclusão legislativa bem-intencionada, visto que a inefetividade e a morosidade das ARDCs são um problema não só para os interessados em tais ações, como também para o próprio sistema de defesa da concorrência. Isso pois, a inefetividade e a morosidade das ARDCs acabam por comprometer o efeito dissuasório que era delas esperado – o qual fora detalhado em seção anterior –, bem como geram a sensação de impunidade e injustiça.

Afinal, em se tratando de ação fundamentada em condenação do CADE, o dano foi provocado ao autor da ação muitos anos antes do seu ajuizamento, visto que o inquérito e o processo administrativo do CADE já teriam gastado uma considerável quantia de tempo até culminar em uma decisão condenatória, não se podendo esquecer que a própria investigação normalmente tem início anos após a prática do ilícito.²⁴⁰

Nesse contexto, se não há um mecanismo para inverter o ônus do tempo que seja aplicável à dinâmica das ARDCs, diante da complexidade da instrução de tal tipo de ação, até mesmo o réu condenado pelo CADE pela formação de cartel se veria diante de uma variedade de oportunidades para protelar o feito e postergar ainda mais a reparação que deve pelos danos por ele causados.

Em outras palavras, trata-se de ação cujas especificidades são extremamente favoráveis para que o réu utilize das garantias processuais que a ele são conferidas, tais como o contraditório e a ampla defesa, de modo desleal, com o único intuito de adiar o devido desfecho da ação²⁴¹, prejudicando ainda mais o autor que vinha arcando os danos por ele causados há anos.

Esclarecido o fato de que a tutela da evidência do artigo 47-A da Lei 12.529/2011 efetivamente traz inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, fortalecendo a decisão condenatória do CADE, e foi introduzida com um propósito coerente com a finalidade e com os efeitos da tutela da evidência como um todo, resta necessário avaliar quais os requisitos para a sua concessão e se ela possui de fato a capacidade de fazer o ônus do tempo pesar para o réu dentro das limitações inerentes à dinâmica das ARDCs.

²⁴⁰ MAGGI, 2021, Seção 4.2.5.

²⁴¹ TEIXEIRA; ALVES; MELO, 2019, p. 209.

4.1 Requisitos para a concessão da tutela da evidência com fundamento no artigo 47-A da Lei 12.529/2011

Conforme já mencionado, o artigo 47-A da Lei 12.529/2011 estabelece que a decisão condenatória pela prática de cartel do Plenário do Tribunal do CADE é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente em ações de reparação de danos concorrenciais.

Portanto, é imperioso avaliar qual seria a extensão de tal aptidão, investigando se a decisão por si só seria suficiente para preencher todos os requisitos exigidos pela sistemática da tutela da evidência para que seja viável a sua concessão e, caso não seja, se o artigo 47-A permitiria a concessão nela fundamentada mesmo assim.

Nesse sentido, não obstante representar uma espécie típica de cabimento da tutela da evidência, merecendo receber um tratamento individualizado e livre de preconceitos com base em outras espécies típicas ou até mesmo com base nas espécies do artigo 311 do Código de Processo Civil, o artigo 47-A da Lei 12.529/2011 deve ser interpretado e aplicado de modo adequado e coerente com o tratamento conferido à tutela da evidência no ordenamento jurídico brasileiro, respeitando a essência, os requisitos e os limites de tal instituto no país.

Ora, conforme já fora detalhado, os requisitos cuja verificação será sempre essencial para permitir a concessão da tutela da evidência consistem na incidência de uma hipótese de tutela da evidência prevista em lei ao caso concreto, na probabilidade do direito do autor e na fragilidade da defesa do réu.

No caso da tutela da evidência prevista no artigo 47-A da Lei 12.529/2011, o próprio dispositivo já consiste no preenchimento do requisito da incidência de um permissivo legal. Afinal, é impossível e paradoxal se cogitar de circunstância na qual a existência de hipótese legal aplicável consista em ponto controverso ou de dúvida ao se apurar, no caso concreto, se seria justificável a concessão de tutela da evidência com fulcro no artigo 47-A.

No tocante à probabilidade do direito, é crucial ressaltar que, não obstante a tutela da evidência do artigo 47-A da Lei 12.529/2011 consistir em espécie típica, prevista de modo a melhor proteger os direitos materiais em jogo, a verificação de tal requisito no caso concreto permanece sendo essencial para permitir a concessão da medida. Afinal, o dispositivo em questão não pode

ser tido como uma renúncia “à confirmação – ainda que em grau menor – das alegações da parte para concessão da tutela jurisdicional”²⁴².

Ora, para que se conclua pela probabilidade do direito do autor é necessário que ele faça surgir no juiz a convicção de que os fatos constitutivos do seu direito podem ser considerados factíveis, de modo que se possa acreditar que eles continuarão com tal qualidade ao longo e ao final da fase seguinte do processo.²⁴³ Nesse sentido, é necessário que ele faça prova dos fatos constitutivos do seu direito que, quando analisada em conjunto das regras de experiência, seja o suficiente para gerar a convicção necessária.

No contexto das ARDCs, conforme fora demonstrado anteriormente, os fatos constitutivos do direito do autor consistem na demonstração da existência de ato ilícito, de dano, e de um nexos causal estabelecido entre ambos.

Nesse ponto, convém tecer alguns esclarecimentos sobre o teor da decisão do CADE no que tange a tais elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil concorrencial, bem como elucidar qual implicação o artigo 47-A da Lei 12.529/2011 traz no tocante a tal decisão. Afinal, é justamente sob o prisma da demonstração da probabilidade dos fatos constitutivos do autor que a aptidão da decisão do CADE para fundamentar a concessão de tutela da evidência nos termos do artigo 47-A é alvo de questionamentos e incertezas.

Isso pois, a decisão condenatória pela prática de cartel proferida pelo Plenário do Tribunal do CADE normalmente será apta apenas a demonstrar a ocorrência do ato ilícito, qual seja, a prática da infração de cartel, não sendo uma parte obrigatória do seu conteúdo – tampouco uma parte comum – a descrição de todas as vítimas e a estimativa do sobrepreço aplicado, os quais seriam elementos aptos à demonstração do dano e do nexos causal.²⁴⁴

A possível ausência de tais elementos – descrição das vítimas e estimativa do sobrepreço – nas decisões do CADE se justifica em decorrência do fato de que, para a autarquia proferir uma condenação pela prática de cartel, é desnecessária a comprovação de que os infratores obtiveram de fato vantagens com a prática da conduta, bem como não se requer uma estipulação do sobrepreço praticado pelo cartel, bastando que reste demonstrada a existência do acordo ilegal

²⁴² MITIDIERO, 2022, Parte II, Seção 3.2.

²⁴³ MARINONI, 2021, Parte III, Seção 1.9.

²⁴⁴ CAMARGO GOMES, 2023, p. 426-427.

entre os concorrentes.²⁴⁵ Ocorre que, tais fatores, apesar de serem desnecessários no âmbito administrativo, são essenciais na esfera da responsabilidade civil.

Portanto, ao contrário do que defende Thadeu Augimeri de Goes Lima, que afirma que a decisão condenatória do CADE “por si só autoriza o magistrado a outorgar a espécie de tutela provisória em comento, dispensando qualquer outra exigência”²⁴⁶, entende-se que o artigo 47-A da Lei 12.529/2011, ao para permitir que o magistrado utilize a decisão do CADE como fundamento a concessão de tutela da evidência, não dispensa a demonstração de todos os fatos constitutivos do direito do autor, ainda que esses sejam evidenciados por meio de outros elementos externos à decisão.

Afinal, conforme esclarece Rogéria Fagundes Dotti ao abordar especificamente a aplicação de tal dispositivo,

nem sempre as decisões administrativas poderão servir para a demonstração da alta probabilidade do direito da vítima [...]. Nesses casos, caberá ao Poder Judiciário avaliar se realmente existe a alta probabilidade do direito a justificar o cabimento da tutela da evidência. É o que ocorre com as presunções de evidência fixadas a priori pelo legislador. Todas elas estão sujeitas ao crivo do Poder Judiciário.²⁴⁷

Caso se permitisse a concessão da tutela da evidência única e exclusivamente com base na decisão do CADE, sem demandar a apresentação de evidências das quais se extraíam indícios de todos os fatos constitutivos do direito do autor, correr-se-ia o risco de permitir que um autor que sequer comprou o produto afetado pelo sobrepreço do cartel obtivesse a tutela da evidência conferida em seu favor, visto que a decisão do CADE normalmente não contém uma relação exaustiva de todos os prejudicados pela conduta e considerando que nesse cenário não se exigiria do autor qualquer comprovação para além dela.

Por óbvio, no caso do exemplo conferido acima, a esfera jurídica do réu seria agredida sem “sem suficiente grau de certeza a respeito da veracidade das alegações – violando-se, portanto, o direito à segurança jurídica no processo”²⁴⁸. Entender de forma diversa implicaria em uma afronta direta ao requisito de constatação no caso concreto da probabilidade do direito do autor, o qual é

²⁴⁵ MAIA, 2021, p. 55.

²⁴⁶ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Decisão do pleno do tribunal do Cade e a tutela da evidência. **Revista Consultor Jurídico**. 23 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-23/thadeu-augimeri-cade-tutela-evidencia/>. Acesso em: 2 nov. 2023.

²⁴⁷ DOTTI, 2022.

²⁴⁸ MITIDIERO, 2022, Parte II, Seção 3.2.

essencial à tutela da evidência enquanto espécie do gênero tutela provisória e que não é passível de isenção por meio de previsão legislativa.

A partir desse cenário, é necessário citar as opiniões expressadas por Daniel Amorim Assumpção Neves, Rogéria Fagundes Dotti e Juliana Cordeiro de Faria, em evento virtual organizado pelo IBRAC, acerca da efetividade do artigo 47-A da Lei 12.529/2011 diante da limitação da decisão do CADE quanto aos elementos da responsabilidade civil concorrencial.

Daniel Amorim Assumpção Neves, ao avaliar o teor do dispositivo, destacou o seu entendimento de que, ao fazer uma remissão expressa à decisão do CADE, o legislador estabeleceu que a probabilidade do direito decorreria de tal decisão.²⁴⁹ Portanto, Neves defende que, se a demonstração e quantificação do dano e do nexos causal não constam na decisão do CADE, que foi o documento eleito pelo legislador para fundamentar a tutela da evidência, a demonstração deles de forma unilateral pelo autor – visando complementar o conteúdo da decisão – tornaria incabível a concessão da tutela da evidência pelo artigo 47-A, pois não existiria a probabilidade do direito qualificada nessas etapas externas à decisão do CADE e percorridas unilateralmente.²⁵⁰

Na ocasião, Rogéria Fagundes Dotti, concordou com o posicionamento de Neves e indicou que a aplicação da tutela da evidência do artigo 47-A seria restrita no âmbito das ARDCs.²⁵¹ Por sua vez, Juliana Cordeiro de Faria endossou o entendimento de ambos, ressaltando que tal hipótese de tutela da evidência dificilmente alcançaria a efetividade visada pelo legislador.²⁵²

Com todo respeito às opiniões de Neves, Dotti e Faria acerca da questão, nesta ocasião, há de se adotar entendimento diferente. Isso pois, apesar do legislador de fato ter elegido a decisão do Tribunal do CADE como o elemento autorizador à concessão da tutela da evidência isso não significa que todos os elementos da probabilidade do direito devem ser extraídos de tal documento.

Afinal, o dispositivo não condiciona a aptidão da decisão condenatória do CADE para fundamentar a concessão da tutela da evidência à necessidade de que ela por si só seja capaz de demonstrar todos os elementos essenciais à probabilidade do direito do autor. Do mesmo modo, por óbvio, a aptidão conferida à decisão administrativa não dispensa a necessidade de que haja nos autos outros elementos dos quais seja possível extrair a probabilidade do direito do autor no tocante a todos os seus fatos constitutivos.

²⁴⁹ IBRAC, 2023, 13 min.

²⁵⁰ *Ibid.*, 37 min.

²⁵¹ *Ibid.*, 44 min.

²⁵² *Ibid.*, 46 min.

Nessa perspectiva, não há justificativa para impor óbices à complementação da decisão do CADE com outros documentos aptos a demonstrarem os fatos constitutivos do direito do autor de modo a consolidar a probabilidade do direito do autor.

Deve-se conferir à hipótese do artigo 47-A da Lei 12.529/2011 um tratamento similar ao que é dado à do inciso III do artigo 311 do Código de Processo Civil. Rememora-se que tal hipótese do artigo 311, que também confere a um documento específico a aptidão a tornar qualificada a probabilidade do direito do autor, estabelece a possibilidade de concessão de tutela da evidência a quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito”.

No caso de tal inciso, é uníssono o entendimento que a mera prova do contrato de depósito não é suficiente para fundamentar pedido reipersecutório, sendo essencial que haja também prova da mora do depositário na restituição da coisa depositada.²⁵³⁻²⁵⁴⁻²⁵⁵ Nesse contexto, Bodart afirma que tal prova da mora pode se dar “pelo protesto do título ou pela notificação extrajudicial feita pelo cartório de títulos e documentos”²⁵⁶, ou seja, meios de prova externos ao documento eleito pelo legislador como elemento viabilizador da concessão da tutela da evidência.

Se no caso do inciso III do artigo 311 do Código de Processo Civil não se entende pela existência de óbices à complementação do documento eleito pelo legislador com outros meios de prova idôneos à demonstração dos fatos constitutivos do direito do autor que não se extraem direta e individualmente de tal documento, o mesmo princípio deve-se aplicar à hipótese do artigo 47-A da Lei 12.529/2011.

O fato de o legislador ter elegido a decisão condenatória do CADE como um documento apto a tornar qualificada a probabilidade do direito do autor de uma ARDC não implica na necessidade de que todos os elementos necessários à formação da probabilidade do direito se extraiam diretamente dela, sendo plenamente adequado e suficiente que eles estejam demonstrados no caso concreto por meio de outras provas apresentadas em conjunto com a decisão e que se conectem ao seu conteúdo.

Portanto, é acertado o posicionamento de Adriano Camargo Gomes que, ao abordar especificamente a aplicabilidade do artigo 47-A da Lei 12.529/2011, aduz que

²⁵³ MARINONI, 2021, Parte III, Seção 8.3.

²⁵⁴ ALVIM, 2017, p. 329.

²⁵⁵ BODART, 2015, Seção 4.5.

²⁵⁶ *Ibid.*, Seção 4.5.

para a concessão de tutela de evidência não é suficiente a prova pré-constituída apenas da infração à ordem econômica. Afinal, na demanda reparatória os fatos constitutivos do direito do autor dizem respeito, além da ocorrência de ato ilícito (no caso, a infração à ordem econômica), também ao dano e ao nexo causal. A demonstração destes elementos, para fins de concessão de tutela de evidência, também deve passar por provas pré-constituídas.²⁵⁷

Acerca das provas pré-constituídas que devem ser apresentadas em conjunto com a decisão do CADE, destaca-se que Camargo Gomes exemplifica que elas podem consistir em provas documentais ou documentadas, tais como, respectivamente, um contrato de compra e venda firmado entre o autor e o infrator e um parecer econômico juntado como anexo à petição inicial.²⁵⁸

De todo modo, independentemente dos meios de prova, é essencial que se demonstre, para além do ato ilícito evidenciado pela decisão do CADE, a existência do dano – fornecendo elementos de convicção que indiquem que foi praticado um sobrepreço, bem como evidências de que o autor adquiriu produtos afetados por tal sobrepreço – e o nexo causal entre o ato ilícito e o dano. Com base nos esclarecimentos feitos nas seções anteriores, percebe-se que o fato constitutivo cuja demonstração é mais sensível e complicada para o autor é justamente o dano.

Nessa perspectiva, não se pode esquecer dos padrões de prova e de convicção que se aplicam à dinâmica da tutela da evidência. Afinal, é lógico que é desejável que as provas sejam robustas, seguras e confiáveis²⁵⁹, não obstante, por não ser exigível no contexto da tutela da evidência um grau de certeza sobre as afirmações nos autos, não sendo, por conseguinte, exigível que as provas sejam irrefutáveis, é possível que até mesmo a prova dúbia possa convencer, quando analisada em conjunto com as máximas de experiência e os demais elementos probatórios.²⁶⁰

Sobre o nível de convicção necessário, rememora-se que a análise da probabilidade do direito deve levar em consideração um *standard* mínimo de preponderância de prova, de modo que pode se conceder a tutela da evidência quando o direito do autor for minimamente mais provável que o do réu. Ou seja, se o direito do autor, com base nos elementos de prova disponíveis nos autos, for um 1% mais provável que o do réu, apresentando uma probabilidade de 51%, será possível conceder uma tutela da evidência em seu favor.²⁶¹

²⁵⁷ CAMARGO GOMES, 2023, p. 426.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 427.

²⁵⁹ BODART, 2015, Seção 4.6.

²⁶⁰ DOTTI, 2020, Seção 4.8.4

²⁶¹ *Ibid.*, Seção 7.5.3.

Tais apontamentos sobre os padrões de prova e o nível de convicção necessários para a concessão de tutela da evidência assumem especial relevância no contexto das ARDCs diante das dificuldades de acesso do autor às “fontes de prova necessárias para demonstrar as alegações de fato essenciais à procedência de uma demanda reparatória”²⁶², bem como considerando a complexidade inerente aos cálculos da quantificação do dano.

Isso pois, apesar de tais cálculos poderem ser feitos somente na fase de liquidação de sentença, não se enquadrando dentre os fatos constitutivos do direito do autor, eles são essenciais para a reparação concreta dos danos²⁶³ e, conseqüentemente, assumem certa relevância para que seja viável a efetivação da tutela da evidência que, seja em caráter assecuratório ou em caráter satisfativo, inevitavelmente iria requerer ao menos uma estimativa verossímil do dano.

Nessa perspectiva, ressalta-se que as incertezas e controvérsias acerca da quantificação do dano, que depende da aplicação de teorias econômicas para a construção de cenários hipotéticos, não deve ser tido como um óbice à concessão e à efetivação da tutela da evidência das ARDCs. Isso decorre dos padrões de prova e de convicção necessários para a concessão da medida, conforme rememorados acima, afinal a tutela da evidência é concedida por um juízo de probabilidade, não de certeza, de modo que a existência de incertezas é normal e não representa problema algum nesse contexto.

Ademais, destaca-se ainda que o fato de a tutela da evidência poder ser utilizada com finalidade assecuratória, e não necessariamente satisfativa, atenua os eventuais riscos que poderiam ser causados em função de controvérsias acerca da quantificação do dano, seja no tocante à teoria econômica selecionada, seja no tocante aos parâmetros adotados.

Por fim, por se tratar de espécie típica de tutela da evidência, no tocante ao requisito de fragilidade da defesa, o artigo 47-A, em decorrência da natureza do direito material em juízo, estabelece de antemão uma presunção de que a defesa do réu será fraca.²⁶⁴ Ou seja, o dispositivo faz com que a decisão condenatória do CADE consista em elemento de convicção apto a justificar a presunção de que a defesa do réu é infundada e assim permanecerá com a instrução do feito.

Desse modo, atribui-se ao réu o ônus de apresentar uma argumentação que seja “capaz de demonstrar que a prova produzida pelo autor poderá ser negada pela instrução”²⁶⁵, pois nesse

²⁶² CAMARGO GOMES, 2023, p. 260.

²⁶³ OLIVEIRA JUNIOR, 2017, p. 127.

²⁶⁴ DOTTI, 2020, Seção 4.

²⁶⁵ MARINONI, 2021, Parte III, Seção 4.1.

contexto, somente as alegações do réu que de fato mereçam credibilidade²⁶⁶ poderão descaracterizar a evidência do direito que a decisão condenatória do CADE atribui aos fatos constitutivos detentores de probabilidade que foram demonstrados pelo autor.

Isso pois, ainda que a defesa do réu diga respeito à própria existência do dano, do ato ilícito ou do nexo causal entre eles, “se imagina antecipadamente que o autor tem razão e, com base nessa aposta legislativa, permite-se uma posição processual de vantagem, consistente na autorização da antecipação da tutela do direito”²⁶⁷.

Na prática isso significa que se o autor, por exemplo, trazer na petição inicial uma prova técnica unilateral para a quantificação do dano, cabe ao réu trazer aos autos elementos que demonstrem concretamente que essa quantificação se utilizou de premissas equivocadas e que sejam mais factíveis do que aqueles elementos apresentados pelo autor – não bastando a mera impugnação da prova e o pedido de produção de perícia nos autos.

Nesse sentido, a presunção da fragilidade da defesa e a possibilidade de o juiz conceder uma tutela da evidência tendo como parâmetro uma quantificação dos danos unilateral apresentada pelo autor pode inclusive incentivar o réu a ser mais transparente e a trazer provas aos autos que, apesar de reduzirem o montante indicado, ele normalmente não traria – mitigando, portanto, o problema de acesso a provas que se verifica no âmbito de tais ações.

Diante dos esclarecimentos feitos acima, percebe-se que com o artigo 47-A da Lei 12.529/2011 o legislador optou por permitir que a existência de decisão condenatória do CADE seja apta a tornar qualificada a probabilidade do direito do autor de uma ARDC, ainda que parte dos fatos constitutivos do seu direito sejam demonstrados por elementos externos a ela. Consiste em escolha política feita com o assumido propósito de mitigar a situação gravosa que os autores das ARDCs vinham sofrendo no país.

Afinal, cabe ao legislador indicar as situações nas quais é possível considerar o direito do autor evidente, qualificando, por meio de previsão legal, a probabilidade do direito que se verificar no caso concreto de modo que seja justificável a concessão de tutela da evidência.²⁶⁸

Nessa perspectiva, apesar do artigo 47-A não exigir que todos os fatos constitutivos do direito do autor tenham sido demonstrados pela decisão condenatória do CADE, ele a elege como

²⁶⁶ MARINONI, 2021, Parte III, Seção 1.9.

²⁶⁷ DOTI, 2020, Seção 5.5.

²⁶⁸ CÂMARA, 2022, p. 305.

um elemento de convicção apto a justificar a presunção de que a defesa do réu é infundada e assim permanecerá com a instrução do feito.

Confere-se tal aptidão à decisão condenatória independentemente do seu conteúdo em específico, de modo que a mera existência dela, aliada a probabilidade do direito demonstrada pelo autor por meio de outras provas de modo a abranger todos os fatos constitutivos da responsabilidade civil concorrencial, justificaria a presunção de que a defesa do réu é infundada e assim permanecerá com a instrução do feito.

4.2 A inadmissibilidade da concessão liminar da evidência do artigo 47-A da Lei 12.529/2011

Por fim, diante do fato de que o artigo 47-A da Lei 12.529/2011 permite que a concessão da tutela da evidência com fundamento na decisão do CADE seja concedida em caráter liminar, convém rememorar as críticas já tecidas quanto a tal questão. Afinal, conforme fora detalhado anteriormente, a concessão de qualquer espécie de tutela da evidência em caráter liminar é inconstitucional.

Isso se deve, pois, sem o risco à utilidade do processo, não há justificativa para conceder liminarmente a tutela da evidência²⁶⁹, de modo que, apesar de tal instituto se basear nos princípios da duração razoável e da tempestividade da jurisdição, ausente a urgência, não há outro direito fundamental em rota de colisão com o contraditório e a ampla defesa que justifique a postergação destes.²⁷⁰

Ou seja, a concessão liminar viola o contraditório e o direito da defesa²⁷¹, razão pela qual é inconstitucional. Por óbvio, tal inconstitucionalidade abrange a parte do dispositivo em questão que traz tal permissão, de modo que a tutela da evidência do artigo 47-A da Lei 12.529/2011 pode ser concedida normalmente após a manifestação do réu, mas não em caráter liminar.

²⁶⁹ RIBEIRO, 2018, Seção 7.

²⁷⁰ MAZINI, 2020, p. 88.

²⁷¹ MARINONI, 2021, Parte III, Seção 9.

5 CONCLUSÃO

O cartel é uma das mais graves e lesivas infrações à ordem econômica, provocando uma considerável perda de bem-estar social, razão pela qual trata-se de ilícito que necessita de um sistema efetivo de repressão, de modo a desincentivar a sua prática. Em função disso, a prática de cartel enseja responsabilização na esfera penal, na esfera administrativa – na qual será punida ainda que os infratores não consigam efetivamente obter os benefícios que visavam –, e na esfera cível.

Nesse sentido, a responsabilidade civil concorrencial possui um importante papel no ecossistema do direito concorrencial não somente por viabilizar que aqueles efetivamente prejudicados pela operação do cartel obtenham a reparação pelos danos sofridos, mas também pelo caráter dissuasório que ela possui. Afinal, como os danos causados pelo cartel não podem ser estimados de antemão e considerando o fato de que eles irão refletir e talvez até mesmo exceder os ganhos obtidos pelo cartel, a responsabilidade civil concorrencial torna a prática da infração economicamente desfavorável e irracional.

Portanto, as ARDCs interagem com o *public enforcement* do direito concorrencial viabilizando uma maior efetividade do sistema dissuasório da prática de cartel, razão pela qual o legislador, ao promulgar a Lei 12.529/2011, as privilegiou como ferramentas complementares ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ao incluir no artigo 47 menção específica à possibilidade de os prejudicados por infrações contra a ordem econômica requererem a reparação pelos danos sofridos, não obstante tal direito já pudesse ser extraído das regras do Código Civil.

Logo, os requisitos necessários à caracterização da responsabilidade civil concorrencial são os mesmos exigíveis no âmbito da responsabilidade civil extracontratual objetiva, quais sejam, a verificação do ato ilícito, do dano e do nexa causal, sendo desnecessária a demonstração de culpa em função do artigo 36 da Lei 12.529/2011 estabelecer que o cartel é um ilícito por objeto, ainda que não fosse a intenção do infrator causar os efeitos decorrentes da conduta.

Nessa perspectiva, o ato ilícito consistirá justamente na formação do cartel, de modo que ele se expressa tanto no momento da formação do conluio entre os concorrentes visando a obtenção de lucros monopolísticos, quanto no momento da implementação desse acordo. O dano, por sua vez, pode ser distinguido entre dano-evento e dano-prejuízo, de modo que enquanto o dano-evento consiste na distorção provocada pelo cartel no mercado, o sobrepreço, o dano-prejuízo é a redução patrimonial sofrida pelo autor ao interagir com o dano-evento, o pagamento do sobrepreço.

Portanto, para ensejar a responsabilidade civil concorrencial o dano-prejuízo precisa, primeiramente, de prova da sua existência e, em um segundo momento, de prova da sua quantificação, podendo esta ser feita somente em sede de liquidação de sentença. Nessa perspectiva, enquanto a prova de existência do dano requer apenas a prova de houve um sobrepreço e de que o autor adquiriu um produto ou serviço por ele afetado, a quantificação do dano é tarefa consideravelmente mais complexa e controversa.

Isso pois, a quantificação do dano requer a seleção e a aplicação de teorias econômicas para determinar qual teria sido o preço do produto ou serviço em condições competitivas normais, de modo que esse valor possa ser subtraído do preço posto em prática pelo cartel para que o sobrepreço seja quantificado. A quantificação do dano inevitavelmente se baseará em uma análise hipotética, no entanto, apesar da impossibilidade de se alcançar uma precisão absoluta, as teorias econômicas são capazes de fornecer estimativas próximas aos danos reais e são aceitáveis dentro da lógica de tal tipo de ação, principalmente considerando que normalmente as evidências mais significativas para a apuração do dano estarão em posse do réu.

O terceiro elemento da responsabilidade civil concorrencial, qual seja, o nexo causal, tem a finalidade de estabelecer um elo entre o ato ilícito do agente e o dano sofrido pelo autor. Ou seja, o dano sofrido pela vítima foi uma consequência direta do acordo ilícito celebrado entre os concorrentes. Para tanto, aplica-se a teoria da causalidade adequada de modo que, mesmo que outras causas tenham potencialmente contribuído para provocar o dano, se o cartel for considerado determinante o suficiente para a sua produção, de modo que o dano verificado seja um resultado esperado da prática desse ato, o infrator que o praticou terá responsabilidade.

Ocorre que, não obstante a relevância das ARDCs no ecossistema concorrencial, a morosidade e os altos custos de tais ações acabam por criar um cenário desmotivador para o seu ajuizamento. Diante disso, o legislador, reconhecendo a necessidade de incentivar o uso de tais ações e mitigar a sua morosidade, promulgou a Lei 14.470/2022, que trouxe diversas melhorias, incluindo a possibilidade de usar a decisão condenatória do CADE para fundamentar a concessão liminar de tutela da evidência nas ARDCs.

Trata-se de esforço relevante, visto que o decurso do tempo necessário para a prestação da tutela jurisdicional adequada não pode ser visto de forma neutra, afinal, a sua neutralidade não passa de uma ilusão, visto que, como regra, impõe ao autor a necessidade de suportar sozinho os efeitos da morosidade processual. Isso pois, o réu, independentemente de ter razão ou não,

geralmente não sofre com a morosidade da justiça, muitas vezes beneficiando-se dela por ter interesse na manutenção do *status quo*.

Esse impacto desigual que a morosidade causa nas partes do processo não é compatível com os princípios da razoável duração do processo e da isonomia, visto que estes garantem às partes a gestão razoável do tempo do processo e o tratamento igualitário. Logo, não há razoabilidade nem isonomia quando se permite indiscriminadamente que o tempo no processo civil sirva para agravar a situação de uma parte em benefício da outra.

Portanto, o tempo no processo civil é um ônus que deve ser distribuído entre as partes de acordo com o grau de probabilidade que elas têm de serem exitosas nas alegações que apresentam em juízo. Para viabilizar a distribuição do ônus do tempo no processo, o legislador brasileiro inseriu no ordenamento jurídico a tutela da evidência, a qual também se propõe a incentivar a adoção de condutas processuais mais adequadas e a realização de acordos.

A tutela da evidência é espécie do gênero tutela provisória e baseia-se em técnica antecipatória que, a não ser que seja concedida em um dos capítulos da sentença, é fruto da cognição sumária do juiz acerca das matérias postas em juízo em momento no qual, apesar de ser possível reconhecer a evidência do direito da parte que com ela se beneficiará, não se pode julgar a causa por ainda ser necessário um aprofundamento da cognição.

Por se basear em juízo de cognição sumária, o provimento jurisdicional que concede a tutela da evidência não é definitivo, conservando sua eficácia somente se e enquanto não vier decisão que o revogue ou modifique. Por esse mesmo motivo, a efetivação da tutela da evidência deve se dar por meio de cumprimento provisório de sentença, de modo a evitar a criação de situações irreversíveis.

A lei não estabelece nem limita as funções para as quais a tutela da evidência pode ser concedida, no entanto, o entendimento mais adequado com o seu propósito e com os seus benefícios é no sentido de que ela pode ser usada tanto para fins satisfativos quanto para fins assecuratórios do direito da parte de que ela beneficia. Ademais, a tutela da evidência pode ser concedida em qualquer tipo de procedimento, independentemente da natureza da tutela jurisdicional visada pelo autor, seja ela declaratória, constitutiva, condenatória, dentre outras.

No tocante aos requisitos para a concessão da tutela da evidência, apesar de a legislação não os trazer do modo mais claro possível, extrai-se que os requisitos genericamente aplicáveis a todas as hipóteses de tutela da evidência – tanto às dos incisos do artigo 311 do Código de Processo

Civil quanto às hipóteses típicas consagradas em outros dispositivos – são a incidência de uma hipótese de tutela da evidência prevista em lei ao caso concreto, a probabilidade do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu.

O requisito de que incida ao caso concreto uma hipótese prevista em lei que autorize a concessão da tutela da evidência, por mais que pareça óbvio, deve ser destacado diante da inexistência de um poder geral de evidência do juiz. Isso pois, cabe ao legislador estabelecer quais circunstâncias processuais e quais direitos podem ser considerados evidentes, de modo que o juiz só pode conceder a tutela da evidência quando há uma hipótese legal expressamente prevista.

Nessa perspectiva, apesar de as hipóteses de tutela da evidência serem taxativas, elas não se limitam ao rol do artigo 311, havendo uma série de espécies típicas previstas no próprio Código de Processo Civil e em leis específicas – como é o caso do artigo 47-A da Lei 12.529/2011. Não obstante, três das hipóteses previstas no artigo 311 são aplicáveis independentemente do direito material em juízo, de modo que verificando-se as circunstâncias processuais que elas requerem, é possível a concessão.

Em específico, o inciso IV se alinha à razão teórica e à lógica essencial da tutela da evidência, de modo que sua redação apenas exige a verificação dos outros dois requisitos essenciais da tutela da evidência, a probabilidade do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu, permitindo, portanto, uma abertura do sistema.

Por sua vez, o requisito da probabilidade do direito é imprescindível a todas as hipóteses de tutela provisória e, no caso da tutela da evidência, não é diferente. É indispensável a verificação da probabilidade do direito no caso concreto, mesmo nas hipóteses que fixam presunções em privilégio a determinadas relações de direito material. Afinal, é justamente a junção da incidência de hipótese legal de concessão da tutela da evidência à probabilidade do direito aferida no caso concreto que atribui ao direito uma probabilidade qualificada, permitindo que ele seja considerado um direito evidente.

Trata-se de um juízo de probabilidade, não de certeza, por isso não se requer que o autor apresente prova incontestável dos seus fatos constitutivos, bastando que apresente provas confiáveis que, em conjunto com os outros elementos dos autos bem como às regras de experiência, sejam suficientes para convencer o juiz de que as alegações do autor restarão demonstradas na fase seguinte do processo. A dúvida faz parte da concessão da tutela da evidência, de modo que até a prova dúbia, aliada aos elementos certos, poderá auxiliar na sua concessão.

Quanto ao nível de convicção necessário para a concessão da tutela da evidência, basta que o direito do autor seja minimamente mais provável que o do réu, mesmo que esse mínimo seja apenas 1% a mais, devendo-se também levar em consideração as importantes balizas fixadas pelo direito material tutelado e pela gravidade do litígio.

O último requisito, qual seja, a fragilidade da defesa do réu, é também imprescindível e considerado como denominador comum entre as hipóteses legais de tutela da evidência. Nessa perspectiva, a defesa será considerada frágil quando for inconsistente e não conseguir criar dúvida razoável sobre o mérito do pedido do autor.

A fragilidade da defesa pode ser extraída por meio de dois caminhos. No primeiro, ela é constatada a partir da comparação entre as posições processuais das partes, tratando-se, portanto, de método genericamente aplicável a todas as hipóteses de tutela da evidência. O segundo caminho tem como base uma presunção legal de evidência do direito, estabelecida pelo legislador, a qual se justifica em decorrência da relação de direito material a qual ela visa incidir. Nesses casos, o legislador pressupõe a fragilidade da defesa.

Ademais, é importante observar que parágrafo único do artigo 311 e algumas espécies típicas de tutela da evidência permitem a sua concessão liminar. Não obstante as expressas autorizações legais, a concessão liminar da tutela da evidência é inconstitucional por violar o contraditório e a ampla defesa, uma vez que a falta de urgência faz com que não existam motivos razoáveis para postergar a realização de tais princípios.

A este ecossistema, no final de 2022, o legislador inseriu o artigo 47-A da Lei 12.529/2011, que estabelece que a decisão condenatória do Plenário do Tribunal do CADE pode fundamentar a concessão de tutela da evidência em ARDCs, atribuindo uma maior força probatória a tal decisão. O propósito do legislador na ocasião foi coerente com a finalidade de tal instituto processual, visto que, por meio da verdadeira inovação legislativa em questão visava-se imprimir uma maior celeridade às ARDCs e incentivar a celebração de acordos no seu contexto.

Aplicam-se a tal hipótese de tutela da evidência todos os requisitos que são tidos como essenciais à concessão de tal tipo de medida, de modo que, por se tratar de permissão legal específica, a atenção no caso concreto deverá se concentrar à demonstração da probabilidade do direito do autor e à constatação da fragilidade da defesa do réu.

No caso das ARDCs, a probabilidade do direito exige a demonstração de todos os fatos constitutivos do direito do autor, quais sejam, o ato ilícito, o dano e o nexa causal entre eles. É

notório que a decisão condenatória do CADE por si só não será normalmente suficiente para demonstrar todos esses elementos essenciais, especialmente no que diz respeito ao dano e ao nexo causal, de modo que normalmente ela será útil apenas para evidenciar a ocorrência do ato ilícito.

Desse modo, esclarece-se que não será possível a concessão de tutela de evidência com fulcro única e exclusivamente na decisão do CADE se ela não demonstrar todos os fatos constitutivos do direito do autor da ARDC, apesar de o legislador ter a tornado apta a fundamentar a concessão da tutela da evidência.

Contudo, mesmo que a decisão do CADE seja por si só incapaz de demonstrar todos os fatos constitutivos, a tutela da evidência poderá ser concedida com base no artigo 47-A da Lei 12.529/2011, bastando que o autor, em conjunto com a decisão da autarquia, apresente outras provas – documentais ou documentadas – que sejam capazes de influenciar a convicção do juiz no sentido de que foi provocado um dano como consequência do ato ilícito demonstrado na decisão.

Ou seja, o dispositivo não condiciona a aptidão da decisão condenatória do CADE para fundamentar a concessão da tutela da evidência à necessidade de que ela por si só seja capaz de demonstrar todos os elementos essenciais à probabilidade do direito do autor, de modo que o conteúdo da decisão do CADE não deve ser visto como um problema nesse contexto. No entanto, a aptidão conferida à decisão administrativa não dispensa a necessidade de que haja nos autos outros elementos que evidenciem os fatos constitutivos que não puderem ser extraídos da decisão.

Além disso, eventuais incertezas e controvérsias acerca da quantificação do dano, ou das teorias econômicas e parâmetros utilizados para tanto, não consistem em óbices à concessão e à efetivação da tutela da evidência nas ARDCs. Afinal, os padrões de prova e de convicção necessários nesse contexto, que envolve um juízo de probabilidade, não de certeza, coexistem e são compatíveis com a existência de incertezas.

Quanto à fragilidade da defesa, o dispositivo estabelece uma presunção legal de que ela é fraca, permitindo-se concluir pela alta probabilidade das alegações do autor, salvo se o réu apresentar argumentos efetivamente fortes e convincentes em sentido contrário.

Por fim, no que se refere à possibilidade de concessão liminar da tutela da evidência com fundamento na decisão condenatória do CADE, assim como ocorre em todas as hipóteses de concessão liminar da tutela da evidência, trata-se de permissão inconstitucional que viola o contraditório e a ampla defesa, diante da inexistência de colisão com qualquer direito fundamental que justifique a postergação da realização de tais princípios.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. e-book. ISBN 978-85-472-1915-4. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219154/>.

Acesso em: 16 set. 2023.

ARBEX, Fabricio Cobra; BUENO, Marcio de Carvalho Silveira. In: ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. ISBN: 978-85-309-4177-2. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4324-0/>. Acesso em: 21 nov. 2023.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico e concorrencial**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. e-book. ISBN 978-65-5065-125-1. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-economico-e-concorrencial/1153084474>. Acesso em: 16 nov. 2023.

BARRETO, Alexandre; SIGNORELLI, Ana Sofia Monteiro. Lei 14.470/22: uma nova era para a persecução concorrencial privada no Brasil. 2022. **Coluna Migalhas de Peso**. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/377527/uma-nova-era-para-a-persecucao-concorrencial-privada-no-brasil>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BARROS, Leonel Moraes. **A interação entre enforcement público e privado no direito concorrencial brasileiro**. Orientador: Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara. 2021. 169 f.

Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Desenvolvimento) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Belo Horizonte, 2021. Disponível em:

<https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/44523/1/Disserta%20a7%20a3o%20Leonel%20-%20Vers%20a3o%20Final%20pdfa.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo:

Editora Revista dos Tribunais, 2015. e-book. ISBN 978-85-203-6493-2. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/tutela-de-evidencia-teoria-da-cognicao-analise-economica-do-direito-processual-e-comentarios-sobre-o-novo-cpc/1302631547>. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. ISBN: 978-85-7018-317-0. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 2 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. ISBN: 978-65-5972-116-0. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>.

Acesso em: 2 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 2 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 283, de 2016**. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 [...] e torna a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência. SF/16347.96151-11. Brasília: Gabinete do Senador Aécio Neves, 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=568008&ts=1567533944277&disposition=inline>. Acesso em: 27 out. 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. e-book. ISBN: 978-65-5362-210-4. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622111/>. Acesso em: 12 out. 2023.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de direito processual civil**. Barueri [SP]: Atlas, 2022. e-book. ISBN 978-65-597-7176-9. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771776/>. Acesso em: 19 set. 2023.

CAMARGO GOMES, Adriano. **Ação de Reparação por Danos Concorrenciais**. São Paulo: Quartier Latin, 2023. 618 p. ISBN 978-65-5575-181-9.

CASELTA, Daniel Costa. Nova lei busca promover indenizações em matéria concorrencial. **Revista Consultor Jurídico**. 4 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-04/daniel-caselta-lei-busca-promover-indenizacoes-materia>

[concorrencial/#:~:text=Nova%20lei%20busca%20promover%20indeniza%C3%A7%C3%B5es%20em%20mat%C3%A9ria%20concorrencial&text=A%20nova%20Lei%20n%C2%BA%2014.470,mat%C3%A9ria%20concorrencial%20no%20Direito%20brasileiro. Acesso em: 2 nov. 2023.](#)

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel**. São Paulo: Singular, 2016. 240 p. ISBN 987-85-86626-90-6.

COIMBRA, Luiz Fernando Santos Lippi; COPPOLA, Beatriz de Figueiredo; FERRAZ, André Santos. Ações de reparação por danos concorrenciais e as funções da responsabilidade civil: breves reflexões. Breves reflexões. 2021. **Coluna Migalhas de Responsabilidade Civil**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/352936/acoes-de-reparacao-por-danos-concorrenciais-e-a-responsabilidade-civil>. Acesso em: 11 nov. 2023.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de direito processual civil**. 25. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022. e-book. ISBN 978-65-5977-195-0. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771967/>. Acesso em: 22 out. 2023.

DOTTI, Rogéria Fagundes. Decisões do plenário do Cade e a tutela da evidência. **Revista Consultor Jurídico**. 2 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-02/rogeria-dotti-artigo-47-lei-122592011/>. Acesso em: 2 nov. 2023.

DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da Evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. e-book. ISBN 978-65-5614-006-3. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1199169676/tutela-da-evidencia>. Acesso em: 1 abr. 2023.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**. Brasília, Vol. 1, nº2, Novembro 2013, pp. 11-31. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/75>. Acesso em: 11 nov. 2023.

FERREIRA, William Santos; ARMONI, Renato. A tutela da evidência na sentença com fundamento no artigo 311, IV do Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**: Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 3, p. 673-696, Setembro a Dezembro 2020. DOI <https://doi.org/10.12957/redp.2020.47271>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/47271>. Acesso em: 6 abr. 2023.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 9788547219611. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219611/>. Acesso em: 1 nov. 2023.

FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/894>. Acesso em: 6 abr. 2023.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. e-book. ISBN 978-65-5964-847-4. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648474/>. Acesso em: 19 set. 2023.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 9788547203368. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/>. Acesso em: 22 nov. 2023.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Livro V - Da Tutela Provisória (Arts. 294 a 311). *In*: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2022. e-book. ISBN 978-85-970-2666-5. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772148/>. Acesso em: 19 set. 2023.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Título III da tutela da evidência. *In*: ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. (coord.) **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. e-book. ISBN 978-85-472-2223-9. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547222239/>. Acesso em: 19 set. 2023.

IBRAC - INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; CORDEIRO, Juliana; ROGÉRIA DOTTI, Rogéria; MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. Tutela de evidência em ações de reparação de danos concorrenciais (ARDC). **Encontros IBRAC: Comitê de Contencioso e Arbitragem**, [S. l.], 7 mar. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nNpX710DB8Y>. Acesso em: 6 abr. 2023.

LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018. e-book. ISBN 978-85-970-1694-9. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016956/>. Acesso em: 16 set. 2023.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Decisão do pleno do tribunal do Cade e a tutela da evidência. **Revista Consultor Jurídico**. 23 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-23/thadeu-augimeri-cade-tutela-evidencia/>. Acesso em: 2 nov. 2023.

MAGGI, Bruno Oliveira. **Cartel: responsabilidade civil concorrencial**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. e-book. ISBN 978-65-5991-893-5. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1339466845/cartel-responsabilidade-civilconcorrencial>. Acesso em: 5 nov. 2023.

MAIA, Maurício Oscar Bandeira. Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. 324 p. ISBN 978-65-252-0298-3.

MARINONI, Luís Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência: Soluções Processuais Diante do Tempo da Justiça**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. e-book. ISBN 978-65-5991-769-3. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/tutela-de-urgencia-e->

[tutela-da-evidencia-solucoes-processuais-diante-do-tempo-da-justica/1394831905](#). Acesso em: 16 set. 2023.

MAZINI, Paulo Guilherme. **Tutela da evidência: perfil funcional e atuação do juiz à luz dos direitos fundamentais do processo**. São Paulo: Almedina, 2020. e-book. ISBN 978-85-8493-616-8. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935611/>. Acesso em: 16 set. 2023.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. e-book. ISBN 978-65-5991-325-1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/curso-de-direito-processual-civil-moderno/1590358174>. Acesso em: 1 nov. 2023.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. e-book. ISBN 978-65-260-0650-4. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/antecipacao-da-tutela-ed-2023/1804176163>. Acesso em: 19 set. 2023.

OLIVEIRA JUNIOR, Francisco Dias de. **Enforcement privado do direito da concorrência no Brasil: uma análise sob o prisma dos ilícitos concorrenciais e seus reflexos no âmbito da responsabilidade civil**. Orientador: Dr. João Luís Nogueira Matias. 2017. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7, Fortaleza, 2017. Disponível em: https://www.uni7.edu.br/wp-content/uploads/2021/06/Dissertacao_de_Mestrado_-_Francisco_Dias_de_Oliveira_Junior_-_Versao_Final_com_correcoes.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

REGO, Cristiane Roberta Franco da Cruz. **Reparação de danos como desestímulo à prática de cartel: uma abordagem prática**. Orientador: Caio Mário da Silva Pereira Neto. 2017. 169 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23909/Cristiane%20Rego%20FGV%20mestrado%20profissional%20biblioteca%20digital.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 set. 2023.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. 16. Tutela Provisória. *In*: ALVIM, Teresa. **CPC em Foco: Temas Essenciais e sua receptividade**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. e-book. ISBN 978-85-5321-217-0. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/cpc-em-foco-2019/1333799768>. Acesso em: 2 nov. 2023.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. ISBN 978-65-596-4082-9. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640836/>. Acesso em: 1 nov. 2023. p. 446.

SILVA, Breno Fraga Miranda e; BARBOSA, Izabella de Menezes Passos; MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. Public antitrust enforcement and private actions for antitrust damages: building a model. *In*: GONÇALVES, Priscila Brolió. IBRAC (coord.). **The future of antitrust**. São Paulo:

Editora Singular, 2020. Cap. 5. p. 376-382. ISBN 978-65-992056-8-2. Disponível em: https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/The_Future_of_Antitrust.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. ISBN 978-85-309-9196-8. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991975/>. Acesso em: 1 nov. 2023.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; SOUSA, Diego Crevelin de. Tutela provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade. **Revista Consultor Jurídico**. 15 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoria-contraditorio-evidente-inconstitucionalidade>. Acesso em: 2 nov. 2023.

TEIXEIRA, Sergio Torres; ALVES, Virgínia Colares Soares Figueiredo; MELO, Danilo Gomes de. Tutela provisória da evidência e sua aplicabilidade prática. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 195-222, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p195. Acesso em: 2 nov. 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 1. vol. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. e-book. ISBN 978-65-5964-657-9. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646579/>. Acesso em: 19 set. 2023.

VEIGA, Daniel Brajal; FONSECA, Geraldo; D'ORIO, Rodrigo; FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares; ARMELIN, Roberto. 24. Tutela provisória: questões polêmicas. *In*: BUENO, Cássio Scarpinela; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coord.). **Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. e-book. ISBN 978-85-536-0167-7. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601677/>. Acesso em: 16 set. 2023.

WRIGHT, Joshua D.; DORSEY, Elyse; RYBNICEK, Jan; KLICK, Jonathan. Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust. **Arizona State Law Journal: George Mason Law & Economics Research Paper No. 18-29**, [s. l.], ano 2019, p. 1-71, 14 set. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249524. Acesso em: 11 nov. 2023.

YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. 23. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. *In*: BUENO, Cássio Scarpinela; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coord.). **Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. e-book. ISBN 978-85-536-0167-7. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601677/>. Acesso em: 16 set. 2023.