



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**AÇÕES PRIVADAS DE RESSARCIMENTO POR DANOS DE CARTEL: O
USO DO ACORDO DE LENIÊNCIA COMO MEIO DE PROVA**

MAÍRA ISABEL SALDANHA RODRIGUES

Brasília
Junho, 2017

MAÍRA ISABEL SALDANHA RODRIGUES

**AÇÕES PRIVADAS DE RESSARCIMENTO POR DANOS DE CARTEL: O
USO DO ACORDO DE LENIÊNCIA COMO MEIO DE PROVA**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito pela
Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Doutor Bruno Corrêa Burini

Brasília
Junho, 2017

MAÍRA ISABEL SALDANHA RODRIGUES

**AÇÕES PRIVADAS DE RESSARCIMENTO POR DANOS DE CARTEL: O
USO DO ACORDO DE LENIÊNCIA COMO MEIO DE PROVA**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito pela
Universidade de Brasília – UnB.

Bruno Corrêa Burini
Professor Orientador

Eric Hadmann Jasper
Membro da Banca Examinadora

Fernando Barbosa Bastos Costa
Membro da Banca Examinadora

Brasília
29 de junho, 2017

AGRADECIMENTOS

Àqueles que acreditaram em mim e iluminaram a minha jornada até aqui. Não consigo descrever a sorte em tê-los na minha vida. Obrigada.

RESUMO

O combate aos cartéis, idealmente, deverá se embasar na necessidade de reprimir e dissuadir o ilícito, bem como na compensação vítimas pelos danos sofridos. Dois são os pilares responsáveis pelo endereçamento de tais ideais: o *private enforcement* e o *public enforcement*. Em ambas as esferas existem dificuldades à devida comprovação do ilícito. Na esfera pública a dificuldade é minimizada pela presença do Programa de Leniência. Na esfera privada, por sua vez, a possibilidade de demonstração dos fatores necessários à comprovação do interesse do demandante reside, na maioria das vezes, em informações e fatos constantes em provas confidenciais de posse do representado causador do dano ou da autoridade que investiga a conduta. Dessa forma, é comum que as partes de uma ação de indenização requeiram acesso aos documentos confidenciais do acordo de leniência para pautar a sua pretensão judicial de reparação. Algumas problemáticas giram em torno do uso dos materiais originários da leniência pelo indivíduo demandante na ação de indenização por danos de cartel. A primeira delas diz respeito à formalidade do traslado da prova originada no processo administrativo ao processo civil. Nesse sentido, a análise dos requisitos genéricos de admissibilidade da prova emprestada demonstra que o acordo de leniência compraz com o instituto da prova emprestada. O segundo problema se conecta à quebra de sigilo necessária à concretização do empréstimo e como isso pode acarretar consequências negativas à execução bem-sucedida do Programa de Leniência. Nesse diapasão, conclui-se pela necessidade da confecção de norma específica que vise a proteger a eficácia do Programa de Leniência, conferindo maior segurança jurídica aos beneficiários dos acordos no que diz respeito à possibilidade de quebra de sigilo, sem, contudo, impossibilitar o acesso a provas necessárias à comprovação da pretensão civil aos demandantes de ações indenizatórias. Assim, a probabilidade de resolução da controvérsia está na previsão legislativa de um equilíbrio entre as formas de execução da lei concorrencial.

Palavras-chave: direito concorrencial; direito antitruste; *private enforcement*; ações de indenização; leniência; acesso a provas; sigilo; cartel.

ABSTRACT

The fight against cartel cases must be essentially based on the aim to suppress and deter the illegal conduct, as well as on the compensation of victims for the damages suffered as a result of the illicit behavior. There are two types of enforcement that address such intentions: the private enforcement and the public enforcement. In both areas there are difficulties in proving the existence of the illegal conduct. In the public enforcement scope, this difficulty is minimized by the Leniency Program. In the private enforcement scope, on the other hand, the possibility to demonstrate the factors needed to sustain the complaint's interest rests in information and facts that are part of the confidential evidence that are in the defendant or in the authority's possession. In this sense, applicants in private claims have been requesting to have access to leniency's documents and information, in order to support their demand. A couple of issues arise from the use of leniency's materials by the Applicant in a damage claim. The first one consists in the possibility to transfer the evidence from the administrative proceeding to the private claim and, in this regard, the analysis of the generic requirements of such transference resulted in the conclusion that the leniency agreement can be used as evidence in a different proceeding than the one it was produced. The second issue is based on the breach of confidentiality needed to conclude the transference of the leniency's confidential evidence and how such breach may result in negative consequences for the successful enforcement of the Leniency Program. In this regard, is essential to design an specific law that aims to protect the efficiency of the Leniency Program, by assuring a legal security to the beneficiaries of the agreements concerning the possibility of breaching Leniency's confidentiality, but not resulting in the Applicant's inability to access the evidence necessary to base its private demand in damage claims. Therefore, the key to the controversy is the legislation projection of a balance between the private and the public enforcement of the antitrust law.

Key-words: antitrust law; private enforcement; damage claim; leniency; access to evidences; confidentiality; cartel.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
ICN	<i>International Competition Network</i>
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ProCADE	Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SG	Superintendência-Geral
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. O CARTEL E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS	11
1.1 O cartel.....	11
1.1.1 Definição	11
1.1.2 Fato Jurídico de Múltipla Incidência.....	15
1.2 Independência/vinculação entre as esferas	17
2. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL ...	19
2.1 Introdução	19
2.2 A autoridade concorrencial brasileira: o CADE	20
2.2.1 O escopo da atuação do CADE quanto às condutas de cartel: repressão ..	22
2.3 Escopo da responsabilização civil no direito da concorrência: dissuasão e reparação.....	27
2.4 Requisitos Genéricos da Responsabilidade Civil	31
2.4.1 Ato ilícito, Nexo Causal, Culpa e Dano	31
2.4.2 Dificuldade de comprovação dos requisitos da responsabilidade civil no âmbito concorrencial	33
2.5 O Programa de Leniência.....	36
3. O USO DO ACORDO DE LENIÊNCIA COMO PROVA EMPRESTADA..	41
3.1 A prova emprestada e seus requisitos genéricos.....	41
3.2 A adequação da leniência aos requisitos genéricos da prova emprestada	43
3.2.1 A prova emprestada e o contraditório.....	43
3.2.2 A prova emprestada e o juiz natural	46
3.3 Conclusão parcial.....	48
4. O SIGILO E O ACORDO DE LENIÊNCIA	50
4.1 O sigilo de informações no acordo de leniência	51
4.2 A experiência do Poder Judiciário quanto à quebra do sigilo da leniência	53
4.3 O conflito de interesses.....	57
4.4 Os avanços do CADE quanto à questão	63
CONCLUSÃO	65
BIBLIOGRAFIA	69

INTRODUÇÃO

Combater cartéis é prioridade no direito antitruste e uma das mais importantes áreas de atividade de uma autoridade concorrencial. O cartel é infração à ordem econômica consistente em prática concertada ou acordo - explícito ou até mesmo tácito - entre concorrentes do mesmo mercado, que pode implicar alguma espécie de restrição à concorrência, capaz de envolver grande parte do mercado relevante e ditar condições relacionadas a itens como preços, forma de produção e divisão territorial, com o objetivo de aumentar lucros.

Idealmente, a atuação de combate à cartelização levará em consideração a necessidade de reprimir e dissuadir o ilícito, bem como a imprescindibilidade de compensar vítimas pelos danos sofridos. Sendo o cartel um fato jurídico de múltipla incidência, tais objetivos – repressão, dissuasão e reparação – permeiam mais de uma esfera jurídica.

Por esse motivo, a maioria dos sistemas de implementação de direito concorrencial se baseiam em dois pilares responsáveis pelo endereçamento dos ideais do combate ao cartel: o *private enforcement* e o *public enforcement*. O primeiro, é mecanismo privado de execução, objetiva a reparação de danos sofridos pelas vítimas da conduta ilícita e tem por base a responsabilidade civil. O segundo pode ser definido como a execução da lei antitruste pelo Estado, visando a detecção e a punição de violações às normas concorrenciais.

Ambos os formatos de combate à cartéis enfrentam dificuldades à devida comprovação do ilícito. De fato, cartéis são acordos secretos por natureza e, uma vez ilegais, a falta de evidências é regra geral e a atuação dos seus membros é de difícil constatação e caracterização, já que normalmente agem de forma a ocultar a prática ilícita.

Na esfera pública a dificuldade é minimizada pela presença do Programa de Leniência. O Programa de Leniência permite que empresas e pessoas físicas envolvidas ou que estiveram envolvidas em um cartel obtenham benefícios na esfera administrativa e criminal por meio da celebração de Acordo de Leniência com a autoridade antitruste, comprometendo-se a cessar a conduta ilegal, denunciar e confessar sua participação no ilícito, bem como a cooperar com as investigações apresentando informações e documentos relevantes.

Na esfera privada, por sua vez, a possibilidade de demonstração dos fatores necessários à comprovação do interesse do demandante reside, na maioria das vezes, em informações e fatos constantes em provas confidenciais de posse do representado causador do dano ou da autoridade que investiga a conduta. Nesse diapasão é comum que as partes de uma ação de indenização requeiram acesso aos documentos confidenciais constantes no acordo de leniência para pautar a sua pretensão judicial de reparação.

No Brasil, nenhuma vantagem é concedida ao beneficiário da leniência no que se refere às ações de reparação que podem ser propostas na esfera privada. Nesse sentido, surge a possibilidade de haverem extensas reivindicações por indenização no âmbito privado, que seus autores intentem acessar os documentos da leniência para embasá-las e que isso influencie negativamente na eficácia dos programas de leniência.

Assim, algumas problemáticas giram em torno dessa possibilidade de uso dos materiais originários da leniência pelo indivíduo demandante na ação de indenização por danos de cartel. A primeira delas diz respeito à formalidade do traslado da prova originada no processo administrativo ao processo civil, ou seja, diz respeito à adequação do instituto da leniência ao instituto da prova emprestada. O segundo problema se conecta à quebra de sigilo necessária à concretização do empréstimo e como isso pode acarretar consequências negativas à execução bem-sucedida do Programa de Leniência.

Nesse diapasão, com base nas regras extraídas do direito brasileiro, bem como da experiência internacional no que se refere especificamente à matéria antitruste, serão expostas ambas as questões acima mencionadas de forma a delinear o uso do acordo de leniência nas ações civis e suas consequências.

1. O CARTEL E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS

1.1 O cartel

1.1.1 Definição

De forma introdutória, este item tem por objetivo apresentar a definição do ilícito cartel como forma de infração à ordem econômica e seus efeitos nas diferentes esferas jurídicas. Para tanto, em primeiro lugar, será exposto o entendimento doutrinário e legal a respeito da conduta.

A Lei 12.529 de 2011, em seu artigo 36, define que uma conduta é considerada infração à ordem econômica quando tem por objeto a livre concorrência ou possa, ainda que de forma potencial, limitá-la, falseá-la ou de qualquer forma prejudicá-la; aumentando arbitrariamente os lucros de um agente econômico; possibilitando que se domine mercado relevante de bens ou serviços; ou quando tal conduta significar que o agente econômico está exercendo seu poder de mercado de forma abusiva¹.

A interpretação da norma permite que se possa classificar as condutas em dois tipos: condutas por objeto e condutas por efeitos, ou seja, uma conduta é anticompetitiva quando (i) tiver objeto lícito, mas possuir potencialidade lesiva ou (ii) se tiver objeto ilícito.

Quando uma ação não possui qualquer efeito benéfico sobre o mercado, mas apenas efeitos prejudiciais, sua natureza inerente é tão somente à restrição à livre concorrência e existe uma presunção de ilegalidade, aplicando-se aquilo que se convencionou chamar de regra *per se*². Neste caso, portanto, a existência de uma conduta com determinado objeto é anticompetitiva, não sendo necessárias análises

¹ Vide art. 36 da Lei 12.529/2011: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante” (BRASIL, 2011b).

² Vide voto do ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) Márcio de Oliveira Júnior nos autos do Processo Administrativo n. 08012.001273/2010-24: “Quando uma ação não tem efeitos benéficos sobre o mercado, mas apenas prejudiciais, sua natureza inerente é tão somente a restrição à livre concorrência. As políticas de fixação de preços, de condições de negociação, de divisão geográfica ou de limitação artificial da oferta feitas por cartéis, se encaixam nessa descrição, sendo, por essa razão, ilegais *per se*” (CADE, 2015).

posteriores sobre seus efeitos³.

Por outro lado, nos casos em que há uma conduta lícita que, devido aos seus potenciais efeitos, pode ter caracterização de ilicitude, é necessário que a decisão sobre a existência ou não da conduta aborde tais potenciais efeitos, considerando-se, por exemplo, variáveis como eficiências geradas, racionalidade econômica ou justificativa para a conduta, entre outros. Tradicionalmente na doutrina, diz-se que as condutas cuja ilicitude se define pela potencialidade de efeitos devem ser analisadas sob a regra da razão⁴.

Existem condutas, porém, que por previsão legal serão sempre definidas por objeto, ilícitas pela mera existência, devendo ser analisadas pela regra *per se*⁵. O exemplo mais clássico desse tipo de conduta é o cartel.

Hovenkamp aponta que cartéis são definidos como arranjos entre agentes econômicos, concorrentes em um mesmo mercado relevante. Um mercado relevante é o menor agrupamento de vendas para o qual a elasticidade da demanda e da oferta é suficientemente baixa a ponto que um ‘monopolista hipotético’ com 100% desse agrupamento possa lucrativamente reduzir a oferta e aumentar o preço substancialmente acima do custo marginal. Dessa forma, clientes não devem ser capazes de encontrar facilmente substitutos em resposta ao aumento de preços e outras firmas não podem ser capazes de entrar no mercado em questão ou mudar sua própria produção para competir com as vendas daquele que aumentou os preços (HOVENKAMP, 1994).

Nesse diapasão, o cartel é infração à ordem econômica consistente em prática

³ Vide voto-vista do ex-Conselheiro do CADE Marcos Paulo Veríssimo nos autos do Processo Administrativo n. 08012.006923/2002-18: “Isso ocorre porque, ao contrário do quanto fora aparentemente sugerido pelo Conselheiro Schwartz neste e em alguns outros votos, compreendo que a determinação da ilicitude pelo objeto, na legislação nacional, nada tem a ver com as ‘intenções subjetivas’ do agente. E isso ocorre simplesmente porque a lei assim o determina de forma expressa. Na lei, o que determina a presunção de ilegalidade é o ‘objeto’, e não a ‘intenção’. Esta última, aliás, é completamente irrelevante no sistema do direito brasileiro, pois o artigo 20 da lei de 1994, assim como o artigo 36 da lei atualmente em vigor, foi expresso ao dizer que a ilicitude ‘independe de culpa’, ou seja, ocorre independentemente de qualquer análise de elementos subjetivos intencionais. (...) Tais circunstâncias (tipificação expressa e, sobretudo, presunção de ilegalidade pelo objeto), fazem, como exposto acima, com que se torne completamente desnecessária qualquer análise de estruturas de mercado, definições de mercado relevante ou considerações de poder de mercado dos agentes para que a autoridade possa, *prima facie*, determinar a presunção de ilicitude da conduta. Para tanto, basta que haja, a meu ver, a prova objetiva de sua prática” (CADE, 2013).

⁴ Vide voto-vista do ex-Conselheiro do CADE Carlos Ragazzo nos autos do Processo Administrativo n. 08012.005495/2002-14: “A regra *per se* abrevia a análise por parte do julgador, limitando-se à verificação da existência do acordo (do cartel em si) para concluir pela ilicitude de uma determinada conduta, ao passo que a regra da razão passa por mais etapas, nomeadamente a análise de poder de mercado e também a ponderação de efeitos (na verdade, uma avaliação do efeito líquido decorrente da conduta em si)” (CADE, 2011).

⁵ Art. 36, caput, da Lei 12.529/11.

concertada ou acordo - explícito ou até mesmo tácito - entre concorrentes do mesmo mercado, que pode implicar alguma espécie de restrição à concorrência (JONES; SUFRIN, 2013), capaz de envolver grande parte do mercado relevante e ditar condições relacionadas a itens como preços, forma de produção e divisão territorial, com o objetivo de aumentar preços e lucros de forma conjunta, aproximando as condições do mercado às características de um monopólio⁶.

Monopólio é a estrutura de mercado na qual existe apenas um fornecedor e os compradores precisam se sujeitar às condições de oferta por ele definidas para ter acesso ao produto. Nas palavras de Cretella Júnior:

Monopólio (vocábulo formado de dois elementos gregos, mono = um só, e pólio = venda, comércio) é palavra técnica da linguagem de economia e do direito que significa, em sentido estrito, ‘privilégio ou prerrogativa de venda ou de indústria – ou de exploração de um serviço – por um só (indivíduo, grupo ou Estado), com exclusão dos demais (CREATELLA, 1980, p. 202).

Assim, a vontade dos participantes do cartel é unificada e eles passam a se comportar como se fossem um só agente, eles perdem a sua individualidade e se comportam como um conglomerado sob o ponto de vista comercial⁷. De fato, os membros do cartel se unem tal como fossem um só indivíduo, um grupo uno que dita os elementos essenciais da oferta do mercado de forma soberana - tais como preços, quantidade ofertada, forma de produção – como se monopolistas fossem, e, ainda, dividem entre si os benefícios desse monopólio artificialmente criado, maximizando seus lucros.

Faz-se necessário registrar, ainda, que a prática do cartel pode se desdobrar em várias condutas, como estabelecimento de restrições ou quotas de produção, adoção de prática concertada com concorrente no âmbito de licitação pública, alocação de mercado por área ou consumidores e fixação de preços (CADE, 2009).

Por sua vez, a consumação do cartel, nas palavras da antiga Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), Ana Frazão, em voto

⁶ Resolução CADE n. 20 (BRASIL, 1999).

⁷ Vide voto do ex-Conselheiro do CADE Márcio de Oliveira Júnior nos autos do Processo Administrativo n. 08012.001273/2010-24: “O cartel tem como objetivo precípua eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor de atividade econômica, isto é, a vontade de todos os participantes é tão unificada que eles se comportam como se fossem um só agente; perdem sua individualidade e se comportam como um conglomerado sob o ponto de vista comercial. Por isso, a atividade de cartel é a antítese da “livre interação das forças competitivas”, de modo que o combate a cartéis é a pedra angular da política de defesa da concorrência. Caso seja provada a existência da formação de cartel – com a consequente fixação de preços ou divisão do mercado, a prática deve ser condenada” (CADE, 2015).

proferido no âmbito do julgamento do chamado “cartel do pão”, dá-se por meio da comunicação entre empresas sobre informações concorrencialmente relevantes, tais como preço, nível de produção, mercados de atuação, entre outros, a partir da qual se estabelecem acordos restritivos de concorrência (CADE, 2013).

Os cartéis, por implicarem aumento de preços e restrição da oferta, causam prejuízos graves aos consumidores, sendo capaz de tornar bens e serviços completamente inacessíveis a alguns usuários ou demasiadamente caro para outros (CADE, 2016). Conforme descrito pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”):

Os cartéis prejudicam os consumidores e apresentam efeitos perniciosos sobre a eficiência econômica. Um cartel bem sucedido eleva o preço acima do nível competitivo e reduz a produção. Os consumidores escolhem ou não pagar o preço de alguns ou de todos os produtos cartelizados que eles desejam, abrindo mão do produto desta forma, ou eles pagam o preço do cartel e, conseqüentemente, transferem involuntariamente riqueza aos operadores do cartel. Além do mais, um cartel protege seus membros da exposição plena às forças de mercado, reduzindo as pressões dele para controlar custos e inovar. Todos estes efeitos afetam adversamente a eficiência em uma economia de mercado (OCDE, 2002b, p. 2).

Nesse sentido, Connor e Lande afirmam que existem três perdas de eficiência econômica decorrentes da conduta: a ineficiência alocativa, a ineficiência produtiva e a ineficiência dinâmica. A primeira constitui-se pela alocação ineficiente de recursos, que resulta em perda de bem-estar social. A segunda, ineficiência produtiva, diz respeito ao efeito “guarda-chuva”, que ocorre quando um cartel permite ou obriga que as empresas fora do conluio consigam cobrar preços mais altos sob reflexo dos preços supracompetitivos cobrados pelos membros do cartel. Por último, a ineficiência dinâmica, decorre do fato de que os membros do cartel podem ter menos incentivos para inovar ou otimizar variedades e qualidades nos produtos ou serviços ofertados, o que resulta em prejuízos diversos para a sociedade (CONNOR; LANDE, 2008).

O cartel é considerado, mundialmente, como a mais grave infração à ordem econômica, “o câncer das econômicas de mercado” (MONTI, 2001, p. 14), e, segundo a Cartilha do CADE - *Análise de condutas lesivas à concorrência*, estimativas da OCDE apontam que cartéis possuem a potencialidade de gerar um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado aos preços presentes em um mercado competitivo (CADE, 2016).

Considerando a nocividade da conduta, vê-se a necessidade de combatê-la. Nas palavras de MONTI (2001, p. 14, tradução livre):

O combate aos cartéis é uma das mais importantes áreas de atividade de qualquer autoridade concorrencial e uma clara prioridade para a Comissão. Cartéis são cânceres na economia de mercado aberto, que forma a própria base da nossa Comunidade. Por meio da destruição da concorrência, eles causam sérios danos às nossas economias e consumidores. A longo prazo, cartéis diminuem a concorrência na indústria na qual se envolvem, porque eliminam a pressão competitiva à inovação e alcance de eficiências de custo.

1.1.2 Fato Jurídico de Múltipla Incidência

De início, ressalta-se que “o mesmo fato ou complexo de fatos pode ser suporte fático de mais de uma regra jurídica” (MIRANDA, 1999, p. 224). Ou seja, um fato, apenas, pode gerar efeitos que despertam a necessidade de intervenção de mais de uma esfera jurídica. Adequando as palavras de Pontes de Miranda às infrações à ordem econômica, a conduta que viola a Lei 12.529 de 2011 gera efeitos que podem se desdobrar em mais de uma esfera de responsabilização jurídica, quais sejam, administrativa, penal e civil.

Inicialmente, salienta-se que nem sempre é possível identificar facilmente as distinções entre as esferas jurídicas em um fato gerador de lesão, visto que o desdobramento do ilícito se ramifica de forma muito complexa, sendo difícil separar as consequências de uma conduta em dicotomias específicas. Quanto a isso, BROSSARD (1964, p. 71) destaca:

Se, no plano biológico, as divisas entre o mundo vegetal e o animal nem sempre são nítidas, da mesma forma, no elenco das instituições nem sempre é fácil distribuí-las em categorias estanques, esteticamente repartidas e catalogadas, à feição do que se poderia denominar parnasianismo jurídico.

Assim leciona o professor José Cretella Júnior, segundo o qual a figura do ilícito em si não é peculiar a nenhum dos ramos da ciência jurídica, nem no âmbito do direito público, nem no âmbito do direito privado (CREATELLA, 1973). Dessa forma, o conceito genérico de ilícito pertenceria à teoria geral do direito que:

Abstraindo as notas tipificadoras do instituto, aqui e ali, chega ao conceito categorial puro, in genere, que abrange todos e cada um dos matizes assumidos pela infração na esfera penal, administrativa, civil, tributária, financeira, trabalhista. (CREATELLA, 1973, p. 3)

Nesse sentido, a prática de cartel, conduta objeto do presente estudo, configura tanto ilícito administrativo punível pelo CADE, nos termos da Lei 12.529/2011, quanto crime penal, punível pela Lei 8.137/90.

No âmbito administrativo, a empresa condenada pelo CADE por prática de cartel poderá pagar multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração. Os administradores da empresa direta ou indiretamente envolvidos com o ilícito podem ser condenados a pagar uma multa entre 1% a 20% daquela aplicada à empresa. Ainda, penas acessórias podem ser impostas como, por exemplo, a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de parcelar débitos fiscais, bem como de participar de licitações promovidas pela Administração Pública por prazo não inferior a cinco anos.

Ademais, existem sanções administrativas previstas na Lei 8.666 de 1993 que, em seu artigo 88, prevê a possibilidade de aplicação das sanções de (i) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública e (ii) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, àqueles que tenham praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação.

No âmbito penal⁸, o cartel pode ser punido criminalmente com pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa, sendo o Ministério Público o responsável pela proposição da ação penal perante juízo, nos termos da Lei 8.137/90 (CADE, 2016b).

O ordenamento jurídico prevê, ainda, que o cartel, como fato gerador de danos, possui incidência civil que acarreta a necessidade de indenização e ressarcimento, por parte do infrator, aos prejudicados pela conduta anticompetitivas. De acordo com o artigo 47 da Lei 12.529/2011, os prejudicados pela infração poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obterem a cessação de práticas que constituam infração à ordem econômica, bem como receber indenização por perdas e danos sofridos. Tal ação de reparação independe da existência de inquérito administrativo no CADE, da abertura de um processo administrativo⁹ ou de seu resultado por parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – (SBDC).

⁸ De acordo com a Cartilha do CADE – Defesa da Concorrência no Judiciário, o CADE estima que, até 2013, pelo menos cem administradores (brasileiros e estrangeiros) que enfrentam processos criminais no Brasil por prática de cartel. Ainda, em vista de aplicação de causas de aumento de pena previstas no Código Penal ao menos 34 executivos já teriam sido condenados por crime de cartel a penas que superaram os cinco anos previstos na lei específica (CADE, 2016).

⁹ Regulado pelo art. 66 da Lei 12.529 de 2011, inquéritos administrativos são procedimentos investigatórios de natureza inquisitorial, instaurados pela Superintendência- Geral do CADE, que tem por objetivo apurar infrações à ordem econômica. O processo administrativo é instaurado quando já existem fortes indícios de práticas lesivas ao mercado em análise, constatadas no âmbito do inquérito administrativo.

Percebemos, portanto, que o cartel possui os elementos que o caracterizam como situação híbrida, reprovável e subsumida às esferas penal, administrativa e civil e, ainda, que exige resposta de mais de uma esfera jurídica. Primeiramente, o cartel é conduta ilícita, tipificada na norma penal como crime. Além disso, exige resposta a ser oferecida por meio da função jurisdicional do Estado, possui reprovação social coletiva e faz surgir consequência de cunho sancionatório e punitivo. Por fim, ele está subsumido a normas civis, causa danos a particulares e é sancionada por ordem de indenização pelos prejuízos imputados ao lesado (BURINI, 2007).

1.2 Independência/vinculação entre as esferas

O princípio de independências entre as esferas se expressa por meio de vários dispositivos. O artigo 47 da Lei 12.529 (2011) o consagra ao apontar que aqueles prejudicados, por si ou pelos legitimados, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, “independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”.

O cartel, como fato jurídico de múltipla incidência, repercute nos âmbitos penal, administrativo e civil. Apesar de ser lucrativo o intercâmbio entre tais esferas no combate à conduta, nada impede que as decisões a serem adotadas sejam conflitantes. Essa situação se justifica pela regra geral do ordenamento jurídico, que preza pela independência e autonomia entre as instâncias: “As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”¹⁰.

Entretanto, existem exceções que regem, principalmente, as outras esferas em relação aos resultados de uma análise penal do ilícito. Identificam-se tais exceções nos seguintes dispositivos legais:

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria. (BRASIL, 1990b)

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal (BRASIL, 2002).

¹⁰ Art. 125 da Lei 8.112/1990 (BRASIL, 1990).

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime (BRASIL, 1940).

Tais dispositivos demonstram que haverá vinculação entre as esferas - que importará na proibição de condenação nas instâncias administrativa e civil - quando houver absolvição na esfera penal por reconhecimento de inexistência de fato ou negativa de autoria. Ou seja, as esferas civil e administrativa não poderão punir o agente que foi absolvido por uma dessas duas hipóteses no processo criminal.

Embora não haja previsão explícita na Lei nº 8.112/90, inclui-se também como exceção à independência das instâncias, a possibilidade de a ação criminal comprovar a existência de excludente de ilicitude (atuação ao amparo de estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou cumprimento de dever legal) ou comprovar a sua inimputabilidade (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2014). Ressalta-se que a sentença penal absolutória, tanto no caso em que fundamentada na falta de provas para a condenação quanto na hipótese em que ainda não tenha transitado em julgado, não vincula o juízo cível no julgamento de ação civil reparatória acerca do mesmo fato (STJ, 2013). Portanto, há independência entre as instâncias civil e penal, porém não absoluta.

As jurisdições cível e criminal intercomunicam-se. A segunda repercute de modo absoluta na primeira quando reconhece o fato ou a autoria. Nesse caso, a sentença condenatória criminal constitui título executório no cível. (STJ, 2001, p. 1.)

2. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Introdução

Combater cartéis é prioridade no direito antitruste e uma das mais importantes áreas de atividade de uma autoridade concorrencial. No capítulo anterior demonstrou-se a definição de cartel atrelada às suas consequências nocivas à economia e aos consumidores, bem como a capacidade da conduta em subjugar a concorrência no mercado em que se envolve, eliminando a pressão competitiva benéfica ao bom funcionamento da oferta.

Idealmente, a atuação de combate à cartelização levará em consideração a necessidade de reprimir e dissuadir o ilícito, bem como a imprescindibilidade de compensar vítimas pelos danos sofridos. Nesse diapasão, aponta John M. Connor:

Uma política racional que respeite a projeção das sanções legais seguiria dois objetivos principais: dissuasão e compensação das vítimas. (...). Além disso, é possível dizer que um sistema de execução público-privado descoordenado possa alcançar sanções favoráveis apenas acidentalmente. (CONNOR, 2007, p. 3, tradução livre)

De fato, ressalta-se que o cartel é fato jurídico de múltipla incidência, o que justifica o motivo de tais objetivos – repressão, dissuasão e reparação – permearem mais de uma esfera jurídica como indicado anteriormente. Por esse motivo, a maioria dos sistemas de implementação de direito concorrencial se baseiam em dois pilares responsáveis pelo endereçamento dos ideais do combate ao cartel: o *private enforcement* e o *public enforcement*.

No âmbito privado, as ações de ressarcimento civil focarão o ideal da reparação de danos, atrelado à dissuasão da conduta; no âmbito público, o direito penal e o direito administrativo assumirão a repressão e, também, a dissuasão da prática ilícita.

O *public enforcement* pode ser definido como a execução da lei antitruste pelo governo, como por exemplo a autoridade concorrencial ou agente do ministério público, visando a detecção e a punição de violações às normas concorrenciais (OCDE, 2015b). Isso englobará as atividades de identificação da ocorrência de possíveis condutas anticompetitivas, a investigação das possíveis ilegalidades com a devida instrução legal, bem como, quando necessária, a condenação de agentes com aplicação de sanções.

O *private enforcement*, por sua vez, consiste no mecanismo privado de execução do combate a cartéis, onde a litigância é por um indivíduo, uma entidade privada, organização ou entidade pública, intentando a recuperação de danos (OCDE, 2015b).

Mario Monti aponta que segundo Adam Smith há, de fato, uma tendência de conspiração por parte dos concorrentes. Tal tendência, como observado anteriormente, é motivada pelo aumento nos lucros derivados da atividade colusiva que não são passíveis de reprodução em ambiente de atuação competitiva (MONTI, 2001) e deve ser rebatida por meio da devida execução dos meios legais concorrenciais em todos os seus âmbitos, seja na esfera pública, seja na privada.

Nesse sentido, ambos, *private enforcement* e *public enforcement* são partes de um sistema de implementação da lei e servem aos mesmos propósitos: desestimular práticas anticoncorrenciais ilícitas pela lei antitruste, ainda que de forma mediata quando se tratar de *private enforcement*, e proteger empresas e consumidores dessas práticas e dos danos por elas causadas. Assim ambas os formatos de imposição do direito da concorrência são importantes ferramentas para criar e sustentar uma economia competitiva (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2005).

2.2 A autoridade concorrential brasileira: o CADE

A ampla concorrência visa garantir aos agentes de mercado concorrentes o direito de disputar pela preferência do consumidor. Tal concorrência tem por consequência a oferta de melhores produtos e serviços, bem como a cobrança de preços mais baixos e incentivo a inovação – características que fazem parte de um mercado onde há bem-estar econômico para ofertantes e demandantes.

Não é sem razão que a Constituição Federal coloca a livre concorrência como um dos pilares da ordem econômica brasileira. Tal princípio está previsto artigo 170, inciso IV da Carta Magna, como forma de desdobramento da livre iniciativa. Seu objetivo é garantir que agentes tenham acesso a um mercado onde reinará um ambiente de disputas, ou seja, onde o consumidor tem acesso amplo à oferta e onde seja possível se estabelecer e permanecer ofertando de forma livre, como leciona Paula Forgioni:

O princípio da livre-iniciativa, tradicionalmente identificado com a ‘liberdade de comércio e de indústria’, ‘liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa’, garante aos agentes econômicos ingresso ao mercado, à arena de disputas. A existência de adequado fluxo de trocas depende do acesso dos

indivíduos à oportunidade de oferecer oportunidades de troca, estabelecendo contratos. Eis o papel central do princípio da livre-iniciativa na economia capitalista: garantir que os agentes econômicos tenham acesso ao mercado e possam nele permanecer. O princípio da liberdade de iniciativa econômica implica a liberdade de empresa, que, por sua vez, significa a liberdade de lançar-se à atividade, desenvolvê-la e abandoná-la sponte própria (FORGIONI, 2016, p. 145).

A concorrência é, portanto, “regulador natural do egoísmo” conforme aponta JHERING (1953, p. 140), equilibrando a vontade do agente em auferir o maior lucro possível e a oferta ideal à coletividade. Seu pressuposto geral consiste no ideal de que a concorrência não pode ser restringida por agentes econômicos com poder de mercado, ou seja, a concorrência deve ser protegida de condutas como cartéis, restrições irrazoáveis, aquisições e manutenções indevidas de monopólios e operações anticompetitivas.

Ainda nesse sentido, a Constituição Federal prevê, em seu art. 173, parágrafo 4, que cabe o Estado limitar possíveis distorções da garantia constitucional à livre iniciativa, por meio da repressão a abusos do poder econômico que tenham por objetivo a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros¹¹.

No âmbito da incumbência estatal de regular o mercado utilizando-se de políticas econômicas de defesa da concorrência, surge a essencialidade da constituição de um sistema de defesa da concorrência e de uma autoridade antitruste, principalmente no que diz respeito à efetiva prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica¹².

No Brasil, atualmente, o sistema brasileiro de defesa da concorrência é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e suas atribuições são definidas pela Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

O CADE foi criado pela Lei nº 4.137/62, então como um órgão do Ministério da Justiça, competindo-lhe a fiscalização da gestão econômica e do regime de contabilidade das empresas.

¹¹ Art. 173, parágrafo 4, da Constituição Federal: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (BRASIL, 1988).

¹² Ressalte-se, ao destacar a essencialidade da constituição de sistema de defesa da concorrência e de uma autoridade concorrencial, que esta última não é o único órgão estatal responsável pelas políticas públicas de defesa da concorrência, em consideração às competências do Ministério Público para atuação junto ao direito antitruste.

Por meio da Lei nº 8.884/1994, o órgão foi transformado em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça. Essa Lei definia as atribuições da Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, da Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae, do Ministério da Fazenda e do CADE. Esses três órgãos formavam o sistema brasileiro de defesa da concorrência e eram encarregados da política de defesa da livre concorrência no Brasil (CADE, 2016d).

Em 2012 o sistema foi reestruturado por meio da Lei 12.529 de 2011. Pela nova legislação, o CADE passou a ser responsável por instruir os processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica, bem como os processos de análise concentrações.

O CADE também ganhou uma nova estrutura, sendo constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos (BRASIL, 2011b). A SDE foi extinta e a Seae passou a ter a função de promover a advocacia da concorrência perante órgãos do governo e a sociedade (CADE, 2016d).

Isto posto, atualmente, dentre as atividades desempenhadas pelo CADE, uma merece atenção no presente estudo: o controle de condutas anticompetitivas.

O controle de estruturas representa a função preventiva do CADE e consiste na análise prévia, e posterior decisão, de fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre empresas que possam colocar em risco a livre concorrência.

O controle de condutas anticompetitivas, por sua vez, diz respeito à função repressiva do CADE, ou seja, à investigação e posterior julgamento de condutas prejudiciais à livre concorrência no território nacional, bem como, se for o caso, consequente aplicação de punições aos infratores.

2.2.1 O escopo da atuação do CADE quanto às condutas de cartel: repressão

Especificamente em relação às condutas anticompetitivas, a atividade da autarquia se baseia na investigação e condenação daqueles que violaram a livre concorrência por meio de conduta anticompetitiva. Sendo assim, o CADE é responsável pela materialização do *public enforcement* do direito concorrencial brasileiro. Isso está

em plena consonância com a função repressiva do CADE e significa que à autarquia compete a tutela da concorrência oferecida pela Administração Pública, aquela que visa à eficiência da ordem econômica e de seus agentes e percebe a concorrência como instituição necessária ao bem-estar social.

A investigação e a condenação são duas faces da atuação do CADE no combate aos cartéis, que valer-se-á de dois procedimentos para endereçá-las: inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica e o processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infração à ordem econômica.

O inquérito administrativo consiste em procedimento preparatório, prévio à instauração do processo administrativo, cuja natureza inquisitorial se destina ao estudo de um cenário suspeito de praticar atos que prejudiquem a concorrência (NUNES, 2014).

A Superintendência-Geral é o órgão do CADE responsável pela condução do inquérito, investigando e instruindo os casos. Portanto, buscar evidências e provas que levem à possibilidade de ocorrência de uma infração também faz parte de sua competência. Para tanto, a SG emite ofícios a entidades ou mesmo a pessoas físicas concorrentes e clientes do investigado, ou quaisquer outras que de alguma forma com ele ter se relacionado, com o intuito de coletar todas as informações possíveis quanto a prática sob análise.

A obtenção de provas pode ser proveniente de três fontes, como leciona Wouter Wils. Primeiramente, as autoridades concorrenciais podem fazer um monitoramento de mercado, observando informações e dados públicos disponíveis e utilizando-se de análises econômicas baseadas em tais dados para detectar e provar infrações. Em segundo lugar, as informações necessárias podem vir de terceiros, consumidores e concorrentes que, violados pela conduta ilícita, trazem denúncias voluntárias à autoridade. A terceira possibilidade diz respeito a fazer dos próprios infratores fontes de informações (WILS, 2007).

Wils indica, ainda, que existem também três formas de adquirir informações e dados dos infratores: compulsão (ameaças de sanção por não cooperação), força direta (apreensões) e leniência (forma de acordo entre autoridade e infrator) (WILS, 2007).

No Brasil, o formato de força direta seria aplicado por meio da realização de buscas e apreensões, caracterizando-se como uma das atribuições da Superintendência-Geral e prevista no art. 13 da Lei 12.529, segundo o qual compete à SG requerer ao

judiciário mandado de busca e apreensão de objetos, - como livros comerciais, computadores e arquivos de empresa ou de pessoa física - no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, como forma de aquisição de provas necessárias à instrução dos casos.

O objetivo da condução de buscas e apreensões é acessar, diretamente no local onde frequentam os possíveis autores da conduta – como residência e locais de trabalho – instrumentos que possam conter informações sobre a prática do ilícito e que possam servir ao processo como prova. Conforme salientado por Gustavo Noman, em seu estudo quanto às provas em processo concorrencial:

A utilidade prática de tais operações é coletar diretamente, na sede e instalações das empresas e/ou na residência de pessoas físicas, informações passíveis de ajudar a comprovar a existência de prática contrária à livre concorrência. Com esse dispositivo, as autoridades de defesa da concorrência têm à disposição um instrumento extremamente importante para ter acesso ao conteúdo de quaisquer tipos de documentos, estejam eles em formato impresso, manuscrito (agendas, cadernos ou blocos de anotações) e mesmo eletrônico (arquivos localizados em computadores, pen drives, CDs e DVDs, palm tops, etc.) (NOMAN, 2010, p. 167).

Quanto às formas de acordo, existem o acordo de leniência e o termo de compromisso de cessação no âmbito brasileiro. Em termos gerais, ambos são institutos de trocas voluntárias entre autoridade e infrator.

A leniência, em específico, permite que empresas e/ou pessoas físicas envolvidas ou que estiveram envolvidas em um cartel ou em outra prática anticoncorrencial coletiva obtenham benefícios na esfera administrativa e criminal por meio da celebração de acordo de leniência com o CADE, comprometendo-se a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar sua participação no ilícito, bem como a cooperar com as investigações apresentando informações e documentos relevantes à investigação (CADE, 2016c). O acordo de leniência é instrumento disponível apenas ao primeiro agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial entre concorrentes¹³ e cujos benefícios são tanto administrativos quanto criminais¹⁴. Maiores especificidades quanto ao acordo serão abordadas mais a frente.

O Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”) consiste em uma modalidade de acordo celebrado entre o CADE e as empresas e/ou pessoas físicas investigadas por

¹³ Art. 86, §1o, I da Lei n. 12.529/2011 (BRASIL, 2011b).

¹⁴ Art. 86, §4o c/c art. 87 da Lei n. 12.529/2011 (BRASIL, 2011b).

infrações à ordem econômica a partir qual a autoridade antitruste anui em suspender o prosseguimento das investigações em relação ao Compromissário enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso, ao passo que o Compromissário se compromete às obrigações por ele expressamente previstas (CADE, 2016g). Ademais, o TCC é acessível a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva¹⁵.

A segunda face da atividade do CADE no combate a cartéis é a condenação, que por sua vez, diz respeito à aplicação de sanções. O julgamento e a decisão de aplicação de penas no âmbito de processos administrativos de condutas anticompetitivas competem ao Tribunal do CADE.

Dentre as sanções existentes, a que representa o instrumento mais importante é a multa, como defende Wouter Wils, segundo o qual a sanção contribui para a prevenção de violações concorrenciais de três formas: (i) criando ameaça de condenação e pagamento ao infrator; (ii) acrescentando efeito moral à proibição da conduta; e, (iii) no âmbito da política aplicada aos acordos, representando a possibilidade atenuação das circunstâncias consideradas no cálculo da pena:

Multas são, todavia, instrumentos importantes para a prevenção de violações. Como indicado anteriormente, a imposição de multas a empresas que tenham infringido proibições antitrustes pode prevenir tais violações de três formas. Em primeiro lugar, pode ter efeitos dissuasivos, criando ameaças verossímeis de serem processadas e multadas, o que pesa suficientemente no balanço de gastos esperados e gera benefícios para impedir que empresas cometam violações antitrustes. Segundamente, pode, ao mesmo tempo, provocar efeitos morais, na medida em que envia mensagens àquelas que respeitam a lei, reforçando seu comprometimento moral com as proibições antitrustes. Em terceiro lugar, por meio de políticas de leniência e pelo uso de outras circunstâncias agravantes ou atenuantes, afetando o valor da multa imposta. O custo de organizar e dirigir cartéis pode aumentar (WILS, 2007, p. 11, tradução livre).

A empresa condenada pelo CADE por prática de cartel poderá pagar multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. Os administradores da empresa direta ou indiretamente envolvidos com a infração cometida podem ser condenados a pagar uma multa entre 1% a 20% daquela aplicada à empresa¹⁶.

¹⁵ Art. 85 da Lei no 12.529/2011 (BRASIL, 2011b).

¹⁶ Art. 37 da Lei 12.529 de 2011(BRASIL, 2011b).

Ainda, o infrator está sujeito a outras penas acessórias que podem ser aplicadas sem prejuízo da multa, por exemplo, a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de parcelar débitos fiscais, a obrigatoriedade de publicação da condenação da empresa em veículo de grande circulação, proibição de participar de licitações promovidas pela Administração Pública Federal, Estadual e Municipal por prazo não inferior a cinco anos, bem como a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica¹⁷.

A utilização de tais instrumentos sancionatórios que a lei coloca à disposição do CADE é direcionada à proteção da atividade econômica brasileira como um todo, focando no bem-estar social derivado da garantia da livre iniciativa. Em específico, as multas impostas pelo CADE não possuem, em essência, o ideal de recuperar financeiramente e moralmente o dano individual e específico que um agente particular possa ter sofrido em consequência de uma conduta anticompetitiva. Nesse sentido, a contribuição brasileira feita ao Relatório da OCDE “*Relationship between public and private antitrust enforcement*” aponta:

No Brasil, a execução pública da lei antitruste não visa prioritariamente compensar danos causados por condutas anticompetitivas, mas reprimir tais condutas e restaurar as condições do mercado. Em outras palavras, procura-se interromper práticas anticompetitivas e impedi-las através do efeito dissuasivo das penalidades aplicadas em decisões sancionadoras. Assim, as medidas punitivas estabelecidas pela Lei nº 12.529/2011 incluem sanções que não objetivam recompensar o Estado pelos danos causados, como a inelegibilidade para participar de financiamentos públicos ou procedimentos de licitações públicas (OCDE, 2015, p. 2).

Ademais, principalmente quando se foca em casos de cartéis, os danos decorrentes da conduta são especialmente difíceis de quantificação exata, uma vez que seria necessário comparar o que de fato ocorreu no mercado durante a operação do cartel com uma situação hipotética onde teria havido adequada concorrência entre os agentes do mercado. Existem obstáculos práticos em desenvolver tal comparação e, em geral, as autoridades antitruste não são obrigadas por lei a fazê-lo como requisito para aplicação de sanções. Assim, as multas aplicadas geralmente não são determinadas com base em danos exatamente quantificados, mas, ao contrário, são definidos em consideração ao volume comercializado, ao faturamento da empresa, a quantidade de venda do produto ou serviço objeto do cartel e *proxys* estimadas do dano (ARAÚJO, 2010). Não é significativo, portanto, para a condenação, que o dano seja definido, até

¹⁷ Art. 38 da Lei 12.529 de 2011(BRASIL, 2011b).

mesmo porque o objetivo da sanção não é compensá-lo, mas considerá-lo para aplicação de pena suficiente à dissuasão da conduta.

De fato, a lei antitruste brasileira prevê que as multas aplicadas pelo CADE terão seu montante arrecadado destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, fundo de natureza contábil, vinculado ao Ministério da Justiça, e regulamentado pela Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995. Os valores arrecadados têm por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

Dessa forma, observa-se que as penalidades impostas pelo CADE não causam direta compensação às vítimas do ilícito antitruste, mas buscam endereçar os danos sofridos por toda a sociedade, assim, com foco no interesse público.

2.3 Escopo da responsabilização civil no direito da concorrência: dissuasão e reparação

Ainda que as multas e penas aplicadas aos agentes econômicos pela prática de cartel sejam especialmente importantes, conforme identificado acima, a atuação do CADE está relacionada a imposição de sanções às condutas que violam a concorrência, o que está em clara consonância com a sua função repressiva e sua responsabilidade relacionada ao *public enforcement* do direito concorrencial, mas não está conectada a reparação de danos que resultam da conduta ilícita.

Regra geral, a previsão de reparação por dano causado por ato ilícito está definida no art. 927 do Código Civil. Dessa forma, o instituto da reparação de danos a lesados específicos, diz respeito ao *private enforcement*, às ações privadas de ressarcimento por danos decorrentes da atividade do cartel regidas pelo direito civil.

Ao contrário do ideal das penalidades impostas pelo CADE, que intentam desencorajar o ilícito, o *private enforcement* é principalmente direcionado ao restabelecimento do *status quo ante* daqueles que sofreram danos derivados de certa conduta. Ou seja, ao invés de reprimir ou sancionar uma atuação indevida, intenta-se indenizar, reparar uma lesão (OCDE, 2015).

Muito se discute na doutrina acerca do papel desempenhado por tais ações de ressarcimento. De modo geral, reconhece-se que elas possuem dois objetivos principais:

reparação de danos e desestímulo à prática ilícita anticoncorrencial¹⁸. Assim, o primeiro diz respeito à justiça redistributiva: as partes prejudicadas recuperam os danos causados por um cartel, por exemplo. Não menos importante, o segundo papel é dissuasório: deparadas com uma probabilidade de ter de ressarcir um valor não menor do que os benefícios que extraem do cartel, as firmas terão menos incentivos ao conluio (CARRASCO; MELO, 2010). O ideal da dissuasão é anular ou diminuir os incentivos à cartelização e, para que seja efetiva, deve retirar a perspectiva de ganho da atividade do cartel, de forma que, ao considerar a possibilidade de envolver-se em cartel, o sujeito tenha de julgar não apenas a quantidade do ganho esperado, mas também a possibilidade do descobrimento do cartel acompanhada de punições (OCDE, 2002). Nesse sentido, Marina Galvani aponta:

Essa responsabilização possui duplo efeito: não apenas permite o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelos consumidores, como também funciona como um desestímulo ao cometimento de novas infrações. Isso porque, uma vez cientes de que terão de ressarcir todos os danos decorrentes de eventuais infrações à ordem econômica, os agentes podem chegar à conclusão de quem não vale a pena cometê-las, com base em uma análise de custo-benefício (GALVANI, 2014, p. 136).

Herbert Hovenkamp comenta a racionalidade das ações de indenização apontando que o objetivo no qual se baseia o sistema da reparação é fazer com o que aqueles que sofreram danos em decorrência da conduta possam retornar à posição na qual se encontravam antes da violação ocorrer. Por sua vez, o objetivo do sistema baseado na dissuasão é identificar a lucratividade da violação e impor uma sanção cujo custo faça com que a violação não seja mais lucrativa (HOVEMKAMP, 1999).

O direito de ação dos consumidores lesados para obterem a cessação da prática anticompetitiva e o recebimento de reparação de danos é previsto no art. 47 da Lei nº 12.529, de 2011. Tal dispositivo expressamente determina que os prejudicados ou legitimados (tais como Ministério Público, União, Estados, Municípios, Distrito

¹⁸ No âmbito doutrinário, é intensa a discussão acerca da real idealização do *private enforcement*, principalmente no que diz respeito a compensação de danos, devido a possível inviabilidade de alcance desses objetivos na maioria dos casos. A compensação seria falha na medida que as verdadeiras vítimas econômicas das condutas violadoras das normas antitruste são inúmeros consumidores, distantes da violação e da possibilidade de compensação. A dissuasão, por sua vez, não seria efetiva porque o espaço de tempo entre o planejamento da violação e julgamento desta é geralmente muito longo, de forma que os responsáveis pelo planejamento e execução da conduta muitas vezes já não ocupam os cargos que ocupavam à época da conduta e, às vezes, saíram do quadro de funcionários da empresa antes desta internalizar o custo da violação (CRANE, 2010). Porém, a discussão que envolve tal problemática não será objeto de estudo do presente trabalho, onde os objetivos de reparação e dissuasão da conduta serão tratados apenas como pressupostos do ajuizamento das ações civis de ressarcimento por danos de cartel, sem que seja tratado o alcance destes.

Federal, entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta e associações) podem ajuizar ações coletivas de reparação de danos por violação às regras concorrenciais¹⁹.

Essa reparação civil no Brasil é regida, como anteriormente destacado, pelo direito civil. Nesse aspecto, ressalta-se a incidência dos artigos 275 e 942 do Código Civil, que em conjunto com o art. 7º, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor preveem a responsabilidade solidária entre os coautores pelo ato ilícito. Adequando tal previsão ao direito concorrencial, é possível dizer que cada participante do cartel, o que inclui o signatário do Acordo de Leniência ou o compromissário do TCC, poderia, em tese, ser acionado no âmbito de uma ação de ressarcimento por dano de cartel pelos danos causados pelo cartel em totalidade, ressalvado o direito de regresso²⁰.

Ainda que o direito de ação reparatória esteja previsto na legislação brasileira, a prática é incipiente no Brasil. Em estudo que objetivou traçar o panorama brasileiro acerca do assunto, foi levantada a quantidade de ações judiciais findas e em curso sobre responsabilização civil dos agentes que supostamente teriam incorrido em prática de condutas anticompetitivas. O resultado quantitativo dessa pesquisa indica que, entre 2001 e 2011, apenas vinte e dois casos foram ajuizados no país: treze por meio de ações coletivas e nove demandas individuais (CARVALHO, 2011).

Ainda, levantamento jurisprudencial realizado em 2015 no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal a partir da análise de acórdãos nos quais prejudicados pleiteavam a reparação pelos danos causados pela conduta de cartel, indica que houve um aumento de 667% no número de acórdãos proferidos entre os anos de 2004-2008 (3 acórdãos) e 2009-2013 (23 acórdãos) e, considerando apenas os últimos 3 anos, o aumento foi de 450% no período de 2009-2011 (4 acórdãos) e 2012 – julho/2014 (22 acórdãos) (MACHADO, 2015).

¹⁹ Aqui, faz-se necessário ressaltar ponto específico da relação entre a responsabilidade civil e o direito da concorrência, principalmente no que diz respeito aos acordos previstos no ordenamento antitruste, o acordo de leniência e o termo de compromisso de cessação. O Programa de Leniência do CADE, como na maior parte das jurisdições, não concede imunidade ao beneficiário do Acordo de Leniência no que diz respeito aos danos civis concorrenciais decorrentes da prática de cartel. A lei brasileira também não limita a responsabilidade civil do beneficiário de leniência - vide artigo 86, caput e §4º da Lei nº 12.529/2011. O mesmo se aplica ao compromissário no âmbito do TCC, que não tem a obrigação de indenizar as partes prejudicadas - vide artigo 85, caput e §4º da Lei nº 12.529/2011.

²⁰ Artigos 238 e 934 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Dentre as razões apontadas para o baixo uso de tais ações no Brasil, lista-se, pelo menos, as seguintes: (i) obstáculos legais e procedimentais, como a necessidade de análises econômicas complexas e análises de risco e danos; (ii) dificuldade de acesso a documentos e evidências provenientes dos processos administrativos e leniências; (iii) ausência de uma cultura de reivindicação de danos no Judiciário, principalmente quando relacionados a danos por condutas concorrenciais; e (iv) elevados custos e morosidade do litígio judicial, que acabam por desencorajar os litigantes (OCDE, 2015).

As primeiras ações de reparação por danos de cartel de que se tem conhecimento foram ajuizadas no contexto da investigação do “cartel dos gases industriais”. Nesse caso, o Tribunal do CADE determinou em sua decisão final que uma cópia da decisão fosse encaminhada àqueles potencialmente lesados pela conduta:

A multa imposta pelo Conselho não repara os danos patrimoniais e morais causados a pessoas específicas. A indenização por tais danos deve ser engendrada pelas vias judiciais cabíveis. A via de maior destaque é a ação civil pública. Nos termos do art. 1º, inciso V, da Lei nº 7.347/85, cabe ação civil pública em face de "infração da ordem econômica e da economia popular". Esta ação constitui um elemento essencial para a política geral de defesa da concorrência. Por este motivo, voto pelo encaminhamento desta decisão ao ilustre representante do MPF junto ao CADE para, julgando pertinente, estruturar a ação do Ministério Público nesta seara. Merece destaque ainda a ação privada, ajuizada pela vítima do cartel em busca de reparação pelos danos causados. A utilidade de ações privadas para a promoção da concorrência já foi comprovada em jurisdições estrangeiras (...) No Brasil, porém, quase não se tem notícia de ações privadas em razão de danos causados por cartéis. Perde-se, assim, um importante fator a desestimular a prática de conluio. E os prejudicados também deixam de ser ressarcidos pelos danos causados. Tendo em vista a necessidade de estimular e promover o ajuizamento de ações privadas pelas vítimas do cartel, entendo necessário divulgar essa possibilidade junto aos potenciais interessados (CADE, 2010, p. 126).

Há ainda outras ações ajuizadas com fundamento em investigações realizadas pelo CADE, a exemplo dos casos dos cartéis de genéricos, combustíveis, extração de areia, aço, vergalhões e laranjas, ajuizadas tanto por consumidores como pelo Ministério Público (MARTINEZ; ARAÚJO, 2016).

A persecução pública e a persecução privada no Brasil não se articulam, atualmente, de forma a impulsionar o ajuizamento de tais ações que, de fato, fazem parte do combate à prática de cartel. Entretanto, o CADE, como agente responsável pelo *enforcement* público do direito da concorrência no Brasil, pode atuar de forma a fomentar os pedidos de reparação por danos decorrentes da prática de cartéis e por conectar as instituições públicas e privadas nesse aspecto:

Com o crescimento, ainda que incipiente, do *private enforcement* no Brasil, a articulação entre persecução pública e privada a condutas anticompetitivas tem se tornado imperiosa. E é papel do Cade, enquanto agência de defesa da concorrência responsável pelos Programas de Leniência e TCC, fomentar esse debate, finalmente possibilitando ao Brasil que se posicione institucionalmente a respeito do tema. (CADE, 2016e, parágrafo 82)

2.4 Requisitos Genéricos da Responsabilidade Civil

2.4.1 Ato ilícito, Nexo Causal, Culpa e Dano

Ações de reparação de danos se pautam na responsabilidade civil, cujos pressupostos são definidos pelo Código Civil, o qual, por sua vez, indica em seu artigo 186 que aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, causa ato ilícito. Adicionalmente, aquele que causa ato ilícito, fica obrigado a repará-lo, em consonância no constante no art. 927 do mesmo diploma.

Identifica-se, pelo exame de tais diplomas, quatro elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil: (i) a ação ou omissão, ou seja, o ato ilícito; (ii) o elemento subjetivo: culpa ou dolo do agente, se desdobrando, inclusive em negligência e imprudência; (iii) o dano causado a uma vítima e (iv) relação de causalidade entre a prática do ato ilícito e o dano sofrido (GONÇALVEZ, 2010). Resumidamente, são os pressupostos: ato ilícito, culpa, nexos causal e dano.

O primeiro dos pressupostos é o ato ilícito. Nas lições de Caio Mário da Silva Pereira, o ato ilícito é a ação ou a omissão que importa na violação do ordenamento jurídico (PEREIRA, 2005). Para Rui Stoco, a violação do direito é o que caracteriza o ato ilícito, ou seja, o ato ilícito é aquele praticado com infração a um dever legal ou contratual, a ilicitude reside na infração à norma (STOCO, 2007). Assim, é possível caracterizar o ato ilícito como a prática de ato, por ação ou omissão, que acarrete contrariedade à norma parte do ordenamento jurídico.

A responsabilidade civil tem como pressuposto, em regra, o elemento subjetivo, importando exceções²¹. Isso significa que a responsabilização do agente depende da

²¹ A exceção é prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002).

comprovação de que a prática do ato ilícito do qual decorreu o dano, foi causado por culpa ou dolo do agente. Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro diz que, para que se conceda a reparação, é necessário que o fato gerador do dano seja moralmente imputável ao seu autor, ou seja, que ele origine da vontade determinada ou da atividade consciente, assim, do dolo ou da culpa. Segundo o autor, essa é base sob a qual repousa a teoria clássica e tradicional da culpa, também chamada de teoria da responsabilidade subjetiva (MONTEIRO, 1973).

Ressalta-se, porém, que a caracterização do ilícito contra a ordem econômica de natureza administrativa independe de comprovação da existência do elemento subjetivo, conforme indica expressamente o art. 36 da Lei 12.529/11, isto é, a conduta faz parte das exceções legais cuja possibilidade de existência foi indicada pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Nesse sentido, a culpa não se caracteriza como pressuposto da responsabilidade civil, quando esta está atrelada à prática de cartel. A doutrina brasileira, de fato, apresenta o entendimento de que a responsabilidade civil por danos decorrentes de infrações a ordem econômica, o que inclui a conduta de cartel, configura hipótese de responsabilidade objetiva (CASELTA, 2016).

Ainda, tem-se por requisito, o dano. Na concepção clássica, o dano é qualquer diminuição patrimonial que possa ser auferido pela comparação entre o patrimônio inicial e o final do lesado (GONÇALVEZ, 2010). Hoje, a definição clássica deu lugar à concepção de dano como lesão a um bem jurídico ou a um interesse jurídico, o qual abrange tanto os danos patrimoniais como os não patrimoniais (CASELTA, 2016).

A esse respeito, é necessário lembrar que as infrações à ordem econômica podem ser ilícitas por objeto ou práticas ilícitas com efeitos anticoncorrenciais. O cartel, conforme já abordado neste estudo, é ilícito por objeto e sua caracterização, portanto, independe de qualquer análise quanto aos efeitos da conduta. Porém, em se tratando de responsabilidade civil no âmbito concorrencial, as infrações apenas causarão prejuízos aos consumidores se surgirem efeitos práticos (GALVANI, 2014). Nesse sentido, a comprovação do dano se aproxima à comprovação dos efeitos da conduta, portanto, dos efeitos do cartel. De fato, como bem afirma Maria Helena Diniz, não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta de tal lesão (DINIZ, 1991).

Como último requisito, tem-se o nexo de causalidade, que pressupõe a existência de uma relação de causa e efeito entre o ato ilícito e o dano. Sergio Cavalieri Filho

leciona que, portanto, não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita, tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre eles uma relação de causa e efeito (CASELTA, 2016 apud CAVALIERI).

No caso de cartéis, como demonstrado, a responsabilidade civil é considerada como objetiva. Diante disso, os requisitos para caracterização da responsabilidade civil dos cartéis são apenas três: ato ilícito, dano e nexos causal.

Adequando os conceitos dos pressupostos da responsabilidade civil ao direito da concorrência e, especificamente, a conduta ilícita que corresponde ao cartel, podemos identificar que o ato ilícito seria o próprio acordo celebrado entre os membros do cartel. O dano diz respeito às modificações sofridas pelo mercado por consequência da prática de cartel. Por fim, o nexos causal se refere à relação entre a prática de cartel com os efeitos deletérios identificados no caso específico, decorrentes da atividade anticoncorrencial.

2.4.2 Dificuldade de comprovação dos requisitos da responsabilidade civil no âmbito concorrencial

As ações de indenização privada no âmbito concorrencial têm objeto problemático que se refere à dificuldade de comprovação dos requisitos necessários à responsabilização civil (CARVALHO, 2011).

Por exemplo, para que seja definida a existência do ato ilícito concorrencial, é necessária a demonstração de efeitos negativos no mercado relevante (relacionado a preços, fornecimento e inovação, por exemplo); para que seja identificada a extensão do dano, os requerentes terão que comparar situação anticompetitiva com a situação que deveria existir em caso de inexistência da conduta ilícita; para demonstrar o nexos de causalidade, seria necessário identificar os elementos precisos da conduta anticoncorrencial de um infrator que tenham diretamente causado dano ao requerente. Pode ser extremamente complexo para potenciais demandantes obter elementos factuais que possam demonstrar seu interesse para alegar danos concorrenciais (OCDE, 2015b).

Nesse sentido, Anna Gulinska defende a dificuldade na reconstrução de um mercado hipoteticamente competitivo apenas com o intuito de quantificar o dano causado pelo infrator, até mesmo porque, usualmente tal exercício pressupõe o

conhecimento de fatos relacionados à atividade econômica do infrator e de outros agentes do mercado. Ademais, indica a autora, que dificuldades também surgem no contexto de quando, por exemplo, demandantes tentam identificar precisamente quais elementos de um comportamento infrator concorrencial tenham lhes causado danos, ou ainda, a extensão na qual várias infrações tenham contribuído com o dano sofrido (GULIŃSKA, 2015), ou seja, a existência do nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Nas ações individuais, tal problema é ainda mais explícito, visto que estas não se valem ou dependem de nenhuma das conclusões do órgão antitruste. Ou seja, as partes devem, a princípio, sem qualquer respaldo em uma decisão administrativa condenatória, comprovar existência de um acordo anticoncorrencial de forma efetiva. Além disso, há a necessidade de demonstração de que as partes sofreram prejuízos decorrentes desta conduta ilícita em específico.

Em alguns países, a decisão proferida pela autoridade concorrencial pode ser utilizada como prova da infração e, dessa forma, caberia ao particular a demonstração da existência do nexo de causalidade e os danos incorridos (HARKER; HVIID, 2006). Esse não é o caso brasileiro já que, como demonstrado anteriormente, a decisão administrativa não possui efeito vinculativo sobre o Poder Judiciário.

É claro, porém, que a existência de um processo administrativo prévio e resultante de condenação pode servir de auxílio às partes de uma ação reparatória. Ainda, mesmo na hipótese de não vinculação entre as decisões, o Poder Judiciário tende a confiar mais em argumentos econômicos trazidos por uma autoridade antitruste do que por particulares (HARKER; HVIID, 2006). De fato, as decisões da autoridade antitruste são capazes de detalhar a conduta, individualizá-la, definir seu escopo em mercado geográfico e produto, a duração do ilícito, dentre outros aspectos (OCDE, 2015b) que são capazes de estruturar a caracterização do ato ilícito como um todo. Nesse sentido, aponta a OCDE:

A execução pública da lei antitruste tem forte efeito facilitador em ações privadas por danos, ajudando os requerentes a encontrarem o padrão de prova exigido de uma violação antitruste com menos esforço (e potencialmente fornecendo evidências úteis quanto à causa e ao prejuízo sofrido) (OCDE. 2015b, p. 34, livre tradução).

Pode-se dizer que, devido as características do ilícito, esse problema não seja, substancialmente, somente parte do *private enforcement*. Como já apontado, a dificuldade de aquisição de provas da conduta permeia a esfera pública também, tanto

que os acordos (como o acordo de leniência e o TCC) estão tomando cada vez mais espaço na agenda das autoridades concorrenciais. Entretanto, as provas ainda são de mais fácil aquisição pela administração. Sobre o tema, Wouter Wils:

Autoridades da concorrência geralmente são melhores em descobrir e provar violações antitrustes em comparação a partes privadas, pois possuem maiores poderes investigativos, permitindo que colem não apenas informações obtidas das vítimas dessas violações, mas dos violadores e quaisquer outras fontes. Essa vantagem para execuções públicas existe até mesmo nos Estados Unidos, onde demandantes privados se beneficiam de regras de descoberta liberais (WILS, 2009, p. 10, tradução livre).

Por isso, na maioria das vezes, a possibilidade de demonstração dos fatores necessários à comprovação do interesse do demandante reside em informações e fatos constantes em provas confidenciais de posse do representado causador do dano ou da autoridade que investiga a conduta. Nesse sentido, a Comissão Europeia aponta que os casos concorrenciais são caracterizados, exatamente, pela intensa assimetria na distribuição de informações e de provas (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2008), assim, há verdadeira dificuldade na obtenção de evidências por parte dos demandantes das ações de indenização.

É perceptível que a capacidade de estruturar uma ação de indenização bem sucedida reside essencialmente na possibilidade de acessar devidamente as provas necessárias à identificação dos requisitos da responsabilidade civil que estarão em posse do representado, de terceiros ou da autoridade concorrential (OCDE, 2015b). As dificuldades em ter acesso a tais provas é, de fato, um dos maiores obstáculos ao sucesso das ações reparatórias no âmbito concorrential. Assim, é essencial superar esta assimetria estrutural da informação e melhorar o acesso das vítimas aos elementos de prova relevantes (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2008b).

Nesse sentido, muitos demandantes têm requerido, por ordem judicial, acesso aos materiais de posse da autoridade antitruste, mais especificamente acesso aos documentos sigilosos decorrentes da celebração de um acordo de leniência, para embasar pretensão indenizatória no âmbito de uma ação de reparação de danos concorrenciais. De fato, o acordo de leniência é importante forma de obtenção de provas pelo poder público e o acesso a essas provas pode significar uma possibilidade de embasamento substancial da ação indenizatória, aumentando as chances de fazê-la bem-sucedida.

2.5 O Programa de Leniência

Revisitando a definição de cartel já delimitada no presente estudo, tem-se que o cartel é infração à ordem econômica consistente em prática concertada ou acordo - explícito ou tácito - entre concorrentes do mesmo mercado, que pode implicar alguma espécie de restrição à concorrência e, conforme já abordado no presente estudo, é prática considerada lesão gravíssima à ordem econômica.

Extraindo parte específica da definição acima, ressalta-se que o acordo pode ser tácito. Isso significa que não necessariamente o cartel envolverá um acordo formal entre concorrentes ou qualquer documento constitutivo da prática. De fato, cartéis são acordos secretos por natureza²² e, uma vez ilegais, a falta de evidências é exatamente a regra geral e a atuação dos seus membros é de difícil constatação e caracterização, já que normalmente agem de forma a ocultar a prática ilícita (OCDE, 2001).

No intuito de facilitar a obtenção de provas para condenar tais práticas, surgem os acordos premiados concorrenciais, como o acordo de leniência. A literatura, em geral, define a leniência como a concessão de imunidade a penas ou redução de penas por violações concorrenciais em troca de cooperação com autoridades antitruste (WILS, 2008). Nas palavras de Caroline Sanselme Vieira:

(...) é, em síntese, uma delação premiada: o proponente denuncia a existência de um cartel do qual ele faz parte e obtém, como prêmio, conforme o caso, a extinção da ação punitiva ou a redução da pena aplicável (VIEIRA, 2005, p. 95).

Gesner Oliveira e João Grandino Rodas, por sua vez, apresentam a seguinte definição:

(...) uma transação entre o Estado e o delator que, em troca de informações que viabilizem a instauração, a celeridade e a melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta ilegal (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 41-42).

No Brasil, o benefício da leniência foi introduzido em 2000 pela Lei 10.149. O primeiro candidato à leniência antitruste no país apresentou-se à extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça em 2003 (CADE, 2016c). Desde então,

²² Vide voto-vista do Conselheiro do CADE Paulo Burnier nos autos do Processo Administrativo n. 08012.001273/2010-24: “Tratam-se de acordos secretos por natureza. Neste sentido, exigir a existência de “prova direta” para toda e qualquer condenação de cartel significa (i) aceitar a impunidade de diversos cartéis, que não deixam traços evidentes através de material probatório explícito; e (ii) incentivar uma ainda maior profissionalização dos cartéis, que, pela própria natureza de acordos secretos, evitam deixar rastros do acordo ilícito” (CADE, 2015).

foram celebrados 67 acordos de leniência pelo CADE (CADE, 2017e), 10 Processos Administrativos que envolveram o acordo foram julgados pelo Tribunal do CADE até maio de 2017²³ e o programa tem sido uma das ferramentas investigativas mais importantes da detecção de condutas colusivas entre concorrentes no Brasil (OCDE, 2016).

Atualmente, o acordo de leniência está previsto nos artigos 86 e 87 da Lei 12.529/2011, bem como nos artigos 197 e 210 do Regimento Interno do CADE e é aplicado no âmbito do Programa de Leniência do CADE. Ainda, o programa também é regulamentado pela Portaria do Ministério da Justiça n. 456 de 15 de março de 2010, segundo a qual o Programa de Leniência é “[...] instrumento fundamental para garantir a plena concretização do princípio constitucional da livre concorrência, com especial relevância para a implementação da Política Brasileira de Combate a Cartéis”²⁴.

Ademais, de acordo com o RICADE, o programa de leniência é um conjunto de iniciativas com vistas a (i) detectar, investigar e punir infrações a ordem econômica; (ii) informar e orientar as empresas e cidadãos a respeito dos direitos e garantias do acordo;

²³ Cartel dos Vigilantes do Rio Grande do Sul – Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10 - Acordo de Leniência celebrado em 09/10/2003. Processo julgado em 21/09/2007. Cartel Internacional dos Peróxidos – Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77 - Acordo de Leniência celebrado em 06/05/2004. julgado em 09/05/2012. O processo principal foi desmembrado no Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68, julgado em 16/07/2015. Cartel Internacional de Cargas Aéreas – Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02 - Acordo de Leniência celebrado em 21/12/2006. Processo julgado em 28/08/2013. O processo principal foi desmembrado no Processo Administrativo nº 08012.000084/2010-34, julgado em 2014. Cartel Internacional de Mangueiras Marítimas - Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18 - Acordo de Leniência celebrado em 13/08/2007. Processo julgado em 25/02/2015. O processo principal foi desmembrado no Processo Administrativo 08012.001127/2010-07, julgado em 04/04/2016. Cartel Internacional de Perborato de Sódio – Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66 - Acordo de Leniência celebrado em 11/09/2006. Processo julgado em 25/02/2016. Cartel Internacional dos Compressores – Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11 - Acordo de Leniência celebrado em 30/01/2009. Processo julgado em 16/03/2016. Cartel Internacional de TPE – Processo Administrativo nº 08012.000773/2011-20 - Acordo de Leniência celebrado em 17/12/2010. Processo julgado em 31/08/2016. Cartel de Plásticos ABS – Processo Administrativo nº 08012.000774/2011-74 - Acordo de Leniência celebrado em 17/12/2010. Processo julgado em 14/09/2016. O processo principal foi desmembrado no Processo Administrativo 08700.009161/2014-97, julgado em 14/09/2016. Cartel internacional de CRT - Processo Administrativo 08012.005930/2009-79 - Acordo de leniência celebrado em 29/07/2009. Processo julgado em 09/11/2016. Cartel internacional de Placas de Memória (DRAM) - Processo Administrativo 08012.005255/2010-11 - Acordo de leniência celebrado em 24/11/2011. Processo julgado em 23/11/2016. Dados disponíveis em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>.

²⁴ Portaria do Ministério da Justiça n. 456/2010, art. 59: “O Programa de Leniência, instrumento fundamental para garantir a plena concretização do princípio constitucional da livre concorrência, com especial relevância para a implementação da Política Brasileira de Combate a Cartéis, é um conjunto de iniciativas que visa a: I - detectar, investigar e punir infrações contra ordem econômica, notadamente aquelas previstas nos arts. 20 e 21, I, II, III, IV e VIII, ambos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; II - informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral, a respeito dos direitos e garantias previstos nos arts. 35-B e 35-C da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; III - conscientizar os órgãos públicos a respeito da importância do Acordo de Leniência como instrumento fundamental de repressão e punição das infrações contra a ordem econômica; e IV - assistir, apoiar, orientar e incentivar os proponentes à celebração de Acordo de Leniência” (BRASIL, 2010).

e (iii) incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração do acordo de leniência²⁵.

Os artigos 86 da Lei no 12.529/2011 e 198 do RICADE elencam os requisitos para a assinatura de um acordo de leniência no Brasil. De forma resumida, são requisitos ao acordo de leniência que: a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; a empresa (ou pessoa física) cesse sua participação na infração noticiada ou sob investigação; no momento da propositura do acordo, a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação do investigado; a empresa (ou pessoa física) confesse sua participação no ilícito; a empresa (ou pessoa física) coopere plena e permanentemente com a investigação e o Processo Administrativo, comparecendo, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até a decisão final sobre a infração proferida pelo CADE; e da cooperação resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação (CADE, 2016c).

Tal acordo encoraja participantes de um cartel a confessarem a conduta e apontar seus companheiros de ilícito, além disso, é forma de obtenção de informações e provas diretamente de quem estava dentro da organização do cartel (ICN, 2014). Ademais, a previsão de imunidades na aplicação de multas ao primeiro signatário da leniência é um incentivo econômico para que os agentes cooperem em vez de continuarem praticando a conduta (EUROPA INSTITUUT UTRECHT, 2012). Dessa forma, ele permite que empresas e pessoas físicas envolvidas ou que estiveram envolvidas em um cartel obtenham benefícios na esfera administrativa e criminal por meio da celebração de acordo com a autoridade antitruste, comprometendo-se a cessar a conduta ilegal, denunciar e confessar sua participação no ilícito, bem como a cooperar com as investigações apresentando informações e documentos relevantes (CADE, 2016c).

De forma geral, aquele que se proponha a ser beneficiário de uma leniência deve ser capaz de estabelecer uma base concreta para a suspeita de uma atividade de cartel e deve demonstrar intenção genuína de confessar (OFFICER OF FAIR TRADING,

²⁵ Vide art. 237 do RICADE: “O programa de leniência é um conjunto de iniciativas com vistas a: I - detectar, investigar e punir infrações contra ordem econômica; II - informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos arts. 86 e 87 da Lei no 12.529, de 2011; e III - incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de acordo de leniência” (CADE, 2017b).

2013). Uma base concreta que leve a suspeita de uma atividade de cartel pode apresentar-se de várias formas e pode incluir, por exemplo, provas documentais, provas testemunhais, ou uma combinação de provas que seja capaz de demonstrar a atividade ilícita (CADE, 2016c).

De fato, o compromisso da leniência implica o provimento de uma gama de informações sobre o acordo ilícito e o mercado no qual este esteve envolvido, sendo esperado que um signatário: forneça uma descrição completa da conduta e de seus fatos; providencie todas as informações e documentos que estejam em sua posse e sejam relacionados ao ilícito; facilite a realização de entrevistas e testemunhos de indivíduos e, em geral, se disponibilize e se esforce para cooperar com a autoridade antitruste (BUFFIER, 2014). Para isso, o proponente do Acordo de Leniência deve apresentar todos os documentos de que disponha e que considere hábeis a comprovar a infração denunciada, o que inclui e-mails e correspondências entre concorrentes, comprovantes de reuniões, editais, atas de reuniões, atas de julgamento, gravações, planilhas, agendas, anotações manuscritas, dentre outros (CADE, 2016c). Ademais, a Superintendência-Geral do CADE pode solicitar, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, a realização de entrevistas com as pessoas físicas proponentes para obter mais informações e detalhes a respeito dos documentos apresentados e dos fatos reportados ao CADE (CADE, 2016c).

Dessa forma, por meio do acordo de leniência, informações e provas podem ser obtidas mais rapidamente pelas autoridades e a um custo mais baixo, em comparação com outros métodos de investigação, o que leva à resolução de casos mais eficientes, ainda que outros instrumentos investigativos sejam utilizados (ICN, 2014).

Especificamente na esfera administrativa, desde que colaborem com a investigação e o resultado desta colaboração ocasione a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração, o signatário do acordo de leniência será beneficiado com a extinção da ação punitiva da administração pública (se a Superintendência-Geral do CADE não tiver conhecimento prévio da infração²⁶) ou a redução de um a dois terços das penas

²⁶ “Apesar de não haver na legislação brasileira o conceito expresso de “conhecimento prévio” da conduta pela Superintendência-Geral do Cade, entende-se que o conhecimento prévio apenas ocorre na hipótese de haver, à época da apresentação da proposta de Acordo de Leniência, procedimento administrativo aberto (arts. 66 e 69 da Lei no 12.529/2011) com indícios razoáveis de prática anticompetitivas para apurar a infração objeto da proposta de Acordo de Leniência. Representações feitas por meio do “Clique Denúncia”, notícias na mídia ou informação sobre a existência de investigação em outro órgão da Administração Pública ainda não apuradas pelo Cade, dentre outras situações, em regra, não

administrativas aplicáveis (se a SG/CADE já tiver conhecimento prévio da infração) (CADE, 2016c; BRASIL, 2011; CADE, 2017).

Quanto à responsabilidade civil, no Brasil, a Lei no 12.529/2011 não impõe ao signatário a obrigação de ressarcir eventuais consumidores lesados como uma condição *sine qua non* para a celebração do acordo de leniência. Entretanto, a lei não exime o beneficiário da leniência de responder por danos concorrenciais alegados em eventual ação de ressarcimento de danos em face do beneficiário da leniência (CADE, 2016c).

Ressalta-se, ademais, a essencialidade do elemento confissão. Esta pode ser feita oralmente ou por escrito. Todavia, o acordo de leniência é, em si, um documento escrito, que contém cláusula expressa referente à confissão de participação da empresa (ou pessoa física) na conduta anticoncorrencial denunciada (CADE, 2016c).

A leniência é, assim, um instrumento auxiliador da investigação concorrential feita pela autoridade antitruste e, por meio desse instrumento, são produzidas diversas provas da conduta ilícita.

O objetivo geral de um programa de leniência é aprimorar o nível de cumprimento às normas concorrenciais por meio do aumento de descobertas de cartéis (CADE, 2016c). De fato, tal forma de cooperação muito tem auxiliado na efetiva detecção da conduta como demonstra a OCDE (2017, tradução livre):

Autoridades antitruste devem ser ajudadas em sua capacidade de descobrir cartéis por diversos meios e instrumentos, os mais efetivos sendo os programas de leniência. Esses programas oferecem imunidade ou redução de sanções para membros de cartéis que cooperam (ou 'denunciam') com autoridades da concorrência. Programas de leniência foram adotados pela maior parte dos países da OCDE e contribuíram para aumentar a taxa de sucesso da detecção de cartéis.

Os programas de leniência alteraram significativamente a capacidade das autoridades em identificar atividades de cartel. A racionalidade em oferecer imunidade a um membro do cartel para que ele decida denunciar a conduta às autoridades e cooperar, fornecendo ajuda para condenar os demais membros, reside nos benefícios que essas cooperações proporcionam para a sociedade, como aumento da taxa de detecção de cartéis, efeitos desestabilizadores em outros cartéis, economia de custos em investigações e processos judiciais, poupança de litígios, dentre outros benefícios (OCDE, 2015b).

configuraram “conhecimento prévio” por parte da Superintendência-Geral do Cade, exceto se trouxerem elementos probatórios suficientes para ensejar a abertura de procedimento administrativo” (CADE, 2016c, p. 19).

3. O USO DO ACORDO DE LENIÊNCIA COMO PROVA EMPRESTADA

3.1 A prova emprestada e seus requisitos genéricos

Inicialmente, conforme já abordado anteriormente, o presente estudo gira em torno da possibilidade de uso dos materiais originários do acordo leniência pelo indivíduo demandante na ação de indenização por danos de cartel.

A primeira problemática que decorre dessa possibilidade diz respeito à formalidade do traslado da prova originada no processo administrativo ao processo civil, ou seja, diz respeito à adequação do instituto da leniência ao instituto da prova emprestada.

A prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro, assim, é aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, mediante traslado dos elementos que a documentaram (TALAMINI, 1998). Igualmente leciona o professor Dinamarco, afirmando que as provas emprestadas são traslados da documentação de uma prova constituída em outro processo de natureza jurisdicional e, através dela aproveitam-se em um processo os atos de realização da prova já consumados em outro (DINAMARCO, 2009).

De forma semelhante, Fredie Didier Jr. aborda a matéria aduzindo que a prova emprestada é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissões, depoimento pessoal ou exame pericial, que é trasladada para outro processo (DIDIER, 2006). Por sua vez, Moacyr Amaral Santos aponta:

Muito comum é o oferecimento em um processo de provas produzidas em outro. São depoimentos de testemunhas, de litigantes, são exames, traslados, por certidão, de uns autos para outros, com o fim de fazer prova. Tais são as chamadas provas emprestadas, denominação consagrada entre os escritores e pelos tribunais do país. É a prova que “já foi feita juridicamente, mas em outra causa, da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão”, define Benthon (SANTOS, 1952, p. 293).

Ademais, segundo Guilherme de Souza Nucci, a prova emprestada:

É aquela produzida em outro processo e, através da reprodução documental, juntada no processo criminal pendente de decisão. O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter a especial cautela de verificar como foi formada no outro feito, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal. Essa verificação inclui, naturalmente, o direito indeclinável ao contraditório, razão pela qual abrange o fato de ser constatado se as mesmas partes estavam envolvidas no processo onde a prova foi efetivamente produzida (NUCCI, 2008, p. 343).

A admissão da prova emprestada cumpre objetivo primordial de otimização da prestação jurisdicional, incrementando a celeridade e economia processuais, sendo recomendável a sua utilização sempre que possível (SJT, 2014). Ademais, em consideração aos casos em que a prova é irrepitível ou quando a sua repetição geraria um custo alto e despropositado, a sua função seria de evitar perda dessa prova de impossível ou difícil repetição (TALAMINI, 1998).

No ordenamento brasileiro, o instituto da prova emprestada é trazido pelo Código de Processo Civil em seu artigo 372 que dispõe que o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo a ela o valor que considerar adequado, desde que observado o contraditório.

Todos os meios legais de prova, após o traslado, tomarão forma de prova documental. Isso porque as provas são trazidas documentalmente de outro processo, mediante certidão ou cópias autenticadas das folhas em que foram produzidas na demanda original (SANTOS, 1983).

Porém, quanto à valoração da prova emprestada, ainda que esta seja apresentada de forma documental, ela não valerá como mero documento. Tal visão é defendida por Talamini, segundo o qual, a prova terá a potencialidade de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originalmente produzida. Ainda, o autor defende que ficou superada a concepção de que a prova emprestada receberia, quando muito, valor de documento ou valor inferior, e que o juiz poderá conferir a ela o mesmo peso que esta teria se tivesse sido originalmente produzida no segundo processo (TALAMINI, 1998). Esse seria, assim, o aspecto essencial da prova emprestada: apresentar-se de forma documental, mas poder manter seu valor originário.

Nos termos do artigo 5, LVI, da Constituição Federal de 1998; “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. De acordo com o artigo 157 do Código de Processo Penal; “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Dos artigos acima mencionados pode-se extrair que as provas ilícitas são aquelas que violam o ordenamento pátrio e estas não devem ser consideradas para fins de julgamento. Com efeito, tais normas prestam-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, e a zelar pela qualidade do material probatório a ser introduzido e, conseqüentemente, valorado no processo (FERNANDES, 2007).

Quanto aos requisitos de admissibilidade da prova emprestada, Ada Pellegrine aponta que o primeiro requisito é constitucional, relacionado ao contraditório, e diz respeito à produção em processo formado entre as mesmas partes (GRINOVER, 1996). O segundo requisito, por fim, diz respeito ao princípio constitucional do juiz natural estampado no art. 5, LIII da Constituição Federal.

Há que se lembrar, ainda, que, de acordo com Talamini, alguém que seja terceiro em relação a o processo do qual se originou a prova sigilosa, não poderá pleitear o empréstimo de prova nele produzida e, caso tenha a ela acesso, isso poderá caracterizar crime de quebra de segredo de justiça (TALAMINI, 1998). Ainda, para o autor, esse tipo de empréstimo de caracterizaria pelo empréstimo de prova ilícita, por violar o direito de intimidade ou ao interesse público (TALAMINI, 1998).

De fato, o empréstimo de provas sigilosas não é possível. Porém, comprovada a necessidade ou a possibilidade de quebrar esse sigilo, a prova seria passível de empréstimo. A questão que gira em torno dessa possibilidade, portanto, diz respeito à demonstração de que a quebra de sigilo é necessária, posteriormente, que a prova, não mais revestida por segredo, deverá ser transladada para outro processo.

3.2 A adequação da leniência aos requisitos genéricos da prova emprestada

Conforme acima explicitado, dois são os requisitos genéricos de admissibilidade da prova emprestada: a "presença das partes" e a "presença do juiz", aspectos essenciais para a validade e eficácia das provas (TALAMINI, 1998).

3.2.1 A prova emprestada e o contraditório

O contraditório é requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo (STJ, 2014).

A base do requisito do contraditório, diz respeito à essencialidade de que as partes do segundo processo tenham participado em contraditório do processo em que se produziu a prova que se visa a aproveitar. Mais precisamente, é imprescindível que a parte contra a qual será usada a prova tenha sido parte no primeiro processo

(TALAMINI, 1998). Este posicionamento é defendido por Camargo Aranha segundo o qual o princípio constitucional do contraditório exige que a prova somente tenha valia se produzida diante daquele que possa suportar seus efeitos, ou seja, a prova emprestada somente poderá surtir efeito se originalmente colhida em processo entre as mesmas partes ou no qual figure como parte quem por ela será atingido (ARANHA, 1987).

Na esfera civil, é mais frequente a hipótese de não coincidirem integralmente as partes do processo em que se produziu a prova e as do processo para o qual se pretende emprestá-la. Haverá de se verificar se aquele a quem desfavorece a prova emprestada participou de ambos (TALAMINI, 1998). Nesse sentido, a Min. Nancy Andrichi firmou entendimento relacionado à desnecessidade da presença de partes idênticas no primeiro e no segundo processo no julgamento do EREsp n. 617.428/SP:

Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo (STJ, 2014, p. 23).

Ressalta-se, porém, que o contraditório não consiste na simples garantia de defesa em face da prova já produzida. Mais do que isso, por meio dele assegura-se a possibilidade de participação efetiva em toda atividade judicial destinada à formação do convencimento do magistrado, o que se conecta ao direito de “fiscalizar” e “influenciar” o desenvolvimento da instrução, inclusive a probatória (TALAMINI, 1998).

Destaca-se do acima mencionado, quanto à essencialidade da presença do contraditório à possibilidade de empréstimo de provas, dois requisitos básicos a validade e eficácia de tais evidências que se desdobram de tal princípio: (i) a parte contra a qual a prova emprestada será oposta deve ter sido parte no processo inicial e (ii) a essa parte deve ter sido garantido o direito ao contraditório, que não diz respeito tão somente à possibilidade de defesa, mas à participação efetiva na atividade de formação do convencimento da autoridade julgadora.

Na hipótese de um indivíduo demandar contra um beneficiário em sede de ação de indenização por danos decorrentes de cartel, e caso este indivíduo recorra ao judiciário, ainda, para ter acesso às evidências do Processo Administrativo que tramite

ou que tenha tramitado perante o CADE como prova emprestada, faz-se necessário identificar se ambos os requisitos relacionados à garantia do contraditório se fizerem presentes.

Inicialmente, destaca-se que a essencialidade da presença de partes idênticas em ambos os processos foi descartada pela doutrina e pela jurisprudência, como evidenciado. O requisito inafastável, portanto, residiria da necessidade de coincidência, nos dois processos, da parte em relação a qual a prova será usada em desfavor. Ou seja, o demandado da ação de indenização, obrigatoriamente, deve ter sido, ou ser, parte no Processo Administrativo que apura a ocorrência do ilícito no âmbito do CADE.

No caso das ações de indenização oferecidas contra os signatários de acordos de leniência, é claro que tal requisito é preenchido. Isso porque o signatário é parte atuante e essencial à existência do Processo Administrativo na autoridade antitruste. O beneficiário, presente no processo originário da prova, é exatamente aquele perante o qual a prova foi produzida inicialmente ou é ele o próprio produtor da prova; ademais, é ele que suportará os efeitos da prova que contra ele será utilizada.

Outra situação seria o caso de ações de indenização iniciadas contra representados no Processo Administrativo que se baseia na leniência e, aqui, o requisito das partes idênticas também seria preenchido, afinal, as provas constantes da leniência que a ele serão opostas na ação de indenização, também foram opostas a ele no Processo Administrativo onde figurava como acusado.

O segundo aspecto, por sua vez, diz respeito à prática do contraditório no processo de origem ou, como já explicitado, da participação por parte do demandado na atividade de formação do convencimento do julgador. Nesse sentido, é necessário destacar que a leniência é, exatamente, um formato de participação explícita e efetiva no Processo Administrativo sancionador, que visa a produção de provas da conduta ilícita e consequente molde do convencimento do CADE quanto a materialidade da prática anticoncorrencial.

De fato, o sucesso do Programa de Leniência reside na influência desenvolvida pelo beneficiário na instrução probatória, seja pela confissão e pelo fornecimento de provas quando da negociação e fechamento do acordo, seja nas etapas de obrigatória colaboração e contribuição com a autoridade durante a investigação. Isso demonstra que há participação ativa e efetiva do leniente no processo de origem, inclusive porque a sua participação faz parte dos requisitos necessários ao próprio Programa de Leniência do

qual se beneficia. Dessa forma, há plena consistência e respeito ao contraditório no âmbito do processo administrativo no qual a prova emprestada se originaria.

Além disso, existe a hipótese de ações de indenização opostas à representados no Processo Administrativo, como salientado anteriormente. Nesse caso, embora o acusado não tenha efetivamente participado da produção das provas, feita a partir o acordo de leniência, ele foi parte no processo e a ele foi dada a oportunidade de contraditório no decorrer da instrução processual, uma vez que aos representados é garantido o direito de defesa e de manifestar-se contra as provas constantes nos autos.

3.2.2 A prova emprestada e o juiz natural

Além disso, faz-se necessário que a prova emprestada tenha sido constituída perante juiz competente para processar e julgar, e ainda que o contraditório no processo originário tenha sido instituído na presença de tal juiz (TALAMINI, 1998).

O princípio constitucional do juiz natural desdobra-se em dois âmbitos: vedação a tribunais de exceção²⁷ e garantia do juiz competente²⁸. O princípio do juiz competente assegura às partes não só o direito de serem sentenciadas por autoridade jurisdicional cuja competência para tanto tenha sido previamente estabelecida, mas também a garantia de que a instrução processual ocorra perante essa mesma autoridade, uma vez que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (TALAMINI, 1998). Assim, a prova tem de haver sido originariamente colhida em processo frente a órgão jurisdicional.

Faz-se necessário deixar claro, de início, que, no âmbito civil, a incompetência do juiz do primeiro processo relativamente à causa objeto do segundo, não é obstáculo ao empréstimo da prova (TALAMINI, 1998). Nesse sentido, prevalece o ideal de que é impossível o empréstimo da prova produzida sem a presença de um juiz.

Em consideração, ainda, à hipótese na qual um indivíduo inicie ação de reparação por conduta anticoncorrencial, e caso este indivíduo recorra ao judiciário, ainda, para ter acesso às evidências do Processo Administrativo que tramite ou que tenha tramitado perante o CADE como prova emprestada, faz-se necessária a presença do requisito do juiz natural da prova emprestada para admissibilidade destas.

²⁷ Art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

²⁸ Art. 5º, LIII, da CF Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, destaca-se a competência da autoridade antitruste para análise, investigação e julgamento de matérias concorrenciais. Ao CADE, conforme devidamente previsto pela Lei, compete prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica, orientado pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (CADE, 2017b).

A leniência é produzida exatamente nesse âmbito de competência do CADE para tanto, nos termos dos artigos 86 e 87 da Lei no 12.529/2011 e 237 a 251 do Regimento Interno do Cade (RICADE). O contraditório, como acima exposto, também é feito perante a autarquia.

Com efeito, o requisito do juiz natural, ainda, gera o conceito de que se assegura às partes a produção de provas perante magistrado imparcial e independente (DEMCZUK, 2012). Pode-se discutir, quanto a isso, que a presença do CADE na produção do Acordo de Leniência seria, na verdade, parcial. Como o próprio nome já diz, a leniência consiste num acordo e tal acordo é resultado de uma negociação entre a autoridade e o infrator. Poderia, dessa forma, ser argumentado que devido à existência da possibilidade da negociação não é imparcial, uma vez que o CADE ou qualquer outra autoridade concorrential possui claro interesse no Acordo de Leniência: obter provas contra um ilícito concorrential para condená-lo, quando, sozinho, o CADE não teria essa possibilidade. Isso invalidaria a existência do juiz natural da produção de provas?

Tal argumento não merece prosperar, primeiramente porque a atuação do CADE no que tange o acordo de leniência não se afasta em nada da tutela da concorrência e da defesa da livre concorrência como direito difuso, ao contrário de qualquer possibilidade de defesa de interesse privado.

Em segundo lugar, é necessário ressaltar que o CADE, embora, como instituição em sentido amplo, seja responsável pela investigação e condenação daqueles que infringem a ordem econômica, tais atuações são de responsabilidade de diferentes órgãos ou unidades da autarquia.

O CADE, como anteriormente abordado, é composto por três órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos. A autarquia também possui unidades que prestam apoio às suas atividades: Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (“ProCADE”) e Diretoria Administrativa (CADE, 2016).

A Superintendência-Geral é comandada pelo superintendente-geral, com mandato de dois anos – podendo ser reconduzido uma vez – e por dois superintendentes-adjuntos, indicados por ele. O papel da SG é de investigação e instrução dos casos e suas principais atribuições são: instauração, instrução e parecer em processos de conduta anticompetitiva, instrução e parecer em atos de concentração e proposição de acordos e medidas preventivas (CADE, 2017f). Assim, de acordo com o art. 86 da Lei 12.529, é este o órgão do CADE responsável pela celebração do acordo de leniência²⁹.

Por outro lado, não é papel da SG julgar e condenar os investigados pela conduta anticompetitiva. Essa, na verdade, é uma das responsabilidades do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, cujas competências incluem, de acordo com o art. 9 da Lei 12.529, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei, bem como decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral.

De fato, o Tribunal do CADE não participa da negociação e da celebração do acordo de leniência, competindo-lhe apenas decretar, ao final, o cumprimento do acordo quando do julgamento do Processo Administrativo (art. 86, §4o da Lei no 12.529/2011) (CADE, 2016c).

Ademais, cabe ao Tribunal zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno, de forma que cabe a ele zelar pelo adequado cumprimento da norma, inclusive do que diz respeito à celebração do acordo de leniência. Nesse sentido, o contraditório necessário à produção da prova (nesse aspecto hipotético, do acordo de leniência) se sujeita às vistas de órgão jurisdicional competente, diferente daquele que o negocia, não havendo afastamento do ideal do requisito do juiz natural essencial à possibilidade do empréstimo da prova.

3.3 Conclusão parcial

²⁹ Vide art. 86 da Lei 12.529/2011: “Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo (...)” (BRASIL, 2011b).

Levantada a questão quanto à adequação do acordo de leniência aos requisitos genéricos essenciais à prova emprestada, observa-se que dois aspectos foram demonstrados: a produção da leniência está em devida consonância com a garantia do contraditório e a produção da leniência ocorre perante devido órgão jurisdicional com competência para tanto. Dito isso, conclui-se pela adequação formal do acordo leniência ao instituto que prevê a possibilidade de traslado da prova originada no processo administrativo ao processo civil.

Superado esse ponto, a questão resistente diz respeito à possibilidade de quebra do sigilo da leniência para que seja concretizado o empréstimo. Como anteriormente salientado, alguém que seja terceiro em relação ao processo do qual se originou a prova sigilosa, não poderá pleitear o empréstimo de prova nele produzida. Poderá fazê-lo, porém, se requisitar e comprovar a necessária quebra do segredo existente. Muito se discute quanto à quebra de sigilo do acordo da leniência e quais seriam as suas consequências. Tais questões serão discorridas em capítulo próprio.

4. O SIGILO E O ACORDO DE LENIÊNCIA

A regra que vigora no ordenamento jurídico é a de que os processos judiciais sejam públicos, com amplo acesso a todo e qualquer interessado, tanto no âmbito dos processos administrativos³⁰ como nos processos judiciais³¹.

Em nosso ordenamento constitucional, a exceção à publicidade dos atos processuais somente deve ser admitida pela lei quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, conforme dispõe o art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal.

Ainda, existem exceções previstas em lei específicas, como a Lei Geral do Processo Administrativo (Lei 9.784 de 1999) e a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527 de 2011). A primeira, por exemplo, estabelece o sigilo à intimidade e ao interesse público³². A segunda, prevê a exceção para a divulgação de informações que possam representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos e que possam “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações” (BRASIL, 2011, art.23).

A Lei 12.529 de 2011 também prevê exceções à regra geral da publicidade de atos administrativos. Especificamente quanto aos acordos de leniência, ela confere tratamento confidencial aos documentos e informações originados no âmbito das negociações entre os infratores e o CADE. Além disso, tal sigilo é resguardado pelo Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e também está previsto nas cláusulas dos acordos.

Apesar de tal previsão legal ser devidamente disciplinada pela Lei no 12.529/2011 e pelo RICADE, inexistem normas no direito concorrencial brasileiro que versem sobre a possibilidade de acesso aos documentos e informações detidos pela autoridade da concorrência por terceiros que intentem propor ações de reparação de danos.

É necessário ressaltar que os sigilos podem ser rompidos, já que, como exceção ao princípio da publicidade, eles devem ser mantidos excepcionalmente. Por esse motivo, a lacuna legal supracitada gerou a possibilidade de discussão no Judiciário quanto à possibilidade da quebra do sigilo das provas originadas do acordo de leniência

³⁰ Art. 37, caput da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

³¹ Art. 5º, LX da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

³² Art. 2º da Lei 9.784/99 (BRASIL, 1999).

e consequente concessão do acesso a esses documentos como prova em outros âmbitos processuais.

4.1 O sigilo de informações no acordo de leniência

No Brasil, as informações e documentos fornecidos no âmbito de um acordo de leniência são mantidos confidenciais pelo CADE e o acesso a esses documentos é restrito aos que estão sendo investigados, bem como outras autoridades públicas, como o Ministério Público (OCDE, 2015).

A identidade do beneficiário de um acordo de leniência é mantida sob sigilo no interesse das investigações e também para proteger aqueles que colaboram com a autoridade. Geralmente, essa confidencialidade é mantida até o julgamento do caso pelo tribunal, quando é confirmada a imunidade administrativa e criminal a que a leniência dá direito.

O julgamento do processo administrativo dá publicidade à identidade da empresa e das pessoas físicas beneficiárias do acordo de leniência, oportunidade na qual também poderão ser divulgadas informações essenciais para a compreensão do caso, por meio da divulgação do voto público do Conselheiro Relator que, via de regra, é detalhado e pode incluir informações e imagens dos documentos necessários para a imputação da conduta anticompetitiva a todos os representados, sejam eles signatários do acordo de leniência, compromissários do TCC ou não (CADE, 2016c).

Via de regra, o CADE não confere acesso a informações e aos documentos voluntariamente apresentados no âmbito do acordo de leniência para além dos que constam no voto público do Conselheiro Relator, mas, todavia, tem o dever de prestar informações, inclusive aquelas envolvendo documentos oriundos do signatário, se houver ordem judicial nesse sentido (CADE, 2016c).

Na hipótese de tais materiais serem solicitados por ordem judicial para embasar pretensão indenizatória no âmbito de uma ação de reparação de danos concorrenciais, a ProCade, via de regra, irá intervir para garantir a manutenção da confidencialidade das informações e documentos apresentados pelo proponente da leniência enquanto a investigação do CADE estiver em curso e, após a decisão do CADE, intervirá para garantir que o acesso ao material de leniência seja razoável, proporcional e legítimo (CADE, 2016c).

O problema relacionado ao acesso a documentos provenientes da leniência é de crucial importância. A maioria das jurisdições possuem regras específicas para proteção dos signatários da leniência e confidencialidade dos materiais levantados no âmbito do programa, com o objetivo de garantir sua eficácia, e as regras são geralmente amplas, abrangendo, inclusive, os documentos e informações não confidenciais (OCDE, 2015b).

O sigilo inicial desses acordos tem papel crucial para a utilização do instrumento, tanto no que toca ao incentivo à colaboração por coautores dos cartéis eventualmente formados quanto no que tange ao próprio sucesso das investigações levadas a efeito a partir do acordo (STJ, 2016). De fato, o sigilo aplicável aos acordos de leniência foi objeto de preocupação do legislador, possuindo, assim, expressa previsão legal no artigo 86, § 9, da Lei 12.529/2011³³.

A proteção das informações e provas é necessária para dissipar os receios advindos da possibilidade de que tais materiais possam ser usados contra o próprio signatário em ações de reparação ou compartilhadas com outra agência governamental. A potencial descoberta por terceiros daquilo que foi fornecido no âmbito da leniência é preocupação constante dos candidatos ao Programa de Leniência (ICN, 2014).

No Brasil, nenhuma vantagem é concedida ao beneficiário no que se refere às ações de reparação que podem ser propostas na esfera privada (PEREIRA, 2015). Nesse sentido, surge a possibilidade de haver extensas reivindicações por indenização no âmbito privado e que isso influencie negativamente na eficácia dos Programas de Leniência. Isso porque o fato de um signatário estar cooperando com a autoridade antitruste pode ser usado como prova de sua participação da conduta ilícita em processos civis, especialmente por meio da solicitação de divulgação de documentos produzidos por ele mesmo no âmbito da leniência por terceiros (ICN, 2007).

De fato, a divulgação de provas e, em particular, dos documentos apresentados pelo beneficiário da leniência à autoridade de concorrência, podem afetar os incentivos dos candidatos para beneficiarem do programa se isso aumentar sua exposição a ações de danos subsequentes (OCDE, 2015b). Porém, isso não quer dizer, necessariamente, que o acesso não deve ser deferido de nenhuma forma, mas que caso as autoridades de concorrência não tiverem controle sobre o escopo da divulgação de tais materiais, o signatário pode se tornar um alvo fácil para reivindicações privadas e ficar em pior posição que outros membros do cartel que não solicitaram indulgência (OCDE, 2015b).

³³ Art. 86, § 9 da Lei 12.529 /2011: “Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo” (BRASIL, 2011b)

4.2 A experiência do Poder Judiciário quanto à quebra do sigilo da leniência

Permitir a um demandante um acesso mais fácil aos arquivos da autoridade pública pode ser uma maneira útil de facilitar o processo privado de defesa da lei, especialmente quando se trata de ações de indenização por danos de condutas anticompetitivas. Os autos da autoridade antitruste podem incluir informações úteis não só sobre a violação concorrencial em si, mas também sobre o montante de danos e onexo causal entre a infração e o dano (OCDE, 2015b).

O julgamento do caso *Pfleiderer*³⁴ na Europa pela Corte de Justiça Europeia (European Court of Justice) representa ponto de referência nesse aspecto. O caso decorreu da condenação, pela autoridade concorrencial alemã, de um cartel de fabricantes de papel em 2008. A empresa *Pfleiderer*, que se identificou como consumidora dos produtos cartelizados, requereu acesso aos documentos recebidos pela autoridade alemã no âmbito do acordo de leniência com o intuito de ajuizar ação civil de ressarcimento. O acesso foi negado e a *Pfleiderer* recorreu ao Tribunal de Bonn, o qual encaminhou o processo em consulta para a manifestação do TJUE. Quando o Tribunal de Bonn aplicou a decisão proferida pelo TJUE, a Corte se recusou a divulgar os materiais de leniência para a *Pfleiderer*.

No caso, embora a Corte não tenha articulado sobre o princípio geral que proíbe o acesso aos documentos fornecidos por um signatário acolhido pelo Programa de Leniência, observou-se que na ausência de um regulamento sobre o assunto, caberia aos Estados-Membros promulgar aplicar as normas nacionais de acesso a documentos

³⁴ *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*, C-360/09, ECR (2011) I-5161. Julgado em 14 de junho de 2011. Em 21 de janeiro de 2008, a autoridade antitruste alemã impôs multas a três grandes produtores europeus de papel de decoração e cinco pessoas físicas responsáveis pelo cartel que envolvia fixação de preços e acordos sobre capacidade ofertada. Em 26 de fevereiro de 2008 a *Pfleiderer* (empresa de materiais de construção) afirmou ter adquirido papel de decoração das empresas condenadas pelo cartel e apresentou um pedido de acesso total ao arquivo da autoridade pública com o objetivo de basear uma ação de indenização contra os agentes do cartel. Em segundo pedido, ainda, a empresa requisitou especificamente os documentos relacionados ao acordo de leniência do caso e provas apreendidas. Em 14 de outubro o pedido foi parcialmente negado pela autoridade, deferindo acesso a um arquivo limitado, onde informações comerciais confidenciais, documentos internos, a declaração da empresa leniente e documentos por ela oferecidos foram retirados. *Pfleiderer* apelou de tal decisão. Em fevereiro de 2009 o Tribunal Recursal de Bona, Alemanha, ordenou que o acesso fosse concedido a empresa, mas a autoridade contestou. O Tribunal enviou a questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia que determinou que a problemática de disponibilização de acesso a documentos da leniência deveria ser balanceada e decidida caso a caso. Na sequência de tal decisão, em 2012, o Tribunal de Bona rejeitou o pedido da empresa *Pfleiderer* e considerou que tal divulgação de documentos, como requerida, poderia prejudicar a eficácia do Programa de Leniência. (GERADIN; GRELIER, 2013; CAUFFMAN, 2011).

indulgentes e seria de responsabilidade do julgador decidir “caso a caso” se a divulgação dos materiais era devida, equilibrando os interesses públicos e privados (OCDE, 2015b).

Exatamente por não ter feito uma determinação explícita quanto ao tema, a conclusão do caso *Pfleiderer* deu abertura para decisões diversas³⁵, como a proferida no caso de peróxidos de hidrogênio (OCDE, 2015b) no qual a Corte Europeia anulou a decisão da Comissão que negou o pedido de acesso a um demandante de indenização por danos, o acesso a lista de conteúdo dos autos da autoridade relacionado ao cartel. Na ocasião, o Corte apontou que os programas de leniência não são a única forma de garantir o efetivo cumprimento das normas concorrenciais e que as ações de danos perante os tribunais dos Estados-Membros poderiam contribuir significativamente para tal objetivo (OCDE, 2015b).

Considera-se que, exatamente por não tomar uma decisão definitiva acerca da possibilidade de quebra de sigilo, o resultado do julgamento do caso *Pfleiderer* significa uma insegurança jurídica aos lenientes, como apontam Damien Geradin and Laurie-Anne Grelier:

Pfleiderer introduziu grande dose de incerteza para candidatos à leniência quanto ao sigilo de suas submissões: na atual conjuntura não há garantia de que suas declarações permanecerão fora do alcance dos demandantes (GERADIN; GRELIER, 2013, p. 8).

A incerteza gerada pela decisão no Caso *Pfleiderer* reforçou a necessidade de soluções no âmbito legislativo da União Europeia e, em 2014, foi publicada a Diretiva sobre Ações de Ressarcimento de Danos Concorrenciais do Parlamento Europeu e do Conselho, a chamada “*Directive on Antitrust Damage Actions*”. Essa diretiva consiste em um marco regulatório do *private enforcement* na União Europeia, uma vez que suas regras objetivam equacionar o direito dos consumidores lesados de obterem uma compensação no âmbito das ações civis com a necessidade de proteção do programa de leniência (CADE, 2016e).

No Brasil, a matéria foi discutida no caso dos trens e metrô, onde um juiz de primeiro grau ordenou a divulgação de informações e documentos referentes ao acordo de leniência (JUSTIÇA FEDERAL, 2013). Nesse caso as empresas Siemens Ltda.,

³⁵ Case T-437/08, *Cartel Damage Claim Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims v Commission*; Case HC08C03243, *National Grid v. ABB*; Case T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg v Commission*; Case C-365/12P, *Commission v EnBW Energie Baden-Württemberg AG*; Case E-5/13 *DB Schenker v EFTA Surveillance Authority* (MACHADO, 2015).

Siemens AG e algumas pessoas físicas celebraram acordo de leniência com o CADE, no qual apresentaram documentos e informações sobre a existência de um cartel em licitações relativas a projetos de metrô, trens e sistemas auxiliares no Brasil. Em decisão em um dos processos de busca e apreensão, Processo no 0004196- 28.2013.4.03.6114, a Justiça Federal, acolheu o pedido do Estado de São Paulo para ter acesso aos autos do processo, que continham, dentre outros documentos, o acordo de leniência e o histórico de conduta, sob o fundamento de que o interesse seria justificável visto que os prazos prescricionais para eventuais ações judiciais já se encontravam em curso, além da identidade dos signatários já ser de conhecimento de todos devido à divulgação ocorrida na imprensa (MACHADO, 2015).

Uma das empresas representadas no processo interpôs agravo de instrumento contra a decisão de primeira instância, ao qual foi negado provimento pelo Tribunal Regional Federal da 3 Região (TRF3, 2014). Depois disso, a decisão de primeiro grau foi objeto de apelação (TRF3, 2015), a qual foi provida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que reordenou a manutenção do sigilo do acordo de leniência e do histórico da conduta para resguardar as atividades de investigação do CADE, alterando o entendimento do juiz de primeira instância sobre a excepcionalidade de se divulgar tais materiais. De acordo com a decisão proferida é necessária a preservação do sigilo dos documentos que instruíram a inicial para o resguardo das atividades de apuração de responsabilidades na esfera administrativa, não havendo que se falar em qualquer violação da intimidade dos interessados, eis que as diligências e os documentos apreendidos devem submeter-se ao sigilo necessário à preservação do interesse público (TRF3, 2015).

Ainda, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema merece atenção. A ação teve início na pretensão, pela empresa Eletrolux, de obtenção de reparação por prejuízos causados por cartel no mercado de compressores, o qual teria artificialmente aumentado o preço do produto.

No caso, o juiz de primeira instância da 33ª Vara Cível do Foro Central Cível de São Paulo determinou inicialmente o envio de cópias dos documentos integrantes do processo administrativo, inclusive aqueles não disponíveis publicamente na fase de investigação, para fins essenciais de instrução da demanda cível, o que, contudo, englobava documentos sigilosos oriundos de Acordo de Leniência (CADE, 2016e).

O caso chegou ao STJ por meio de Recurso Especial (REsp. 1.554.986) e, ao julgá-lo, o Ministro Marco Aurélio Bellizze confirmou que o sigilo das propostas de

leniência deve ser assegurado, bem como a possibilidade de extensão desse sigilo no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos. Entretanto, ele se manifestou no sentido de que o sigilo não poderia se estender indefinidamente no tempo, e que o envio do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo marcaria, em sua opinião, o fim da fase de apuração da conduta, e, conseqüentemente, o termo final do sigilo³⁶. Aduz a decisão em questão:

O sigilo inicial desses acordos sem dúvida tem papel crucial para a utilização do instrumento, tanto no que toca ao incentivo à colaboração por coautores dos cartéis eventualmente formados quanto no que tange ao próprio sucesso das investigações levadas a efeito a partir do acordo. Todavia, esse sigilo não pode ser absoluto e deve sempre permanecer condizente com a razão principiológica de sua existência. [...]. Desse modo, o intuito de evitar o livre acesso público ao conteúdo do acordo em si, bem como aos documentos e informações a ele vinculados, mesmo com respaldo no art. 207 do RI/Cade, além de não contar com respaldo legal, – haja vista que a própria Lei n. 12.529/11 não garante esse sigilo –, mostra-se desproporcional, impedindo aos terceiros eventualmente lesionados de buscar a devida reparação dos danos suportados. Em síntese, o sigilo do acordo de leniência não pode se protrair no tempo indefinidamente, sob pena de perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao signatário do acordo de leniência favor não assegurado pela lei (STJ, 2016, p. 8).

Ademais, o Ministro aponta que a “premiação” àquele que adere ao programa de leniência é restrita às esferas administrativas e penais, sem nenhuma menção legal à pretensão cível de eventuais lesados pelas condutas ilícitas praticadas.

Contra tal decisão foram opostos Embargos de Declaração pelo CADE. De acordo com o sítio eletrônico do STJ, o processo encontra-se concluso para julgamento do Ministro Relator, de forma que o caso pende de decisão relacionada aos Embargos de Declaração opostos.

Os casos brasileiros acima mencionados refletem a preocupação do CADE em proteger o Programa de Leniência na ausência de uma norma que regulamente o empréstimo de forma adequada e equilibrada. Além disso, eles expressam o ideal do

³⁶ Vide voto do relator: “[...] tem-se que a conclusão da instrução preliminar do processo administrativo é marcada pelo envio do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo. Nesse relatório, a Superintendência-Geral deverá manifestar-se acerca da existência de ato anticoncorrencial, bem como do acordo de leniência, do cumprimento das obrigações pelo proponente e da importância e efetividade de sua cooperação, nos termos do Regimento Interno do Cade (art. 156, §§ 1o e 2o). Traçando-se um paralelo entre o procedimento administrativo e o penal, detalhado na mencionada Lei n. 12.850/13, o envio deste relatório assemelha-se ao ato de recebimento da denúncia, momento em que se encerra o sigilo em razão da abertura do amplo contraditório. E mais, trata-se do limite a partir do qual entende-se haver elementos probatórios suficientes, de modo que a possibilidade de interferência nas investigações e no sucesso de seu resultado se esvai, não mais se justificando a restrição à publicidade” (STJ, 2016, p. 12).

CADE de não prejudicar o *public enforcement* por meio do favorecimento do *private enforcement*. Nesse sentido, aponta a Superintendência-Geral do CADE:

O esforço da ProCade reflete a preocupação em se proteger os Programas de Leniência e de TCC do Cade. Favorecer o enforcement privado (tal como feito pela decisão do STJ) sem, em contrapartida, regular as regras de acesso e limitar a responsabilidade civil do signatário da leniência, pode prejudicar o enforcement público. E o desincentivo aos Programas de Leniência, pela via reflexa, também prejudica o enforcement privado, ainda incipiente no Brasil. Se há perda de atratividade do Programa de Leniência, que é uma das principais ferramentas do Cade para desvendar cartéis, menos cartéis tendem a ser descobertos e, assim, menos ARDC passam a ter a chance de serem ajuizadas (com consequente ressarcimento das partes lesadas) (CADE, 2016e, § 111).

4.3 O conflito de interesses

A possibilidade do uso do acordo de leniência para embasar pretensões de ressarcimento civil se consubstancia no conflito entre dois interesses: por um lado, o acesso a materiais oriundos de acordos de leniência pode ser justificado pelo seu caráter de acervo probatório necessário ao sucesso da indenização dos consumidores lesados, por outro lado, ele pode acarretar a exposição dos signatários do acordo de leniência, deixando-os em uma situação pior do que a dos coautores que não cooperaram com as autoridades antitruste, criando assim um desincentivo ao *enforcement* público (CADE, 2016e).

Recorde-se que, ambos, *private enforcement* e *public enforcement* são partes de um sistema de implementação da lei e servem aos mesmos propósitos: desestimular práticas anticoncorrenciais ilícitas pela lei antitruste e proteger empresas e consumidores dessas práticas e dos danos por elas causadas. Assim ambas os formatos de imposição do direito da concorrência são importantes ferramentas para criar e sustentar uma economia competitiva (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2005), entretanto, possuem focos diretamente distintos, principalmente quando se analisa as ações de indenização em um foco de pretensão individual.

As ações de indenização por lesões decorrentes de condutas anticompetitivas têm por objeto o ressarcimento daquele que foi especificamente lesado pela conduta ilícita, conforme já abordamos, e isso diz respeito a reparação de um dano individualizado, determinado, decorrente da prática. Assim, aquele que requer tal ressarcimento tem por pretensão sanar o dano que ele mesmo sofreu e a busca pelo acesso a documentos confidenciais para substanciar seu requerimento é ligado à

necessidade de comprovar esse dano individual e resguardar seu interesse próprio: um interesse particular, privado e individual.

Conforme abordado por Hovenkamp, a racionalidade das ações de indenização se baseia no sistema da reparação e em fazer com que aqueles que sofreram danos em decorrência da conduta possam retornar à posição na qual se encontravam antes da violação ocorrer (HOVENKAMP, 1999), ou seja, elas endereçam o problema individual daqueles que foram especificamente prejudicados pela conduta ilícita e possuem, em essência, o ideal de recuperar financeiramente e moralmente o dano individual e específico que um agente particular possa ter sofrido em consequência de uma conduta anticompetitiva.

Não está se afastando, com tal delimitação, que não exista um benefício público e geral decorrente do ajuizamento de tais ações, até mesmo porque, como salientado em momentos anteriores desse estudo, os objetivos principais das ações de indenização - reparação de danos e desestímulo à prática ilícita anticoncorrencial - desenvolvem papel importante no ideal geral de combate às condutas anticompetitivas, de forma que seu escopo geral de intenção é a proteção da livre concorrência.

Porém, quando o acesso aos documentos confidenciais da leniência está sendo requerido e é feita uma análise individual do caso, a ação está resguardando o ressarcimento do demandante e a quebra de sigilo diz respeito à comprovação do dano por ele sofrido. A discussão, caso a caso, portando, diz respeito ao direito de um agente de ser ressarcido contra a necessidade de manutenção do sigilo do acordo de leniência e suas consequências.

O Programa de Leniência é um instrumento ligado diretamente à proteção do interesse público e é baseado no desejo de reprimir condutas ilegais, mais especificamente os cartéis, que podem ser prejudiciais à economia, à comunidade e aos consumidores (ALBERTI, 2014).

Cabe recordar que o grande desafio no combate aos cartéis, é penetrar o seu sigilo (OCDE, 2002) e o Programa de Leniência promove exatamente essa ruptura, permitindo a revelação de conluios que, de outras formas, provavelmente não seriam detectados. Por esse motivo, autoridades concorrenciais confiam amplamente na política de leniência para auxiliar na detecção, investigação e condenação de cartéis (OCDE, 2012), afinal, ela tem se provado muito bem sucedida nesses aspectos. Quanto a isso, a OCDE levanta a importância da existência da política de leniência no combate aos cartéis:

Portanto, induzir membros do cartel a se auto-relatarem e fornecerem informações sobre a conspiração e o envolvimento de colegas co-conspiradores em troca de tratamento mais indulgente é de importância crucial para execuções anti-cartel bem sucedidas (OCDE, 2015b, p. 9, tradução livre) .

De fato, como aponta WILS (2006), o programa de leniência é o método de obtenção de provas que mais possui claras vantagens, em comparação a outros que estão à disposição das autoridades concorrenciais. De um modo mais geral, existe ainda uma maior quantidade e qualidade nas provas que as autoridades concorrenciais podem obter graças ao instituto da leniência, inclusive devido a redução de custos na coleta, isso permite a aplicação de penas mais elevadas pelo Tribunal, o que aumenta os incentivos para mais candidaturas à leniência e, portanto, gera um círculo vicioso (WILS, 2006).

Além dos efeitos positivos da leniência no estágio investigativo (melhoria e mais inteligência na coleta de provas, como evidenciado acima) a leniência pode levar a uma economia de custos no estágio de julgamento quando a cooperação consiste no reconhecimento da violação e aceitação de penalidade. A poupança de custos do litígio no total, ou de decisões totalmente fundamentadas e recursos frequentes, permitem ou permitirão às autoridades antitruste investigar e punir mais violações com seus recursos disponíveis, aumentando assim a probabilidade de detecção e punição, e, portanto, aumenta a dissuasão (WILS, 2006).

Como já abordado, a racionalidade em oferecer imunidade a um membro do cartel para que ele decida denunciar a conduta às autoridades e cooperar, fornecendo ajuda para condenar os demais membros, reside no interesse público, ou seja, nos benefícios que essas cooperações proporcionam para a sociedade, como aumento da taxa de detecção de cartéis, efeitos desestabilizadores em outros cartéis, economia de custos em investigações e processos judiciais, poupança de litígios, dentre outros benefícios (OCDE, 2015b).

É necessário recordar, ainda, que a leniência implica em uma confissão feita por aquele que participou de uma conduta ilícita. Essa confissão pode resultar na imunidade ou na redução de penas, mas não protege o beneficiário contra as consequências civis de sua participação na infração (CAUFFMAN, 2011). A confidencialidade é, nesse sentido, extremamente importante para os signatários de uma leniência, principalmente porque eles, como informantes, correm sérios riscos de retaliação (OCDE, 2002), inclusive retaliação civil.

No balanço feito pelo candidato à leniência, situação prévia a negociação e na qual ele considera o custo benefício decorrente da celebração do acordo em comparação com os benefícios de manter a prática ilícita, a ausência de proteção civil é pesada. Caso essa ausência de proteção signifique que a sua confissão pode ser usada contra ele e, ainda mais, caso essa prática seja, na verdade, resguardada pela atuação judicial que confere a quebra da confidencialidade das provas fornecidas, para que estas sejam usadas para sustentar pretensões de indenização de danos que o próprio beneficiário possa ter causado com a prática anticoncorrencial, é claro que o prato da balança relacionado aos benefícios do acordo de leniência ficará mais leve.

Essa situação diminui drasticamente a atratividade do Programa de Leniência, uma vez que resulta em uma direta sensação de insegurança jurídica por parte do candidato à leniência, que pode se sentir desencorajado a negociar com a autoridade antitruste quando identificar que a sua confissão pode se voltar contra ele no âmbito civil e que o Poder Judiciário tem sustentado isso.

Ressalta-se ainda, que a quebra do sigilo do acordo de leniência, ainda que motivado pela pretensão indenizatória, pode acarretar outras consequências não conectadas somente ao âmbito civil. A quebra da confidencialidade com relação ao signatário do acordo de leniência pode expô-lo isolada e antecipadamente em relação aos demais coautores da conduta anticompetitiva que não colaboraram com o CADE (CADE, 2016e), de forma que ele seja identificado como agente infrator perante o mercado, principalmente perante os consumidores. De fato, a reputação é elemento importante à prática econômica e a divulgação da identidade do beneficiário da leniência de forma indevida, pode acarretar um prejuízo no desempenho de suas atividades essenciais.

Ademais, a divulgação irrestrita do acordo de leniência pode também expor informações concorrencialmente sensíveis do beneficiário e dos demais agentes parte do conluio, tais como segredos comerciais, informações ligadas à situação econômico-financeira das empresas envolvidas, aos seus clientes e fornecedores, dentre outras informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos.

Por outro lado, com relação à investigação do CADE, a quebra da confidencialidade pode inviabilizar a coleta ulterior de evidências sobre o cartel, por meio, por exemplo, de uma busca e apreensão (CADE, 2016e).

Ainda, especialmente no que tange à efetividade do Programa de Leniência, a quebra da confidencialidade pode macular a confiança na capacidade da agência antitruste em proteger informações e documentos (CADE, 2016e). A imagem da autoridade concorrencial, no que tange à celebração de acordos, é essencial. Isso porque o candidato a leniência precisa se sentir seguro quanto à capacidade do Poder Público em protegê-lo e em manter as condições com ele negociadas, para que entenda que a delação é viável e possui real custo-benefício.

Tais pontos podem fomentar o desencorajamento ao acordo de leniência, prejudicando a descoberta e a persecução de novos cartéis que continuem a ser implementados, o que por sua vez, leva a um menor grau de compensação ao dano deles decorrentes (CAUFFMAN, 2011).

Como já indicado, em outubro de 2014, foi aprovada a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o tema, ela dita as regras acerca de ações civis contra infratores das normas concorrenciais dos Estados Membros e da União Europeia. Ressalta-se, nesse sentido, a importância do Considerando nº 26:

Além disso, como muitas decisões das autoridades da concorrência são baseadas em pedidos de leniência, e ações de danos em casos de cartéis geralmente seguem essas decisões, os programas de leniência também são importantes para a eficácia das ações de danos em casos de cartéis. As empresas poderiam ser dissuadidas de cooperar com autoridades da concorrência sob programas de leniência e procedimentos de liquidação se as declarações auto-incriminatórias, como declarações de leniência e submissão de acordos de pagamento, que são produzidas pelo único propósito de cooperar com as autoridades da concorrência, fossem divulgadas. Essa divulgação representaria o risco de expor as empresas cooperantes ou seu pessoal de gestão à responsabilização cível ou criminal em condições inferiores às dos co-infratores que não cooperam com as autoridades da concorrência. Para assegurar a continuidade da disposição das empresas a abordar voluntariamente as autoridades da concorrência com declarações de leniência ou programas de liquidação, tais documentos devem ser isentos da divulgação de provas. (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

A questão que se levanta, tendo isso sido discorrido, é: como balancear o interesse público relacionado à necessidade de combater cartéis com mais facilidade, praticidade e com menos custos por meio da leniência; e o interesse privado em ser ressarcido e indenizado pelo dano sofrido.

Não há que se falar em dar prioridade a qualquer um dos formatos de combate a cartéis, ou pior ainda, desestimular qualquer um deles, seja pela concessão ou pela não concessão do acesso aos documentos da leniência para fins de embasamento da ação privada de indenização. Isso porque, ambos, *private enforcement* e *public enforcement*

são partes de um sistema de implementação da lei e servem aos mesmos propósitos: desestimular práticas anticoncorrenciais ilícitas pela lei antitruste e proteger empresas e consumidores dessas práticas e de danos por elas causadas. Dessa forma, ambos os formatos de imposição legal da lei do direito da concorrência são importantes ferramentas para criar e sustentar uma economia competitiva (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2005).

De fato, ressalta-se que muitos são os benefícios decorrentes da efetiva implementação e adequado funcionamento de um Programa de Leniência, por isso é extremamente importante que a concepção do sistema privado de execução da lei concorrencial tenha em conta a necessidade fundamental de preservar a eficácia desses programas (OCDE, 2015b). Por esse motivo, não é ideal deixar a problemática nas mãos do Poder Judiciário para que ele resolva caso a caso, já que as suas decisões podem acabar determinando um formato de divulgação prejudicial ao Programa de Leniência.

Ainda assim, não se pode minimizar a importância da garantia à reparação de danos sofridos prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, é necessário considerar como manter o equilíbrio entre a preservação da integridade dos programas de leniência e a garantia de que os demandantes possam obter o máximo de informações possível para embasar suas ações (OCDE, 2015b), considerando que por um lado as regras que favoreçam excessivamente *private enforcement* podem prejudicar o *public enforcement*, por outro aquelas que sejam excessivamente restritivas podem inviabilizar o ressarcimento da parte lesada pela infração à ordem econômica e parte significativa do *enforcement* antitruste (CADE, 2016e).

Para resolver esta assimetria de informação estrutural e para melhorar a capacidade de os requerentes terem acesso à evidência relevante, deve haver regras claras sobre o acesso à prova, que regulem adequadamente a relação entre o *private enforcement* e o *public enforcement*, como apontado pela OCDE:

Tais regras devem abordar o modo de acessar as provas exigidas pelo requerente, a definição de um nível mínimo de divulgação, as condições para obtenção de uma ordem de descoberta pelo tribunal e seu alcance. A obrigatoriedade da descoberta prévia ao processo é regulada em algumas jurisdições, como nos Estados Unidos, Suécia, Reino Unido, e Irlanda. A descoberta durante o processo é geralmente sujeita à possibilidade de a parte solicitante ser capaz de identificar especificamente quais documentos deseja solicitar. É o caso das jurisdições alemã, francesa, espanhola, coreana e japonesa. Essas jurisdições temem que poderes de descoberta muito amplos possam resultar em litigância antitruste privada excessiva (OCDE, 2015b, p. 14).

Assim, obter o equilíbrio certo entre as ferramentas e objetivos é essencial e fundamental à garantia de que a execução privada da lei concorrencial não afete negativamente a eficácia da persecução pública e, ao mesmo tempo, que esta primeira não seja desestimulada.

4.4 Os avanços do CADE quanto à questão

O CADE já reconheceu a problemática da qual trata o presente o trabalho e afirmou que embora o *private enforcement* possa auxiliar na promoção da política de defesa da concorrência, reconhece-se que a tendência crescente de ajuizamento de ações de reparação traz desafios aos programas de colaboração das autoridades antitruste, em especial aos Programas de Leniência, aduzindo, que:

Por um lado, regras que favoreçam excessivamente o *private enforcement* podem prejudicar o *public enforcement*. Por outro, regras que sejam excessivamente restritivas às ARDC podem inviabilizar o ressarcimento da parte lesada pela infração à ordem econômica e inviabilizar parte significativa da função dissuasória do *enforcement* antitruste. Assim, busca-se avaliar em que medida os incentivos para que um participante de um cartel coopere no âmbito de um Acordo de Leniência podem ser reduzidos se tal cooperação o expor excessivamente ao impacto financeiro das ARDC (CADE, 2016e, § 2).

Após extenso estudo sobre o tema, o CADE submeteu à consulta pública uma minuta de nova resolução³⁷ que apresenta dispositivos de fomento à reparação de danos concorrenciais no Brasil, ao mesmo tempo em que regulamenta os procedimentos no órgão para acesso a documentos provenientes de acordos de leniência, de Termos de Compromisso de Cessação – TCCs e de operações de busca e apreensão no âmbito da autarquia (CADE, 2017d).

A alternativa escolhida pelo CADE para tanto, foi limitar a extensão da responsabilidade civil do signatário do Acordo de Leniência –, nos moldes do direito norte-americano e europeu. Nesse caso, o signatário do Acordo de Leniência continuaria a responder civilmente pelo ilícito, mas não solidariamente em relação aos danos causados pelos demais coautores da prática anticompetitiva. Sua responsabilidade estaria limitada aos danos efetivamente causados aos seus consumidores e/ou fornecedores diretos e indiretos. Ademais, não se aplicaria a repetição do indébito por valor em dobro (duplicação dos danos), conforme prevê o parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor (CADE, 2016b; BRASIL, 1990).

³⁷ A minuta ainda está em aberto, pendente de versão definitiva.

A proposta colocada em consulta deixa mais claro o momento em que terceiros afetados por uma conduta anticompetitiva podem ter acesso à investigação, e que tipo de documentos estarão disponíveis, o que facilitaria o ajuizamento de ações de ressarcimento. Ao mesmo tempo, porém, é reforçada a proteção de sigilo a peças que necessitam de confidencialidade mais prolongada ao longo do curso processual, como aquelas oriundas de acordos de leniência firmados, a fim de não causar prejuízos às investigações e não desencorajar a política de acordos (CADE, 2017d).

Além da resolução, o CADE também elaborou propostas legislativas sobre aspectos cíveis do ajuizamento de ações de reparação por danos concorrenciais, sugerindo a inserção de quatro parágrafos no artigo 47 da Lei 12.529/11 que tratem de temas tais como prazo de prescrição e responsabilização não solidária do signatário do acordo de leniência (CADE, 2016f).

CONCLUSAO

O combate a cartéis é prioridade no direito antitruste e se baseia na necessidade de reprimir e dissuadir o ilícito, bem como a imprescindibilidade de compensar vítimas pelos danos sofridos. Tais objetivos da atuação concorrencial são endereçados pelo *private enforcement* e pelo *public enforcement*. O primeiro, é mecanismo privado de execução, objetiva a reparação de danos sofridos pelas vítimas da conduta ilícita e tem por base a responsabilidade civil. O segundo pode ser definido como a execução da lei antitruste pelo Estado, visando a detecção e a punição de violações às normas concorrenciais.

Ambos os formatos de combate à cartéis enfrentam dificuldades relacionadas à devida comprovação do ilícito, isso porque, como observado, os cartéis são acordos secretos por natureza e, portanto, são de difícil constatação e caracterização. Na esfera pública a dificuldade é minimizada pela presença do Programa de Leniência. Porém, a dificuldade ainda maior ocorre na esfera privada, que não possui mecanismos específicos de produção de provas e onde poucas são as informações públicas que podem ser utilizadas para comprovação dos requisitos essenciais à responsabilidade civil.

Nesse diapasão é comum que as partes de uma ação de indenização requeiram acesso aos documentos confidenciais constantes no acordo de leniência, como prova emprestada, para pautar a sua pretensão judicial de reparação.

No que diz respeito à primeira problemática enfrentada no presente estudo sobre a possibilidade de uso do acordo de leniência em ações civis de indenização, ou seja, quanto à formalidade do traslado da prova originada no processo administrativo ao processo civil, observa-se que o empréstimo de provas só pode ocorrer quando presentes dois requisitos: incidência do princípio do contraditório e do princípio do juiz natural na produção da prova no processo originário. Ambos os requisitos foram superados quando analisado que a produção da leniência está em devida consonância com a garantia do contraditório e que a produção da leniência ocorre perante devido órgão jurisdicional com competência para tanto.

Após a conclusão pela adequação formal do acordo leniência ao instituto que prevê a possibilidade de traslado da prova originada no processo administrativo ao processo civil, identificou-se que o fator que prevalecia como empecilho ao empréstimo dizia respeito à impossibilidade de que alguém que seja terceiro em relação ao processo

do qual se originou a prova sigilosa, possa pleitear o empréstimo de prova nele produzida. Entretanto, identificou-se que há a possibilidade de concretizar o empréstimo na hipótese de comprovação da necessidade de quebra do sigredo inerente ao acordo de leniência.

Dessa forma, considerada a existência do sigilo, o empréstimo do acordo de leniência, superados os requisitos formais conectados aos princípios do contraditório e do juiz natural, depende da comprovação de que o interesse do particular defendido na ação de indenização, supera o interesse público que reveste o acordo de leniência e que, portando, a quebra do sigilo é possível.

Nesse sentido é claro que para assegurar um direito efetivo à compensação em ações de indenização por danos concorrenciais, os autores devem ter acesso à evidência necessária para provar sua reivindicação e isso pode envolver a necessidade de acesso, exatamente, a provas confidenciais. Entretanto, um acesso a documentos sigilosos que não seja devidamente regulado pode afetar significativamente as ferramentas do *public enforcement*, isso porque a confidencialidade do acordo de leniência protege o acesso indevido a documentos e informações, o que pode gerar prejuízos irreversíveis, não apenas às partes, mas também à investigação do cartel e ao Programa de Leniência do CADE como um todo.

De fato, a quebra da confidencialidade com relação ao signatário do acordo de Leniência pode: expô-lo como infrator, prejudicando a sua imagem perante o mercado em que atua; expor também informações concorrenciaismente sensíveis cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos; pode inviabilizar a coleta ulterior de evidências sobre o cartel; e pode macular a confiança na capacidade da agência antitruste em proteger tais informações e documentos, prejudicando a descoberta e a persecução de novos cartéis.

Ressalta-se que, diante desse cenário, a Comissão Europeia buscou uma solução normativa para proteger a eficácia de seu Programa de Leniência, para conferir maior segurança jurídica aos beneficiários dos acordos de imunidade e leniência, e para harmonizar as regras do *enforcement* público e privado. Essa solução normativa foi justamente a Diretiva 2014 da União Europeia, a qual identificou que, com o objetivo de preservar a força e a efetividade do *public enforcement* é necessário manter o equilíbrio entre a integridade dos acordos de leniência e a garantia de obtenção de informações pelos demandantes de ações de reparação.

De fato, a melhor opção para atingir esse equilíbrio é a norma. Atualmente, no Brasil, a decisão quanto à quebra de sigilo está nas costas do Poder Judiciário que aprecia, caso a caso, a necessidade de tal divulgação de informações. Isso não só pode acarretar decisões conflitantes, como pode concretizar uma insegurança jurídica tanto para os beneficiários do acordo de leniência – que nunca terão certeza da confidencialidade do acordo negociado com o CADE –, como para os próprios demandantes que, por sua vez, tentarão a sorte no judiciário sem ter certeza, ao menos, de que a sua pretensão é correta e poderá ser deferida.

O próprio CADE vislumbra a necessidade de tal norma articuladora entre a persecução pública e a persecução privada, motivo pelo qual se posicionou adequadamente editando uma resolução que garanta a segurança jurídica dentro da instituição, bem como, sugerindo ao Poder Legislativo um formato de legislação que balanceie os instrumentos, sem desencorajá-los.

Ademais, salienta-se que a ausência de normas específicas sobre o tema, embora resulte em uma discussão quanto à possibilidade da quebra do sigilo e consequente concessão do acesso a esses documentos, não impede um acesso adequado ao requisitado.

De fato, o próprio ideal da instituição de uma norma que balanceie às execuções da norma concorrencial não é impedir o acesso ou permiti-lo, mas sim impedir o acesso irrestrito e permitir o acesso ideal e condicionado. Nesse sentido, há mecanismos processuais acessíveis, independente de norma anterior, que podem ser utilizados, caso necessário, para impedir, na medida do possível, que informações sensíveis possam ser divulgadas, tais como o fornecimento de documentos devidamente rasurados, de forma que resista neles apenas as informações necessárias à pretensão indenizatória. Tal mecanismo pode garantir um equilíbrio temporário, enquanto não em vigor a Resolução proposta pelo CADE ou legislação futura específica sobre o tema.

Nesse sentido, em consideração ao desenvolvimento do presente estudo, o acordo de leniência pode ser utilizado como prova emprestada em ações civis de indenização de danos decorrentes da prática de cartel. Porém, isso não deve acarretar uma quebra de sigilo irrestrita e autorizada pelo judiciário para que o empréstimo seja concretizado, uma vez que isso pode acarretar prejuízos ao beneficiário da leniência, à investigação do CADE, ao próprio CADE e ao interesse público que respalda o Programa de Leniência.

Assim, obter o equilíbrio certo entre as ferramentas e objetivos é essencial e fundamental à garantia de que a execução privada da lei concorrencial não afete negativamente a eficácia da persecução pública. O equilíbrio pode ser conferido por uma legislação específica e pode ser conferido, ainda, por instrumentos processuais que façam a manutenção do sigilo a informações específicas e divulgação de outras apenas necessárias ao embasamento da indenização.

BIBLIOGRAFIA

ALBERTI, Filippo. **Leniency Programmes: Adjustment of Domestic Law to EU Regulations**. Rivista Italiana di Antitrust n.3, 2014.

ARANHA, Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2 ed., 1987.

ARAÚJO, Mariana Tavares. **Improving deterrence of hard-core cartels**, Competition Policy International vol. 6, n. 2, 2010, p. 70. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/0d358061e11f2708ad9d62634c6c40ad/Tavares.pdf>. Acesso em: 17.06.2017.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto-Lei no 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Publicado no Diário Oficial da União em 31 dez. 1940.

_____. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990.

_____. **Lei 8.112**, de 11 de dezembro de 1990.

_____. **Lei 9.784**, de 29 de janeiro de 1999.

_____. **Lei 12.527**, de 18 de novembro de 2011.

_____. **Lei 12.529**, de 30 de novembro de 2011.

_____. **Portaria do Ministério da Justiça n. 456**, de 15 de março de 2010.

BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1964.

BUFFIER, Beau. KAFELE, Heather. et al. **Cartel leniency in United States: overview**. Thomson Reuters Practical Law, 2014. Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-501-2185?source=relatedcontent&__lrTS=20170521233205577&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-501-2185?source=relatedcontent&__lrTS=20170521233205577&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1). Acesso em: 13.06.2017.

BURINI, Bruno Corrêa. **Efeitos civis da sentença penal: atualizado conforme a reforma processual**. Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2007.

CARRASCO, Vinícius. MELLO, João Manoel Pinho de. **Ressarcindo Prejudicados no Combate a Cartéis**, 2010. Disponível em: <http://assessoria.vrc.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=23960&sid=70>. Acesso em 17.06.2017.

CARVALHO, Livia. **Responsabilidade Civil Concorrencial: A Busca pela Efetiva Reparação de Danos**. Monografia (Graduação em Direito). FGV DIREITO RIO. Rio de Janeiro, 2011, p. 24. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10470/Livia%20Cristina%20L.%20G.%20de%20Carvalho.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17.06.2017.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel**. São Paulo: Editora Singular, 2016.

CAUFFMAN, Caroline. **The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages**. The Competition Law Review, vol. 7, issue 2, 2011 pp. 181-220. Disponível em: <http://new.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol7Issue2Art1Cauffman.pdf>. Acesso em: 17.06.2017.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules**, Brussels, 2008, p. 23. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_en.pdf. Acesso em: 17.06.2017.

_____. **Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules**, 2005, p. 3. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52005DC0672>. Acesso em: 17.06.2017.

_____. **Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust**. Bruxelas, 2008, p. 5. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:pt:PDF>. Acesso em 17.06.2017.

CONNOR, John M. **Optimal Deterrence and Private International Cartels**, 2007, p. 3. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=787927> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.787927>. Acesso em: 17.06.2017

CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. **Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines: 3 Issues in Competition Law and Policy**. ABA Section of Antitrust Law, 16 out. 2008, p. 1. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1285455>. Acesso em: 09 de maio de 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA ("CADE"). **Cartilha do CADE**, última atualização em mai. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em 10 de junho de 2017.

_____. **Autarquia: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE**, 2017 (2017b). Disponível em: <http://www.justica.gov.br/Acesso/institucional/sumario/quemequem/autarquia-conselho-administrativo-de-defesa-economica-cade>. Acesso em: 17.06.2017.

_____. **Competências**, 2017 (2017c). Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna. Acesso em: 17.06.2017.

_____. **Histórico do CADE**, última atualização em abr. 2016 (2016d). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>. Acesso em: 17.06.2017.

_____. **Guia – Programa de Leniência Antitruste do CADE**, 2016 (2016c). Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em: 17.06.2017.

_____. **Guia – Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**, 2016 (2016g). Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf. Acesso em: 17.06.2017.

_____. **Notícias. Cade submete à consulta pública resolução sobre procedimentos de acesso a documentos provenientes de investigações antitruste**, última atualização em fev. 2017 (2017d). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>. Acesso em 21.06.2017.

_____. **Perguntas sobre infrações à ordem econômica**, última atualização em abr. 2016 (2016b). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em 30.04.2017.

_____. **Processo Administrativo n. 08012.004039/2001-68**. Conselheira Relatora: Ana Frazão. Julgado em 22 de maio de 2013.

_____. **Processo Administrativo n. 08012.005495/2002-14**. Conselheiro Relator: Carlos Ragazzo. Julgado em 14 de setembro de 2011. Voto do Conselheiro Relator.

_____. **Processo Administrativo n. 08012.009088/1999-48**. Conselheiro Relator: Ricardo Cuêva. Julgado em: 16 de outubro de 2005.

_____. **Processo Administrativo n. 08012.001273/2010-24**. Conselheiro Relator: Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em: 16 de dezembro de 2015.

_____. **Processo Administrativo n. 08012.006923/2002-18.** Conselheiro Relator: Ricardo Machado Ruiz. Julgado em: 20 de fevereiro de 2013 (2013b).

_____. **Processo nº 08700.007888/2016-00.** Nota Técnica Nº 24/2016/Chefia Gab-Sg/Sg/Cade. Articulação Entre As Persecuções Pública E Privada A Condutas Anticompetitivas, 2016 (2016e). Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg,,. Acesso em: 19.06.2017.

_____. **Processo nº 08700.007888/2016-00.** Exposição de Motivos, 2016 (2016f). Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLncZ_qw9Gg,,. Acesso em: 21.06.2017.

_____. Secretaria de Direito Econômico. **Combate a cartéis e programa de leniência.** 3. Ed. Brasília: Publicação Oficial, 2009.

_____. **Programa de Leniência.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>. Acesso em: 20.06.2017. (2017e)

_____. **Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - RICADE.** Aprovado pela Resolução nº 20, de 7 de junho de 2017.

_____. **Resolução CADE n. 20,** de 29 de maio de 1999.

_____. **Superintendência-Geral,** 2017. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/superintendencia_geral/capa-interna. (2017f)

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Responsabilidade Civil, Penal e Administrativa**, última atualização em mar. 2014, p. 1. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/atividade-disciplinar/responsabilidades-civil-penal-e-administrativa>. Acesso em: 30.04.2017

CRANE, Daniel A. **Optimizing Private Antitrust Enforcement**. Vand. L. Rev. 63, no. 2 (2010): 675-723. Disponível em: <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1129&context=articles>. Acesso em: 17.06.2017.

CRETELLA JR. José. **Do Ilícito Administrativo**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. 1973. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66693/69303>. Acesso em 30.04.2017.

_____. **Monopólio** (verbetes), in FRANÇA, Rubens Limongi. Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 53, São Paulo: Saraiva, 1980.

DEM CZUK, Claudio. **O uso da prova emprestada no processo penal**, Brasília a. 49 n. 193 jan. /Mar. 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 3. 6a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1991.

EUROPA INSTITUUT UTRECHT. **Leniency material unveiled? Access by cartel victims to Commission and NMa files from a perspective of EU fundamental rights and cartel enforcement**, 2012. Disponível em: <http://renforce.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2013/12/Scriptie-Myrthe-Nielen.pdf>. Acesso em: 17.06.2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 93.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: a mercancia do mercado**, 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016

GALVANI, Marina. **A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial**. Revista do IBRAC Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Ano 21, vol. 26, jul-dez. 2014.

GERADIN, Damien and GRELIER, Laurie-Anne, **Cartel Damages Claims in the European Union: Have We Only Seen the Tip of the Iceberg?** (December 2, 2013). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2362386>. Acesso em: 17.06.2017.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**, v.4, 10 ed, São Paulo: Atlas, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrine. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GULIŃSKA, Anna. **Collecting Evidence Through Access to Competition Authorities' Files – Interplay or Potential Conflicts between Private and Public Enforcement Proceedings?** (December 31, 2015). Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies vol. 2015, 8(12), p. 161-180. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2866274>. Acesso em: 17.06.2017.

HARKER, Michael and HVIID, Morten. **Competition Law Enforcement: The Free-Riding Plaintiff and Incentives for the Revelation of Private Information**. Centre for Competition Policy Working Paper Series No. 06-9, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=912180>. Acesso em: 17.06.2017

HOVENKAMP, Herbert J. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**. St. Paul, MN: West Publishing Co. 1994.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (“ICN”). **Anti-cartel Enforcement Manual. Chapter 4 Cartel Case Initiation**, mar. 2010. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc628.pdf>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

_____. **Anti-cartel Enforcement Manual. Chapter 2 Drafting and implementing an effective leniency policy**, 2014. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>. Acesso em: 17.06.2017.

_____. **Interaction of public and private enforcement in cartel cases**, 2007. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf>. Acesso em: 17.-6.2017.

JHERING, Rudolf von. **A Evolução do Direito**. Salvador: Livraria Progresso. 1953

JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. **EU Competition Law**. 5a edição. Oxford: Oxford University Press, 2013.

JUSTIÇA FEDERAL DA 3 REGIÃO. **Processo 0004196.2013.4.03.6114**. Requerida: MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda. (MGE). Requerente: Cade. Decisão do Juiz Federal 9 de agosto de 2013, nos autos do Antônio André Muniz Mascarenhas de Souza, da 3ª Vara Federal em São Bernardo do Campo, em 9 de agosto de 2013.

MACHADO, Luiza A. **Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização**. RDC, vol. 3, nº 2, Novembro 2015, pp. 114-132.

MARTINEZ, Ana Paula e ARAÚJO, Mariana Tavares. **Private Damages in Brazil: Early Beginnings, Big Stumbling Blocks**. Competition Policy Internacional, jan. 2016. Disponível em: http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20160201161034_1309160-1.pdf. Acesso em: 17.06.2017.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, Tomo I, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações**, 2 Parte, 9 ed. São Paulo, Saraiva, 1973.

MONTI, Mario. **Fighting Cartels: Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?** Konkurrensverket, Stockholm, 2001, p. 14. Disponível em: <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/publications-and-decisions/fighting-cartels.pdf>. Acesso em 10 de junho de 2017.

NOMAN, Gustavo Lage. **Das Provas em Processo Concorrencial**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp136669.pdf>. Acesso em: 17.06.2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Hércules et al. **O Instituto da prova ilícita e o direito concorrencial brasileiro**. RDC, Vol. 2, n. 2, Novembro 2014, pp. 76-92

OFFICER OF FAIR TRADING, **Quick Guide to Cartels and Leniency Business**, jul. 2013, p. 9. Disponível em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284419/OFT1495b.pdf. Acesso em: 17.06.2017.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO ("OCDE"). **Cartel and anti-competitive agreements**. Challenges in

detecting hard core cartels, 2017. Disponível em:
<http://www.oecd.org/competition/cartels/>. Acesso em 29.04. 2017.

_____. **Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes**, 2002. Disponível em:
<https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Acesso em: 17.06.2017.

_____. **Leniency for Subsequent Applicants**, 2012. Disponível em:
<http://www.oecd.org/competition/Leniencyforsubsequentapplicants2012.pdf>. Acesso em: 17.06.2017.

_____. **Leniency Program in Brazil – Recent experiences and lessons learned**. 2016, p. 3. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/publicacoes-relacionadas-a-acordo-de-leniencia/2016_ocde_leniency-in-brazil.pdf/view. Acesso em: 17.06.2017.

_____. **Relationship Between Public and Private Enforcement – Brazil**, 2015. Disponível em:
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=Em](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=Em). Acesso em: 17.06.2017.

_____. **Relationship Between Public and Private Enforcement – Note by the Secretariat**, 2015 (2015b). Disponível em:
<http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm>. Acesso em: 17.06.2017

_____. **Síntese Cartéis – Seus Danos e Punições Efetivas**, 2002 (2002b). Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/1935129.pdf>. Acesso em 01 de maio de 2017.

_____. **Using Leniency to Fight Hard Core Cartels**, 2001. Disponível em:
<http://www.oecd.org/daf/competition/1890449.pdf>. Acesso em: 17.06.2017.

PEREIRA FILHO, Venício. **Programa de leniência no direito concorrencial brasileiro: uma análise de seus escopos e desafios**. RDC, Vol. 3, nº 2. Novembro 2015, p. 105.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v.1, 21 ed. Rio de Janeiro, Forence, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**. 5a ed., vol. I, São Paulo: Saraiva, 1983.

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

SULLIVAN. Lawrance A.; GRIMES. Warren S. **The Law of Antitrust: An Integrated Handbook**, St. Paul, Minnesota: West Group, 2000.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp n. 617.428**. Julgado em 17 de junho de 2014.

_____. **REsp. 302.165**. Julgado em 05 de abril de 2001.

_____. **REsp 1.164.236**. Julgado em 21 de fevereiro de 2013.

_____. **Resp. 1.554.986**. Julgado em 05 de abril de 2016.

TALAMINI, Eduardo. **Prova Emprestada no Processo Civil e Penal**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 35 n. 140 out./dez. 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/426/r140-15.pdf>. Acesso em: 17.06.2017.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3 REGIÃO. **AI nº 0023235-20.2013.4.03.0000**, TRF3, 4ª Turma. Relatoria da Des. Fed. Marli Ferreira. Julgado em: 11 de setembro de 2014.

_____. **Apelação Cível nº 0004196-28.2013.4.03.6114**, TRF3, 4ª Turma. Relatoria: Des. Fed. Marli Ferreira. Julgado em: 25 de setembro de 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2014/104/UE Do Parlamento Europeu e Do Conselho**, 2014. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=PT>. Acesso em: 21.06.2017.

VIEIRA, Caroline Sanselme. **O primeiro acordo de leniência firmado no Brasil**. Revista de Direito Internacional Econômico. Porto Alegre: Síntese, ano 03, no 11, pp. 91/98, abr./mai./jun., 2005.

WILS, Wouter P. J., **Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice**. World Competition: Law and Economics Review, Vol. 30, No. 1, March 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=939399>. Acesso em: 17.06.2017.

_____. **The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages**. World Competition, Vol. 32, No. 1, 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1296458>. Acesso em: 17.06.2017.

_____. **Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement**, Oxford and Portland, Oregon 2008.