

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**ACESSO A DOCUMENTOS ORIUNDOS DE ACORDOS DE LENIÊNCIA EM
INVESTIGAÇÃO DE CARTEL PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÕES DE
REPARAÇÃO DE DANOS PELOS CONSUMIDORES NO BRASIL**

MARIANA PORTO KOCH

Porto Alegre

2019

MARIANA PORTO KOCH

**ACESSO A DOCUMENTOS ORIUNDOS DE ACORDOS DE LENIÊNCIA EM
INVESTIGAÇÃO DE CARTEL PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÕES DE
REPARAÇÃO DE DANOS PELOS CONSUMIDORES NO BRASIL**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa “Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica”, ênfase II: “Consumidor e Concorrência”.

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

Porto Alegre

2019

MARIANA PORTO KOCH

**ACESSO A DOCUMENTOS ORIUNDOS DE ACORDOS DE LENIÊNCIA EM
INVESTIGAÇÃO DE CARTEL PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÕES DE
REPARAÇÃO DE DANOS PELOS CONSUMIDORES NO BRASIL**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa “Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica”, ênfase II: “Consumidor e Concorrência”.

Aprovada em 30 de janeiro de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior
Orientador

Prof(a). Dr(a). Daniela Copetti Cravo

Prof. Dr. Fabiano Koff Coulon

Prof. Dr. Gustavo Masina

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha família. Ao meu pai, Laury Ernesto Koch, pela força, suporte e ensinamentos. À minha mãe, Maria de Lourdes Porto Koch, por toda dedicação e carinho. Agradeço a ambos por todo o amor e valores que me foram passados e pelo apoio incondicional ao longo destes anos, que tornou possível a realização de mais esse sonho.

À minha querida irmã, Lizianne Porto Koch Nienaber, por estar sempre ao meu lado e por ser uma grande amiga, assim como ao meu cunhado, Fernando Nienaber, e minhas afilhadas maravilhosas, Fernanda Koch Nienaber e Laura Koch Nienaber, por toda a alegria e convívio.

À minha amada vó, Adylles Maria Dietrich Koch (*in memorian*) e ao meu avô, Laury Duval Koch (*in memorian*), os quais, infelizmente, não estão presentes neste momento tão feliz da minha vida. Agradeço a eles por todo o amor e ensinamentos que me foram transmitidos. A saudade é muito grande.

Ao meu noivo, João Francisco Hack de Araujo Marques, pelo seu companheirismo, apoio e suporte sempre que precisei nesta jornada.

Ao Dr. Gerson Behr, por todo o acolhimento, pela oportunidade de eu estagiar em Londres, pela amizade e parceria que se estabeleceu.

Ao meu orientador, Professor Dr. Augusto Jaeger Junior, por todo apoio, incentivo e ensinamentos desde o ingresso no curso de especialização “O Novo Direito Internacional”, em 2008, até a finalização do Mestrado. Serei sempre muito grata!

Aos meus professores do Mestrado, pelo aprendizado adquirido ao longo destes dois anos.

À minha banca qualificadora, Professor Dr. Augusto Jaeger Junior, Professora Dra. Andressa Caroline Schneider, Professora Dra. Daniela Copetti Cravo, Professor Dr. Marcelo Schenk Duque, por todas as sugestões e críticas construtivas que me auxiliaram na construção deste trabalho.

Aos funcionários da Secretaria do PPGDir da UFRGS, por sempre serem tão prestativos e preocupados em nos auxiliar.

À Daniela Copetti Cravo, também como amiga, que serviu como exemplo e inspiração, me apoiando com materiais e conselhos desde quando eu era aluna ouvinte do PPGD. Assim como ao amigo Eduardo Jobim, pelas importantes observações realizadas, as quais foram muito proveitosas para a minha dissertação.

Aos meus grandes amigos conquistados durante esses anos de convívio diário e intenso, especialmente à Tatiana Bruhn, Nicole Barcellos, Priscila Borges, Priscilla Saraiva e Thyessa Junqueira, cuja amizade e parceria tornaram este longo caminho mais agradável.

Aos meus sócios, Laury Ernesto Koch e Lizianne Porto Koch, por sempre me compreenderem e apoiarem. Assim como aos meus colegas de trabalho, Aline de Oliveira, Anderson de Azevedo, Karina Nardi, Raquel Oliveira e Rodrigo Lang, dentre outros, pelo trabalho dedicado ao Koch Advogados nos meus momentos de ausência, pois sem eles tudo seria muito mais difícil.

RESUMO

Considerando que a pluralidade de normas é uma decorrência indissociável do sistema jurídico contemporâneo, as normas relativas ao direito do consumidor e ao direito da concorrência devem ser coordenadas para consagrar os valores constitucionais, dentre os quais se destaca a defesa do consumidor. Assim, é por meio de uma aplicação conjunta e orientada dos valores constitucionais que os interesses individuais e coletivos dos consumidores são efetivamente tutelados. A via mais efetiva para a reparação dos consumidores que tenham sofrido danos anticoncorrenciais, em especial dos cartéis, é a ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, tendo em vista a complexidade do tema e o acesso às informações. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça possibilitou que os prejudicados pela prática de cartel se utilizassem de provas fornecidas pela empresa signatária do Acordo de Leniência para o ajuizamento de ação de reparação de danos. É justamente nesse ponto que reside a problemática abordada pelo presente estudo, tendo em vista a possibilidade de o acesso irrestrito aos documentos poder culminar em um desestímulo ao Programa de Leniência. A União Europeia, através de alterações normativas acerca da necessidade de reformas que encorajem e estimulem demandas privadas para o ressarcimento das perdas sofridas, busca harmonizar o *private enforcement* com o *public enforcement*, a fim de que os lesados sejam indenizados, sem, contudo, prejudicar as políticas públicas de combate às condutas anticoncorrenciais, criando regras de acesso aos documentos. O CADE apresentou um modelo de Resolução para Consulta Pública, que objetiva o regramento de acesso de terceiros aos documentos e informações fornecidas pelo signatário do Acordo de Leniência, com base no sistema europeu, que resultou na Resolução nº 21/2018. Entretanto, diante do princípio da legalidade previsto na Constituição Federal, o presente estudo propõe que se faça essa alteração na própria Lei Antitruste. Para tanto, utiliza-se a abordagem dedutiva, bem como se apoia na análise de caso concreto e na investigação bibliográfica, de doutrina nacional e estrangeira.

Palavras-chave: Direito da concorrência e do consumidor. Cartel. Programa de leniência. Reparação de danos. Acesso a documentos.

ABSTRACT

Considering that the plurality of rules is an inseparable consequence of the contemporary legal system, the rules on Consumer Law and Competition Law should match to enshrine Constitutional values, where Consumer protection stands out. Thus, it is through a joint and targeted application of constitutional values that consumers' individual and collective interests shall be effectively protected. The most effective way to compensate consumers who suffered anticompetitive damages, especially from cartels, is collective action to protect individual homogeneous rights, given the complexity of the issue and access to information. Recently, the Superior Court allowed those affected by cartels to use evidence provided by the company that signed the leniency agreement to file suits for damages compensation. It is precisely at this point that the problem addressed by the present study resides, regarding the possibility that unrestricted access to documents may end up in a disincentive to the Leniency Program. The European Union seeks to harmonize private enforcement with public enforcement through normative changes on the need for reforms that encourage and stimulate private demands for the compensation of losses suffered. Therefore, injured parties are compensated without harm to public policies aimed to combat anticompetitive behavior, creating rules of access to documents. The Administrative Council of Economic Defense (CADE) presented a model of Resolution for Public Consultation that aims to regulate third parties access to documents and information provided by the leniency agreement signatory, based on the European system, which resulted in Resolution n° 21/2018. However, considering the principle of legality provided for in the Federal Constitution, the present study aims to make this change in the Antitrust Law itself. To do so, the study uses the deductive approach, as well as, analyses concrete case and national and foreign doctrine through bibliographical research.

Keywords: *Competition law and consumer law. Cartel. Leniency program. Damages compensation. Access to documents.*

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR COMO OBJETIVO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA	12
2.1	REPRESSÃO A CARTÉIS.....	12
2.1.1	<i>Convergências entre o direito do consumidor e o direito da concorrência</i>	12
2.1.2	<i>Cartel: definição, características e casos práticos</i>	23
2.2	DESCOBERTA DOS CARTÉIS.....	35
2.2.1	<i>Programa de Leniência</i>	36
2.2.2	<i>Produção antecipada de prova no novo Código de Processo Civil como estratégia processual para o ajuizamento de ações de reparação de danos</i>	48
3	REPARAÇÃO DE DANOS POR PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS E ACESSO A DOCUMENTOS ORIUNDOS DE ACORDOS DE LENIÊNCIA	57
3.1	EXPERIÊNCIAS DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E DA UNIÃO EUROPEIA.....	57
3.1.1	<i>Análise da legislação dos Estados Unidos da América</i>	57
3.1.2	<i>Análise da legislação da União Europeia: Diretiva 2014/104/UE</i>	67
3.2	PROPOSTAS LEGISLATIVAS NO BRASIL.....	81
3.2.1	<i>Projeto de Lei do Senado Federal nº 283, de 2016</i>	81
3.2.2	<i>Resolução do CADE nº 21/2018 e proposta legislativa sobre acesso a documentos provenientes de Acordos de Leniência</i>	89
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	104
	REFERÊNCIAS	107
	ANEXO A – DIRETIVA 2014/104/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DE 26 DE NOVEMBRO DE 2014	121
	ANEXO B – RESOLUÇÃO CADE Nº 21, DE 11 DE SETEMBRO DE 2018	150

1 INTRODUÇÃO

O artigo 1º, *caput*, da Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011)¹, introduziu a proteção do consumidor como um de seus princípios orientadores. Destarte, a política pública relacionada à defesa da concorrência favorece o bem-estar do consumidor, uma vez que possibilita o exercício do direito de escolha pelos consumidores, a partir da pluralidade entre os fornecedores de produtos ou serviços, e resguarda os meios competitivos de composição de preço, fomento à inovação, aprimoramento de bens e serviços².

É importante observar a relevância do bem-estar do consumidor para o controle de concentrações, destacando que a discussão é cabível aos acordos, fusões, aquisições, *joint ventures*, dentre outros, que possam reprimir ou, de qualquer forma, obstaculizar a livre concorrência. Uma das mais graves violações à ordem econômica é a prática de cartel. Dentre os efeitos estão: a transferência de renda dos consumidores para os agentes cartelizados, a redução da oferta no mercado e a redução dos incentivos para que as empresas invistam em melhoria dos produtos e diminuição de custos, efeitos que justificam a preocupação das legislações em coibir a prática, razão pela qual o combate aos principais efeitos da prática colusiva é de extrema importância³.

Na seara da responsabilidade civil em matéria concorrencial no Direito brasileiro há norma expressa na Lei Antitruste que garante aos consumidores o direito de receberem indenização por perdas e danos. O artigo 47⁴ da Lei nº 12.529/2011 dispõe expressamente que os prejudicados pela prática de infrações à ordem econômica poderão ingressar em juízo para obter a reparação pelos danos sofridos. Trata-se, portanto, de um dispositivo que viabiliza a aplicação dos princípios da lei concorrencial no âmbito da responsabilidade civil por cartel e outras infrações⁵.

¹ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2011.

² PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 265.

³ ARAUJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvença. Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições. In: MARTINEZ, Ana Paula (Org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012. p. 223-242. p. 238.

⁴ O artigo 47 dispõe: “Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem 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.” BRASIL, *op. cit.*

⁵ CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 11.

Entretanto, o desequilíbrio em relação às informações dos prejudicados pela prática de cartel constitui obstáculos e morosidade processual na quantificação e comprovação do dano em razão do ilícito, resultando em um desestímulo à propositura de ações dessa natureza. Tanto é assim que estudos apontam que apenas 22% das decisões da Comissão Europeia entre 2006 e 2012 culminaram em ações indenizatórias pelas partes prejudicadas, diferentemente dos Estados Unidos da América, em que chegam a 90%⁶.

Tendo em vista a importância das ações de reparação de danos, a Comissão Europeia tem tomado uma série de iniciativas com o propósito de aumentar a reparação dos danos sofridos pelos prejudicados e conciliar o direito dos lesados a terem acesso aos documentos com a proteção do Programa de Leniência.

Nesse sentido, o diálogo entre a proteção do consumidor e a defesa da concorrência deve ser reforçado por intermédio da criação de mecanismos de reparação dos danos causados aos consumidores por condutas anticoncorrenciais. Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro prescrever um adequado regime de legitimação para o ajuizamento de ações coletivas, verifica-se a sua pequena utilização⁷, devido à dificuldade em relação à efetivação da prova, sendo uma opção a produção antecipada de prova prevista no novo Código de Processo Civil⁸.

A produção probatória é uma etapa relevante na reconstituição dos fatos controvertidos e de definição do resultado da ação. Dessa forma, a produção antecipada de prova possibilita que a parte realize uma análise da probabilidade da demanda, bem como da viabilidade de solução extrajudicial dos conflitos.

A grande problemática desta dissertação diz respeito às provas para ajuizamento das referidas ações. Em 08 de março de 2016, foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) o Recurso Especial nº 1.554.986/SP⁹, que permitiu a utilização das provas fornecidas pelo signatário do Acordo de Leniência para embasar uma ação indenizatória por empresas

⁶ BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. *Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE*, Processo nº 08700.007888/2016-00, Ministério da Justiça e Cidadania – MJC, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuho1cgx-BuAiGIdXH0CI2pcjLZznRWZf0X>. Acesso em: 27 set. 2018. p. 7.

⁷ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 269.

⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015.

⁹ *Id.* Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.554.986 – SP. Terceira Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgamento em 08 mar. 2016. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 11 mar. 2016. Disponível em:

lesadas. Os Ministros entenderam que a premiação àquele que adere ao Programa de Leniência é exclusiva às esferas administrativas e penais, sem qualquer menção legal à pretensão cível de eventuais lesados pelas condutas praticadas pelos agentes que formam os cartéis, podendo ser disponibilizados os documentos da empresa que firmou o Acordo de Leniência.

Ainda que pareça ser justa a disponibilização dos documentos fornecidos pela empresa beneficiária da leniência, como meio de prova para a reparação de danos pelos prejudicados, por outro lado, se não houver regras claras para esse acesso, os signatários dos Acordos de Leniência poderão não ter mais interesse em firmar os mesmos, o que seria muito prejudicial às políticas públicas de combate aos cartéis. Sendo assim, a pergunta que se faz no presente trabalho: é possível harmonizar o *enforcement* público e o privado? Pretende-se responder essa pergunta ao longo do trabalho.

O CADE apresentou um modelo de Resolução para Consulta Pública, baseada no modelo europeu, que objetiva o regramento ao acesso de terceiros aos documentos e às informações fornecidas pelos signatários dos Acordos de Leniência. Nessa senda, uma resolução poderia regular o limite ao acesso a documentos ou seria necessária uma alteração na Lei Antitruste?

Para tanto, utilizando-se do método dedutivo de abordagem de dados, a dissertação será dividida em duas grandes partes. A primeira buscará identificar que o bem-estar do consumidor é um princípio orientador do Direito da Concorrência, bem como a necessidade de repressão aos cartéis, sendo um efetivo meio de combate o Programa de Leniência e as ações de reparação de danos.

Ao passo que na segunda parte será realizada uma análise da legislação internacional, em especial as indenizações multiplicadas nos Estados Unidos da América, assim como um estudo sobre as regras para acesso a documentos oriundos dos Acordos de Leniência na União Europeia, tendo em vista a necessidade de proteção ao Programa de Leniência. Busca-se desenvolver uma proposta legislativa baseada na Resolução do CADE nº 21/2018, no sentido de inserir três novos parágrafos no artigo 86 da Lei nº 12.529/2011, com o objetivo de disciplinar o acesso a documentos provenientes de Acordos de Leniência no Brasil, a fim de harmonizar o *public enforcement* e o *private enforcement* no país.

Por fim, a técnica de pesquisa empregada será essencialmente bibliográfica, destacando-se também a coleta de jurisprudência de decisões administrativas e legislações do Brasil e de outras jurisdições pertinentes. Quanto à metodologia de interpretação, o material pesquisado será avaliado sob o viés sistemático e teleológico.

2 BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR COMO OBJETIVO DO DIREITO DA CONCORRENCIA

Neste capítulo analisa-se a Lei brasileira de defesa da concorrência, que inclui expressamente a defesa do consumidor e estabelece, no parágrafo único do artigo 1º, que a coletividade é a titular dos bens protegidos por essa lei. Verifica-se o quão danosos são os cartéis para os consumidores e quais os desafios para combatê-los.

2.1 REPRESSÃO A CARTÉIS

Uma das mais graves violações ao direito da concorrência, segundo a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), decorre das condutas realizadas pelos cartéis, que causam prejuízos seríssimos aos consumidores, pela elevação dos preços e redução da oferta, sem qualquer eficiência a ser distribuída com esses. Ainda, conforme a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), um dos fundamentais aspectos do direito antitruste deve ser a proibição dos cartéis ou acordos entre empresas concorrentes que impossibilitem a competição pela fixação de preços, divisão de mercados e tratamento indevido de empresas não participantes de cartel. Dessa forma, é necessário analisar as convergências entre o direito do consumidor e o direito da concorrência, bem como quais são as condições que facilitam a formação e manutenção de cartéis, a fim de combatê-los.

2.1.1 Convergências entre o direito do consumidor e o direito da concorrência

O constituinte dispôs, no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais, e entre eles está a defesa do consumidor. Além disso, o artigo 1º da Lei nº 12.529/2011¹⁰ expressamente refere a defesa do consumidor dentre os seus princípios orientadores e determina que a coletividade seja a titular dos interesses protegidos pela Lei Antitruste.

¹⁰ O artigo 1º dispõe: “Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.” BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2011.

Ao versar sobre a ordem econômica e financeira, a CF/88 tratou sobre os princípios que regem a atividade econômica. Dessa maneira, a Constituição, dentre todos os textos constitucionais brasileiros, foi a que se filiou ao sistema econômico caracterizado pela livre iniciativa, pelas leis de mercado e pela livre concorrência de modo mais franco¹¹.

Diante de todos os sentidos existentes para a expressão “ordem econômica”, será eleito o correspondente à parcela da ordem jurídica que regula os fatos econômicos. Na visão de Eros Roberto Grau¹², essa parcela é instrumento de implementação de políticas públicas e do exercício, por parte do Estado, de determinadas funções. O texto constitucional de 1988, com clareza, instituiu uma ordem jurídica voltada à transformação da sociedade¹³, criando um Estado que não é passivo¹⁴ frente à realidade econômica e social.

A Constituição Federal de 1988 filiou-se, por um lado, à economia de livre mercado, ao estabelecer que a ordem econômica obedeça aos princípios da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre concorrência (artigo 170, *caput*, incisos I e IV). Incluiu, por outro lado, os princípios protecionistas e de ordem social, notadamente, a dignidade da pessoa humana, a justiça social, a soberania nacional, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução de desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o favorecimento de empresas de pequeno porte (artigo 170, *caput*, e incisos I, III, V e VI a IX)¹⁵.

Do mesmo modo que garantiu o livre exercício de qualquer atividade econômica pela iniciativa privada (artigo 170, parágrafo único), possibilitou a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, apenas quando necessária à segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo (artigo 173), assim como conferiu expressamente ao Estado o papel de agente normativo regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (artigo 174)¹⁶.

Nesse sentido, as diretrizes econômicas do Estado brasileiro foram traçadas em consonância com os seus fundamentos e objetivos, descritos nos artigos 1º e 3º da CF/88, que

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da livre concorrência na Constituição Federal. *Revista de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 10, p. 190-204, 1995. p. 191.

¹² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 15, 21-22 e 60-67.

¹³ *Ibid.*, p. 217, 351-357.

¹⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1.

¹⁵ BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da concorrência e tributação: à luz do artigo 146-A da Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 32.

¹⁶ *Ibid.*, p. 33.

igualmente equilibram valores liberais com valores sociais¹⁷. A proteção do interesse do consumidor, a partir da garantia à livre concorrência entre os fornecedores, fundamenta a realidade jurídica, que é construída pelo chamado Direito Social, consolidando-se em um ambiente estruturado por critérios da justiça social e baseado na livre iniciativa¹⁸.

A regulamentação dos fatos econômicos é complexa na Constituição Federal brasileira. Por essa razão, é necessário ter muito cuidado e atenção ao interpretar e aplicar o seu texto, como salienta Eros Roberto Grau:

a constituição do Brasil há de ser interpretada de modo que do seu texto seja extraída a normatividade indispensável à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização; bem assim à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos; à afirmação da soberania, da cidadania e do valor social do trabalho, bem assim do valor social da livre iniciativa; à realização da justiça social¹⁹.

Uma das principais consequências da elevação à categoria de princípio constitucional da defesa da concorrência, ao lado da repressão ao abuso de poder econômico e da proteção do consumidor, é o fato de tais princípios demandarem a edição de legislações próprias para protegê-los e aumentarem a execução de políticas públicas que os concretizem²⁰.

A regra do artigo 5º, XXXII, da CF/88, atribui a obrigação de o Estado implementar políticas públicas de proteção do consumidor, havendo sido instituída a Política Nacional das Relações de Consumo, que possui como objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações do consumo (artigo 4º, CDC)²¹.

É inteiramente coerente que as políticas públicas sejam executadas de modo convergente. Ademais, por servirem como padrão hermenêutico para interpretação de regras de direito econômico, a livre iniciativa foi prevista na Constituição Federal de 1988 como um

¹⁷ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 90-92.

¹⁸ SCHMITT, Cristiano Heineck. A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência. *Revista dos Tribunais*: Doutrina Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 98, v. 880, p. 9-32, fev. 2009. p. 11.

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 355.

²⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 22.

²¹ *Ibid.*, p. 42.

princípio fundamental²² e como um dos fundamentos da ordem econômica²³, não sendo um valor absoluto. A CF/88 não estabeleceu de modo expreso o significado e os objetivos da livre concorrência. No entanto, nas palavras de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, “[...] oferece uma moldura que é alusão ao abuso do poder econômico, bem como pelo fato de prever outros princípios fundamentais, tais como liberdade de iniciativa e defesa do consumidor, com os quais a livre concorrência precisa ser harmonizada²⁴”.

Nos dias de hoje, o direito do consumidor efetiva a dignidade da pessoa humana na sociedade de consumo. Desse modo, a necessidade de proteção do consumidor decorre do reconhecimento de que essa proteção do consumidor é um direito fundamental, não somente pelo fato da determinação pelo legislador constituinte, mas sim tendo em vista o seu significado particular²⁵. Assim, a defesa do consumidor é um direito fundamental previsto no artigo 5º, XXXII, da CF/88²⁶, e um princípio conformador da ordem econômica, artigo 170, V, da CF/88²⁷.

Marcelo Schenk Duque afirma que “[...] a inclusão da proteção do consumidor na forma de um dever fundamental de proteção do Estado contribui, em larga medida, para informar o modo pelo qual pode ser encarado um direito fundamental sobre a perspectiva da teoria dos deveres de proteção”²⁸. De outro modo, afirma o autor que “[...] o direito de proteção ao consumidor se mostra como exemplo nítido do cumprimento de um dever de

²² “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

[...]

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]”. BRASIL. Constituição Federal de 1998. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988.

²³ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV – livre concorrência; [...]”. *Ibid.*

²⁴ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 31-34.

²⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 350.

²⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...]”. BRASIL. Constituição Federal de 1998. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988.

²⁷ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V – defesa do consumidor; [...]”. *Ibid.*

²⁸ DUQUE, *op. cit.*, p. 405.

proteção jurídico-fundamental”²⁹. A CF/88 dispõe que o Estado deve propiciar a defesa do consumidor na forma da lei, cabendo ao legislador promover essa proteção, a qual ocorre através do Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e demais disposições legislativas³⁰.

Também, para Andressa Schneider³¹, a defesa do consumidor se refere à defesa da pessoa humana em uma condição de vulnerabilidade, ou seja, em uma conjuntura em que a pessoa é consumidora, e que a concorrência apresenta uma função relevante como instituição jurídica que autoriza a realização da defesa do consumidor em sentido *lato*. Dessa forma, a concorrência assegura a perfectibilização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a livre concorrência é um princípio em diálogo constante com o princípio da defesa do consumidor e que tem a capacidade de assistir na recuperação do sentido da “dignidade da pessoa humana” que o *status* de vulnerabilidade próprio do consumidor é capaz de comprometer e que o direito do consumidor tem o objetivo de assegurar³².

Em sede de União Europeia, Augusto Jaeger Junior³³ ensina que o benefício ao consumidor é o objetivo final do Direito da Concorrência. Andressa Schneider refere a existência de uma proteção direta do consumidor pela Lei Antitruste brasileira, a qual sucede no âmbito:

[...] (i) da autorização de determinados atos de concentração econômica que apresentem efeitos anticoncorrenciais, passíveis de legitimação contanto que exista o repasse de parte substancial dos benefícios decorrentes (do ato) aos consumidores, o que significa que o interesse do consumidor é priorizado em comparação ao da coletividade, pois a concorrência pode ser até mesmo “restringida” se isso implicar recebimento de determinados “benefícios” pelo consumidor, conforme estipula o art. 88, § 6º, da Lei n. 12.529/2011, e, finalmente, (ii) da prática de infrações da ordem econômica.

Na primeira hipótese, em que o consumidor e o sujeito “beneficiário” de parte relevante dos benefícios decorrentes de uma concentração autorizada pelo CADE, nos termos do art. 88, § 6º, há uma proteção concorrencial direta do consumidor, pela presença de interesses seus. Já na segunda hipótese, em que o consumidor e o sujeito “prejudicado” por uma infração da ordem econômica (art. 36), há uma

²⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição* Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 405.

³⁰ *Ibid.*, p. 405.

³¹ SHNEIDER, Andressa. *Do direito da concorrência ao direito à concorrência*: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor. Justiça Federal. Serie Monografia do CEJ, v. 29. Brasília, dezembro de 2017. p. 157.

³² *Ibid.*, p. 157.

³³ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência da União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006. p. 248.

proteção concorrencial direta do consumidor, pela presença de interesses (e direitos) seus, se, de uma infração da ordem econômica, resultar-lhe prejuízo³⁴.

Nas palavras de Arthur Badin:

não obstante sejam verso e reverso de uma mesma política que visa, em última instância, o bem-estar dos consumidores os dois microssistemas foram, no Brasil, tradicionalmente mantidos incomunicáveis pelas doutrinas antitruste e consumerista, o que acabou levando a uma recíproca incompreensão de parte a parte, dos princípios e racionalidade que os informam³⁵.

As duas legislações possuem princípios que podem ser chamados de comuns, como a ideia primordial de que o sistema de mercado se fundamenta pela sua capacidade de gerar mais e melhores bens de consumo, “eficiência alocativa”, assim como por proporcionar uma mais adequada distribuição da riqueza, a “eficiência distributiva”³⁶.

No que pertine à definição de consumidor pelo Código de Defesa do Consumidor, a mesma ocorre em quatro diferentes artigos (artigo 2º, *caput* e parágrafo único, artigos 17 e 29 do CDC)³⁷, o que demonstra a dificuldade inicial do sistema do CDC, justamente pela definição do sujeito a proteger³⁸. Já na Lei Antitruste, não há conceito de consumidor. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer³⁹ afirma que, na maioria dos casos, o CADE não mostra preocupação com a definição, havendo algumas exceções.

Com efeito, uma definição unificada de consumidor é requisito de grande importância para a harmonização das legislações de defesa da concorrência e de proteção do consumidor, pois é essencialmente a partir dele que o intérprete poderá definir o mercado relevante, identificar a existência de infrações à ordem econômica e legitimar atos de concentração⁴⁰.

³⁴ SHNEIDER, Andressa. *Do direito da concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor*. Justiça Federal. Serie Monografia do CEJ, v. 29. Brasília, dezembro de 2017. p. 197.

³⁵ BADIN, Arthur Sanchez. Venda casada: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: IOB, CADE, n. 05, p. 49-86, jan./mar. 2005. p. 51.

³⁶ GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *A livre concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, FUMEC, 2003. p. 94.

³⁷ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Rescoe. *Manual do direito do consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 102.

³⁸ *Ibid.*, p. 102.

³⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 67.

⁴⁰ CARPENA, Heloísa. *Consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 271.

Além disso, é necessário ter em mente quem teria o direito a interpor ação de reparação de danos com base no artigo 81⁴¹ do CDC.

Não existe uma definição única de consumidor no CDC. O artigo 2º estabelece que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire produto ou serviço como destinatário final”⁴². Com relação ao destinatário final, não especifica se pode ser no bojo de uma atividade econômica. Decorrente disso formam-se três teorias sobre esse conceito.

Para a teoria finalista, destinatário final é o *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, que pode ser tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa física. De acordo com essa interpretação *teleológica*, é preciso ser destinatário final econômico do bem, não o comprar para revenda, não o comprar para uso profissional, uma vez que o bem seria outra vez um instrumento de produção e o preço seria acrescentado no preço final do profissional que o adquiriu. Essa interpretação delimita o consumidor como aquele que adquire (utiliza) um produto para proveito próprio e de sua família, visto que o fim do CDC é tutelar de modo especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável⁴³. Portanto, consumidor é aquele que usa o produto ou serviço para proveito próprio ou familiar, pois o fim do CDC é de tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.

Na teoria maximalista, o destinatário final fático do produto ou do serviço seria o consumidor que o retira do mercado e o consome, ainda que no bojo de uma atividade produtiva. Não poderia se enquadrar aquele que adquire um produto como insumo e depois revende, pois esse seria fornecedor, conforme o artigo 3º do CDC⁴⁴.

Por fim, para a teoria finalista aprofundada é possível se reconhecer a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional e ampliar a aplicação do CDC nos casos nos quais em um polo está o fornecedor e no outro um empresário que contrata em condições de vulnerabilidade, um dos princípios que norteiam a relação de consumo. Importante salientar que, nesse caso, o empresário adquire um produto ou serviço de forma instrumental, ou seja, não diretamente conexo à sua atividade empresarial e revela-se no caso concreto vulnerável⁴⁵.

⁴¹ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.” BRASIL. Lei nº 80.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990.

⁴² *Ibid.*

⁴³ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Rescoe. *Manual do direito do consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 103-104.

⁴⁴ BRASIL. *Op. cit.*

⁴⁵ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 58.

Há três normas do CDC que tratam da definição dos consumidores equiparados, os quais podem ser divididos nas seguintes espécies: coletividade de pessoas (artigo 2º, parágrafo único), tendo como exemplo cartéis; as vítimas do evento danoso (artigo 17), exemplo: casas atingidas por acidente aéreo; e o consumidor que sofre práticas comerciais abusivas (artigo 29), exemplo: concorrência desleal.

Tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Lei de Defesa da Concorrência estabelecem um rol de condutas exemplificativas que podem gerar prejuízos aos consumidores e ao mercado, as quais são capituladas como ilícitas. Essas condutas são denominadas, no artigo 39 do CDC, de *práticas abusivas*, e, na Lei de Concorrência, de *infrações à ordem econômica*, artigo 36 da Lei Antitruste⁴⁶.

O CDC, no seu artigo 39, X, prescreve, dentre as práticas abusivas, “[...] elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços”⁴⁷. Outra previsão legal sobre o tema é o artigo 36, § 3º, I, da Lei nº 12.529/2011, o qual estabelece ser infração contra a ordem econômica a conduta de

[...] acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública [...]”⁴⁸.

Segundo Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer⁴⁹, para que se verifique a prática abusiva é necessário que haja uma conduta desconforme à lei que tenha sido cometida no âmbito de uma relação de consumo, permitindo indevida vantagem ao fornecedor, sem que seja essencial a materialização de um dano ao consumidor e sem a ocorrência de efeitos limitadores da concorrência.

Já no âmbito das infrações contra a ordem econômica não basta a demonstração da prática de uma determinada conduta para concluir pela ocorrência de infração contra a ordem

⁴⁶ CRAVO, Daniela Copetti. *Concorrência e consumidor: dúplice capitulação da venda casada*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 95.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 80.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990.

⁴⁸ *Id.* Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2011.

⁴⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 192.

econômica. O cerne da prescrição do artigo 36, *caput*, da Lei Antitruste, é a capacidade de a conduta produzir os impactos elencados nos seus incisos, que seguem transcritos abaixo:

- [...] 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 dominante⁵⁰.

Cumpre explicar que a lei não determina a produção de efeitos concretos para caracterizar uma infração contra a ordem econômica, sendo possível a configuração de infração se a potencialidade de geração de tais efeitos estiver presente. Salienta-se também a necessidade de comprovar que a empresa investigada possui poder de mercado.

Sobre o tema, Roberto Domingos Taufick⁵¹ entende que o critério concreto simboliza a verificação empírica de que um agente é capaz de alterar unilateral, ou coordenadamente, as condições de mercado. Trata-se da efetiva aplicação da definição de poder de mercado, que significa a capacidade de influenciar o comportamento do mercado. E segue: “[...] caso determinado agente tenha baixa participação de mercado, mas consiga influir no comportamento do mercado pelo exercício da sua atividade econômica, constata-se que ele detém, sim, poder de mercado”⁵².

Para Heloisa Carpena⁵³, toda empresa tem poder econômico, não sendo esse suficiente para ensejar medidas de proteção da concorrência. O que pode representar uma ameaça à concorrência e, conseqüentemente, assume relevância para o Direito Econômico é a chamada posição dominante, a seguir definida:

a posição dominante pressupõe considerável poder econômico e atribui ao seu detentor relativa liberdade de agir na fixação de preços e quantidades produzidas. Apenas o monopolista exercerá esse poder amplamente, agindo de forma independente para determinar o preço praticado no mercado. Toda a empresa atuante no mercado tem poder econômico, mas nem sempre terá a posição dominante, que a torna capaz de provocar significativos efeitos no estabelecimento do preço do produto ou do serviço⁵⁴.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2011.

⁵¹ TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 244-245.

⁵² *Ibid.*, p. 245.

⁵³ CARPENA, Heloísa. *Consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 73.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 73-74.

Já para Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer⁵⁵, a lei brasileira adota com mesmo sentido de poder de mercado a concepção de posição dominante. A definição legal de posição dominante no Brasil é estabelecida pelo § 2º do artigo 36, *caput*, da Lei nº 12.529/2011. Destarte, há posição dominante caso a empresa exerça controle de uma fração considerável do mercado, estabelecendo-se uma presunção relativa quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) do mercado relevante. Esse percentual pode ser modificado pelo CADE para setores específicos da economia⁵⁶.

Paula Forgioni⁵⁷ destaca que, no Brasil, a repressão ao abuso de poder econômico depende de um exame de razoabilidade do ato alegado abusivo, podendo esse ser justificado pelos benefícios sociais alcançados. A existência de estruturas concentradas de mercado (monopólios, duopólios e oligopólios), *per se*, não seria ilegal do ponto de vista antitruste.

Os critérios para o delineamento da razoabilidade da conduta são fornecidos, em primeiro lugar, pelos princípios constitucionais estudados inicialmente, sobretudo a repressão ao abuso do poder econômico, a livre concorrência e a defesa do consumidor. Em segundo lugar, pelo artigo 36, § 1º⁵⁸, da Lei nº 12.529/2011, o qual estabelece que a conquista de mercado resultante de processo natural, fundado na maior eficiência do agente econômico não caracteriza o ilícito dominação de mercado. Em terceiro lugar, importante citar o artigo 88, § 6º⁵⁹, da Lei nº 12.529/2011, que prescreve as seguintes condições para a aprovação de um ato de concentração: eficiências compensatórias, repartição dos benefícios com os consumidores e ausência de meio menos restritivo à concorrência para atingir os objetivos pretendidos⁶⁰.

⁵⁵ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 192.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 223.

⁵⁷ FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 193.

⁵⁸ “[...] § 1º. A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.” BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2011.

⁵⁹ “[...] § 6º. Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I – cumuladamente ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
c) propiciar eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.” *Ibid.*

⁶⁰ PFEIFFER, *op. cit.*, p. 228.

O juízo de razoabilidade conduz à infração antitruste a um tipo extremamente aberto, ao passo que os tipos do CDC são menos abertos. Uma mesma conduta é capaz de ser capitulada como infração contra a ordem econômica e como prática abusiva, na hipótese de os pressupostos específicos de cada uma estarem presentes, sem incorrer em *bis in idem*. Portanto, certos atos configuram, simultaneamente, práticas abusivas, punidas pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, e infrações contra a ordem econômica, sancionadas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Com efeito, os requisitos de configuração de cartéis como ilícito concorrencial e como prática abusiva são essencialmente distintos. Nessa circunstância não se verifica *bis in idem*, porquanto as normas que tipificam prática abusiva, artigo 39 do CDC⁶¹, e infração contra a ordem econômica, artigo 36 da Lei nº 12.529/2011⁶², são diversas, bem como são distintas as esferas jurídicas compreendidas, ou seja, de um lado há lesão ao consumidor e de outro a estrutura concorrencial, não havendo identidade de fundamentos⁶³.

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer complementa:

A conclusão de que não há *bis in idem* nas hipóteses de dupla capitulação de uma mesma conduta é reforçada pela existência de distintas autoridades competentes: as práticas abusivas são sancionadas pelos órgãos pertencentes ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), ao passo que as sanções contra ordem econômica são aplicadas pelos órgãos pertencentes ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)⁶⁴.

Assim, em algumas ocasiões as duas esferas podem ser provocadas para coibir uma mesma conduta, que viola direitos inerentes aos consumidores e impacta o direito da concorrência. Em contrapartida, em outras situações apenas uma das esferas será capaz de ser acionada. Determinadas condutas que afetam os consumidores sem impactar a concorrência não representam uma infração contra a ordem econômica.

A Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (Senacon/MJ) e o CADE retomaram a cooperação técnica entre os órgãos em 14 de maio de 2018. O objetivo dos dois órgãos é realizar a atuação integrada entre seus membros, além de realizar a troca de informações e promover ações conjuntas que garantam a efetiva proteção do consumidor e o fortalecimento da concorrência.

⁶¹ BRASIL. Lei nº 80.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990.

⁶² *Id.* Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2011.

⁶³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 236.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 242.

O objetivo do acordo é fomentar a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, a partir dos princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Também, o CADE e o Senacon se comprometeram a trabalhar para a harmonização de entendimento das questões relativas ao papel de cada um dos órgãos no atendimento do interesse do consumidor.

Destarte, a concorrência exerce um papel fundamental em dois aspectos de suma importância para o bem-estar do consumidor: preço e liberdade de escolha. As injustificadas restrições à concorrência geram elevados prejuízos aos consumidores, tanto através do aumento do preço acima do equilíbrio competitivo, quanto pela restrição na abrangência de escolha.

2.1.2 Cartel: definição, características e casos práticos

O controle estrutural ocorre por meio da análise de atos de concentração econômica, que possui, segundo a doutrina, três espécies: horizontal, vertical e conglomerada.

A concentração horizontal é aquela que decorre de agentes econômicos que exercem uma mesma atividade. É, sem dúvida, a concentração que tem a capacidade de gerar maiores problemas à concorrência, uma vez que as empresas deixam de competir entre si. Nesse sentido, é a espécie que requer uma maior atenção das autoridades de defesa da concorrência, sendo mais passível de sofrer restrições parciais ou totais⁶⁵. Gesner Oliveira e João Grandino Rodas⁶⁶ referem que as práticas horizontais foram sempre consideradas de maior potencial de dano ao mercado do que as práticas verticais. Isso se deve ao fato de se tratarem de ações entre concorrentes que, como o nome sugere, devem predominantemente concorrer no mercado, e não cooperar em si.

Já a concentração conglomerada ocorre nos casos em que um determinado grupo empresarial inicia uma atividade que não executava e que não preserva qualquer relação vertical com a sua operação anterior. Desse modo, por intermédio de uma concentração estabelecida com uma empresa que atuava em mercado diverso, o grupo empresarial passa a desenvolver uma atividade econômica que não desempenhava até então. Verifica-se, nesses

⁶⁵ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 154.

⁶⁶ RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 53.

casos, a possibilidade de a concentração conglomerada possibilitar situações favoráveis a abusos de posição dominante, sobretudo preço predatório, subsídios cruzados e vendas casadas. Igualmente, a concentração conglomerada viabiliza a redução considerável da concorrência potencial.

Por sua vez, a concentração vertical traduz-se na reunião de empresas que operam em diferentes etapas de um determinado negócio econômico, tendo como exemplo uma empresa montadora de veículos que efetiva uma fusão com uma indústria especializada na fabricação de freios.

Segundo Ulrich Schwalbe⁶⁷, as empresas que atuam como organizadoras de cartéis, mas operam em um estágio diferente da cadeia de valor, não se qualificam como concorrentes e, portanto, são excluídas da leniência. Entretanto, tais estruturas verticais precisam ser levadas em conta. O Programa de Leniência do Reino Unido, que já o faz, afirma: “*where vertical behavior might be said to be facilitating horizontal cartel activity, leniency is available in principle, as a facilitator can be a party to the cartel activity and as a result be exposed to significant sanctions*”⁶⁸.

Quanto à lei brasileira, apesar de não ter previsão semelhante como veremos no próximo tópico, a mesma elegeu um campo extenso de controle estrutural, que engloba todas as categorias de concentração econômica. Por certo, é essencial se determinar um controle amplo, uma vez que o crescimento do poder econômico resultante da concentração de mercado pode impossibilitar a concorrência, facilitando o aumento de preços e a redução da qualidade e variedade de serviços e produtos.

Como referido anteriormente, as práticas mais danosas sempre foram as horizontais, em razão de concorrentes que deveriam disputar no mercado, acabam cooperando entre si, como ocorre nos cartéis. Dentre as condutas anticompetitivas exemplificadas no § 3º da Lei nº 12.529/2011, o inciso I prevê a prática de cartel, definida como acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes com o objetivo de fixar variáveis. Veja-se o teor do dispositivo:

⁶⁷ SCHWALBE, Ulrich. Leniency programmes and the structure of cartels – remarks from an economic perspective. In: HÜSCHEL RATH, Kai; SCHWEITZER, Heike (Ed.). *Public and private enforcement of competition law in Europe*. Mannheim, Germany: Zew Economics Studies, 2014. v. 48. p. 39-52. p. 51.

⁶⁸ Nos casos em que se pode dizer que o comportamento vertical está facilitando a atividade horizontal de cartel, a leniência está disponível, uma vez que um facilitador pode ser parte na atividade do cartel e, conseqüentemente, estar exposto a sanções significativas. [Tradução livre]. OFFICE OF FAIR TRADING. *Leniency and No-Action – OFT’s Guidance Note on the Handling of Applications*. 2008. Disponível em:

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

[...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I – acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; [...]⁶⁹.

O cartel pode ser definido, nas palavras de Calixto Salomão Filho⁷⁰, como um acordo entre competidores, com o objetivo de fixar em conjunto suas principais variáveis de atuação, como preços, quantidades, qualidade e/ou mercados de atuação. O cartel pode se dar de várias formas, como: restrição da produção, divisão de clientes e territórios, acordo de preços em licitações públicas, dentre outros. Por meio de cartel, os concorrentes buscam eliminar a competição entre si com o objetivo de fazer com que os preços e lucros no mercado atinjam patamares semelhantes aos que vigorariam em situação de monopólio. Ao invés de as empresas concorrerem entre si, estruturam as suas ações para atingirem lucros maiores em prejuízo aos consumidores, diminuindo o bem-estar dos mesmos⁷¹.

Dessa forma, a prática colusiva ocasiona um “sobrepço”, o qual produz uma sequência de danos diretos e indiretos na cadeia produtiva⁷². Os danos gerados pela prática ilegal do cartel podem ser resumidos em três categorias, conforme Gesner Oliveira e João Grandino Rodas:

danos aos consumidores diretos: este tipo de dano pode ser considerado como o principal prejuízo direto da formação de cartel, contabilizando perda de bem-estar dos consumidores diretos do produto cartelizado. Este prejuízo tem, principalmente, dois efeitos diretos: o aumento de preço *per se*, cuja perda de bem-estar é representada pelo valor do lucro do monopólio; e a redução na quantidade consumida do produto devido ao alto preço, cuja perda de bem-estar configura-se no valor do peso morto do mercado.

<<http://www.ofit.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/cartels/confess#named1>>. Acesso em: 10 dez. 2018. p. 70.

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2011.

⁷⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 262.

⁷¹ RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 56.

⁷² VAN DIJK, Theon e VERBOVEN, Frank. *Quantification of damages*. Three issues in competition law and policy (ABA Section of Antitrust Law 2008) (2010). Disponível em: <http://www.appliedantitrust.com/04_private_actions/damages/van_dijk_verboven_quantification2008.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2018.

Danos aos consumidores indiretos e/ou finais: este prejuízo ao mercado refere-se à parte do sobrepreço que seria repassada aos consumidores dos compradores diretos do cartel. A magnitude deste dano dependerá, principalmente, do peso do insumo cartelizado no processo produtivo do consumidor direto, ou da sensibilidade do consumo dos produtos finais produzidos em relação ao preço dos insumos cartelizados.

Danos aos fornecedores de cartéis: os fornecedores das empresas cartelizadas podem sofrer perda de vendas devido à retração de demanda dos membros do cartel, uma vez que a cobrança de maiores preços pode reduzir a quantidade ótima produzida pelos participantes do cartel⁷³.

Outra perda referida por Theon Van Dijk e Frank Verboven⁷⁴ (2010) diz respeito ao custo de se manter um cartel. Tal custo é representado, especialmente, através dos gastos extras para manter o lobby do cartel, tais como despesas para monitoramento, execução, reuniões, dentre outros. Esses recursos tendem a ser empregues em atividades improdutivas, desviando esforços que poderiam ser mais bem investidos, sob o enfoque de otimização social, para as atividades-fim dos agentes econômicos⁷⁵.

Em consequência dos diversos impactos gerados pela ocorrência de cartel, foram realizadas inúmeras pesquisas empíricas com o intuito de calcular o sobrepreço médio decorrente dos cartéis. Robert H. Lande e John Connor⁷⁶ são autores de um dos estudos mais reconhecidos, os quais investigaram estimativas de sobrepreço, atingindo uma enorme base de dados, relativos à prática de cartéis em 234 diferentes mercados, desde o século XVIII. A pesquisa constatou que os aumentos médios foram de 31 a 49% e os sobrepreços medianos de 22% e 25% maiores.

Tais estudos são capazes de esclarecer os motivos pelos quais a prática de cartel é vedada em diversos ordenamentos jurídicos e fundamentam a preocupação das autoridades concorrenciais na repressão dos mesmos. Cumpre destacar não ser possível a simples constatação da existência de acordo entre as empresas concorrentes, devendo ser comprovada a potencialidade de ocasionar efeitos anticompetitivos previstos na lei⁷⁷.

⁷³ RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 69.

⁷⁴ VAN DIJK, Theon e VERBOVEN, Frank. *Quantification of damages*. Three issues in competition law and policy (ABA Section of Antitrust Law 2008) (2010). Disponível em: <http://www.appliedantitrust.com/04_private_actions/damages/van_dijk_verboven_quantification2008.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2018.

⁷⁵ RODAS; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 71.

⁷⁶ LANDE, Robert H. e CONNOR, John M. *Cartel overcharges and optimal cartel fines*. November, 12, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1029755>. Acesso em: 19 nov. 2018.

⁷⁷ CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016. p. 35.

A configuração da prática de cartel pressupõe, simultaneamente, a presença de duas condições: (i) existência de acordo, expresso ou tácito, entre concorrentes, com a finalidade de dominação do mercado; e (ii) a capacidade de o acordo acarretar os efeitos anticompetitivos pretendidos, a depender do poder advindo do grupo de agentes em virtude das condições estruturais do mercado⁷⁸.

Ana Paula Martinez⁷⁹ ensina que a diferenciação mais básica entre cartéis é em relação à variável comercialmente sensível objeto da conduta. Consoante esse critério, os cartéis podem ser classificados em cartéis de preços/quantidades⁸⁰ e cartéis de alocação de mercado ou grupo de clientes, conhecidos como *market-allocation* e *market sharing*.

Os cartéis se diferenciam também em clássicos (*hard-core*) e difusos (*soft*). Os cartéis clássicos são provenientes de um acordo entre competidores para fixar as principais variáveis de atuação, como preços, fraude a licitações, estabelecimento de restrições na produção ou quotas, ou dividir mercado por meio de alocação de clientes, fornecedores, territórios ou linhas de comércio. Já os cartéis difusos compreendem a simples troca de informações comercialmente sensíveis entre os concorrentes, com o objetivo similar ao do cartel clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado.

Além da diferenciação entre cartéis compreendendo variáveis comercialmente sensíveis (preço/quantidade e cartéis de alocação de mercado ou grupos de clientes) e entre cartéis difusos ou clássicos, existem ainda quatro formas de classificação dos cartéis; vejamos: (i) explícitos ou tácitos; (ii) nacionais ou internacionais; (iii) cartéis de compra ou de venda; e (iv) cartéis de importação ou de exportação.

Em um mercado formado por um número reduzido de empresas responsáveis pela maior parte da oferta vislumbra-se o oligopólio. A existência de elevada independência entre os agentes econômicos é uma das características relevantes do oligopólio. Essas características, reduzido número de empresa e elevada interdependência entre os agentes, resultam no mercado oligopolista. É correto admitir que um pequeno número de empresas é mais propenso a formar um cartel do que um mercado com diversos agentes competindo entre si.

⁷⁸ CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016. p. 48.

⁷⁹ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013. p. 42.

⁸⁰ FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 330.

Além do número de empresas no mercado relevante, o grau de concentração da produção e outros fatores tornam mais provável a ocorrência de cartéis, como descrevem Gesner Oliveira e João Grandino Rodas:

- a homogeneidade do produto permite uma avaliação acurada do diferencial de preços entre as empresas;
- fases mais maduras do ciclo do produto tornam inovações menos frequentes mantendo estável a tecnologia e os custos;
- condição de demanda estável;
- inelasticidade da demanda reflete o menor leque de alternativas para o consumidor, elevando o poder de mercado;
- restrições verticais permitem controle sobre aquisição de insumos e sobre a rede de distribuidores, facilitando a coordenação entre os membros do cartel;
- a ocorrência de licitações frequentes induz a um processo de aprendizado das políticas de preços dos concorrentes;
- elevadas barreiras à entrada impedem a atração de entrantes em busca dos lucros extraordinários do cartel⁸¹.

A comprovação de um ou mais fatores acima não é satisfatória para a constatação da ocorrência de um cartel, sendo apenas circunstâncias facilitadoras. Desse modo, as condições acima não são as únicas indicadas pela literatura econômica, havendo outras que facilitam a formação e manutenção de cartéis. Além disso, a ausência de alguns dos fatores demonstrados como propensos à formação de cartéis não significa que o mercado em questão não será cartelizado.

Portanto, a probabilidade de formação e estabilidade de um cartel depende dos seguintes fatores principais: tipo de produto, estruturas de custo das empresas, número de empresas no mercado, dificuldade de detectar a traição ao acordo e predisposição de adaptação às modificações nas condições do mercado⁸².

Outro indício que demanda cuidado dos órgãos antitrustes são os preços uniformes. Os preços podem ser uniformes, por exemplo, por uma decisão da empresa em seguir os preços da líder de mercado sem que haja combinação. De todo modo, é natural que as autoridades antitrustes examinem uma série de indícios, como evolução dos preços, as participações no mercado, informações sobre produção, estoque, capacidade ociosa, dentre outras características. Importante mencionar a existência de cooperações lícitas, como, por exemplo,

⁸¹ RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 56.

⁸² *Ibid.*, p. 57.

um acordo entre competidores sobre padrões técnicos para atender em escala global ou dados compartilhados para investigar o desempenho de um setor, a fim de diminuir o custo unitário do produto.

Os integrantes de um cartel não documentam ou formalizam o acordo, em razão da ilicitude da conduta, dificultando o alcance das provas pela autoridade concorrencial. A fim de superar essas barreiras, a jurisprudência do CADE consolidou o posicionamento de que não são indispensáveis provas diretas da presença de acordo entre os competidores para que se comprove o ato ilícito, sendo razoável a existência de indícios da prática de cartel⁸³.

Esse entendimento prevaleceu na primeira condenação pelo CADE, em que se define, como uma das provas do cartel, a sincronização e a similaridade de reajustes de preços na prática de cartel sobre aços planos. As provas obtidas pelo CADE geravam indícios de que, respaldado na teoria econômica, seria possível constatar a conduta ilegal dos agentes. O paralelismo de conduta entre os competidores constitui uma das evidências mais comuns dos agentes cartelizados, como, por exemplo, mudança de preços em datas aproximadas e em graus semelhantes. O Conselheiro Ruy Santacruz constatou que “[...] a maior parte da prova colhida nos processos do CADE pauta-se em indícios que, analisados à luz da teoria econômica, fazem concluir pela existência de uma conduta restritiva da concorrência”⁸⁴.

Ruy Santacruz demonstra como se trabalhou nesse ponto para o caso do cartel das siderúrgicas em aços planos:

[...] após mais de um ano sem alterar seus preços, as Representadas emitiram nos dias 17/07/96 (CSN) e 22/07/96 (Usiminas e Cosipa), comunicados circulares para seus clientes informando reajustes de preços, em percentuais próximos, para entrar em vigor em 01/08/96. Os reajustes anunciados foram praticados no dia 01/08/96 pela CSN e nos dias 05 e 08/08/96 pela Cosipa e Usiminas, respectivamente⁸⁵.

Entretanto, a similaridade e proximidade dos reajustes e a uniformidade de preços não são consideradas pelo CADE como elementos que, por si sós, constituem provas definitivas do cartel, principalmente tendo em vista que essas características também podem ser provenientes de um processo concorrencial. Já a constatação de reuniões em que se discutiram reajustes e logo após a verificação da ocorrência de reajustes similares e próximos entre as

⁸³ CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016. p. 52.

⁸⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08000.015337/1997-48*. Conselheiro Relator Ruy Santacruz, julgado em 27.10.1999.

⁸⁵ *Ibid.*

empresas que se reuniram corrobora a tese de cartel em desvantagem à tese da possibilidade de movimento competitivo normal⁸⁶.

Apesar de, em algumas circunstâncias, o paralelismo de conduta ser consequência de um cartel, em outras situações essa conduta pode ser resultante do comportamento racional e legítimo dos agentes. O paralelismo de preços pode ser apenas consequência da competitividade do mercado, no qual os preços são estabelecidos pela lei da oferta e demanda. Destarte, o CADE consolidou sua jurisprudência, concluindo que não basta apenas a constatação do paralelismo; são necessários indícios extras para a condenação da conduta ilegal, chamados *plus factors*⁸⁷.

Esse tratamento é denominado como teoria do *paralelismo plus*, utilizada nos julgamentos envolvendo cartéis nos Estados Unidos da América. Um dos *plus factors* considerados pela jurisprudência norte-americana diz respeito à apuração de reuniões e comunicações entre os competidores em datas aproximadas às variações de preços.

Na jurisprudência do CADE, os casos mais conhecidos em que a condenação dos agentes se baseou no raciocínio do *paralelismo plus* foram: os segmentos de aços planos (1999)⁸⁸, aviação (2004)⁸⁹ e frigoríficos (2008)⁹⁰. Nesses julgados, o CADE condenou a ilicitude do ato de acordo com o paralelismo de conduta entre as empresas através de reajustes similares de preços nos mesmos períodos em conjunto com outros elementos, ainda que sem a prova direta do acordo. Alguns desses elementos foram: reuniões próximas da data dos reajustes e pesquisa de mercado demonstrando que não haveria razões para o paralelismo que descaracterizasse a formação de cartel⁹¹.

Percebe-se ser possível a condenação baseada em indícios da existência de cartel como ocorre no âmbito penal. Na esfera criminal, a condenação sustentada por indícios pressupõe a presença de uma variedade de indícios graves e interligados que indiquem o mesmo caminho

⁸⁶ MATOS, César Costa Alves de. Introdução à teoria econômica dos cartéis. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor (Coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 245-290. p. 284.

⁸⁷ CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016. p. 52-54.

⁸⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08000.015337/1997-48*. Conselheiro Relator Ruy Santacruz, julgado em 27.10.1999.

⁸⁹ *Id.* Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08012.002493/2005-16*. Conselheiro Relator Thompson Andrade, julgado em 15.09.2004.

⁹⁰ *Ibid.* Conselheiro Relator Luís Fernando Schuartz, julgado em 30.01.2008.

⁹¹ CASELTA, *op. cit.*, p. 54-55.

e descartem outro prognóstico em favor do réu. Nesse mesmo sentido devem ser pautadas as decisões do CADE.

Entretanto, diante do trabalho exitoso das autoridades antitruste objetivando a repressão dos cartéis, verifica-se, mais recentemente, em muitos casos, a obtenção de prova direta do acordo entre os competidores, sem que seja necessário utilizar-se de indícios. Segundo Daniel Costa Caselta⁹², as provas que são importantes para o CADE são as atas de reuniões, transcrições de conversas telefônicas, depoimentos de testemunhas e de signatários dos Acordos de Leniência, arquivos físicos e eletrônicos das empresas, dentre outras.

Alguns dos processos mais relevantes em que houve condenação com base em prova direta julgados pelo CADE foram⁹³:

- i) combustíveis de Florianópolis (2002)⁹⁴: o primeiro caso em que o CADE condenou os representados – revendedores de combustíveis no Município de Florianópolis – SC – baseado em provas emprestadas oriundas de interceptação telefônica realizada na esfera penal. No que pertine à alegação de que as gravações e escutas telefônicas seriam provas ilícitas, a Procuradoria destacou que as escutas haviam sido autorizadas pelo Ministério Público, no contexto da investigação criminal e da instrução processual penal, sendo assim, meios de prova lícitos, segundo o Conselheiro Relator. Quanto às provas obtidas por meio de interceptação telefônica, pelo princípio da preservação da fé pública dos atos dos agentes governamentais, deveriam ser consideradas válidas⁹⁵;
- ii) pedra britada (2005)⁹⁶: processo administrativo que investigou a formação de cartel no mercado relevante de pedra britada na região metropolitana de São Paulo – SP, tendo sido o primeiro caso em que o CADE condenou os representados com base em provas obtidas mediante busca e apreensão autorizada com fundamento no artigo 35-A da Lei nº 8.884/1994. A SDE recebeu denúncia anônima de formação de cartel por 17 (dezessete) pedreiras no Estado de São Paulo, as quais

⁹² CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016. p. 56-58.

⁹³ *Ibid.*, p. 56-58.

⁹⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08012.002299/2000-18*. Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo, julgado em 07.03.2002.

⁹⁵ RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 431.

⁹⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08012.002127/02-14*. Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme Prado, julgado em 13.07.2005.

- iii) se encontravam diariamente no Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (Sindipedras) com o objetivo de partilhar mercado, fixar preços e aumentar lucros. Em seu parecer, a SDE declarou que, através da análise dos documentos apreendidos, seria possível afirmar que teria ocorrido acordo para direcionar as vendas de britas, por meio de repartição artificial do mercado e recusa de venda⁹⁷;
- iv) vigilantes (2007)⁹⁸: processo administrativo que investigou a formação de cartel entre empresas de vigilância privada no Estado do Rio Grande do Sul, tendo sido a primeira condenação do CADE amparada em provas fornecidas por beneficiário do Acordo de Leniência. A procuradoria do CADE concluiu que havia elementos necessários para a caracterização de prática de cartel em processos licitatórios existindo acordo entre concorrentes comprovado por meio de gravações e outras provas constantes dos autos. Além disso, percebiam-se características estruturais no mercado de licitações públicas no Estado do Rio Grande do Sul que possibilitariam essa coordenação⁹⁹;
- v) extração de areia (2008)¹⁰⁰: o CADE concluiu pela formação de cartel entre empresas atuantes no mercado de extração de areia em Porto Alegre – RS, baseado em provas emprestadas obtidas mediante busca e apreensão realizada na esfera criminal;
- vi) frete aéreo (2013)¹⁰¹: processo administrativo que investigou a cobrança coordenada de adicional de combustível por empresas prestadoras de serviços de frete aéreo para o exterior, tendo o CADE condenado os representados com base em informações obtidas em Acordo de Leniência e busca e apreensão;
- vii) mangueiras marítimas (2015)¹⁰²: o CADE condenou empresas fornecedoras de mangueiras marítimas, a partir de evidências oriundas de Acordo de Leniência e

⁹⁷ RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 438-441.

⁹⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10*. Conselheiro Relator Abraham Benzaquen Sicsú, julgado em 19.09.2007.

⁹⁹ RODAS; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 448-449.

¹⁰⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08011000283/2006-66*. Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo, julgado em 17.12.2008.

¹⁰¹ *Id.* Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08012.011027/2006-02*. Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz, julgado em 28.08.2013.

¹⁰² *Id.* Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08012.010932/2007-18*. Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25.02.2015.

em documentos obtidos em operações de busca e apreensão. Segundo Amanda Athayde, o Conselheiro Relator, quando do julgamento, “[...] afastou as preliminares de confidencialidade suscitadas pelas representadas e buscou ponderar a disponibilização de informações e documentos de leniência e de TCCs *versus* o fomento às ações privadas de reparação por danos concorrenciais”¹⁰³. Ainda referindo o voto do Conselheiro Relator, destacou que “[...] determinados documentos não usados como base para a acusação deveriam ser mantidos confidenciais após o julgamento, por versarem sobre segredos de empresa, como especificações técnicas de produto”¹⁰⁴;

viii) compressores (2016)¹⁰⁵: o CADE concluiu pela existência de cartel no mercado internacional de compressores herméticos para refrigeração, tendo baseado a decisão condenatória em evidências obtidas por meio de Acordo de Leniência e Termo de Compromisso de Cessação, bem como em operações de Busca e Apreensão realizadas no Brasil, Estados Unidos e Europa em colaboração com autoridades concorrenciais estrangeiras.

Verifica-se a enorme dificuldade para as autoridades da concorrência demonstrarem e condenarem um cartel. Averigua-se uma série de evidências que podem apontar a combinação entre os competidores, variáveis econômicas que não possam ser fundamentadas de outro modo que não seja pelo acordo artificial entre os membros do cartel. Contudo, as autoridades possuem a instabilidade da estrutura dos cartéis. Esse fenômeno pode ser explicado através do jogo do cartel, que consiste na versão dilema dos prisioneiros.

Gary S. Becker¹⁰⁶ introduziu o estudo sistemático da matéria na década de 1960, sendo o primeiro autor a demonstrar os incentivos que justificam um agente cometer infração à ordem econômica através do modelo comportamental. Por esse modelo é possível concluir que o agente decide praticar determinado ato ilícito, de forma racional, ao entender que os ganhos a serem usufruídos com o ato ilegal são maiores que as perdas prováveis em razão de eventuais penas cabíveis se a infração for desvendada.

¹⁰³ ATHAYDE, Amanda; FIDELIS, Andressa Lin. Discovery, leniência, TCC e persecução privada a cartéis: too much of a good thing? *Revista do IBRAC*, Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 89-115, 2016. p. 101.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 101.

¹⁰⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11*. Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 16.03.2016.

¹⁰⁶ BECKER, Gary S. Irrational behavior and economic theory. *The Journal of Political Economy*, Chicago: The University of Chicago Press, v. 70, n, 1, p. 1-13, Feb. 1962.

O modelo pode ser reproduzido da seguinte maneira:

o potencial infrator leva em conta os ganhos decorrentes da prática ao decidir sobre a conveniência de cometer determinado ato ilícito (G) e o prejuízo esperado em razão de eventual sanção, o qual corresponde ao prejuízo efetivamente incorrido caso a sanção seja aplicada (P) multiplicado pela probabilidade de que a infração seja descoberta (p). Desse modo, na hipótese de os ganhos serem superiores ao prejuízo esperado ($G > P \cdot p$), o agente irá cometer a infração. Caso os ganhos sejam inferiores ao prejuízo esperado ($G < P \cdot p$), ele não cometerá a infração¹⁰⁷.

Diante disso, a sanção (S) que pretenda coibir adequadamente a prática da infração deve corresponder ao benefício que o infrator espere obter com a prática, multiplicado pelo inverso da probabilidade de que a sanção seja de fato aplicada (ou seja, $S = P \cdot 1/p$). Por exemplo, caso o benefício esperado pelo agente ao cometer determinada infração seja de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e a probabilidade de que a infração seja descoberta seja de 1/3 (um terço), a sanção deve corresponder ao benefício esperado multiplicado por três, ou seja, R\$ 90.000,00 (noventa mil reais)¹⁰⁸.

Desse modo, se a punição for menor que R\$ 90.000,00, um agente racional concluirá que os ganhos potenciais decorrentes da conduta seriam maiores que o prejuízo esperado, motivando o agente a cometer a prática ilegal.

O cartel pode atrair empresas que pretendem gerar ganhos elevados e que podem burlar o acordo sem ser flagrado pelos demais participantes. Essa característica faz com que os cartéis tenham meios de controles específicos que podem ser empregados como meio de prova contra cartéis. A perspectiva de ganho pode ser demonstrada da seguinte forma:

$$E(C) = pM + (1-p)\pi$$

Onde:

E(C) é a esperança matemática do ganho associado à prática de cartel;

p é a probabilidade de a autoridade descobrir e punir o cartel; $0 < p < 1$.

M é a punição (na jurisdição brasileira normalmente sob forma de multa) se o cartel for deflagrado pela autoridade; $M < 0$.

π é o lucro extraordinário obtido com o cartel¹⁰⁹.

O objetivo da autoridade é tornar $E(C) \leq 0$, ou seja, tornar desinteressante a prática de cartel. Dessa forma, foram tomadas as seguintes medidas¹¹⁰: multas elevadas, tornando o M

¹⁰⁷ CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016. p. 71-72.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 71.

¹⁰⁹ RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 66.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 66.

fortemente negativo ($M \ll 0$); maiores poderes nas investigações, o que aumenta a probabilidade de condenação (p) e diminui a probabilidade de lucrar com o cartel ($1-p$); e a possibilidade de Acordo de Leniência para atenuar a pena do participante que colaborar com a investigação, aumentando o (p), além de causar um clima de desconfiança entre os participantes, tendo como resultado gastos maiores com controle e a possibilidade de mecanismos não cooperativos.

Dessa forma, uma parte fundamental na aplicação de multas é o efeito negativo sobre a reputação da empresa, segundo Kai Hüschelrath¹¹¹. Os efeitos indiretos desse dano podem ser multifacetados. Por exemplo, além de uma diminuição nas oportunidades de negócios, os clientes do setor público podem desconsiderar tal empresa em negociações futuras. Aliás, uma reputação prejudicada pode complicar o processo de contratação de funcionários de alto escalão e, portanto, afetar adversamente o desempenho futuro da empresa. Também, o pagamento de multas e danos significativos pode causar uma desvantagem competitiva devido à redução das possibilidades de realizar investimentos nas operações da empresa ou no setor de pesquisa e desenvolvimento. Dependendo da situação financeira geral da empresa e da situação competitiva no seu mercado, as desvantagens competitivas podem se tornar tão severas que a existência da empresa é colocada em risco, fortalecendo os efeitos negativos sobre a sua reputação e seu prestígio.

Diante desse cenário, as multas pela prática de infração à ordem econômica se elevaram com a edição da Lei nº 12.529/2011. Além disso, nos últimos anos, aumentaram os números das investigações e, portanto, o número de processos administrativos e decisões condenatórias pelo CADE. Por fim, as alterações legislativas facilitaram a celebração dos Acordos de Leniência, os quais têm sido uma medida eficaz para o combate aos cartéis.

2.2 DESCOBERTA DOS CARTÉIS

No Brasil, um importante aliado à repressão estatal para atuações anticompetitivas é o Acordo de Leniência, previsto na Lei Antitruste e no Regimento Interno do CADE. O Acordo de Leniência permite que um participante de cartel ou de outro comportamento anticoncorrencial coletivo denuncie a prática, confesse a participação, se comprometa a cessar

¹¹¹ HÜSCHEL RATH, Kai. Public Enforcement of anti cartel las – theory and empirical evidence. In: HÜSCHEL RATH, Kai; SCHWEITZER, Heike (Ed.). *Public and private enforcement of competition law in Europe*. Mannheim, Germany: Zew Economics Studies, 2014, v. 48. p. 9-35. p. 35.

a mesma e coopere com as investigações, apresentando informações e documentos relevantes para o detalhamento da conduta a ser investigada, para, em troca, receber imunidade administrativa e criminal, ou redução das penalidades aplicáveis. A leniência é considerada pelos sistemas concorrenciais mais avançados como a maior razão de elevação do número de cartéis identificados.

2.2.1 Programa de Leniência

O Comitê de Concorrência da OCDE¹¹² elaborou um estudo sobre danos causados por cartéis, baseado em pesquisas sobre casos conduzidos por países membros do Comitê, e concluiu que 16 (dezesesseis) casos de cartéis investigados entre 1996 e 2000 custaram mais de US\$ 55 bilhões a consumidores do mundo inteiro. Preços em mercados cartelizados estavam entre 10 (dez) a 20% (vinte por cento) maiores do que estariam se não existisse cartel. Em alguns casos, avaliou-se que o sobrepreço chegava a 50% (cinquenta por cento)¹¹³.

A empresa condenada pelo CADE por prática de cartel poderá pagar multa de 0,1 (zero vírgula um) a 20% (vinte por cento) do valor do seu faturamento, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, como prescreve o artigo 37¹¹⁴ da Lei Antitruste.

¹¹² ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS (OCDE). *Fighting hard core cartels: harm effective sanction and leniency programs*. 2002. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

¹¹³ ARAUJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições. In: MARTINEZ, Ana Paula (Org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012. p. 223-242. p. 224.

¹¹⁴ “Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:
I – no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, 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;
II – no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);
III – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.
§ 1º. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.
§ 2º. No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de

A prática de cartel se caracteriza por ser ilícito administrativo (artigo 36, §3º, I, da Lei nº 12.529/2011) e criminal (artigo 4º, II, da Lei nº 8.137/1990); portanto, a celebração do Acordo de Leniência confere aos signatários do acordo imunidade administrativa e criminal na hipótese de o CADE não ter conhecimento prévio da infração, ou a redução de um a dois terços das penalidades aplicáveis nos casos em que o CADE já tenha iniciado um procedimento administrativo para apurar a conduta denunciada¹¹⁵, conforme se verá a seguir.

Portanto, uma das efetivas formas de repressão aos cartéis é o Programa de Leniência, o qual, nas palavras de Ana Paula Martinez:

[...] é considerado um dos instrumentos de política pública mais efetivos na repressão a cartéis e tem sido incorporado em ordenamentos jurídicos por um número crescente de jurisdições – mais de 30 países já adotaram o instituto em seus ordenamentos, após sua concepção em 1978 pelos Estados Unidos. Entre os diferentes países, podemos diferenciar dois modelos principais: o dos Estados Unidos, que apenas garante benefícios ao primeiro delator, e o da Comissão Europeia, que acolhe em seu programa mais de um delator, concedendo imunidade para o primeiro e níveis decrescentes de desconto para os demais que decidam colaborar e por fim à prática¹¹⁶.

É necessário, primeiramente, elucidar a natureza terminológica, uma vez que comumente se verifica a utilização da palavra “leniente” para se referir ao signatário do Acordo de Leniência. Não se denomina “leniente” o infrator à ordem econômica, mas sim a União. Também não é certo tratar o signatário da leniência como “beneficiário” antes do cumprimento do acordo. O próprio § 12 do artigo 86 expõe a inadequação do uso indiscriminado da palavra “beneficiário”: “em caso de descumprimento do Acordo de Leniência, o beneficiário ficará impedido [...]”¹¹⁷.

Com efeito, caso o signatário não cumpra o Acordo, não poderá ser chamado de beneficiário, eis que não poderá usufruir das vantagens do Programa de Leniência. Antes do cumprimento do acordo, “signatário do Acordo de Leniência” é terminologia mais adequada, até que seja confirmado o cumprimento do mesmo pelo CADE¹¹⁸. Cabe ainda esclarecer que a expressão “delação premiada” é adequada para servir como gênero de todo instituto que

forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.” BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2011.

¹¹⁵ *Id.* Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Regimento Interno do Cade*. Março de 2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 16 maio 2018.

¹¹⁶ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013. p. 258.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 259.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 259-260.

garante benefícios para aquele que coopere de forma espontânea e eficaz com a investigação¹¹⁹.

O Programa de Leniência foi introduzido, no Brasil, com a edição da Medida Provisória nº 2.055-4/2000, que, posteriormente, foi convertida na Lei Federal nº 10.149/2000, a qual incluiu as alíneas “b” e “c” ao artigo da Lei de Defesa à Concorrência à época (Lei nº 8.884/1994). Em 8 de outubro de 2003, foi firmado o primeiro Acordo de Leniência no Brasil, pela então Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça¹²⁰, que culminou na data comemorativa do Dia Nacional de Combate a Cartéis, criado por Decreto Presidencial em 2008.

Atualmente, com a aprovação da nova Lei Antitruste (Lei nº 12.529/11), foi conferida uma nova redação ao instituto nos seus artigos 86¹²¹ e 87¹²² e artigos 237 a 251 do Regimento

¹¹⁹ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013. p. 259.

¹²⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10*, Conselheiro Relator Abraham Benzaquen Sicsu, julgado em 19.09.2007. Referido processo investigou suposto cartel de vigilância privada no Rio Grande do Sul.

¹²¹ “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 e que dessa colaboração resulte:

I – a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º. O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II – a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III – a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV – a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º. Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

§ 3º. O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º. Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I – decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II – nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência

§ 5º. Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

Interno do CADE de 12 de março de 2018¹²³. Os propósitos do Acordo de Leniência permanecem os mesmos: possibilidade de extinção da ação punitiva da administração pública ou redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável e desde que ocorra efetiva colaboração com as investigações, resultando: (i) na identificação dos demais envolvidos na infração e (ii) na obtenção de documentos que comprovem a materialidade da infração noticiada ou sob investigação. Os documentos apresentados podem ser provas diretas, tais como: cópia de e-mails, registros de contatos telefônicos, dentre outros, ou por indicação à autoridade do local em que essas provas podem ser obtidas, através de um mandado de busca e apreensão, por exemplo¹²⁴.

Ademais, conforme o artigo 86 da Lei nº 12.529/2011, o acordo apenas poderá ser celebrado caso preenchidos cumulativamente os seguintes requisitos: a) a empresa deve ser a primeira a se qualificar em relação à infração noticiada ou sob investigação; b) a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; c) a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e d) a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e

§ 6º. Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 7º. A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8º. Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9º. Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10º. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11º. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

§ 12º. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.” BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2011.

¹²² “Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 -Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.” *Ibid.*

¹²³ *Id.* Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Regimento Interno do Cade*. Março de 2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 16 maio 2018.

¹²⁴ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013. p. 265.

permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

As empresas que aderem aos Acordos de Leniência oferecem as provas de corroboração às autoridades do cartel a um custo imensamente menor do que se teria para se alcançar referidas provas com o emprego de diversificadas técnicas de investigação. Dessa forma, a leniência influencia positivamente a dissuasão da prática ao acrescentar um componente extra à insegurança própria aos cartéis¹²⁵.

Nos termos do § 2º do artigo 86, as pessoas físicas “[...] poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo”¹²⁶. Cabe ao Tribunal do CADE, ao verificar o cumprimento do mesmo, decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nos casos em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada.

O CADE celebra apenas um Acordo de Leniência por infração denunciada. Apesar de as imunidades administrativa e criminal poderem ser concedidas a um signatário, as demais empresas e/ou indivíduos que tiverem interesse em colaborar com as investigações poderão celebrar o Termo de Compromisso de Cessação – TCC com o CADE¹²⁷. Os TCCs proporcionarão às empresas e/ou indivíduos, a depender da ordem cronológica em que contatarem o CADE, maiores ou menores descontos na multa esperada em uma possível condenação (artigo 85 da Lei nº 12.529/2011). Além disso, o CADE poderá auxiliar o compromissário na interface com o Ministério Público, a fim de facilitar a negociação de um acordo de colaboração premiada¹²⁸.

Quanto aos Acordos de Leniência, na hipótese de a Superintendência-Geral do CADE já ter prévio conhecimento da infração, o CADE deverá reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, devendo considerar na gradação da pena o disposto no artigo 45 da Lei Antitruste¹²⁹, a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do

¹²⁵ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *Anti-cartel enforcement manual*. How to implement an effective leniency program. 2009. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/manual.aspx>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹²⁶ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2011.

¹²⁷ *Id.* Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Regimento Interno do Cade*. Março de 2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 16 maio 2018.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ “Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:
I – a gravidade da infração;

Acordo, conforme o artigo 86, § 4º, incisos I e II. Já o § 5º refere que a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior a menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas no caso do inciso I do artigo 37.

A Lei Antitruste prevê, no artigo 86, § 6º, que poderão ser estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração, os efeitos do Acordo de Leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

O Regimento Interno do CADE prevê que a proposta de leniência poderá ser apresentada de forma oral ou escrita. Nesses termos, vê-se o artigo 241¹³⁰ do Regimento Interno do CADE. Ainda, cumpre destacar os procedimentos da proposta oral e escrita respetivamente, conforme artigos 242 e 243 do Regimento Interno do CADE:

Art. 242. A proposta oral dar-se-á em reunião sigilosa e observará o seguinte procedimento:

I. o proponente descreverá sua qualificação completa e detalhará a infração noticiada, incluindo a identificação dos outros autores da infração, a área geográfica e produtos ou serviços afetados e a duração estimada da infração noticiada, além de uma descrição das informações e documentos que serão apresentados por ocasião da assinatura do acordo de leniência;

II. o proponente informará também sobre outras propostas de acordo de leniência sobre a mesma prática apresentadas em outras jurisdições, desde que não haja vedação para tanto por parte da autoridade estrangeira;

III. em cada reunião até que o acordo de leniência seja celebrado, será fixada a extensão da validade da proposta; e

IV. caso requerido, o Superintendente-Geral, o seu Chefe de Gabinete, ou servidor expressamente designado para essa finalidade, preparará termo com:

a) o conteúdo da reunião;

b) a informação a respeito do conhecimento prévio ou não da infração noticiada pela Superintendência-Geral quando da propositura do acordo de leniência; e

c) a indicação do prazo de extensão da validade da proposta, a ser mantido em posse da Superintendência-Geral ou do proponente, a critério do proponente.

II – a boa-fé do infrator;

III – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV – a consumação ou não da infração;

V – o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI – os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII – a situação econômica do infrator; e

VIII – a reincidência.” BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2011.

¹³⁰ “Art. 241. A proposta de celebração de acordo de leniência pode ser feita oralmente ou por escrito.

§1º A proposta receberá tratamento sigiloso e acesso somente às pessoas autorizadas pelo Superintendente-Geral.

§2º Nos casos de proposta escrita, esta será autuada como sigilosa e nenhum de seus dados constará do sistema de gerenciamento de documentos do Cade.” *Id.* Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Regimento Interno do Cade*. Março de 2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 16 maio 2018.

Art. 243. A proposta escrita observará o seguinte procedimento:

I. o proponente deverá submeter a proposta ao Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral em um envelope lacrado e claramente identificado com os termos “Proposta de Acordo de Leniência” e “Acesso Restrito”;

II. o proponente apresentará sua qualificação completa e detalhará a infração noticiada, incluindo a identificação dos outros autores da infração, a área geográfica e produtos ou serviços afetados e a duração estimada da infração noticiada, além de descrever as informações e documentos que serão apresentados por ocasião da assinatura do acordo de leniência;

III. a proposta deverá conter informação sobre outras propostas de acordo de leniência sobre a mesma prática apresentadas em outras jurisdições, desde que não haja vedação para tanto por parte da autoridade estrangeira; e

IV. no prazo de 10 (dez) dias da apresentação da proposta, a Superintendência-Geral manifestar-se-á a respeito de sua validade e do prazo para a assinatura do acordo de leniência ou para o aperfeiçoamento da proposta, se for o caso.

Parágrafo único. Caso requerido pelo proponente, a Superintendência-Geral emitirá um termo com a informação a respeito do conhecimento prévio ou não da infração noticiada pela Superintendência-Geral quando da propositura do acordo de leniência¹³¹.

Outra previsão interessante é a *Leniência Plus (Amnesty Plus)*, contida nos §§ 7º e 8º do artigo 86º, ou seja, um eventual infrator que não se qualificar para a celebração do Acordo de Leniência, no que pertine à certa conduta sob investigação, por ser o segundo a se candidatar ou por não apresentar informações suficientes da conduta, por exemplo, mas que por fornecer informações relevantes acerca de um outro cartel, e cumprir com os demais requisitos do Programa de Leniência, receberá todos os benefícios da leniência em relação à segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração.

A Lei prevê, no § 9º do artigo 86, que se considera sigilosa a proposta de Acordo de Leniência, “salvo no interesse das investigações e do processo administrativo”. Verificar-se-á que o dispositivo traz insegurança jurídica e implica o afastamento de potenciais proponentes, inseguros do tratamento que se dará à proposta. Tal matéria será mais bem analisada no último capítulo, no qual se fará uma proposta de alteração legislativa.

Importante ressaltar que, conforme o § 10º do artigo 86, não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de Acordo de Leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação. Prescreve o § 12º que, em caso de descumprimento, o signatário ficará impedido de celebrar novo Acordo pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento. O descumprimento de um Acordo de Leniência é evento relativamente raro.

¹³¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Regimento Interno do Cade*. Março de 2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 16 maio 2018.

Deve-se ter um cuidado para que se considere os tipos de sanções que serão impostos aos demais integrantes do cartel, de modo a não criar condições heterogêneas de mercado em favor do beneficiário da leniência, principalmente os que possuem a imunidade e não apenas à redução da sanção pecuniária. Esse cuidado se deve às sanções previstas no artigo 38 da Lei nº 12.529/2011¹³², como, por exemplo: proibição de participar em licitações públicas pelo prazo de ao menos 5 (cinco) anos, proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e a recomendação aos órgãos públicos competentes para que não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos.

O Programa de Leniência no Brasil tem sido exitoso em razão dos esforços por parte das autoridades brasileiras, sendo respeitado por organismos internacionais. Mariana Tavares de Araujo e Marcio Benvenga Chede relatam que:

a atuação do CADE, e do SBDC como um todo tem sido bem avaliada internacionalmente. A publicação britânica *Global Competition Review* reconheceu o CADE como a melhor agência antitruste do continente americano em 2010. As recentes decisões proferidas elevaram o rigor das multas aplicadas em condutas anticompetitivas, principalmente com relação à prática de cartéis, o que contribuiu para o reconhecimento internacional dos órgãos de defesa da concorrência brasileiros¹³³. [Grifo no original].

¹³² “Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I – a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III – a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV – a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V – a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI – a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII – qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.” BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2011.

¹³³ ARAUJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições. In: MARTINEZ, Ana Paula (Org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012. p. 223-242. p. 237.

Cumpra observar que a celebração do Acordo de Leniência na esfera antitruste brasileira não gera efeitos na esfera cível, ou seja, não é afastada a possibilidade de condenação por danos causados em virtude da prática de cartel. Daniel Costa Caselta salienta que “[...] as penalidades aplicadas pelo CADE, contudo, não têm a função de reparar os prejuízos causados pelos cartéis, cabendo aos eventuais prejudicados ingressarem em juízo para obter indenização”¹³⁴. Ainda que possível a utilização das ações fundadas para reparação dos danos, na prática esse número é bastante pequeno. Não há tradição no Brasil em ajuizamento de *private enforcements*, até mesmo porque a mesma desafia uma instrução processual bastante complexa¹³⁵.

A responsabilização por cartéis se baseia no artigo 942 do Código Civil de 2002¹³⁶ e no artigo 33 da Lei Antitruste, o qual prevê a responsabilidade solidária de todos os indivíduos na hipótese de prática de ato ilícito por mais de uma pessoa, sendo possível que uma parte lesada cobre o valor integral da indenização de um dos membros do cartel. Por essa razão, é provável que os prejudicados busquem o ressarcimento integral do signatário do Acordo de Leniência, em razão de ser o único a confessar a prática.

O signatário da leniência tem a obrigação de cooperar e apresentar diversos documentos à autoridade, os quais, certamente, contêm mais dados sobre si do que dos membros da prática colusiva. Destarte, deve se ter uma atenção em relação à confidencialidade dos seus documentos, a fim de preservar os incentivos ao Programa de Leniência Antitruste. Entende-se que alguns documentos não deveriam ser divulgados a terceiros, nem mesmo em trechos, sob pena de colocá-lo em uma posição de extrema desvantagem em relação aos outros membros do cartel.

Entretanto, os Ministros da Terceira Turma do STJ, através do Recurso Especial nº 1.554.986/SP¹³⁷, decidiram pela limitação da confidencialidade de dados provenientes de Acordo de Leniência firmado com o CADE, de forma que compete ao mesmo prestar

¹³⁴ CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 6.

¹³⁵ CRAVO, Daniela Copetti. Venda casada: é necessária a dúplice repressão? *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: CADE, v. 01, n. 01, p. 52-70, maio 2013. p. 66.

¹³⁶ “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.” BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

¹³⁷ *Id.* Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.554.986 – SP. Terceira Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgamento em 08 mar. 2016. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 11 mar. 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=Resp+1.554986+&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 09 ago. 2018.

informações e conceder cópias dos autos dos procedimentos administrativos ao Poder Judiciário, no momento em que postuladas para instruir ações indenizatórias para ressarcimento dos danos cometidos pela prática de cartel.

O caso diz respeito a uma ação proposta por Electrolux do Brasil S.A. contra Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A., a fim de obter a reparação por prejuízos causados pela venda de compressores a preços aumentados artificialmente, em razão da formação e participação em cartel. Em decisão interlocutória, o Juízo de primeiro grau deferiu a produção de provas documentais e periciais, deixando de se manifestar inicialmente sobre os requerimentos de expedição de ofícios ao CADE, SDE e ao Juízo da 3ª Vara da Comarca de São Carlos – SP. Ao julgar os embargos de declaração, o Juízo de primeiro grau consignou expressamente que as provas colhidas pelo CADE e SDE se referiam à tutela geral da concorrência, defendendo a livre concorrência como direito difuso, ao contrário do interesse privado contido nos autos do processo.

A Electrolux interpôs agravo de instrumento, o qual foi parcialmente provido para que fossem expedidos ofícios aos órgãos que integram o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. Foram opostos embargos de declaração por ambas as partes, os quais foram rejeitados. Dessa decisão, foram interpostos recursos especiais por Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A., de um lado, e Electrolux do Brasil S.A..

A Electrolux sustentou a violação dos artigos 332 e 535 do CPC, alegando que a não apreciação pelo Tribunal de origem quanto ao pedido de envio de ofício ao Juízo criminal, perante o qual tramitava o inquérito policial referente à formação de cartel, caracterizaria omissão relevante, e solicitou o enfrentamento da matéria. Já a Whirlpool e a Brasmotors asseveraram a violação dos artigos 131, 165, 458, 535, 130, 499, 360, 363, 399 e 844 do CPC; 48 e 49 da Lei nº 12.529/11; 207 do Regimento Interno do CADE; e 46 da Lei nº 9.784/99. Alegaram, sinteticamente, que o Acordo firmado entre as partes e o CADE é sigiloso, não podendo ter seu acesso franqueado à Electrolux. Salientaram a existência de documentos concernentes à estratégia empresarial e segredos de indústria e de negócios e que a parte adversa é sua concorrente, podendo se aproveitar das informações recebidas.

Os Ministros do STJ entenderam que o sigilo inicial dos Acordos de Leniência é essencial para a utilização do instrumento, tanto no que se refere ao incentivo à colaboração por coautores dos cartéis quanto ao próprio sucesso das investigações levadas a efeito a partir do Acordo. Todavia, concluíram que esse sigilo não deve ser absoluto, segundo o STJ, o sigilo dos Acordos 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.

Consignaram que a própria Lei nº 12.529/11 em seu, inciso X, artigo 11¹³⁸, impõe aos Conselheiros o dever de prestar informações e fornecer documentos ao Poder Judiciário. Eventual necessidade concreta de parte dos documentos serem sigilosos, como aqueles alegados como segredos industriais, os quais não se confundem com os documentos que demonstram trocas de informações relativas a concerto de preços, deverão ser pontualmente analisados pelo Juízo competente. Observa-se que o Ministro Relator afirmou a possibilidade de ampliação do sigilo, no interesse de apurações ou em relação a documentos específicos¹³⁹.

Restou salientado que a premiação aos signatários do Acordo de Leniência é exclusiva às esferas administrativas e penais, sem qualquer referência legal à pretensão cível de eventuais lesados pelas condutas praticadas contra o mercado, podendo os prejudicados se beneficiarem das provas fornecidas por empresas que firmaram o Acordo de Leniência para a efetiva reparação dos danos. Com esses fundamentos julgaram prejudicado o recurso especial da Electrolux do Brasil S.A. pela perda superveniente do objeto, e conheceram do recurso especial de Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A. para negar-lhe provimento. As partes interpuseram Recurso Extraordinário, o qual está pendente de julgamento.

O CADE, em resposta ao Ofício nº 71/2015, enfatizou que:

o acesso irrestrito às informações obtidas em razão do Acordo de Leniência pode gerar prejuízos irreversíveis à investigação do cartel em questão e ao Programa de Leniência como um todo, na medida em que gerará um forte desestímulo à procura pelo Programa, privando o combate a cartéis no Brasil de uma das suas mais eficientes ferramentas (e-STJ, fls. 506-507)¹⁴⁰.

¹³⁸ “Art. 11. Compete aos Conselheiros do Tribunal:

[...]

X – prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento dos processos, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais.” BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2011.

¹³⁹ “4. Nos termos da legislação, assegura-se o sigilo das propostas de acordo de leniência, as quais, eventualmente rejeitadas, não terão nenhuma divulgação, devendo ser restituídos todos os documentos ao proponente. 5. Aceito e formalizado o acordo de leniência, a extensão do sigilo somente se justificará no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos.” *Id.* Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.554.986 – SP. Terceira Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgamento em 08 mar. 2016. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 11 mar. 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=Resp+1.554986+&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 09 ago. 2018.

¹⁴⁰ *Ibid.*

Ulrich Schweitzer sustenta que:

in contrast to fines, leniency programmes leave the profitability of a cartel untouched. Instead, they decrease the incentive to remain a cartel member, or to form a cartel in the first place. As mentioned above, leniency programmes have two effects. First, the promise of amnesty encourages firms to quit existing cartels that would have otherwise remained active, allowing greater detection. Each cartel member fears that another member may be the first to quit, inform the competition authority and receive amnesty, clearly reducing the stability of the cartel. Further, leniency programmes contribute to preventing cartels a priori because potential cartel members expect other members to defect in the future. Unlike the detection effect, which is mostly short term, the deterrence effect works in the medium and long run. The latter effect is significantly more important, since fewer cartels will be formed in the future. This deterrence effect is invisible, however, whereas the detection effect often yields spectacular cases¹⁴¹.

Mariana Tavares de Araujo e Marcio Benvenga Chede¹⁴² apontam ser fundamental que, sob a égide da nova Lei Antitruste, as autoridades estejam atentas para que não sejam comprometidos os elementos que tornaram o programa de repressão a cartéis reconhecido internacionalmente. Desse modo, é essencial que o Programa de Leniência tenha regras claras, especialmente sobre confidencialidade, e que o delator saiba qual é sua exposição e como será conduzida a investigação¹⁴³.

Nesse sentido, pode-se citar como exemplo a legislação europeia sobre a confidencialidade dos documentos e informações oriundos dos Acordos de Leniência, cuja matéria era disciplinada pelo princípio da transparência, disposto no artigo 15 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). No entanto, após a publicação da Diretiva 2014/104/EU, a União Europeia passou a assegurar a confidencialidade de alguns

¹⁴¹ De forma contrastante ao que ocorre com as multas, os programas de leniência deixam a lucratividade de um cartel intocada. Em vez disso, diminuem o incentivo para que se mantenham no cartel, ou até mesmo que formem um cartel. Como dito anteriormente, os programas de leniência têm dois efeitos. O primeiro é a promessa de anistia que encoraja as empresas a deixarem os cartéis existentes que, de outra forma, teriam se mantido ativos, permitindo uma maior detecção. Cada membro do cartel teme que outro membro seja o primeiro a sair, informar a autoridade da concorrência e receber anistia, reduzindo claramente a estabilidade do cartel. Além disso, programas de leniência contribuem para a prevenção a priori da formação dos cartéis, uma vez que potenciais membros do cartel esperam que outros membros desertem no futuro. Contrário ao efeito de detecção, que ocorre principalmente em curto prazo, o efeito de dissuasão funciona a médio e longo prazo. O último efeito é significativamente mais importante, uma vez que menos cartéis serão formados no futuro. Entretanto, esse efeito de dissuasão é invisível, enquanto o efeito de detecção geralmente produz casos espetaculares. [Tradução livre]. SCHWALBE, Ulrich. Leniency programmes and the structure of cartels – remarks from an economic perspective. In: HÜSCHEL RATH, Kai; SCHWEITZER, Heike (Ed.). *Public and private enforcement of competition law in Europe*. Mannheim, Germany: Zew Economics Studies, 2014. v. 48. p. 39-52. p. 41-42.

¹⁴² ARAUJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições. In: MARTINEZ, Ana Paula (Org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012. p. 223-242. p. 240.

¹⁴³ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013. p. 261.

documentos, a fim de resguardar o seu Programa de Leniência, conforme será exposto no tópico 3.1.2.

2.2.2 *Produção antecipada de prova no novo Código de Processo Civil como estratégia processual para o ajuizamento de ações de reparação de danos pelos consumidores*

Ainda que se pudesse alegar que o interesse do consumidor seria protegido pelo direito da concorrência, essa tutela não é feita de uma maneira individual, não sendo oferecida, de um modo específico, a reparação pelos danos sofridos. José Reinaldo de Lima Lopes¹⁴⁴ salienta que o CADE está aberto aos consumidores, mas, ao fazer isso, não irá se concentrar nas questões individuais. Nessa mesma linha de raciocínio, Daniela Copetti Cravo¹⁴⁵ afirma que os interesses dos consumidores são satisfeitos de uma maneira geral, ampla, bem como a aplicação de multa é revertida ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDDD).

Como observado por Daniela Copetti Cravo¹⁴⁶, a reparação do dano individual do consumidor não pode ser realizada perante o CADE, eis que o mesmo não é um fórum competente para resolver esse conflito. Nesse sentido, o consumidor pode ingressar com ação de reparação de danos, como denominado pela doutrina norte-americana e inglesa de *private enforcement*, e, face à falta de previsão legal no CDC, recorrer ao direito de ação disposto no artigo 47 da Lei Antitruste¹⁴⁷.

Os lesados poderão ingressar em juízo para conseguir o fim das práticas que consistam em infração contra a ordem econômica, assim como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos. Essa ação poderá ser ajuizada pelo próprio consumidor ou pelos legitimados pelo artigo 82 do CDC¹⁴⁸, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos.

Sobre a definição de interesse individual homogêneo, elucidada Helena Carpena:

são interesses individuais, porém tratados coletivamente. Por meio desta ação, chega-se a uma condenação genérica à obrigação de indenizar, quando determina o julgador que o *an debeatur*, seguindo-se um processo de habilitação dos

¹⁴⁴ LOPES, José Reinaldo Lima. Direito da concorrência e direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, p. 79-97, abr./jun. 2001.

¹⁴⁵ CRAVO, Daniela Copetti. Venda casada: é necessária a dúplice repressão? *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: CADE, v. 01, n. 01, p. 52-70, maio 2013. p. 66.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 66.

¹⁴⁷ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2011.

¹⁴⁸ *Id.* Lei nº 80.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990.

consumidores lesados, no qual então será fixado o *quantum debeatur*, mediante a comprovação de dano e nexo de causalidade¹⁴⁹.

Com efeito, a titularidade dos direitos individuais homogêneos pertence às vítimas de determinado evento. Nesse diapasão, os consumidores que sofreram prejuízos em virtude da prática de infração contra a ordem econômica, pela atuação de um cartel, por exemplo, podem propor ação coletiva, pleiteando ressarcimento pelo fato comum, complementa Heloisa Carpena¹⁵⁰. Essa ação coletiva foi inspirada na *class action for damages* norte-americana¹⁵¹.

Como bem referem John Connor e Gustav Helmers¹⁵², a presença de um esquema institucional e legal que propicie ações privadas de reparação de danos por prejuízos advindos de cartel é decisiva como fator dissuasório da conduta. Ademais, um dos pontos favoráveis dessas ações é o fato de a reparação dos danos caracterizar um crescimento em termos de justiça distributiva, sendo capaz de aumentar o número dos casos de ilícitos verificados e por se tratar de mais uma forma de avanço da cultura da concorrência.

Há um estudo¹⁵³ demonstrando que, no período de 1990 a 2005, as condenações advindas de ações privadas corresponderam a mais de 40% (quarenta por cento) das imposições pecuniárias aplicadas aos participantes de cartéis que foram processados administrativa ou judicialmente nos Estados Unidos da América. Além de as empresas arcarem com o pagamento de sanções pecuniárias, são condenadas a indenizar os prejudicados, havendo maior desestímulo à prática de condutas ilícitas pelas empresas.

O desequilíbrio em relação às informações pela prática de cartel culmina em obstáculos e morosidade processual na quantificação e comprovação do dano em razão do ilícito, resultando em um desestímulo a proposituras de ações dessa natureza. Nessa senda, a produção antecipada de prova, redefinida pelo novo Código de Processo Civil, surge como uma possibilidade aos lesados.

Ademais, a alteração do modelo processual concernente ao direito à prova, que se consagrou como um direito autônomo, no qual não apenas o juiz, mas também as partes são

¹⁴⁹ CARPENA, Heloísa. *Consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 160.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 160.

¹⁵¹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Rescoe. *Manual do direito do consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 439.

¹⁵² CONNOR, John. Global antitrust prosecutions of modern international cartels. *Journal of Industry, Competition and Trade*, Purdue University, v. 4, n. 3. p. 239-267, 2004.

¹⁵³ CONNOR, John e HELMERS, Gustav. Statistics on modern private international cartels, 1990–2005. *American Antitrust Institute Working Paper* n. 07-01, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=944039>. Acesso em: 02 out. 2016.

destinatárias da prova, oportuniza a comprovação e quantificação do dano antes mesmo do ajuizamento da ação indenizatória, o que poderá servir de instrumento de investigação em relação à viabilidade de uma demanda e facilitador de sua composição entre as partes¹⁵⁴.

A função da técnica é antecipar uma fase crucial da ação indenizatória, viabilizando a constatação da possibilidade da demanda ou, ainda, a composição da lide entre as partes. Cabe ressaltar que a propositura da ação de produção antecipada de prova pressupõe que o titular tenha conhecimento da violação do seu direito, eis que, do contrário, não saberia qual prova produzir antecipadamente.

As provas possuem um papel fundamental em qualquer litígio por constituírem o “meio de se chegar à cognição do suporte fático das pretensões litigiosas”¹⁵⁵. José Carlos Barbosa Moreira¹⁵⁶ ensina que o processo se destina a solucionar o conflito, mediante a definição das normas jurídicas incidentes no caso. A produção probatória, como elemento adequado para a reconstrução dos fatos pretéritos, é uma fase importante no exercício da função jurisdicional.

De fato, grande parte dos litígios privados são solucionados após a apreciação das questões de fato elucidadas pela produção probatória¹⁵⁷, sendo produtora que a própria prova anteceda o litígio, como medida de aferição de sua viabilidade ou mesmo de possibilidade de composição.

A evolução da teoria da prova, em consonância com a evolução da própria teoria do processo, revela que a busca da verdade real¹⁵⁸ sucedeu a busca da verdade formal como finalidade do processo e fundamento da sentença¹⁵⁹. Com efeito, o processo deixa de ser um mero meio de endereçamento dos litígios, para se mostrar como um instrumento de pacificação social. A permissão de livre produção da prova e a demonstração de sua utilidade,

¹⁵⁴ GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. A produção antecipada de provas em litígios empresariais: reflexões sobre a estratégia. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). *Direito dos negócios aplicados*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2015. v. 1. p. 255-270.

¹⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*. Disponível em: <<http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutoriosna-buscada-verdade-real>>. Acesso em: 20 ago. 2018. p. 3.

¹⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994. p. 93-98.

¹⁵⁷ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁵⁸ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 199.

¹⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 8.

tanto para a parte como para o juiz, cumpre os desígnios máximos da pacificação social, o que orienta a prestação jurisdicional de forma justa e efetiva.

Segundo Daniel Mitidiero, a colaboração no Processo Civil:

como princípio, o fim da colaboração está em servir de elemento para organização do processo justo idôneo e alcançar, “em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º do CPC/2015). Isso significa desde logo encerrar o *diálogo* como ferramenta essencial para condução do processo¹⁶⁰, *evitar o desperdício* da atividade processual, *preferir decisões de mérito* em detrimento de decisões processuais para o conflito¹⁶¹, *apurar a verdade* das alegações das partes a fim de que se possa bem aplicar o direito e *empregar as técnicas executivas* adequadas para a realização dos direitos¹⁶². [Grifo no original].

O artigo 378 do CPC propõe a existência de um dever específico de colaboração das partes para com o juiz na esfera da prova, ao prescrever que “[...] ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”¹⁶³. Verifica-se clara exigência de colaboração baseada no texto da Constituição Federal em matéria de prova. A regra é clara ao estabelecer um dever geral, de maneira que todos estão subordinados a essa colaboração¹⁶⁴.

A alteração da verdade ficta pela verdade real é congruente com o movimento pendular de evolução da teoria geral do processo que nos dias de hoje se desloca do formalismo extremo para um processo mais instrumental que prioriza o resultado à forma, buscando um processo justo que valha como instrumento de pacificação social.

¹⁶⁰ FICARELLI, Beatrice. Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 177, *apud* MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 104-106.

¹⁶¹ SILVA, Paula Costa e. Acto e processo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 589, *apud* MITIDIERO, *op. cit.*, p. 104-106. Fredie Didier Junior trata da “primazia do mérito” fora do princípio da colaboração. Parece, porém, que os deveres de esclarecimento e prevenção visam justamente evitar decisões terminativas, isto é, que não enfrentem o mérito da causa. Nessa linha, a necessidade de prestigiar o mérito em detrimento de soluções formais para o litígio encontra-se igualmente nos domínios da colaboração. Em outras palavras, a primazia do mérito é um estado de coisas que se procura promover, portanto, inerente à colaboração. Em outras palavras, a primazia do mérito é um estado de coisas que se procura promover com os deveres de esclarecimento e de prevenção. É um estado de coisas, portanto, inerente à colaboração. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. I. p. 136-137.

¹⁶² MITIDIERO, *op. cit.*, p. 104-106.

¹⁶³ CARPES, Artur. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção O Novo Processo Civil). p. 113.

¹⁶⁴ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil*: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 262.

Sobre prova e convicção colacionam-se os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

se é certo que o objetivo fundamental da jurisdição é a justa composição da lide, ou atuação da vontade concreta do direito, não é menos correto que qualquer um desses escopos apenas se atinja por meio da descoberta da verdade sobre os fatos versados na demanda.

Ligados à ideia de busca da verdade material estão diversos dos mais importantes institutos do direito processual. O principal deles, sem dúvida, é a prova. Apenas a título exemplificativo, observa-se que LENT, ao conceituar prova, tonifica sua função de convencimento do juiz a respeito da verdade ou falsidade de uma afirmação¹⁶⁵.

Frisa-se que o direito autônomo à prova e a possibilidade de sua produção antecipada, sem o requisito de urgência, já eram defendidos na doutrina antes da alteração legislativa¹⁶⁶. Veja-se que tal teoria se consolidou pela inserção dos incisos II e III do artigo 381 do novo Código de Processo Civil, que comprovam a finalidade da antecipação da prova para seu tradicional uso cautelar:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:
I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;
II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;
III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação¹⁶⁷.

O artigo 381, em suas hipóteses, dispõe somente sobre a obtenção antecipada de prova com caráter contencioso. No entanto, “[...] fora dessas hipóteses, é sempre possível a pretensão à simples obtenção de prova (desde que preenchidos os requisitos a seguir examinados) para exclusiva finalidade de documentação”¹⁶⁸.

Para a propositura de ação de assecuração de prova é satisfatória a demonstração de que a prova assegurada será capaz de ser aproveitada em processo futuro. Destarte, a prova

¹⁶⁵ LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Napoli: Morano, 1962. p. 197, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 32.

¹⁶⁶ YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 320.

¹⁶⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2. p. 315-316.

“[...] poderá justificar o ajuizamento ou não da demanda, ou ainda o emprego de outro meio de solução de litígio”¹⁶⁹.

Desse modo, na hipótese de antecipação de prova de caráter contencioso, recebida a inicial serão os outros interessados citados para acompanhar a colheita da prova¹⁷⁰. Nesse procedimento os interessados não poderão se defender (artigo 382, § 4º), isso porque a prova é apenas obtida e não produzida. Os interessados são citados para participarem da colheita da prova e não para se defenderem. Todavia, poderão solicitar a produção de outras provas que se relacionem ao mesmo fato (artigo 382, § 3º)¹⁷¹.

Segundo Nathália Gonçalves de Macedo Carvalho¹⁷², o juiz não deve se manifestar – declarar – sobre o fato, mas se limitar apenas a deferir ou indeferir a produção de prova. Essa possibilidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil oportuniza uma litigiosidade mais séria, na medida em que os litigantes poderão ingressar com essa demanda prévia, em caso de incerteza sobre a existência ou não de prova.

Esse procedimento serve como instrumento de melhor conhecimento da realidade fática de determinada relação controvertida, e em razão disso, das possibilidades de êxito de uma eventual demanda principal, proporcionando que as partes adotem uma fundamentada decisão sobre o ajuizamento ou não do processo principal e, ainda, possam decidir em acordar. Rompe-se, conseqüentemente, com a tradicional noção de que o único destinatário da prova é o juiz, reconhecendo-se também as partes¹⁷³ como destinatárias das provas¹⁷⁴.

No que pertine às ações dos consumidores para reparação de danos provenientes de cartel, a medida pode ser uma opção, haja vista a dificuldade de acesso a provas, o que, por consequência, culmina em um desestímulo ao ajuizamento das ações. Percebe-se que a produção antecipada de prova se revela extremamente útil, tendo em vista a possibilidade de

¹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2. p. 495-496.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 318.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 318.

¹⁷² CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. Introdução ao federal rules of evidence e os pontos de encontro com o Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral). *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 5. p. 861-872. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). p. 868.

¹⁷³ GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. A produção antecipada de provas em litígios empresariais: reflexões sobre a estratégia. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). *Direito dos negócios aplicados*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2015. v. 1. p. 255-270.

¹⁷⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 584.

averiguação do êxito antes da propositura da demanda, bem como da possibilidade de se verificar a pertinência da autocomposição.

Na maior parte dos casos, até a divulgação do cartel pelo CADE ou pelo próprio mercado, a parte lesada pela prática de cartel desconhece que foi prejudicada. E, mesmo após revelado o cartel, a parte que sofreu o dano geralmente desconhece a dimensão do mesmo. Nesse sentido, em razão do caráter oculto do cartel, e da posição inferior que o lesado ocupa na relação comercial, uma vez que não possui as informações comerciais que proporcionem a constatação do preço cobrado, tem-se como resultado uma clara assimetria de informações entre as partes envolvidas.

Dessa forma, pelo fato de o prejudicado não possuir todos os elementos de composição dos preços, não é possível, a partir da descoberta da atuação do cartel, estimar o dano sofrido durante a atuação dos cartéis. A estimativa do dano necessita de um trabalho de economistas para verificar a diferença entre o que o prejudicado pagou e o que teria pago em um cenário não cartelizado, portanto competitivo¹⁷⁵.

A produção de prova pericial econômica é essencial para a estimativa do dano sofrido pelo prejudicado através da prática de cartel. A ausência da aferição do prejuízo resulta no não ajuizamento das ações pelos lesados, uma vez que, por exemplo, não é possível saber se o êxito será maior que o valor gasto com advogados durante o processo¹⁷⁶.

Com efeito, em uma ação de reparação de danos que não contenha prova direta do dano, a comprovação e valorização dos danos decorrentes de um cartel necessitarão da realização de prova pericial econométrica para (i) aferição do preço contrafactual e (ii) quantificação do efetivo prejuízo percebido¹⁷⁷. O cálculo demanda a aplicação de técnicas referenciadas pelas doutrinas americana e europeia. Por exemplo: (i) a da simulação de um ambiente competitivo, (ii) a da análise aprofundada dos registros financeiros das empresas e (iii) a comparação com diferentes mercados¹⁷⁸.

Nessa ótica, a possibilidade de antecipação de tal prova pericial para estimular o ajuizamento de ações de indenização e fortalecer a repressão contra cartéis no Brasil é

¹⁷⁵ LUCINDA, Claudio; SEIXAS, Renato. *Prevenção ótima de cartéis: o caso dos peróxidos no Brasil*. Brasília: Departamento de Estudos Econômicos – DEE, 2016. p. 15.

¹⁷⁶ MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. *Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis*. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017. p. 64.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 62.

¹⁷⁸ CARVALHO, Lívia Cristina Lavandeira; LUCINDA, Claudio; SEIXAS, Renato. *Prevenção ótima de cartéis: o caso dos peróxidos no Brasil*. Brasília: Departamento de Estudos Econômicos – DEE, 2016. p. 15.

extremamente útil. Isso porque daquele que demanda assegução de prova não é exigido o ajuizamento da ação principal. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Arenhart, “[...] o interesse na propositura da assegução de prova está na preservação do direito fundamental à prova e não gera qualquer restrição à esfera jurídica de quem quer que seja (STJ, 1.^a Turma, REsp 641.665/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 08.03.2005, DJ04.04.2005, p. 200)”¹⁷⁹.

A referida produção antecipada de prova demonstra o direito autônomo da parte que sofreu o dano pelo cartel, sem estar vinculada obrigatoriamente a um provimento declaratório¹⁸⁰, com clara serventia para superar uma barreira que hoje desestimula as partes a ingressarem em juízo. Esse direito autônomo, já discutido pela doutrina processual, foi reconhecido pelo novo Código de Processo Civil.

Supera-se a ideia da finalidade da prova como sendo, exclusivamente, para a formação e o convencimento do juiz. A prova objetiva também o esclarecimento das partes, servindo como um mecanismo adequado à formação de uma convicção das mesmas para verificação a respeito das circunstâncias fáticas ligadas a uma determinada situação jurídica, a fim de “[...] fundamentar uma decisão da parte sobre sua posição (para demandar ou resistir, ou ainda, para buscar autocomposição)”¹⁸¹.

Com relação à ação de reparação de danos, cabe referir que os prejudicados devem evidenciar ao juízo a relação jurídica de ordem material. A legitimidade material para a defesa do interesse concorrencial pressupõe uma relação de causalidade entre aquele que alega o direito indenizatório com o ato de violação da concorrência. Além disso, apenas aquele efetivamente prejudicado poderá ajuizar uma ação de reparação de danos¹⁸². A natureza da responsabilidade civil concorrencial é objetiva, portanto, não exige culpa para a sua configuração, cumprindo ao interessado provar a existência de ato ilícito anticoncorrencial

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 498.

¹⁸⁰ GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. A produção antecipada de provas em litígios empresariais: reflexões sobre a estratégia. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). *Direito dos negócios aplicados*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2015. v. 1. p. 255-270.

¹⁸¹ ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral). *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 5. p. 466-479. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). p. 471.

¹⁸² BUCHAIN, Luiz Carlos. *O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial*. Porto Alegre: Nova Prova, 2006. p. 146.

que culminou em efeitos danosos sobre o concorrente vitimado. Também, é necessário examinar a extensão dos danos e sua quantificação para fins de reparação dos mesmos¹⁸³.

Para Luiz Carlos Buchain:

o disposto no artigo 29 da LDC exige da vítima a demonstração do “prejuízo” sofrido e a prova do dano por ela suportado, o que legitima a requerer a respectiva indenização. O dano sofrido pela vítima deve ser imediato e consequência direta da conduta ilícita do agente¹⁸⁴.

Desse modo, nos casos em que o dano é visivelmente suportado pela vítima, não haverá maiores dificuldades em estabelecer sua legitimidade para pleitear perdas e danos. Contudo, na presença de intermediários ou situações jurídicas que exponham a vítima a uma condição de prejudicado indireto, o dano terá sido indireto, e o direito à indenização tem mais chances de ser negado como, por exemplo, nas hipóteses em que acionistas de uma empresa aleguem prejuízos acionários pelo dano sofrido pela empresa em razão de ilícito concorrencial praticado por seu concorrente. Nesse caso, haverá dúvida sobre a própria legitimidade do pedido por tais participantes sofrerem efeitos indiretos provocados pelo mercado¹⁸⁵.

Diferentemente do dano indireto, a teoria do dano reflexo ocorre nos casos em que os efeitos danosos do ato ilícito anticoncorrencial se difundirem a terceiras empresas não diretamente vinculadas àquela relação jurídica de primeira ordem, por exemplo, empresas siderúrgicas reduzirem seu fornecimento de aço para indústria automobilística, a fim de manipular o mercado acabam provocando dano reflexo a terceiros como, por exemplo, transportadores de automóveis (chamados de cegonheiras) e concessionárias. Nessas hipóteses, poderá haver dois ou mais legitimados para propor a ação de reparação pelos danos sofridos¹⁸⁶.

Por fim, verifica-se que o *public enforcement* efetuado pelo órgão antitruste não é totalmente satisfatório para desestimular os agentes econômicos das infrações à ordem econômica. Uma maneira de elevar o valor das reparações a serem pagas pelas empresas envolvidas no cartel, e desestimular as empresas à prática colusiva, é através do *enforcement* privado, que pode ser estimulado inclusive com a produção antecipada de prova prevista no novo Código de Processo Civil.

¹⁸³ BUCHAIN, Luiz Carlos. *O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial*. Porto Alegre: Nova Prova, 2006. p. 163.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 168.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 168.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 169-170.

3 REPARAÇÃO DE DANOS POR PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS E ACESSO A DOCUMENTOS ORIUNDOS DE ACORDOS DE LENIÊNCIA

Neste capítulo será examinado o sistema da responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel no direito estrangeiro e no direito brasileiro, bem como será realizado um estudo sobre a necessidade de preservação dos mecanismos que mantenham a estrutura de incentivos à colaboração do infrator com as investigações da autoridade antitruste.

3.1 EXPERIÊNCIAS DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E DA UNIÃO EUROPEIA

Discute-se, há muito tempo, a respeito da função produzida pelas ações indenizatórias no âmbito das políticas de defesa da concorrência na doutrina concorrencial. Via de regra, admite-se que as ações de reparação por danos resultantes de cartéis e outras práticas anticompetitivas têm dupla função: reparação dos danos sofridos pelos prejudicados e desestímulo à prática de infrações concorrenciais. Analisar-se-á a repressão aos cartéis nos Estados Unidos da América, o qual estabelece indenizações correspondentes a três vezes o valor do dano causado, bem como será realizado um estudo da legislação da União Europeia, que garante a confidencialidade de alguns documentos fornecidos pelo signatário do Acordo de Imunidade e Leniência, como forma de resguardar os incentivos ao Programa de Leniência.

3.1.1 Análise da legislação dos Estados Unidos da América

De acordo com Daniel Firmato de Almeida Glória¹⁸⁷, a experiência norte-americana antitruste completou, em 1990, cem anos, eis que iniciou no final do século XIX, no momento em que havia uma insatisfação com os monopólios das companhias ferroviárias que cobravam os preços que desejassem. John Sherman era Senador da República, havendo sido candidato à Presidência dos Estados Unidos da América e, ao perder a eleição, retornou ao Senado, quando produziu a chamada Lei Antitruste. Surgia então o *Sherman Act* de 1890.

¹⁸⁷ GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *A livre concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, FUMEC, 2003. p. 60.

O cartel retrata a conduta comercial de maior relevo na política antitruste. Ernest Gellhorn e William Kovacic¹⁸⁸ destacam, inclusive, que o papel primário da primeira legislação sobre antitruste nos Estados Unidos (EUA), o *Sherman Act*, não foi “[...] controlar monopólios, mas sim o de combater os esforços coordenados de competidores para fixarem preços, restringirem produto ou dividir mercados”¹⁸⁹. Por essa razão, o *Sherman Act* expressamente vedava todo contrato, combinação ou conspiração para restringir o comércio sendo esse um dos dois principais artigos.

O *Sherman Act* tornou os contratos, combinações, conspirações para restrição de comércio e monopolização ilegais, sendo consideradas, as referidas violações, como infrações à lei, sem, contudo, haver uma definição. A forma ampla como foi exposta na lei culminou na delimitação entre cooperação aceitável e colusão ilegal, e entre competição vigorosa e monopolização ilegal¹⁹⁰, pelos juízes federais.

Em 1911, a Suprema Corte afastou-se da interpretação literal do *Sherman Act* e passou a aplicar a denominada “regra da razão” no processo *Standard Oil Co. of New Jersey vs United States*, 221 U.S. 1 (1911). O Juiz-Presidente White prolatou o acórdão da seguinte forma:

tendo em vista as numerosas formas de contratos e combinações que evoluíram das condições econômicas existentes quando a lei foi votada, achou-se imprescindível assegurar, por uma enumeração completa, que nenhuma forma de contrato ou ajuste pelo qual uma desarrazoada restrição do comércio interestadual ou internacional foi ter conseguido poder salvar tal restrição de condenação. Sob esta vista o *Sherman Act* evidencia a pretensão não de restringir o direito de celebrar e fazer cumprir contratos, tais que resultam uma combinação como quais que têm outra origem, que não constroem desarrazoadamente o comércio interestadual ou internacional; e sim, de proteger este comércio de restrições desarrazoáveis, sejam conseguidas por meios velhos, sejam conseguidas por meios novos¹⁹¹.

Dessa forma, os tribunais norte-americanos criaram a “regra da razão”¹⁹², que, como o próprio nome significa, é o exame da razoabilidade da conduta. Diante dessa interpretação,

¹⁸⁸ GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William. *Antitrust law and economics*. 4 ed. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co, 1994.

¹⁸⁹ MATOS, César Costa Alves de. Introdução à teoria econômica dos cartéis. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor (Coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 245-290. p. 247.

¹⁹⁰ KOVACIC, William; SHAPIRO, Carl. *Antitrust policy: a century of economic and legal thinking*. 1999. Disponível em: <<https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/century.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

¹⁹¹ SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 15.

¹⁹² O primeiro conceito de *rule of reason* foi formulado no julgamento do caso *Standard Oil* em que *Justice White*, aduzindo que a lei antitruste deve ser construída sob a luz da razão. Com tal interpretação passaram a ser proibidos apenas os atos que implicassem restrições à concorrência de modo “não razoável”. Essa passou

apenas as condutas que ensejassem restrições à concorrência de modo “não razoável” passaram a ser proibidas.

Na jurisprudência dos Estados Unidos, essa acabou sendo a principal interpretação. Entretanto, algumas condutas continuaram a ter uma aplicação *per se*, como, por exemplo, a prática ilegal de cartéis. Assim, tendo em vista a prejudicialidade à concorrência os acordos entre competidores, cujo principal objetivo é a fixação de preços, a quantidade do produto que será destinado à venda, ou, até mesmo, qual consumidor e território será atingido, que a Suprema Corte salientou que eles serão sempre desarrazoados. A “razoabilidade” tem relação na constatação do custo-benefício dos acordos entre concorrentes, os quais, na análise de César Matos, “[...] mesmo que restringissem a competição entre as partes, não obrigatoriamente seriam considerados ilegais”¹⁹³.

Consequentemente, em 1914, o *Clayton Act* viria para regular a fixação de preços, negociações casadas e exclusivas, bem como para proibir a aquisição de ações de empresas concorrentes que resultasse na redução da competição ou na criação de monopólios¹⁹⁴. Também em 1914, o Congresso publicou o *Federal Trade Commission Act*, dando origem a uma agência com nome idêntico, com a atribuição de colocar em prática o direito da concorrência, tendo como objetivo primordial a investigação de práticas de concorrência desleal, a emissão de ordem de cessão, além de contenção de práticas comerciais enganosas¹⁹⁵. Em 1936, o *Robson Patmann Act* versou sobre a proibição de discriminação de preços. Ainda, em 1950, com o objetivo de reforçar os ditames do *Clayton Act* sobre fusões, foi promulgado o *Celler-Kefauver Act*.

Os Estados Unidos da América possuem dois órgãos do governo responsáveis pela realização da legislação antitruste: *The United States Department of Justice (DOJ) Antitrust Division* e a *Federal Trade Commission (FTC)*. A Divisão Antitruste do DOJ é encarregada pela implementação do *Sherman Act* e do *Clayton Act*, que, por sua vez, propõe ações envolvendo matéria concorrencial perante os tribunais federais, enquanto o FTC possui

a ser interpretação prevalente na jurisprudência dos Estados Unidos. No entanto algumas condutas continuaram a ter uma aplicação *per se*, como por exemplo a formação de cartéis. Conforme PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 224-225.

¹⁹³ MATOS, César Costa Alves de. Introdução à teoria econômica dos cartéis. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor (Coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 245-290. p. 249.

¹⁹⁴ RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 20.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 20.

funções executivas, legislativas e judiciais e atua com base na aplicação do *Clayton Act* e do *Federal Trade Commission Act*.

Nos Estados Unidos da América julga-se que os custos sociais de um cartel são tão elevados que seria muito difícil a geração de benefícios compensatórios que os justificassem, diferentemente de outras condutas potencialmente anticompetitivas¹⁹⁶. Conclui-se que a análise custo-benefício desses acordos é tão difícil e profunda que não compensam os recursos públicos dispendidos.

Observa-se não ser simples a distinção entre arranjos considerados ruins, ou “cartéis”, e bons, ou acordos eficientes de cooperação horizontais. Conforme César Matos¹⁹⁷, as Diretrizes Conjuntas da FTC e do DOJ (2000) apontam ser necessário examinar o propósito da cooperação e/ou a ausência de poder de mercado. Em síntese, a Diretriz prescreve que acordos que ensejem “[...] sempre ou quase sempre aumento de preço ou redução do produto” devem ser considerados ilegais. Entretanto, em acordos horizontais eficientes:

[...] os participantes colaboram para realizar ou permitir realizar [...] uma ou mais funções de negócio, como produção, distribuição, marketing, compras ou P&D, e, ainda, beneficiar ou potencialmente beneficiar os consumidores pela expansão do produto, redução de preço, ou melhoria de qualidade, serviços ou inovação (FTC; DOJ, 2000, tradução livre)¹⁹⁸.

Assim, o direito da concorrência dos Estados Unidos da América combate de forma especial os cartéis e a monopolização ilegal, capazes de gerar grande risco à eficiente alocação de recursos. Nesse sentido, as condutas relacionadas a fusões, recusa para negociar, manutenção e conduta predatória são preocupantes caso possam resultar na formação de cartel ou monopólio. Debra Valentine salienta que:

se não há tal risco, é pequeno o perigo de consumidores serem prejudicados por tais comportamentos. Ao revés, esse comportamento anticompetitivo provavelmente prejudicará a própria empresa, pois os consumidores reagem trocando-a pelos concorrentes¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Exemplos dessas outras condutas seriam a exclusividade, a venda casada, a discriminação de preços, dentre outras. Para estas, aplica-se tanto nos EUA como no Brasil a chamada “regra da razão”, avaliando-se custos e benefícios potenciais da conduta, considerando as possíveis justificativas do ponto de vista da eficiência econômica que aquelas possam ter.

¹⁹⁷ MATOS, César Costa Alves de. Introdução à teoria econômica dos cartéis. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor (Coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 245-290. p. 250.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 250.

¹⁹⁹ VALENTINE, Debra. U.S. competition and law: learning from century of antitrust enforcement. In: YANG-CHING, Chao (Ed.) et al. *International and comparative: competition law and policies*. Alphen aan den Rijn,

A Comissão de Modernização Antitruste, entidade com membros nomeados pelo Presidente norte-americano, pelo Senado e pela Câmara dos Deputados (*House of Representatives*) foi implementada em 2002²⁰⁰. A Comissão de Modernização Antitruste tem como propósito pesquisar a necessidade de modernizar a legislação antitruste, requisitar interpretações distintas pertinentes às operacionalidades da legislação antitruste, realizar a produção de artigos, pareceres e relatórios para o Congresso e para o Poder Executivo²⁰¹.

Em 2010, ocorreu uma nova publicação do *Horizontal Merger Guidelines*²⁰², que passou a estipular orientações referentes às principais práticas, técnicas e políticas em fusões e aquisições envolvendo (potenciais) concorrentes sujeitos à lei antitruste norte-americana. Segundo Gesner Oliveira e João Grandino Rodas, em comparação com a edição de 1992, entre outras modificações, o novo guia²⁰³:

- esclarece que a análise de fusões e aquisições não obedece a uma metodologia única, mas é um processo caso a caso;
- introduz uma nova seção sobre evidências de efeito competitivo;
- explica que a definição de mercado relevante não é um fim em si mesmo, e que concentração de mercado é uma ferramenta útil na medida em que ilumina prováveis efeitos competitivos de uma fusão;
- atualiza o conceito de “teste do monopolista hipotético” e os limites de concentração que determinam se uma fusão deve ou não seguir análise mais aprofundada;
- atualiza a seção sobre efeitos coordenados e inclui seções sobre poder do comprador, fusões entre competidores rivais e aquisições parciais²⁰⁴.

Nesse contexto, os Estados Unidos da América são, notadamente, o país com a mais efetiva e sofisticada repressão a cartéis²⁰⁵. A política apoia-se em três pilares básicos: sanções severas, alta probabilidade de detecção e transparência²⁰⁶. O *Federal Trade Commission*

Holanda: Kluwer Law International, 2001. p. 75, *apud* RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 22.

²⁰⁰ Cf. o *country review* sobre a política antitruste dos Estados Unidos publicada pela OCDE em 2004. ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS (OCDE). Disponível em <<https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/34427452.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

²⁰¹ RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 22-23.

²⁰² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice and Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*, 2010. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

²⁰³ A comparação é do FEDERAL TRADE COMMISSION. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2010/08/federal-trade-commission-and-us-department-justice-issue-revised>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

²⁰⁴ RODAS; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 23.

²⁰⁵ KOVACK, William E. The modern of U.S. competition policy enforcement norms. *Antitrust Law Journal*, Washington, v. 71, n. 2, p. 377-478, 2003.

²⁰⁶ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013. p. 98.

(FTC) apresentou diversas mudanças ao documento que regula as Regras de Prática da Comissão, em agosto de 2011, as quais pretendem aumentar a eficiência no atendimento dos casos²⁰⁷.

Para Ana Paula Martinez, um dos pilares da política de repressão a cartéis dos Estados Unidos da América é o Programa de Leniência, eis que²⁰⁸:

o país foi o primeiro no mundo a introduzir esse tipo de ferramenta para reprimir cartéis, que prevê imunidade para o primeiro que delatar a prática criminosa em troca de cooperação e apresentação de informações suficientes que garantam a condenação dos demais membros. A lógica do programa é que é melhor condenar quase todos os membros, em troca de dar imunidade a um membro-delator, do que poder condenar todos os membros em tese, mas na prática isso não acontece pela dificuldade de identificar o ilícito e reunir provas suficientes para a sua condenação²⁰⁹.

O Acordo de Leniência norte-americano tinha o seguinte procedimento: a empresa infratora que fosse a primeira a delatar e celebrar o Acordo, antes das investigações, poderia se beneficiar da anistia (*amnesty*) das multas e do processo criminal. Contudo, não era certo que haveria a anistia. Por esse motivo, os agentes econômicos infratores não tinham a garantia de vantagens ao celebrar o Acordo, eis que a concessão dos benefícios dependeria da vontade do Departamento de Justiça, não ocorrendo, portanto, de maneira direta. Diante disso, os Acordos de Leniência não tiveram uma grande efetividade nos Estados Unidos da América, tendo em vista o alto grau de subjetividade. A média era de apenas um Acordo firmado por ano.

O Programa havia surgido em 1978. Entretanto, em 1993, foi alterado, retirando-se subjetividades para concessão dos benefícios. As exigências para a concessão dos benefícios passaram a ser as seguintes: se uma empresa delatar o cartel, antes do início de uma investigação, e preencher todos os requisitos do Programa (são seis no total, incluindo o requisito de ter sido a primeira firma a delatar o cartel), a anistia é concedida automaticamente. Além disso, se uma empresa obtiver a anistia, todos os diretores, executivos

²⁰⁷ Cf. informação em FEDERAL TRADE COMMISSION. *Federal Register*, v. 76, n. 162, Monday, August 22, 2011. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/os/fedreg/2011/08/110812part3frn.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

²⁰⁸ Modelos de acordo de leniência estão disponíveis em: JUSTICE.GOV. Department of Justice. *Model corporate conditional leniency letter*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/public/criminal/239524.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2018. *Id.* Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/public/criminal/239526.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

²⁰⁹ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013. p. 103.

e empregados que, juntamente com a empresa, cooperaram com as investigações, também serão abrangidos pela *amnesty*.

Na hipótese de a empresa não cumprir com os requisitos pertinentes para a realização do Acordo de Leniência a uma infração sob investigação, a empresa infratora poderá ser beneficiada caso forneça informações sobre uma infração totalmente diversa. Assim, foi adicionada a previsão para a celebração dos Acordos de Leniência em relação a ilícitos totalmente diferentes daquele objeto da investigação em curso. Esse Programa passou a ser conhecido por “leniência *plus*”.

Por consequência das mudanças elaboradas em 1993, o Programa passou a ser interessante para pessoas físicas e jurídicas. Houve alterações em relação: a) a imunidade, que se tornou automática para as empresas que estivessem de acordo com as exigências legais, conquanto que houvesse investigação em trâmite; b) ainda que na hipótese de investigação em trâmite, o agente delator teria a possibilidade de se qualificar para conseguir vantagens; e c) a não ser que, no momento em que chamados a cooperar, não o prestassem, todos os indivíduos da empresa estariam imunes criminalmente, caso em que acabariam sendo perseguidos criminalmente. O Programa assegura imunidade criminal. O número de pedidos para ingresso no Programa aumentou para acima de vinte na média de um ao ano depois das modificações em 1993²¹⁰.

O Programa passou a ser um sucesso nos Estados Unidos, tendo em vista a expressiva quantidade de Acordos firmados. Modificou-se a média de Acordos celebrados de um para doze por ano, passando a atingir, entre 2002 e março de 2003, três Acordos por mês²¹¹. Entre 1997 e 2004, foram estipuladas multas que somaram mais de US\$ 2,5 bilhões por práticas anticoncorrenciais, destacando-se que mais de 90% desse total teve embasamento nos dados adquiridos face ao Programa de Leniência. Ademais, mais da metade dos cinquenta processos que investigaram cartéis internacionais, com atividades nos seis continentes,

²¹⁰ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013. p. 103-104.

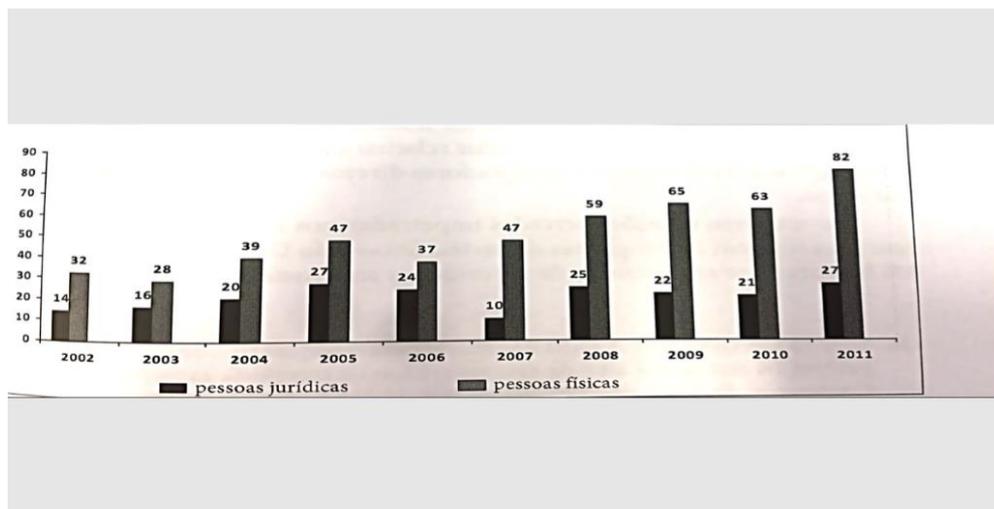
²¹¹ GRIFFIN, James M. *A summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program*. The modern leniency program after ten years. San Francisco, Califórnia, August 12, 2003. Disponível em <<https://www.justice.gov/atr/speech/modern-leniency-program-after-ten-years-summary-overview-antitrust-divisions-criminal>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

tiveram origem ou foram beneficiados por informações recebidas por membro-delator do cartel²¹².

Nos Estados Unidos da América, 90% (noventa por cento) das quantias recebidas nas investigações de cartéis provêm da colaboração de signatários de Acordos de Leniência²¹³. Atualmente, cerca de 50 jurisdições adotam o Programa com características similares – entre as quais Austrália, Brasil, Canadá, Espanha, Japão, Reino Unido e União Europeia. O instrumento manifestou-se como essencial para a repressão da prática, tendo em vista a explícita dificuldade de obtenção de provas da prática secreta²¹⁴.

Com o objetivo de potencializar os incentivos para que empresas participem do Programa, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América passou a denunciar diversos empresários da mesma corporação. A autoridade denuncia todos aqueles executivos contra os quais tenha provas desde 1990. Anteriormente, somente o empresário com maior envolvimento na prática de cartel era denunciado.

O gráfico abaixo demonstra o aumento em relação a pessoas físicas e jurídicas denunciadas por cartel nos Estados Unidos da América, principalmente a partir de 2008:



Fonte: Elaborado por Ana Paula Martinez²¹⁵.

²¹² SPRATLING, Gary G. Cornerstones of an effective leniency program (2004), *apud* RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, n. 862, p. 22-33, ago. 2007.

²¹³ Cf. HAMMOND, Scott D. *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*. Apresentação feita na 24th Annual National Institute on White Collar Crime. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/public/speeches/255515.htm#N_2_>. Acesso em: 03 mar. 2018.

²¹⁴ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013. p. 104.

²¹⁵ Elaboração da autora, baseada em: Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, página “Workload Statistics”. JUSTICE.GOV. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/public/workload-statistics.html>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

Ademais, importante aliado à repressão aos cartéis dos Estados Unidos da América são as ações de reparação de danos propostas por prejudicados pela prática ilegal, as quais possuem o direito a receber três vezes o valor do dano causado pelo cartel, fenômeno denominado como *treble damages* (*Sherman Act, Section 7*, Ch. 647 § 7, 26 Stat. 2010, 1890). Todavia, o congresso norte-americano permitiu uma alteração legislativa, em 2004, com vigência até 2020, diminuindo o pagamento para somente uma vez o valor do dano para os signatários do Acordo de Leniência, bem como retirando a responsabilidade solidária²¹⁶.

A sistemática dos *treble damages*, adotada na legislação dos Estados Unidos da América, permite que o Poder Judiciário estabeleça indenizações correspondentes a três vezes o dano causado, culminando em um grande número, desde os primórdios, de ações ajuizadas para a reparação de danos a consumidores ou concorrentes por comportamento anticoncorrenciais. A doutrina enfatiza que o principal aspecto positivo da indenização multiplicada consiste no incentivo ao ajuizamento de ações pelos lesados, produzindo efeito dissuasório para a prática de tais condutas.

Entre janeiro de 1990 e agosto de 2012, estima-se que foram pagos US\$ 41,8 bilhões a partes lesadas por cartéis internacionais a título de indenização, 93% desse valor relativo a ações ajuizadas nos Estados Unidos da América²¹⁷, sendo 91% pago a compradores diretos e o restante a compradores indiretos. O pagamento das indenizações multiplicadas e a aparente agilidade²¹⁸ e previsibilidade da justiça norte-americana são atrativos para partes estrangeiras lesadas por cartéis internacionais pleitearem indenizações. Em razão do crescente ajuizamento de ações de reparação de danos, os Estados Unidos da América, através de seus Tribunais, passaram a eleger medidas restritivas para assentar jurisdição sobre o caso.

As ações privadas de reparação por danos concorrenciais configuram aproximadamente 90% do *enforcement* antitruste nos Estados Unidos da América. As medidas que justificam o difundido uso dessas ações são: o *discovery*²¹⁹, o *treble damages*, a

²¹⁶ Vide *ANTITRUST Penalty Enhancement and Reform Act*, Pub. L. 109-279, Title II, 118 Stat. 665, 2004. Essas previsões vigorarão até 22.06.2020.

²¹⁷ CONNOR, John M. *Private recoveries in international cartel cases worldwide: what to the data show*. American Antitrust Institute Working, paper n. 12-03, 2012. Disponível em: <<http://antitrustinstitute.org/~antitrust/sites/default/files/WorkingPaperNo12-03.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2018. p. 11. O autor indica um percentual de 41% para as ações não precedidas por ações governamentais; optou-se por indicar o percentual de 40%, de modo que a soma das três categorias resulte em 100%.

²¹⁸ A duração média dos processos relativos à indenização por danos causados por cartéis passou de 11 anos nas décadas de 1970 e 1980, para 5 anos na década de 1990 e 3 anos a partir de 2000. *Ibid.*, p. 8.

²¹⁹ *Discovery* se refere a um conjunto de dispositivos processuais empregados por uma parte em um processo civil ou criminal, na fase de produção de provas, com o objetivo de demandar a parte contrária a divulgação de informação essencial para a formação da causa de pedir da parte requerente e que apenas a parte adversa

responsabilidade solidária dos participantes do cartel, assim como a previsão de prazos prescricionais favoráveis a proposituras de ações, as quais possuem um caráter compensatório e punitivo. A legislação aplicável ao *discovery* nos EUA são: a Lei de Livre Acesso à Informação (“FOIA”²²⁰), as Regras Federais do Processo Criminal (“FRCP”²²¹) e as Regras Federais do Processo Civil (“FDCP”). Os referidos diplomas legais estabelecem pelo menos três exceções à regra geral de amplo acesso aos documentos e informações: o sigilo investigativo, o sigilo do informante e a informação privilegiada²²².

O DOJ tem a possibilidade de se opor à disponibilização de documentos provenientes de Acordos de Leniência e *plea agreements* caso haja investigação criminal em curso, baseando o pedido nos sigilos investigativo e do informante, se utilizando, muitas vezes, do recurso processual *discovery stay*. Através dessa medida o processo civil fica suspenso até que os procedimentos investigativos sejam concluídos²²³. Através do *stay* possibilita-se a priorização temporária da persecução pública da conduta anticompetitiva até o término das investigações do DOJ²²⁴.

Ao passo que as regras criminais do FRCP preveem que o DOJ deve disponibilizar quatro²²⁵ categorias de informações: i) informações e documentos sobre o réu; (ii) informações e documentos de defesa (*exculpatory information*), i.e., qualquer prova favorável ao réu; (iii) informações e documentos sobre possível contestação da testemunha (*impeachment information*); e (iv) declarações feitas pelas testemunhas ou de acusação que tenham relação com a matéria e documentos relativos ao réu da ação penal, o que inclui materiais de leniência. Os relatórios, memorandos ou outros documentos governamentais internos elaborados pelo DOJ com referência à investigação (FRCP 16.2) não são disponibilizáveis a terceiros²²⁶.

tem conhecimento ou possui. Ver nos Estados Unidos da América. *Federal Rules of Civil Procedure*, Title 28 of the U.S. Code.

²²⁰ JUSTICE.GOV. *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C., § 552. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/oip/legacy/2014/07/23/foia-final.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

²²¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Criminal Procedure*. Disponível em: <https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org> Acesso em: 19 set. 2018.

²²² ATHAYDE, Amanda; FIDELIS, Andressa Lin. *Discovery, leniência, TCC e persecução privada a cartéis: too much of a good thing?* *Revista do IBRAC*, Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 89-115, 2016. p. 92.

²²³ JUSTICE.GOV. *Antitrust Division Manual*. Fifth Edition. November 2012. Disponível em <http://www.justice.gov/atr/file/761166/download>. Acesso em: 19 set. 2018.

²²⁴ ATHAYDE; FIDELIS, *op. cit.*, p. 92-93.

²²⁵ OGDEN, David W. *Memorandum for Department Prosecutors*. Guidance for Prosecutors Regarding Criminal Discovery. 4 jan. 2010. Disponível em: <http://www.justice.gov/dag/memorandum-department-prosecutors>. Acesso em: 10 de set. 2018.

²²⁶ ATHAYDE; FIDELIS, *op. cit.*, p. 93.

Amanda Athayde e Andressa Lin Fidelis relatam que:

[...] apesar desse regramento, cerca de 90% das investigações criminais de cartel realizadas pelo DOJ são objeto de acordo e não chegam a julgamento, de modo que a divulgação de tais documentos e informações no âmbito do processo criminal, apesar de possível, é pouco frequente na experiência norte-americana²²⁷.

As regras civis do FDCP estipulam amplo acesso aos documentos, exceto às informações consideradas *privileged*, ou seja, informações relativas a certas comunicações entre cliente e advogado, assim como documentos de trabalho elaborados pelos advogados do próprio DOJ e pelos advogados dos proponentes do Acordo de Leniência ou *plea agreement*. Segundo Amanda Athayde e Andressa Lin Fidelis. “[...] no âmbito das ações privadas de reparação por danos concorrenciais, os tribunais norte-americanos buscam ponderar o dever de proteção da confidencialidade do material da leniência com as amplas garantias de Discovery”²²⁸. Caso haja um pedido pelo Tribunal, de modo diverso como ocorre habitualmente em jurisdições de *civil law*, o réu da ação tem o dever legal de viabilizar os documentos e informações relevantes para embasar a pretensão indenizatória dos consumidores supostamente lesados. No entanto, a jurisprudência tem favorecido o sigilo investigativo de outras jurisdições, como, por exemplo, juiz americano recusou a divulgação de documentos de leniência provenientes de processos da União Europeia, concluindo que a divulgação prejudicaria as políticas públicas e interesses soberanos da União Europeia.

3.1.2 Análise da legislação da União Europeia: Diretiva 2014/104/UE

Até 1989, não existia na União Europeia um sistema de controle prévio de atos de concentração, uma vez que não foi diretamente previsto no Tratado de Roma, o qual instituiu a Comunidade Europeia em 1957. Prevalcia o entendimento que a concentração econômica seria capaz de ser benéfica para a Europa, de modo que oportunizava a constituição de empresas que pudessem concorrer com as empresas dos Estados Unidos da América e do Japão.

²²⁷ ATHAYDE, Amanda; FIDELIS, Andressa Lin. Discovery, leniência, TCC e persecução privada a cartéis: too much of a good thing? *Revista do IBRAC*, Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 89-115, 2016. p. 94. As autoras indicam ver Jones Day Commentary “Federal Jury Returns Verdicts in Rare Price-Fixing Trial of Global Liquid-Crystal Displays Conspiracy” (Abril, 2012). Disponível em: <http://www.jonesday.com/federal_jury_returns_verdict/>.

²²⁸ *Ibid.*, p. 94.

Entretanto, a Comissão Europeia foi aos poucos percebendo que algumas concentrações econômicas, que fortalecessem a posição dominante de empresas, suprimindo a concorrência de fração significativa do mercado europeu, seriam capazes de afetar o comércio no bloco. Essas transações causariam prejuízos aos objetivos de integração econômica, o que foi destacado, na fundação da Comunidade Europeia, como principal objetivo a ser atingido com a política de defesa da concorrência²²⁹.

Destarte, ainda que sem um regulamento que disciplinasse estritamente o controle dos atos de concentração, tanto o ex-artigo 81 (atual 101 do TFUE) como o ex-artigo 82 (atual 102 do TFUE) do então Tratado de Roma foram aplicados em situações pontuais em que ocorresse um ato de concentração que limitasse consideravelmente a concorrência no espaço comunitário.

Segundo Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer²³⁰, após intenso debate, foi editado pelo Conselho Europeu o Regulamento CE 4.064/1989, que sistematizou o controle prévio dos atos de concentração que tivessem dimensão comunitária. O diploma sofreu modificações, sendo revogado com a edição do Regulamento CE 139/2004. O Regulamento CE 139/2004 estabelece que “[...] devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as concentrações que entrem significativamente uma concorrência efetiva no mercado comum, ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante” (artigos 2º e 3º). Também determina que devem ser levados em consideração os interesses dos consumidores na análise dos efeitos da operação.

Além disso, o Regulamento CE 139/2004²³¹ prescreve a necessidade de ser efetuado o estudo das eficiências na ponderação das consequências de um ato de concentração, na medida em que possibilita a compensação da restrição da concorrência, e, principalmente, é capaz de fazer com que os efeitos negativos causados aos consumidores sejam superados.

Dessa forma, a previsão normativa, a qual permite que as corporações integrantes de um ato de concentração argumentem em seu favor a produção de eficiências com a fusão, de forma categórica refere o dever de serem produzidos benefícios aos consumidores. No que

²²⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 186.

²³⁰ *Ibid.*, p. 188-189.

²³¹ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (CE) n.º 139/2004*, do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controle das concentrações de empresas. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32004R0139>>. Acesso em: 19 out. 2018.

pertine à análise de eficiências, explicita que as mesmas devem superar os malefícios ocasionados pelo reforço à posição dominante.

Percebe-se que as normas de defesa da concorrência da União Europeia se harmonizam com outros escopos importantes, sendo um deles a proteção do consumidor, e não apenas com a eficiência econômica como objetivo central da política de defesa da concorrência. Esse propósito empregado pela Comissão Europeia torna-se claro através da análise da definição da fusão que contraria as normas de defesa da concorrência: aquela que “[...] é propícia a prejudicar os consumidores através de aumento de preços, redução da escolha ou menor inovação”²³².

Portanto, a Comissão Europeia pode, conforme o artigo 8º do Regulamento CE 139/2004²³³: (i) aprovar o ato em caso de compatibilidade com o mercado europeu, (ii) aprovar o ato com condições e obrigações para torná-lo compatível com o mercado comum europeu, (iii) proibir o ato no caso de incompatibilidade com o mercado comum europeu, e (iv) estabelecer a dissolução do ato no caso de implementação prematura.

Com relação ao cartel e outras práticas abusivas, o artigo 101 do TFUE determina:

Article 101

1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which:

- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;*
- (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;*
- (c) share markets or sources of supply;*
- (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;*
- (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.*

2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.

3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:

- any agreement or category of agreements between undertakings,*
- any decision or category of decisions by associations of undertakings,*
- any concerted practice or category of concerted practices, which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or*

²³² EUROPEAN COMMISSION. *EU competition policy and the consumers*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/consumer_en.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018. “*Is likely to harm consumers through higher prices, reduced choice of less innovation.*”

²³³ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (CE) n° 139/2004*, do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controle das concentrações de empresas. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32004R0139>>. Acesso em: 19 out. 2018.

economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:
 (a) *impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;*
 (b) *afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question*²³⁴.

Segundo Kai Hüschelrath²³⁵, os cartéis *hard-core* são os principais candidatos à proibição *per se* na Europa. Isso não impede, necessariamente, que os cartéis *hard-core* possam ocasionalmente elevar o bem-estar geral, mas tais ocorrências são consideradas tão raras que uma proibição *per se* continua sendo a reação antitruste apropriada. Assumindo que uma proibição *per se* dos cartéis *hard-core* é codificada em lei, os principais desafios que as autoridades de concorrência enfrentam no que diz respeito à aplicação da lei são dois: por um lado, as autoridades trabalham para reduzir os incentivos para formar cartéis; por outro, devem abordar a questão de como detectar e intervir contra os cartéis existentes.

Com relação à ação privada de reparação de danos, ensina Augusto Jaeger Junior:

até a década de 90, a jurisprudência comunitária, relacionada às questões de responsabilidade por violação do direito comunitário, havia se dirigido apenas às instituições comunitárias e às autoridades estatais, como é observado no

²³⁴ Art. 101.

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou venda ou quaisquer outras condições de transação;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou o investimento;
- c) Repartir o mercado ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;

b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. [Tradução livre]. UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, 30 mar. 2010.

²³⁵ HÜSCHEL RATH, Kai. Public Enforcement of anti cartel las – theory and empirical evidence. In: HÜSCHEL RATH, Kai; SCHWEITZER, Heike (Ed.). *Public and private enforcement of competition law in Europe*. Mannheim, Germany: Zew Economics Studies, 2014, v. 48. p. 9-35. p. 10.

paradigmático caso Francovich, de 1991²³⁶, ainda que nesse caso tenha sido tentado o estabelecimento de uma base legal para as demandas dessa ordem contra privados, também. As relações de direito privado não eram afetadas pelas compensações com base no direito comunitário. A única consequência prevista no Tratado era a nulidade dos acordos incompatíveis com o direito comunitário da concorrência, com base no art. 81, n. 2 TCE. Essa realidade foi alterada com o caso *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*, julgado em 2001, pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias²³⁷.

Diante de tal situação, despertou-se o debate na União Europeia sobre a importância de serem concretizadas reformas que estimulassem demandas privadas para reparação de danos provenientes de atos anticoncorrenciais, principalmente a partir do julgamento pelo então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias do caso *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*, em 2001²³⁸.

A disputa abrangia acordos de *leasing* pactuados, por vinte anos, entre a cervejaria *Courage* e um inquilino de um *tiet pub*, o senhor Bernard Crehan. Frequentemente, as cervejarias da Inglaterra são proprietárias de *pubs*, os quais são alugados a inquilinos, ao passo que esses são forçados a comprar de seus senhorios, por preços tabelados, praticamente toda a cerveja que servem, conforme disposições contratuais. Entretanto, a cervejaria ajuizou uma ação, por fornecimentos que não haviam sido pagos pelo inquilino, dois anos após o término dos contratos²³⁹. Bernard Crehan questionou a licitude dos contratos perante o TJCE e reivindicou prejuízos, alegando que a cervejaria havia vendido a sua cerveja a *pubs* independentes e livres, a preços mais baixos que aqueles impostos pelo contrato de fornecimento e que, em razão disso, havia pagado preços exorbitantes pela cerveja²⁴⁰.

²³⁶ Caso Francovich, EuGH, Slg. 1991, p. I-5.357. O assunto se apresenta de forma ampla e esclarecedora em RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado. Da responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário, 213 p. Ver também HAILBRONNER, Kay. Staatshaftung bei säumiger Umsetzung von EG-Richtlinien, p. 284-289; ALONSO GARCÍA, Ricardo. La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario, 114 p., *apud* JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 371-372.

²³⁷ Caso *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*, EuGH, Slg. 2001, p. I-6297. Ver detalhes do caso em DREXL, Josef. Do we need Courage for International Antitrust Law? Choosing between Supranational and International Law Principles of Enforcement, p. 329-341; VAN GERVEN, Walter. Private Enforcement of EC Competition Rules in the ECJ – *Courage v. Crehan and the Way Ahead*. 9. 19-38; REICH, Norbert. The “courage” Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries?, p. 35-66 e em KOMNINOS, Assimakis P. New prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: *Courage v. Crehan and the Community Right to Damages*, p. 460-466, *apud* JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 371-372.

²³⁸ JAEGER JUNIOR, Augusto; CRAVO, Daniela Copetti. A consagração dos litígios privados na União Europeia: difundindo o direito da concorrência e reparando as vítimas consumeristas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 96, p. 75-88, dez. 2014. p. 81-82.

²³⁹ JAEGER JUNIOR, *op. cit.*, p. 372.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 372-373.

No caso *Courage*, o TJCE decidiu que qualquer pessoa privada que tenha sofrido uma perda em função da violação do direito comunitário da concorrência pode propor uma ação para reparação dos danos. Também considerou que a plena eficácia das normas de concorrência do Tratado seria colocada em risco se os lesados não pudessem ter os danos reparados²⁴¹. Augusto Jaeger Junior complementa: “A partir de então, as violações do direito comunitário da concorrência podem gerar ações de reparação de danos por privados, e não apenas por autoridades públicas de defesa da concorrência”²⁴².

No caso *Manfredi*, julgado em julho de 2006, essa concepção foi acolhida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, restando definido que todas as pessoas que sofrerem prejuízos decorrentes de atos anticoncorrenciais possuem o direito de exigir a reparação dos danos²⁴³. Apesar de estar consolidado o entendimento de que as violações ao direito comunitário da concorrência resultam no direito de os prejudicados receberem indenização pelos prejuízos sofridos, o fato é que tais pedidos, como todos os outros, devem ser pleiteados perante tribunais domésticos. À vista disso, com o propósito de garantir a uniformização das legislações e fomentar a responsabilidade civil em matéria concorrencial, a Comissão Europeia editou, nos últimos anos, diversos documentos relativos a essa matéria.

A Comissão Europeia publicou um “Livro Verde”²⁴⁴, em dezembro de 2005, o qual colocava em debate determinados assuntos, a fim de oportunizar melhorias no sistema, bem como assinalava as primeiras dificuldades para a responsabilidade civil por infrações concorrenciais na esfera da União Europeia. Através do “Livro Verde” da Comissão Europeia se enriqueceu o debate acerca da necessidade de reformas que encorajem e estimulem demandas privadas para o ressarcimento das perdas sofridas e sobre a adequada assistência às cortes nacionais na aplicação do direito comunitário da concorrência em litigâncias privadas pela ofensa ao direito comunitário da concorrência²⁴⁵.

²⁴¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 372.

²⁴² *Ibid.*, p. 372.

²⁴³ Case C-259-298/04, *Vicenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* [2006], ECR I-6619. CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016. p. 94.

²⁴⁴ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Livro Verde*, de 19 de dezembro de 2005, para ações de indenização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitruste. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2005\)0672_/com_com\(2005\)0672_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2005)0672_/com_com(2005)0672_pt.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2018.

²⁴⁵ JAEGER JUNIOR, Augusto; CRAVO, Daniela Copetti. A consagração dos litígios privados na União Europeia: difundindo o direito da concorrência e reparando as vítimas consumeristas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 96, p. 75-88, dez. 2014. p. 83.

Pelo fato de o “Livro Verde” ter recebido diversas contribuições e respostas, em abril de 2008, a Comissão Europeia publicou um “Livro Branco”²⁴⁶ sobre o assunto. O “Livro Branco” dispõe que qualquer cidadão ou empresa que experimente dano em consequência da violação das regras comunitárias deve ter a garantia de poder pleitear indenização daquele que praticou o dano.

Algumas das recomendações fundamentais previstas no “Livro Branco” estão a seguir dispostas²⁴⁷:

- i) “qualquer pessoa” pode requerer a reparação por danos sofridos, os intitulados compradores indiretos, por exemplo, os compradores que não transacionaram diretamente com os infratores, mas sofreram danos em decorrência do repasse do sobrepreço, têm legitimidade para interpor ações de indenização;
- ii) a chamada *pass-on defense*, no caso, alegação de que o “prejudicado” não tem direito à reparação dos danos, quando repassado o sobrepreço para o restante da cadeia produtiva, deve ser aceita pelos Estados-Membros;
- iii) orientou que os prazos prescricionais continuem suspensos, no caso de infrações continuadas, até a cessação da infração, e também durante o período no qual a vítima não tinha condições de ter ciência da infração, uma vez que reconhecido o caráter sigiloso dos cartéis e demais infrações concorrenciais;
- iv) propôs que fosse atribuída a proteção quanto aos documentos sigilosos das empresas ofertados às autoridades no âmbito dos Acordos de Leniência, objetivando impedir que as ações de indenização culminem na diminuição dos acordos, bem como colocou em debate a viabilidade de se ter uma norma que limite a responsabilidade civil de empresas ou indivíduos que façam parte dos Acordos de Leniência.

Sucessivamente, após o debate de algumas matérias no “Livro Branco”, a Comissão Europeia solicitou uma pesquisa no que diz respeito aos parâmetros para medir os danos decorrentes de condutas anticoncorrenciais, levando à consulta pública²⁴⁸. Ademais, definiu

²⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Livro Branco*, de 2 de abril de 2008, sobre ações de indenização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitruste. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=LEGISSUM:l26124>>. Acesso em: 19 out. 2018.

²⁴⁷ CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016. p. 96-97.

²⁴⁸ OXERA CONSULTIN. *Quantifying Antitrust Damages: Towards non-binding guidance for courts – study prepared for European Commission*, 2009. Disponível em:

como objetivo: garantir as indenizações; melhorar o diálogo entre as esferas pública e privada, no emprego do direito concorrencial; e, por fim, melhorar os instrumentos de proteção coletiva em matéria antitruste²⁴⁹.

O chamado Caso Pfleiderer, proveniente de uma decisão proferida, em 21 de janeiro de 2008, pelo *Bundeskartellamt*, que é a autoridade administrativa central com poder decisório sobre a concorrência na Alemanha, determinou a aplicação de multas de 62 milhões de euros a três fabricantes europeus e cinco indivíduos acusados de acordos colusivos no mercado de papéis de parede.

A Pfleiderer²⁵⁰, entretanto, compradora direta de papéis de parede, posteriormente à prolação da decisão, submeteu ao *Bundeskartellamt* uma solicitação de permissão integral aos autos do processo que determinou as penalidades. Por sua vez, a autoridade entregou a versão de acesso público dos autos, mas retirou documentos internos, bem como os documentos entregues voluntariamente pela empresa que firmou o Acordo de Leniência²⁵¹.

Inconformada, a Pfleiderer interpôs ação perante a corte local de Bonn (*Amtsgericht*), impugnando a decisão proferida, que não permitiu acesso integral aos documentos do processo. A corte local de Bonn permitiu acesso integral aos autos do processo, em 3 de fevereiro de 2009. Conforme a legislação da Alemanha, a Pfleiderer era a parte lesada e, portanto, deveria ter acesso aos documentos necessários para propor uma ação indenizatória.

A corte local suspendeu a sua decisão e apresentou ao Tribunal de Justiça europeu um questionamento a respeito da interpretação da legislação concorrencial da União Europeia, com relação à possibilidade de um terceiro prejudicado pela prática colusiva ter acesso a documentos oriundos de Acordos de Leniência para instruir uma ação de reparação de danos²⁵².

O Advogado-Geral do Tribunal de Justiça decidiu, em 16 de dezembro de 2010, no sentido de que os lesados podem ter acesso a documentos pré-existentes à leniência e

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

²⁴⁹ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee of the Regions – Commission Work Programme, 2011*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp2012annex_en.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018.

²⁵⁰ CAUFFMAN, Caroline. *Access to leniency related documents after Pfleiderer*. Maastricht Faculty of Law Working Paper, n. 2012/3, p. 597-615, 2012.

²⁵¹ MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. *Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis*. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017. p. 52-53.

²⁵² *Ibid.*, p. 53.

entregues à autoridade. No entanto, não seria permitido o alcance a documentos que tenham as confissões feitas pela empresa no Acordo de Leniência.

No que pertine à possibilidade de os prejudicados terem acesso a documentos pré-existentes à leniência, o Tribunal concluiu que ajudaria a comprovar o ato ilícito, dano e nexo de causalidade no âmbito das ações de reparação de danos²⁵³. O Tribunal referiu que, na falta de uma previsão legal da União Europeia tratando sobre o assunto, competiria aos Estados-membros criar e aplicar normas nacionais dispendo sobre a permissão de obtenção de documentos no âmbito do Acordo de Leniência por lesados pela prática ilegal dos cartéis.

A partir dessa decisão, portanto, iniciou-se o debate sobre a importância de harmonização entre *public enforcement* e *private enforcement*, e o antagonismo entre a proteção aos Programas de Leniência e o direito à reparação de danos pelos prejudicados. Percebe-se que ter dado aos Estados-membros o dever da solução quanto à permissão aos documentos gerou muita incerteza, uma vez que a solução poderia ser diversa, dependendo do país onde fosse dirigida a controvérsia.

Nesse sentido, em 11 de junho de 2013, a Comissão elaborou uma Proposta de Diretiva, com o propósito de eliminar as barreiras para reparação de danos provenientes de condutas anticompetitivas na União Europeia²⁵⁴. O texto da Diretiva²⁵⁵ foi aprovado, em 17 de abril de 2014, pelo Parlamento Europeu²⁵⁶, tendo sido aprovado pelo Conselho de Ministros, em 10 de novembro de 2014, e assinado em 26 de novembro de 2014.

É importante referir os ensinamentos de Augusto Jaeger Junior e Daniela Copetti Cravo:

[...] uma diretiva da União Europeia é um instrumento legal que objetiva estabelecer os resultados que devam ser atingidos pelos Estados-membros. Para alcançá-los, as

²⁵³ VANDENBORRE, Ingrid; THOMAS, Soledad Blanco. European Court of Justice provides limited guidance on the disclosure of leniency documents. *European Competition Law Review*, v. 32, n. 10, p. 448-489, 2011.

²⁵⁴ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:EN:PDF>>. Acesso em: 16 out. 2018.

²⁵⁵ *Id.* Diretiva 2014/104/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32014L0104>>. Acesso em: 19 out. 2018.

²⁵⁶ EUROPEAN PARLIAMENT. *Amendments by the European Parliament to the Commission Proposal – Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML=AMD=A7-2014-0089+002+DOC+PDF+V0//EN>>. Acesso em: 16 out. 2018.

autoridades nacionais deverão adaptar suas legislações internas, tendo, no entanto, liberdade para decidir como farão²⁵⁷.

A Diretiva 104 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 26 de novembro de 2014, reafirma princípios que já estavam definidos no “Livro Branco”, como, por exemplo, o direito à ampla indenização pelo lesado, conforme o artigo 3º. A Diretiva estabelece que a indenização deve fazer com que o lesado regresse à situação que estaria antes da ocorrência da infração, dispondo que a indenização não deve ocasionar compensação exorbitante, através de elementos multiplicadores de indenização ou por meio de *punitive damages*²⁵⁸.

A Diretiva 2014/104/UE²⁵⁹ pormenoriza e aprofunda também outros temas que haviam sido discutidos no “Livro Branco”. As normas mais importantes são as seguintes:

- i) o artigo 5º²⁶⁰ da Diretiva, que trata sobre divulgação de elementos de provas, prescrevendo que, quando um prejudicado tiver evidências e indícios que demonstrem ter sido lesado em razão de uma prática anticoncorrencial, os Tribunais dos Estados-membros deverão impor que os réus ou terceiros, com determinadas condições, forneçam as provas que estão em seu poder;
- ii) o artigo 6º²⁶¹ da Diretiva, que trata sobre a divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência, dispõe que os Estados-membros asseguram, para efeitos de ações de indenização, que os Tribunais nacionais não possam em nenhum momento ordenar a uma parte ou a um terceiro a divulgação das seguintes categorias de informação: a) as declarações de clemência, e b) as propostas de transação. O demandante pode apresentar um pedido fundamentado de acesso do Tribunal nacional aos elementos de prova referidos no nº 6, alínea a) ou b) para o efeito exclusivo de assegurar que o

²⁵⁷ JAEGER JUNIOR, Augusto; CRAVO, Daniela Copetti. A consagração dos litígios privados na União Europeia: difundindo o direito da concorrência e reparando as vítimas consumeristas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 96, p. 75-88, dez. 2014. p. 85.

²⁵⁸ CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016. p. 100-101.

²⁵⁹ UNIÃO Europeia. *Diretiva 2014/104/UE* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32014L0104>>. Acesso em: 19 out. 2018. Anexo I.

²⁶⁰ *Ibid.* Anexo I.

²⁶¹ *Ibid.* Anexo I.

conteúdo de tais elementos será conforme com as definições estabelecidas no artigo 2º, pontos 16²⁶² e 18²⁶³. Nessa avaliação, os Tribunais nacionais só podem pedir assistência à autoridade da concorrência competente. Se o elemento de prova requerido apenas for parcialmente abrangido pelo âmbito do nº 6, as restantes partes são divulgadas nos termos das disposições aplicáveis do presente artigo, conforme a categoria a que pertençam. A divulgação de elementos de prova incluídos no processo da autoridade da concorrência e não abrangidos por nenhuma das categorias do nº 6 podem ser ordenadas a qualquer momento em ações de indenização. Os Estados-membros asseguram que os Tribunais nacionais só requeiram à autoridade da concorrência a divulgação de elementos de prova incluídos no seu processo, caso nenhuma parte ou nenhum terceiro os possa fornecer de modo razoável. Na medida em que pretenda se pronunciar sobre a proporcionalidade dos pedidos de divulgação, uma autoridade da concorrência pode, por sua própria iniciativa, apresentar observações escritas ao Tribunal nacional junto do qual se pede que seja ordenada a divulgação;

- iii) o artigo 9º²⁶⁴ da Diretiva estabelece que as decisões condenatórias proferidas pela Comissão Europeia e por autoridades nacionais dos Estados-membros deverão ser vinculantes diante dos Tribunais dos Estados, reafirmando o que já havia sido determinado no “Livro Branco”;
- iv) no que pertine à prescrição, o artigo 10º²⁶⁵ da Diretiva dispõe que as legislações dos Estados-membros deverão prever o seguinte: (a) o prazo de prescrição deverá ser de, no mínimo, cinco anos; (b) referido prazo não deverá começar a correr antes que o prejudicado possa razoavelmente ter ciência da infração concorrencial, dos danos causados e da identidade do infrator; e (c) o prazo deverá ser suspenso

²⁶² “Declaração de clemência, qualquer comunicação oral ou escrita apresentada voluntariamente por uma empresa ou uma pessoa singular, ou em seu nome, a uma autoridade da concorrência, ou um registo dessa comunicação, que descreve as informações de que essa empresa ou pessoa singular tem conhecimento sobre um cartel e o papel que a mesma nele desempenha, elaborada especificamente para apresentação à autoridade da concorrência a fim de obter dispensa ou redução da coima ao abrigo de um programa de clemência, excluindo as informações preexistentes; [...]”. UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/104/EU*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32014L0104>>. Acesso em: 19 out. 2018. Artigo 2º, pontos 16. Anexo I.

²⁶³ “Proposta de transação, qualquer comunicação voluntária apresentada por uma empresa, ou em seu nome, a uma autoridade da concorrência na qual a empresa reconheça ou renuncie a contestar a sua participação numa infração ao direito da concorrência e a sua responsabilidade por essa infração ao direito da concorrência, e elaborada especificamente para que a autoridade da concorrência possa aplicar um procedimento simplificado ou acelerado; [...]”. *Ibid.* Artigo 2º, ponto 18. Anexo I.

²⁶⁴ *Ibid.* Anexo I.

²⁶⁵ *Ibid.* Anexo I.

ou interrompido na pendência de investigação da prática por autoridade de defesa da concorrência²⁶⁶;

- v) o artigo 11²⁶⁷ estabelece que os membros do cartel são solidariamente responsáveis, podendo os lesados cobrarem a integralidade dos danos de qualquer um dos transgressores, até mesmo dos infratores dos quais não compraram produtos ou serviços. No entanto, essa regra é inaplicável aos beneficiários do Acordo de Imunidade e Leniência;
- vi) o artigo 13²⁶⁸ da Diretiva reafirma a possibilidade da *pass-on defense* e determina que é ônus do infrator provar o repasse do sobrepreço, o qual será capaz de pedir a disponibilização de provas que se encontrem em poder do lesado ou de terceiros. De outro modo, o artigo 14²⁶⁹ dispõe ser ônus do comprador indireto provar os danos decorrentes dos efeitos do repasse, o qual, da mesma forma, será capaz de pleitear a apresentação de provas que estejam em poder do réu ou terceiros. A Diretiva determina ainda, no artigo 16²⁷⁰, que a Comissão Europeia irá editar documento contendo diretrizes para orientar os Tribunais dos Estados-membros no que diz respeito à estimativa e quantificação do *pass-on* em cada caso concreto;
- vii) a Diretiva prevê, no artigo 17²⁷¹, item 1, que, na hipótese de estarem provados os danos pelo lesado no caso de ser impossível ou excessivamente difícil precisar com exatidão o valor dos danos sofridos, o cálculo poderá ser realizado através de estimativas. Além disso, o artigo 17, item 2, prescreve que, no caso de ser revelada a prática de cartel, há presunção relativa de que o cartel causou um sobrepreço, a qual poderá ser afastada através provas fornecidas pelo réu.

Importante frisar que os Estados-membros devem adequar as suas legislações internas, em até dois anos após a publicação da Diretiva, de modo a espelhar as determinações contidas na Diretiva 2014/104/UE.

²⁶⁶ CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016. p. 101.

²⁶⁷ UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/104/EU*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32014L0104>>. Acesso em: 19 out. 2018. Anexo I.

²⁶⁸ *Ibid.* Anexo I.

²⁶⁹ *Ibid.* Anexo I.

²⁷⁰ *Ibid.* Anexo I.

²⁷¹ *Ibid.* Anexo I.

Passa-se a analisar com mais profundidade o artigo 6º da Diretiva 2014/104/UE, o qual possui um detalhamento maior quanto ao acesso aos documentos oriundos de Acordos de Leniência. O artigo 6º da Diretiva 2014/104/UE prescreve três graus de proteção: proteção total, proteção temporária e sem proteção necessária. Cada categoria citada de documentos apresenta uma prescrição própria quanto ao destinatário e quanto ao momento da disponibilização²⁷².

A categoria sem proteção necessária (*white list*) contempla documentos e informações em poder da autoridade da concorrência que não sejam produzidos no decorrer da investigação, portanto, pré-existentes; por exemplo: contratos, *e-mails* e atas de reuniões. Referidos documentos são capazes de disponibilização, a qualquer tempo, com a condição de que haja um pedido apropriado e proporcional. O fundamento para essa falta de proteção consiste no fato de que seria possível a obtenção desses documentos de outra forma e não unicamente através da colaboração das partes no âmbito dos Acordos de Imunidade e Leniência. Citam-se, como exemplo, *Discovery*, informantes, busca e apreensão, dentre outros.

Importante referir que só foi permitida a categoria *white list* ante a mudança normativa das questões atinentes à dimensão da responsabilidade do colaborador no Acordo de Imunidade e Leniência. Assim, a Diretiva 2014/104/EU, no seu artigo 11, limitou a regra geral da responsabilidade solidária do participante do Acordo, o qual será responsável apenas perante os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos, com o objetivo de equilibrar os interesses do *enforcement* público e privado.

Pelo regramento europeu, os infratores são responsáveis também por empresas que não fazem parte do cartel, mas acabaram aumentando seus preços como resultado da conduta ilegal. Trata-se do chamado “efeito guarda-chuva”. Considerando a amplitude estabelecida na jurisprudência para a indenização decorrente da prática ilegal dos cartéis, essa limitação da extensão da responsabilidade civil é, sobretudo, mais importante na Europa.

A categoria de proteção temporária (*grey list*) abarca informações e documentos trocados entre a autoridade da concorrência e as partes investigadas durante o processo, como, por exemplo, os *statements of objections*, as respostas a pedidos de informação e as análises

²⁷² BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. *Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE*, Processo nº 08700.007888/2016-00, Ministério da Justiça e Cidadania – MJC, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuR>

preliminares da Comissão Europeia. Tais documentos seriam, em comparação com o Brasil, às respostas aos ofícios, às notas técnicas de instauração, saneamento e demais manifestações interlocutórias e finais da Superintendência-Geral do CADE²⁷³.

O fundamento para essa proteção temporária é impedir a viabilização dos documentos que sejam capazes de interferir negativamente no andamento do processo público de persecução a condutas anticompetitivas na Comissão Europeia durante as investigações. Desse modo, tais documentos são disponibilizáveis somente por meio de ordem judicial, posteriormente à decisão final da autoridade competente sobre o caso.

Por fim, a categoria de proteção total (*black list*) abarca os documentos fornecidos voluntariamente e autoincriminatórios e declarações do subscritor do Acordo de Imunidade e Leniência. Esses documentos seriam semelhantes ao “Histórico da Conduta”, no Brasil, o qual detalha a conduta anticompetitiva com base nos documentos e informações voluntários e autoincriminatórios apresentados pela empresa participante do Programa de Leniência.

Os documentos da *black list* não podem ser divulgados, de acordo com a Diretiva 2014/104/UE. O argumento para essa blindagem reside no fato de que esses documentos não existiriam ou nunca poderiam ser alcançados pela autoridade concorrencial se não fosse pelo Programa de Leniência europeu.

Isso porque se trata de uma decisão voluntária do participante do cartel em colaborar com a autoridade antitruste e disponibilizar os documentos que permitiram a revelação e punição do cartel, bem como a compensação dos danos aos consumidores, motivo pelo qual não seria justo que esse mesmo documento fosse aproveitado justamente em prejuízo ao signatário do Acordo de Imunidade e Leniência que contribuiu com as investigações na União Europeia.

Destarte, a proibição da disponibilização de certos documentos constitui a harmonização essencial da persecução pública a condutas anticompetitivas na Europa, notadamente mantendo a atratividade do Programa de Leniência, sem com isso prejudicar o *enforcement* privado, uma vez que outras classes de documentos seriam fornecidas às partes

ZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuholcgx-BuAiGIdXH0CI2pcjLZznRWZf0X>. Acesso em: 27 set. 2018. p. 8.

²⁷³ BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. *Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE*, Processo nº 08700.007888/2016-00, Ministério da Justiça e Cidadania – MJC, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuholcgx-BuAiGIdXH0CI2pcjLZznRWZf0X>. Acesso em: 27 set. 2018. p. 9.

eventualmente prejudicadas. Nesse sentido, o artigo 5º da Diretiva 2014/104/EU, que trata sobre as regras de acesso aos documentos provenientes de Acordos de Imunidade e Leniência, poderia servir de base para a legislação brasileira, conforme será exposto no item 3.2.2.

3.2 PROPOSTAS LEGISLATIVAS NO BRASIL

Ao estudarem-se as legislações dos Estados Unidos da América e da União Europeia será possível avaliar o Projeto de Lei do Senado Federal nº 283, de 2016, em andamento no Brasil, baseado nos sistemas americano e europeu. Além disso, será possível propor uma alteração normativa sobre o acesso aos documentos oriundos de Acordos de Leniência com base no sistema europeu e na Resolução do CADE nº 21/2018.

3.2.1 Projeto de Lei do Senado Federal nº 283, de 2016

O Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 283, de 2016²⁷⁴, de relatoria do Senador Antonio Anastasia, cria procedimentos para impulsionar o ajuizamento de ações de reparação de danos e objetiva, da mesma forma, preservar o Programa de Leniência do CADE e proteger a bem-sucedida política de revelação e combate a cartéis instituída pelo CADE. O PLS nº 283, de 2016, altera a Lei nº 12.529/2011, e tem por objetivos:

- i) vincular ao tempo de duração da infração à ordem econômica o montante da multa aplicada ao infrator;
- ii) permitir que os prejudicados por infração à ordem econômica recebam, em juízo, indenização à razão do dobro do dano sofrido, salvo se o infrator tiver celebrado com o CADE o Acordo de Leniência capaz de aferir o exato valor do dano, a partir de documentos e demais provas apresentados pelo signatário do acordo;
- iii) eximir o infrator que celebre Acordo de Leniência de responsabilidade solidária ao pagamento de danos causados pelos demais infratores de conduta conluiada;
- iv) permitir que o juiz conceda tutela de evidência com fundamento em decisão do Plenário do CADE; e

²⁷⁴ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 283/2016*. Autor: Senador Aécio Neves (MG). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>>. Acesso em: 01 maio 2018.

- v) suspender o curso do prazo prescricional da infração à ordem econômica sempre que o CADE não tiver encerrado o inquérito ou o processo administrativo.

Na justificativa do PLS nº 283, de 2016, foi sustentado que os parágrafos 2º e seguintes do artigo 47 foram incluídos com o fim de preservar o Programa de Leniência do CADE:

[...] o §2º incluído ao artigo 47, portanto, isenta os signatários da sanção civil prevista no §1º, evitando que a colaboração com a autoridade antitruste importe em sua penalização em dobro na esfera civil, pois entendo que tal isenção introduz um estímulo adicional para que o autor da infração colabore com a investigação do CADE, seja por meio do acordo de leniência, ou seja pelo termo de compromisso de cessação de prática.

O §3º incluído ao artigo 47, por sua vez, diminui ainda mais o grau de exposição do signatário da leniência ou termo de compromisso de cessação ao estabelecer que eles não são solidariamente responsáveis pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica, sendo responsáveis apenas pelos danos que efetivamente causaram.

Atualmente, não existe tal proteção ao agente que colabora com a investigação do CADE, havendo o risco de ser demandado por todo o dano imposto pelo cartel, em razão da solidariedade prevista no art. 32 da Lei n. 12.529/2011, bem como no artigo 942 do Código Civil. Tal risco serve de desestímulo à composição com a autoridade antitruste, sobretudo em um contexto de ressarcimento em dobro instituído pelo §1º do artigo 47.

A previsão do §3º pretende corrigir tal disfunção, prestigiando a figura do leniente e signatário do termo de compromisso de cessação, sem com isso, prejudicar o exercício da pretensão de reparação civil dos danos decorrentes da infração à ordem econômica [...] ²⁷⁵.

Em tramitação perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), o PLS em análise é composto por cinco artigos:

o art. 1º altera o artigo 37 da Lei nº 12.529, de 2011, para vincular ao tempo de duração da infração à ordem econômica o montante da multa aplicada ao infrator.

O art. 2º altera o artigo 47 da Lei nº 12.529, de 2011, para permitir que os prejudicados por infração à ordem econômica recebam, em juízo, indenização à razão do dobro do dano sofrido, salvo se o infrator tiver celebrado com o CADE compromisso de cessação de prática ou acordo de leniência capaz de aferir o exato valor do dano, a partir de documentos apresentados pelo leniente. Exime, ainda, o infrator que celebra compromisso de cessação de prática ou acordo de leniência, de responsabilidade solidária ao pagamento de danos causados pelos demais infratores de conduta conluída.

O art. 3º altera o artigo 93 da Lei nº 12.529, de 2011, para permitir que o juiz conceda tutela de evidência com fundamento em decisão do Plenário do CADE.

O art. 4º inclui art. 46-A à Lei nº 12.529, de 2011, para suspender o curso do prazo prescricional da infração à ordem econômica sempre que o CADE não tiver encerrado o inquérito ou o processo administrativo.

²⁷⁵ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 283/2016*. Autor: Senador Aécio Neves (MG). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>>. Acesso em: 01 maio 2018.

O art. 5º estabelece que a Lei decorrente deste projeto, caso aprovado, entrará em vigor a partir da data de sua publicação oficial²⁷⁶.

Inicialmente, foi sugerida a supressão do artigo 1º do PLS, tendo em vista a alteração pretendida pelo artigo 1º do PLS nº 283, de 2016, ao artigo 37 da Lei nº 12.529/2011, pois foi entendido que dificultaria a imposição de multas pelo CADE, uma vez que eleva o tempo de duração do cartel à condição de elemento central da dosimetria.

A Comissão manifestou-se no sentido de que, no sistema vigente, o CADE já leva em consideração, quando possível, o tempo de duração da infração, em conjunto com outras variáveis previstas no artigo 45 da Lei nº 12.529/2011. Mencionaram que a redação atual do artigo 37 é muito semelhante àquela encontrada em outras jurisdições com experiência na defesa da concorrência, e que já permite ao CADE aplicar penalidades rigorosas e diferenciadas, de acordo com a gravidade da situação, o que inclui o tempo de duração do cartel. Por essas razões, entenderam não ser necessária a alteração proposta pelo artigo 1º do PLS.

Com relação ao artigo 2º do PLS, compreenderam ser meritório o pacote de medidas que estimula a celebração do Acordo de Leniência, capaz assim de aumentar as informações disponibilizadas ao CADE para o aumento das condenações por violação da lei de defesa da concorrência. A primeira medida cria a condenação judicial em dobro para o infrator que causar danos a outros agentes econômicos. Trata-se de uma sanção civil, conhecida como *punitive damage* no sistema anglo-saxão, e que visa desestimular a conduta infracional, dado que a vítima não apenas será ressarcida do prejuízo que lhe foi imposto pelo infrator como também será agraciada com um benefício econômico equivalente ao valor do dano causado.

O estímulo à leniência reside no fato de que o infrator signatário do Acordo de Leniência que colabore com a investigação, de modo a quantificar exatamente o prejuízo causado, não será obrigado a ressarcir a vítima em dobro, mas apenas no exato montante do dano provocado.

E a segunda medida visa estimular o Acordo de Leniência, a fim de que o signatário da leniência que colabore com a investigação não seja considerado responsável solidário, perante terceiros, ao pagamento dos danos causados pelos demais infratores que participaram da infração concluída. Trata-se de medida necessária ao estímulo do Acordo, pois, caso o

²⁷⁶ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 283/2016*. Autor: Senador Aécio Neves (MG). Relator: Senador Antonio Anastasia. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7201356&disposition=inline>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

signatário tenha que pagar aos terceiros prejudicados os danos causados por todos os participantes do cartel, por exemplo, ficará evidente o desestímulo gerado para o Acordo de Leniência.

A Comissão considerou adequado o artigo 3º do PLS, que facilita a ação judicial ao considerar, de plano, que a decisão plenária do CADE constitui fundamento suficiente para o juiz autorizar a concessão da tutela de evidência. Ainda, o artigo 4º do PLS, segundo os membros da Comissão, mostrou-se meritório, ao definir que o prazo prescricional das infrações da ordem econômica será suspenso sempre que a investigação do CADE, por inquérito ou processo administrativo, não tiver sido concluída. Essa solução torna mais efetiva a legislação de defesa da concorrência.

Entretanto, a Comissão entendeu ser possível fazer uma complementação ao texto, inserindo dois parágrafos ao proposto artigo 46-A, uma vez que um dos grandes desafios do sistema antitruste nacional é estimular a reparação civil, que é uma realidade posta em jurisdições mais maduras e uma realidade quase nula no Brasil.

Referiram a existência de diversos óbices ao pleno desenvolvimento das ações de indenização em antitruste no Brasil, entre eles:

- i) o prazo curto para seu exercício (prazo de 3 anos previsto no Código Civil);
- ii) a indefinição a respeito do termo inicial para seu exercício;
- iii) a falta de acesso a informações que autorizem a propositura de uma ação com fatos suficientes a ensejar uma condenação; e
- iv) a imperiosidade de se preservar o Acordo de Leniência, que revolucionou a eficácia do antitruste nacional.

O PLS limita-se a definir a suspensão do prazo prescricional durante o processo administrativo. Para tentar incentivar essas práticas, o PLS propõe aumentar o prazo de três para cinco anos, além de definir que o termo inicial seja a ciência inequívoca do ilícito, entendida como a publicação do julgamento final do processo administrativo pelo CADE ou, alternativamente, o desfecho da ação penal.

Os membros da Comissão votaram pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do Projeto de Lei do Senado Federal nº 283, de 2016, com as seguintes Emendas:

EMENDA Nº – CCJ

Modifique-se a ementa do Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016, que passa a vigorar com a seguinte redação:

“Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016, do Senador Aécio Neves, que altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, para instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os réus que assinarem acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, além de outros incentivos ao acordo de leniência, desde que este seja feito mediante apresentação de documentos que permitam ao CADE estimar o dano causado; determina a sustação do termo da prescrição durante a vigência do processo administrativo; e torna a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência.” NR

EMENDA Nº – CCJ

Suprima-se o art. 1º do Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016.

EMENDA Nº – CCJ

Acrescente-se ao art. 46-A da Lei nº 12.529, de 30 de dezembro de 2011, introduzido pelo art. 4º do Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016, os seguintes parágrafos §1º e §2º:

“Art. 46-A.....

§ 1º Prescreve em 05 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 desta Lei, iniciando-se a sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito.

§ 2º Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito, quando da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo CADE ou, alternativamente, quando do desfecho da ação penal.”(NR).²⁷⁷

Através do Parecer (SF) nº 30, de 22 de março de 2018, publicado no DSF página 361-371, na 9ª Reunião Ordinária, o Senador Antonio Anastasia passou a Presidência ao Senador Lasier Martins e a Comissão aprovou o Relatório, que passou a constituir o Parecer da CCJ, favorável ao Projeto, com as Emendas nº 1-CCJ a nº 3-CCJ.

Entretanto, recentemente, em 11 de dezembro de 2018, foi disponibilizado novo Parecer (SF) nº 122, de 2018²⁷⁸, com a Presidência do Senador Tasso Jereissati, tendo como Relator o Senador Armando Monteiro, que apresentou um novo relatório reformulado para aprovação, com as Emendas nºs 1 a 3-CCJ, nos termos das Subemendas nºs 1 e 2, e as Emendas nºs 4 a 6.

A Comissão de Assuntos Econômicos, ao analisar o artigo 1º do PLS nº 283, de 2016, seguiu o entendimento da CCJ pela supressão do mesmo, sendo aprovada a Emenda – CCJ nº 2. Quanto ao artigo 2º do PLS que propõe a modificação do artigo 47 da Lei nº 12.529, de

²⁷⁷ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 283/2016*. Autor: Senador Aécio Neves (MG). Parecer (SF) Nº 30, de 2018 (21 de março de 2018), Presidente Eventual: Senador Lasier Martins, Relator Senador Antonio Anastasia. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7649110&disposition=inline>>. Acesso em: 07 maio 2018.

²⁷⁸ *Ibid.* Presidente: Senador Tasso Jereissati, Relator Senador Armando Monteiro. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7893990&ts=1544699410320&disposition=inline>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

2011, por meio da inclusão de quatro parágrafos, a Comissão entendeu por complementar o alcance das mudanças sugeridas para o artigo 47 da Lei nº 12.529, de 2011, sugerindo a inclusão de um novo parágrafo para deixar claro que não se presume o eventual repasse de sobrepreços: “Não se presume o eventual repasse de sobrepreço nos casos das infrações à ordem econômica previstas no artigo 36, § 3º, I e II, cabendo a prova ao réu que o alegar”²⁷⁹.

No tocante ao artigo 3º do PLS, sugeriram a inclusão de um parágrafo único ao artigo 93 da Lei nº 12.529, de 2011, a fim de que a decisão do Tribunal do CADE constitua fundamento suficiente para o juiz autorizar a concessão da tutela de evidência e decidir liminarmente.

O artigo 4º do PLS prevê a inclusão do artigo 46-A na Lei nº 12.529, de 2011, proposto para que o prazo prescricional se amplie para cinco anos, iniciando-se a sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito. Entretanto, entenderam que o artigo 4º do PLS merece um ajuste de redação para retirar a parte final da redação proposta para o § 2º do art. 46-A, pois concluíram que o desfecho da ação penal não é suficiente para caracterizar ciência inequívoca pelas vítimas de infração à ordem econômica. Dessa forma, foi aprovada a Emenda nº 3 – CCJ na forma de uma subemenda para alterar o dispositivo mencionado.

Foram propostas mais duas alterações ao Projeto de Lei nº 283/2016, o que culminou na apresentação de uma emenda adicional e uma subemenda à Emenda CCJ nº 1.

A primeira delas diz respeito à adição do § 16 ao artigo 85 da Lei nº 12.529, de 2011. Segundo a Comissão, o objetivo é estabelecer que os beneficiários dos acordos aceitem a obrigação de se submeter à arbitragem para fins de reparação de danos quando a parte prejudicada tomar a iniciativa de instituir a arbitragem. Entenderam que esse meio de resolução de conflitos tenderia a ser mais célere, o que seria um incentivo para a reparação de danos em um prazo razoável e um fator de dissuasão à prática de infrações à ordem econômica. Aduziram que, no caso de reparação privada de danos concorrenciais, ainda há uma vantagem adicional: “a confidencialidade das informações, importante para se evitar eventuais ações penais contra pessoas físicas, o que seria um incentivo à celebração dos Acordos de Leniência, instrumento importante para a detecção e dissuasão de cartéis”²⁸⁰.

²⁷⁹ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 283/2016*. Autor: Senador Aécio Neves (MG). Parecer (SF) Nº 30, de 2018 (21 de março de 2018), Presidente: Senador Tasso Jereissati, Relator Senador Armando Monteiro. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7893990&ts=1544699410320&disposition=inline>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

²⁸⁰ *Ibid.*

A segunda mudança refere-se à substituição, na ementa, do vocábulo “sustação” por “suspensão”. Concluíram que a expressão “suspensão da prescrição” (que não se confunde com “interrupção da prescrição”) é comumente utilizada e o vocábulo “sustação” tem significado dúbio.

Nesse sentido, votaram pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016, com a Emenda nº 2-CCJ, acatando as Emendas nº 1-CCJ e nº 3-CCJ, na forma das subemendas apresentadas, oferecendo as seguintes Emendas:

SUBEMENDA Nº 1 – CAE

(à Emenda nº 1 – CCJ)

Dê-se à Ementa do Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016, a seguinte redação:

“Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; institui o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os réus que assinarem acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, além de outros incentivos ao acordo de leniência, desde que este seja feito mediante apresentação de documentos que permitam estimar o dano causado; determina a suspensão do termo da prescrição durante a vigência do processo administrativo; e torna a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência”.

SUBEMENDA Nº 2 – CAE

(à Emenda nº 3-CCJ)

Dê-se a seguinte redação ao § 2º, do art. 46-A da Lei nº 12.529, de 30 de dezembro de 2011, acrescido pela Emenda nº 3-CCJ:

“Art. 46-A.....

§ 1º.....

§ 2º Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito, quando da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo CADE.” (NR)

EMENDA Nº 4 – CAE

Dê-se ao art. 2º do Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016, a seguinte redação:

Art. 2º O art. 47 da Lei nº 12.529, de 30 de dezembro de 2011, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 47.....

§ 1º Os prejudicados terão direito ao ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas no art. 36, § 3º, I e II, sem prejuízo das eventuais sanções aplicadas na esfera administrativa e penal.

§ 2º Não se aplica o disposto no §1º aos coautores de infração à ordem econômica que tenham assinado acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática cujo cumprimento tenha sido declarado pelo CADE, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados.

§ 3º Os signatários do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática são responsáveis apenas pelo dano que causaram aos prejudicados, não incidindo sobre eles responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica.

§ 4º Não se presume o eventual repasse de sobrepreço nos casos das infrações à ordem econômica previstas no artigo 36, § 3º, I e II, cabendo a prova ao réu que o alegar.” (NR)

EMENDA Nº 5 – CAE

Dê-se ao art. 5º do Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016, a seguinte redação:

Art. 5º O art. 85 da Lei nº 12.529, de 30 de dezembro de 2011, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

Art. 85.....

§ 16. O termo de compromisso de cessação de prática, que contenha o reconhecimento da participação na conduta investigada por parte do compromissário, conterà obrigação do compromissário de submeter ao juízo arbitral a solução de controvérsias que tenham por objeto pedido de reparação de prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica, quando a parte prejudicada tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com sua instituição”. (NR)²⁸¹.

Entre as principais mudanças no Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016, verifica-se a introdução de um sistema de cálculo do *quantum* inspirado no modelo existente nos Estados Unidos da América (*treble damages*) sugerido por Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer²⁸² na sua tese de doutorado. Para ele, inicialmente deveria ser limitado ao dobro do dano causado e apenas incidir em conduta de cartéis, não sendo aplicado à empresa que participou do Programa de Leniência, conforme proposta de inclusão dos §§ 1º e 2º ao artigo 47 da Lei Antitruste.

No que diz respeito à responsabilidade, nos termos do artigo 942 do Código Civil, todos os partícipes do cartel respondem solidariamente pela prática ilegal, havendo a possibilidade de uma parte prejudicada cobrar todo o valor da indenização de apenas um dos membros pertencentes ao cartel. Segundo Ana Paula Martinez, “no caso das investigações de cartéis em que haja um signatário de Acordo de Leniência, é provável que as partes lesadas busquem o ressarcimento integral dele, visto ser o único a ter confessado a prática”²⁸³.

A limitação da responsabilidade civil em relação à condenação em dobro diminui o grau de exposição do signatário, o que resulta em uma maior atratividade do Programa de Leniência, sem, por outro lado, estabelecer um impedimento à comprovação da responsabilidade civil dos colaboradores nas ações indenizatórias.

Portanto, na proposta do PLS nº 283, de 2016, o beneficiário do Acordo de Leniência não será solidariamente responsável pelos prejuízos causados pelos demais integrantes do cartel. No momento atual, o signatário pode ser acionado a reparar o dano causado por todos os integrantes do cartel, tendo em vista a solidariedade, ficando vulnerável às ações de reparação de danos.

²⁸¹ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 283/2016*. Autor: Senador Aécio Neves (MG). Parecer (SF) Nº 30, de 2018 (21 de março de 2018), Presidente: Senador Tasso Jereissati, Relator Senador Armando Monteiro. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7893990&ts=1544699410320&disposition=inline>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

²⁸² PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 260.

²⁸³ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013. p. 275.

A limitação da responsabilidade solidária²⁸⁴ culminaria em um incentivo à colaboração, protegendo os delatores e, conseqüentemente, o Programa de Leniência. Desse modo, o signatário do acordo permanece responsável pelo pagamento dos danos que tiver causado, mas não responderia pelos danos causados pelos demais, bem como estaria impossibilitado de ressarcir de forma múltipla os danos causados pelo cartel²⁸⁵.

3.2.2 Resolução do CADE nº 21/2018 e proposta legislativa sobre acesso a documentos provenientes de Acordos de Leniência

Nessa senda, o CADE apresentou um modelo de Resolução para Consulta Pública, em 07 de dezembro de 2016²⁸⁶, que objetivava o regramento de acesso de terceiros aos documentos e informações fornecidas pelo signatário do Acordo de Leniência. O prazo da Consulta Pública nº 05/2016 terminou em 08/03/2017, sendo reaberta, com algumas alterações, para contribuições, de 04/07/2018 a 25/07/2018.

A Resolução pretende disciplinar os procedimentos previstos nos artigos 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011, no tocante à articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil. Assim como regulamentar os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação e de Ações Judiciais de Busca e Apreensão, além de fomentar as Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais.

Na Exposição de Motivos da Resolução proposta, o CADE defende os Programas de Leniência como um dos suportes ao combate das condutas anticoncorrenciais no Brasil. Também, a Nota Técnica da Superintendência-Geral²⁸⁷, criada como incentivo à repressão a

²⁸⁴ MACHADO, Luiza Andrade. Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 114-132, 2015. p. 123.

²⁸⁵ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013. p. 275-276.

²⁸⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Consulta Pública n. 05/2016*. Exposição de Motivos da Resolução. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpL_Bdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLncZ_qw9Gg,>. Acesso em: 01 ago. 2018.

²⁸⁷ “Embora o *private enforcement* possa auxiliar na promoção da política de defesa da concorrência, reconhece-se que a tendência crescente de ajuizamento de ARDC traz desafios aos programas de colaboração das autoridades antitruste no mundo e no Brasil, em especial aos Programas de Leniência. Por um lado, regras

tais práticas, corrobora a importância de se regular a interação de *private* e do *public enforcement*. Para o CADE, o compartilhamento imoderado dos documentos gera um risco às investigações e ao Programa de Leniência, como se verifica na Nota Técnica e na Exposição de Motivos da minuta de Resolução.

Primeiramente, na proposta de Resolução do CADE, de 2016, constava que o compartilhamento imoderado dos documentos geraria um risco às investigações e ao Programa de Leniência, razão pela qual previa a proibição de disponibilização de alguns documentos. O CADE propôs manter em sigilo os documentos listados no parágrafo único do artigo 13:

Art.13. O Conselheiro-Relator, nos termos do art. 56, parágrafo único do Regimento Interno, criará apartado de acesso restrito específico para fins do compartilhamento referido no art. 3º desta Resolução, que conterà:

I – a íntegra dos documentos e informações que foram citados nos votos dos Conselheiros para formação do entendimento do Plenário; e/ou

II – a íntegra dos demais documentos e informações que evidenciem a conduta anticompetitiva e nos quais as partes potencialmente lesadas pela conduta sejam citadas.

Parágrafo único. Serão mantidos como de acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade, e não poderão ser disponibilizados a terceiros em razão do risco à condução de negociações (art. 23, II da Lei nº 12.527/2011), às atividades de inteligência (art. 23, VIII da Lei nº 12.527/2011), e à efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade:

I – o Histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do Cade com base em documentos e informações de caráter auto-incriminatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC, que não poderiam ter sido obtidos de qualquer outro modo senão por meio da colaboração no âmbito dos Programas de Leniência e de TCC; e/ou

II – os documentos e informações:

a) que se enquadrem nas restrições previstas nos arts. 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011;

b) que constituam segredo industrial (art. 22 da Lei nº 12.527/2011);

c) relativos à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724/2012);

d) que constituam hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça (art. 6º, inciso I do Decreto nº 7.724/2012);

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 expuser excessivamente ao impacto financeiro das ARDC”. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Nota Técnica n. 24/2016/Chefia Gab-SG/SG/CADE*. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7K Wlj 4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg,,>. Acesso em: 10 ago. 2018.

e) que constituam hipóteses previstas nos arts. 52 a 54 do Regimento Interno do Cade²⁸⁸.

A atenção à confidencialidade dos referidos documentos tem por finalidade proibir que o signatário do Acordo de Leniência fique em uma situação de desigualdade em um possível processo de reparação de danos em relação aos outros coautores da conduta que não colaboraram com a autoridade, conforme a Exposição de Motivos.

Dessa feita, posteriormente à decisão final do CADE no processo administrativo e sua definição sobre a possibilidade do compartilhamento da prova, os documentos que porventura não se encaixem nessas categorias, a exemplo de provas constatadas na data da infração, como troca de e-mails que evidenciem um acordo entre concorrentes, serão passíveis de abertura para terceiros.

Ademais, a Resolução propôs o momento de divulgação dos documentos, visando impedir que se prejudiquem as investigações conexas que por acaso estejam ocorrendo. Veja-se: (1) na fase de negociação e celebração do acordo os documentos serão sempre sigilosos; (2) na fase de instrução apenas as versões públicas das notas técnicas proferidas pela Superintendência Geral do CADE deverão ser compartilhadas; e (3) na fase de decisão final os documentos passíveis de disponibilização serão juntados em apartado com acesso restrito especificamente para essa finalidade, incumbindo ao CADE a apreciação das solicitações requeridas por terceiros²⁸⁹.

As contribuições foram analisadas para elaboração da Resolução que foi divulgada em 05 de setembro de 2018. O Tribunal do CADE aprovou a Resolução nº 21, de 12 de setembro de 2018. Após anunciar a nova Resolução, Alexandre Barreto (Presidente do CADE) informou que, no dia 10 de setembro de 2019, seria aberta consulta pública de 30 dias sobre a alteração do Regimento Interno do CADE, a qual ainda não foi divulgada.

A Resolução nº 21/2018 indica como regra que os documentos e informações constantes nos processos administrativos são de acesso público, conforme artigo 1º da Resolução. Contudo, o artigo 2º estabelece exceções à regra:

²⁸⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Consulta Pública n. 05/2016*. Exposição de Motivos da Resolução. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpL_Bdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg,>. Acesso em: 01 ago. 2018.

²⁸⁹ MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. *Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis*. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017. p. 66.

Art. 2º Constituem exceções ao disposto no art. 1º e serão mantidos como de acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade, e não poderão ser disponibilizados a terceiros:

I – o Histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do Cade com base em documentos e informações de caráter autoacusatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC, em razão do risco à condução de negociações (art. 23, II da Lei nº 12.527/2011), às atividades de inteligência (art. 23, VIII da Lei nº 12.527/2011), e/ou à efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade; e/ou

II – os documentos e informações:

a) que se enquadrem nas restrições previstas nos arts. 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011;

b) que constituam segredo industrial (art. 22 e 23, VIII da Lei nº 12.527/2011);

c) relativos à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724/2012);

d) que constituam hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça (art. 6º, inciso I e II do Decreto nº 7.724/2012);

e) que constituam hipóteses previstas nos arts. 91 a 94 e 219 do Regimento Interno do Cade;

f) que tenham sigilo definido por decisão judicial;

g) apresentados pelo proponente durante a negociação do Acordo de Leniência ou do TCC subsequentemente frustrada, enquanto não forem restituídos aos proponentes ou destruídos pelo CADE.

§ 1º É de ônus do interessado a fundamentação das razões e a indicação do dispositivo legal que embase o caráter restrito de outros documentos e informações além daqueles elencados neste artigo.

§ 2º A qualquer tempo os interessados poderão se manifestar nos autos para indicar a necessidade de manutenção do acesso restrito de documentos e informações nos termos dessa Resolução e/ou de legislação específica²⁹⁰.

Desse modo, alguns documentos serão mantidos com acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo plenário do CADE, e não poderão ser fornecidos a terceiros para consulta. Entre eles, cumpre destacar o histórico da conduta e seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do CADE, com base em documentos e informações de caráter autoacusatório, submetidos voluntariamente no âmbito de negociações de Acordos de Leniência.

O artigo 3º da Resolução nº 21/2018²⁹¹ estipula condições excepcionais para concessão de acesso aos documentos restritos diferente do modelo de Resolução da Consulta Pública nº 05/2016, a qual defendia que os documentos não poderiam ser acessados em nenhuma hipótese. A disponibilização é admissível nos casos em que: houver determinação legal ou decisão judicial específica; houver autorização do signatário da leniência ou do TCC;

²⁹⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Resolução n. 21*, de 12 de setembro de 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/mariana.koch/Downloads/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2021%20de%2012%20de%20setembro%20de%202018%20(3).pdf>. Acesso em: 07 dez. 2018.

²⁹¹ *Ibid.* Anexo II.

nos casos de cooperação jurídica internacional, ambos com a anuência do CADE, desde que não haja prejuízo à investigação.

Além disso, deverá se observar a legitimidade do requerente, os fatos e fundamentos específicos que embasam o requerimento, a razoabilidade e a proporcionalidade do requerimento, a fase processual da investigação no CADE, a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador, a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do CADE e a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica.

Segundo o Presidente do CADE, Alexandre Barreto:

uma abertura ampla das informações poderia reduzir consideravelmente os acordos de leniência e os TCCs, até mesmo os inviabilizando. Por outro lado, regras de compartilhamento restritivas poderiam inviabilizar o sucesso das vítimas de cartel em suas ações privadas²⁹².

Apenas o Ministério Público, quando participar com a autarquia dos acordos, terá acesso à íntegra dos documentos e das informações apresentados pelo signatário, “[...] os quais poderão embasar procedimentos cíveis e criminais cabíveis, devendo observar a manutenção das regras de confidencialidade previstas em lei e na presente resolução”²⁹³, conforme ressaltado pelo Presidente do CADE.

A idealizadora da Resolução, a chefe de gabinete do MPF junto ao CADE, Amanda Athayde, afirmou que o histórico de conduta sigiloso, mesmo após o julgamento se dará “[...] porque é um documento produzido pelos colaboradores especificamente para o acordo, que não poderiam ser obtidos de outro modo, como busca e apreensão”²⁹⁴. “Assim, o colaborador não é colocado em posição mais gravosa do que os demais infratores que não colaboram com a autoridade, em linha com as boas práticas internacionais”²⁹⁵.

Ademais, a Resolução estabelece o momento de divulgação dos documentos nas hipóteses acima, visando impedir que se prejudiquem as investigações conexas que por acaso estejam ocorrendo. Veja-se: (1) durante a fase de negociação e celebração dos Acordos de

²⁹² PIMENTA, Guilherme; GATOIS, Gustavo. *Cade edita resolução com regras de acesso a documentos de leniência*. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/cade-resolucao-regras-acesso-leniencia-05092018>>. Acesso em: 10 out. 2018.

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ *Ibid.*

Leniência e TCC, a Superintendência-Geral e o Tribunal do CADE assegurarão o tratamento sigiloso e/ou restrito da proposta, conforme os artigos 85, § 5º, e 86, § 9º, da Lei nº 12.529, de 2011, bem como dos documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos em investigação; (2) na fase de instrução, apenas as versões públicas da Nota Técnica de Instauração e da Nota Técnica Final da Superintendência-Geral do CADE serão compartilhadas; e (3) na fase de decisão final pelo Plenário do Tribunal do CADE, tornará públicos documentos e informações de acesso restrito previsto no § 2º do artigo 10 da Resolução²⁹⁶.

O artigo 12 da Resolução nº 21/2018 estabelece que a Superintendência-Geral e o plenário do Tribunal do CADE poderão considerar como condição atenuante, para redução tanto da contribuição pecuniária em negociações de Termos de Compromisso de Cessação de Prática, quanto da multa administrativa para participantes da infração concorrencial, a comprovação do ressarcimento judicial, no âmbito das ações de reparação por danos concorrenciais, considerada nos termos do artigo 45, incisos V e VI, da Lei nº 12.529/2011.

Contudo, apesar de louvável o trabalho do CADE, mostra-se inviável que a mera Resolução interna de um Órgão Administrativo possa afastar, atenuar ou contrariar o princípio constitucional que lhe é vinculante, como o princípio da legalidade²⁹⁷. É patente que a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, considerou sigilosa *apenas* a proposta de acordo de que tratou o artigo 86.

Nesse sentido, a importância do Programa de Leniência do CADE deve ser mantida a partir de instauração de normas de incentivos à colaboração que se encontrem em conformidade com o sistema legal. A criação de um rol de documentos cujo compartilhamento não deva ser viabilizado, por meio de Resolução, não parece se coadunar com o princípio da legalidade. A CF/88 estabelece o princípio da legalidade para todos os indivíduos em território nacional, segundo o texto do artigo 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”²⁹⁸. Observa-se

²⁹⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Resolução n. 21*, de 12 de setembro de 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/mariana.koch/Downloads/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2021%20de%2012%20de%20setembro%20de%202018%20(3).pdf>. Acesso em: 07 dez. 2018. Anexo II.

²⁹⁷ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação da EC 19/1998) [...]” BRASIL. Constituição Federal de 1998. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988.

²⁹⁸ *Ibid.*

que o princípio da legalidade determina que os atos executivos e judiciais devam estar em conformidade com a lei.

As resoluções, embora úteis como instrumentos para aplicação da lei, não podem, obviamente, inovar em nenhuma matéria sujeita à reserva legal. Ainda que o § 11 do artigo 86 da Lei Antitruste determine que a aplicação do referido artigo deva observar as normas a serem editadas pelo Tribunal do CADE, o § 9º do mesmo artigo estabelece o sigilo apenas da proposta de acordo, bem como o inciso X, artigo 11²⁹⁹, impõe aos Conselheiros do Tribunal do CADE o dever de prestar informações e fornecer documentos ao Poder Judiciário.

Dessa forma, o CADE extrapolou a sua competência ao restringir o acesso a informações e documentos oriundos de Acordo de Leniência não previsto em lei por meio de uma resolução. Verifica-se uma antinomia, o que culmina na inaplicabilidade da norma inferior. É essencial, portanto, que essa mudança ocorra através de alteração na Lei Antitruste, e não por meio de Resolução, tendo em vista a finalidade de garantir a legalidade do regramento proposto e, assim, dar proteção ao Programa de Leniência.

A presente dissertação propõe uma alteração na Lei Antitruste, mais especificamente no artigo 86³⁰⁰, com a inclusão de três novos parágrafos, após o § 9º, baseado na Resolução

²⁹⁹ “Art. 11. Compete aos Conselheiros do Tribunal:

[...]

X – prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento dos processos, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais.” BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2011.

³⁰⁰ “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 e que dessa colaboração resulte:

I – a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º. O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II – a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III – a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV – a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º. Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

§ 3º. O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º. Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

do CADE nº 21/2018 e, conseqüentemente, no modelo europeu, passando os §§ 10, 11 e 12, para §§ 13, 14 e 15, respectivamente. Senão, veja-se a sugestão:

§ 10. As seguintes categorias de documentos deverão ter acesso restrito:

I – O Histórico da Conduta, e seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do Cade com base em documentos e informações de caráter autoacusatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC, em razão do risco à condução de negociações (art. 23, II da Lei nº 12.527/2011), às atividades de inteligência (art. 23, VIII da Lei nº 12.527/2011), e/ou à efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade; e/ou

II – os documentos e informações:

a) que se enquadrem nas restrições previstas nos arts. 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º dessa Lei;

b) que constituam segredo industrial (art. 22 e 23, VIII da Lei nº 12.527/2011);

c) relativos à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724/2012);

I – decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II – nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5º. Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

§ 6º. Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 7º. A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8º. Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9º. Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

§ 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.” BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2011.

- d) que constituam hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça (art. 6º, inciso I e II do Decreto nº 7.724/2012);
- e) do procedimento preparatório, no inquérito administrativo e do processo administrativo estritamente necessário à elucidação do fato e em cumprimento ao interesse social, conforme Regimento Interno do Cade;
- f) que tenham sigilo definido por decisão judicial;
- g) apresentados pelo proponente durante a negociação do Acordo de Leniência ou do TCC subsequentemente frustrada, enquanto não forem restituídos aos proponentes ou destruídos pelo CADE;
- h) é de ônus do interessado a fundamentação das razões e a indicação do dispositivo legal que embase o caráter restrito de outros documentos e informações além daqueles elencados neste artigo;
- i) a qualquer tempo os interessados poderão se manifestar nos autos para indicar a necessidade de manutenção do acesso restrito de documentos e informações nos termos dessa Lei e/ou de legislação específica.

§ 11. A excepcional concessão de acesso aos documentos e às informações referidos no §10 poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I – expressa determinação legal;

II – decisão judicial específica;

III – autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC, com a anuência do Cade, desde que não haja prejuízo à investigação; ou

IV – cooperação jurídica internacional, prevista nos arts. 26 e 27 do CPC, mediante autorização do CADE e autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC, desde que não haja prejuízo à investigação.

§ 12. A análise do pedido de excepcional concessão de acesso de que trata o § 11 deverá observar:

I – a legitimidade do requerente;

II – os fatos e fundamentos específicos que embasam o requerimento;

III – a razoabilidade e a proporcionalidade do requerimento;

- IV – a fase processual da investigação no Cade, conforme Regimento Interno do Cade;
- V – a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador;
- VI – a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade;
- VII – a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica.

A proteção da confidencialidade dos documentos e informações específicos sugeridos nos parágrafos acima, mesmo após o julgamento do caso pelo Plenário do Tribunal do CADE, está em conformidade com a experiência internacional.

Poder-se-ia discutir a aplicabilidade da Lei nº 12.527/11, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso às informações. Entretanto, existem restrições ao sigilo bem identificadas entre os artigos 21 ao 30. Cumpre salientar os artigos 23 e 25 da referida Lei:

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

[...]

VIII – comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Art. 25. É dever do Estado controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas produzidas por seus órgãos e entidades, assegurando a sua proteção.

§ 1º O acesso, a divulgação e o tratamento de informação classificada como sigilosa ficarão restritos a pessoas que tenham necessidade de conhecê-la e que sejam devidamente credenciadas na forma do regulamento, sem prejuízo das atribuições dos agentes públicos autorizados por lei.

§ 2º O acesso à informação classificada como sigilosa cria a obrigação para aquele que a obteve de resguardar o sigilo.

§ 3º Regulamento disporá sobre procedimentos e medidas a serem adotados para o tratamento de informação sigilosa, de modo a protegê-la contra perda, alteração indevida, acesso, transmissão e divulgação não autorizados³⁰¹.

Já o Decreto nº 7.845/2012, que regulamenta os procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo dispõe, no artigo 2º, inciso V:

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

[...]

³⁰¹ BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 nov. 2011.

V – contrato sigiloso - ajuste, convênio ou termo de cooperação cujo objeto ou execução implique tratamento de informação classificada; [...] ³⁰².

O artigo 24, § 1º, da Lei nº 12.527/11 estipula os prazos máximos para a restrição da informação:

Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.

§ 1º Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no caput, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes:

I – ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos;

II – secreta: 15 (quinze) anos; e

III – reservada: 5 (cinco) anos ³⁰³.

Cumpra-se observar que, para a classificação, deve-se considerar o interesse público. Percebe-se que a Lei de Acesso à Informação garante a possibilidade de sigilo que comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações. Poder-se-ia alegar que na Lei nº 12.527/11 está previsto o sigilo durante apenas a fase de investigação ou fiscalização em andamento. Como visto, entretanto, na presente proposta pretende-se estabelecer uma categoria de acesso restrito e não com sigilo absoluto, eis que há exceções a esse acesso restrito. Ademais, o beneficiário da leniência, tendo conhecimento da possibilidade de os documentos serem disponibilizados, logo após o fim do processo administrativo, **poderia** deixar de fornecer informações importantes ou poderia sequer firmar o acordo.

Ainda, o Decreto nº 7.845/2012 refere ser contrato sigiloso o “[...] termo de cooperação cujo objeto ou execução implique tratamento de informação classificada” ³⁰⁴.

Assim, alguns documentos provenientes da cooperação pelo signatário do Acordo de Leniência podem ser classificados como sendo de acesso restrito.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Amanda Athayde e Andressa Lin Fidelis:

o artigo 5, LX da Constituição Federal de 1988 dá publicidade aos atos administrativos. Essa regra é regulamentada, em termos gerais, pela Lei nº 9.784/1999 (Lei Geral de Processo Administrativo) e pela Lei nº 12527/2011 (Lei de Acesso à Informação –LAI). O acesso à informação pode ser excepcionado, por

³⁰² BRASIL. Decreto nº 7.845, de 14 de novembro de 2012. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 nov. 2012.

³⁰³ *Id.* Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 nov. 2011.

³⁰⁴ *Id.* Decreto nº 7.845. *Op. cit.*

exemplo, pelo sigilo à intimidade e ao interesse público³⁰⁵. Ademais, há exceção para a divulgação de informações que possam “representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos”³⁰⁶ e que possam “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”³⁰⁷³⁰⁸.

Há também um julgado do STF que versa sobre o acesso à informação. A questão central diz respeito à constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que conferem aos órgãos da administração pública tributária meios para obter dados bancários dos contribuintes sem necessidade de prévia autorização judicial. Na leitura do Fisco, trata-se de reconhecer meios necessários para que se possa identificar “o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”, na forma do que prevê o artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição Federal. Na interpretação do contribuinte, uma afronta ao direito à intimidade assegurado pelo inciso X do artigo 51 da Constituição Federal.

Dessa forma, no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP³⁰⁹, interposto por Marcio Holcman contra a União Federal, tendo diversas entidades como *Amicus Curiae*, com fundamento no artigo 102, III, “a”, da Constituição Federal. Alegou-se violação aos artigos 5º, X, XII, XXXVI, LIV, LV; 145, § 1º; e 150, III, “a”, do Texto Constitucional. Nas razões recursais, sustentou-se a necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo bancário. Por fim, asseverou a ausência de legítimo interesse à Administração Tributária para requerer os extratos bancários da parte requerente. O Recurso Extraordinário foi conhecido, mas negado provimento por maioria.

Nesse julgado, os Ministros do STF realizaram uma análise da colisão entre a existência de um “dever fundamental de pagar tributos” e o sigilo bancário. Referiram, por maioria, sinteticamente, que a quebra de sigilo bancário não torna a informação pública, pois apenas os órgãos da administração pública fiscal poderiam ter acesso a esses dados, a fim de que se cumpra o “dever fundamental” de pagar tributos. Importante destacar haver crítica por parte da doutrina quanto à existência de um “dever fundamental” de pagar tributos expresso na Constituição Federal, como, por exemplo, no entendimento de Martha Leão, que salienta

³⁰⁵ Cf. art. 2º, V, Lei nº 9.784/1999 c/c art. 5º, LX, CF/88.

³⁰⁶ Cf. art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724/2012.

³⁰⁷ Cf. art. 23, VIII, da Lei nº 12.527/2011.

³⁰⁸ ATHAYDE, Amanda; FIDELIS, Andressa Lin. Discovery, leniência, TCC e persecução privada a cartéis: too much of a good thing? *Revista do IBRAC*, Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 89-115, 2016. p. 100.

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REX nº 601.314 – SP*. Plenário. Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 24 fev. 2016. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 16 set. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310303477&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

não existir essa previsão na nossa Carta Magna³¹⁰. O Ministro Ricardo Lewandowski referiu ter sido convencido que não há no caso quebra de sigilo, mas apenas transferência de sigilo para finalidade de natureza eminentemente fiscal.

Entretanto, no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, a quebra de sigilo bancário é realizada “apenas” diante da falta de colaboração do contribuinte para fins de cálculo do imposto e fica restrita aos órgãos da administração pública fiscal. No caso do Programa de Leniência, é justamente o contrário. Muitas vezes apenas com a colaboração do signatário do Acordo de Leniência é possível ter conhecimento da existência da prática ilegal, bem como através dele é possível ter acesso às provas contra os outros participantes do cartel, razão pela qual o acesso irrestrito a todos os documentos fornecidos pelo signatário do Acordo, culminaria em um desestímulo à aderência ao Programa.

Intrinsecamente ligada à questão das ações indenizatórias está a questão da confidencialidade. O signatário do Acordo de Leniência fica obrigado a cooperar com as investigações, fornecendo diversos documentos à autoridade da concorrência, “[...] que, por definição, contêm mais dados sobre si mesmo que sobre os demais membros”³¹¹, razão pela qual se mostra necessária uma proteção em relação a algumas informações fornecidas por ele.

A limitação ao acesso aos documentos fornecidos pela empresa que firmou o Acordo de Leniência não impede que os consumidores ajuízem ações de produção antecipada de prova ou exibição de documentos contra as outras empresas participantes do cartel que foram delatadas. Do mesmo modo, não impede os lesados a terem acesso liberado às outras provas fornecidas pela empresa que firmou o Acordo, a depender do tipo de documento e da fase em que se encontram os processos administrativos no CADE. Ainda existe a possibilidade de que seja excetuado o sigilo nos casos propostos para inclusão do § 11 do artigo 86:

§ 11. A excepcional concessão de acesso aos documentos e às informações referidos no §10 poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I – expressa determinação legal;

II – decisão judicial específica;

³¹⁰ LEÃO, Toribio Martha. *O direito fundamental de economizar tributos: entre legalidade, liberdade e solidariedade*. São Paulo: Malheiros, 2018.

³¹¹ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013. p. 276.

III – autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC, com a anuência do Cade, desde que não haja prejuízo à investigação; ou

IV – cooperação jurídica internacional, prevista nos arts. 26 e 27 do CPC, mediante autorização do CADE e autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC, desde que não haja prejuízo à investigação.

Importante referir ainda, a Lei nº 12.580/13 (Lei de Combate a Organizações Criminosas)³¹², a qual disciplina, em seu artigo 7º, que o pedido de homologação do Acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto. Uma vez firmado o Acordo e adotadas as providências dele decorrentes deve o instrumento ser submetido à homologação judicial em procedimento sigiloso. Os autos ficam restritos ao Juiz, ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia, e à defesa, como forma de garantir o sigilo. Segundo Márcio Adriano Anselmo³¹³, o sigilo refere-se à defesa do colaborador; já o acesso a terceiros interessados citados pelo colaborador deve ser garantido após o recebimento da denúncia, conforme § 3º. Ainda, consoante o § 3º³¹⁴, o Acordo de Colaboração Premiada deixa de ser sigiloso no momento em que recebida a denúncia.

Já a Lei nº 12.846/13³¹⁵ (Lei Anticorrupção), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, prevê a hipótese de Acordo de Leniência, no seu artigo 16, e estabelece o sigilo para a proposta de Acordo, conforme o § 6º³¹⁶. Percebe-se que, quanto à

³¹² BRASIL. Lei nº 12.580, de 2 de agosto de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 08 ago. 2013.

³¹³ ANSELMO, Márcio Adriano. Sigilo e colaboração premiada na visão do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-26/academia-policia-sigilo-colaboracao-premiada-visao-supremo>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

³¹⁴ “Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1º. As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º. O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§ 3º. O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.” BRASIL. Lei nº 12.580, de 2 de agosto de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 08 ago. 2013.

³¹⁵ *Id.* Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 ago. 2013.

³¹⁶ “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

[...]

§ 6º. A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.” *Ibid.*

previsão de sigilo do Acordo de Leniência para infrações por atos de corrupção empresarial, a Lei Anticorrupção seguiu o modelo da legislação de defesa da concorrência.

Desse modo, como o Programa de Leniência Antitruste tem proporcionado uma elevação considerável na descoberta de cartéis, verifica-se o interesse coletivo para que se mantenham os incentivos ao Programa. A permissão de acesso irrestrito aos documentos, após a proposta de Acordo, pode desestimular as empresas a firmarem o mesmo, o que resultaria na não detecção do cartel, em diversos casos, e na permanência da lesão ao consumidor.

Por fim, entende-se que, além das modificações do PLS nº 283, de 2016, que altera a Lei nº 12.529/2011, em relação à condenação em dobro aos prejudicados que ingressarem com ações de reparação de danos, ressalvados os réus signatários do Acordo de Leniência e em relação à limitação da responsabilidade solidária para os mesmos, dentre outras alterações previstas no Projeto. Também deva haver uma alteração no artigo 86 da Lei Antitruste para inserir regras sobre acesso aos documentos oriundos de Acordos de Leniência, TCC e Busca e Apreensão, a fim de dar maior segurança ao Programa de Leniência.

Respondendo à pergunta que se fez no início do presente trabalho, se é possível harmonizar o *enforcement* público e o privado, entende-se que sim, diante da proposta do PLS nº 283, de 2016, e da proposta de alteração na Lei Antitruste feita neste trabalho, baseada na Resolução do CADE nº 21/2018, para limitar o acesso a documentos oriundos de Acordo de Leniência e TCC, a fim de que não haja um desestímulo às empresas a firmarem tais Acordos, o que representa um instrumento para harmonização do *enforcement* público e privado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de extrema importância a harmonia entre as duas políticas, a da concorrência e a do consumidor, por se tratar inclusive de exigência da Constituição Federal de 1998. Desse modo, existe a possibilidade de se realizar ações conjuntas, assim como repartir funções e dividir informações, caso ambas as autoridades estiverem analisando a mesma conduta. Portanto, a cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência e de proteção do consumidor mostra-se relevante.

As principais consequências da prática de cartel são as seguintes: a transferência de renda dos consumidores para as empresas infratoras, tendo em vista sobrepreço cobrado pelas mesmas; a redução da oferta no mercado, ocasionando o denominado “peso morto”, o qual diminui o bem-estar na sociedade; e danos colaterais que excedem o “peso morto”, equivalentes à perda de incentivos para que as empresas empreguem recursos no aperfeiçoamento dos produtos e na diminuição dos custos.

O Programa de Leniência tem sido exitoso no combate aos cartéis, sendo respeitado por organismos internacionais, uma vez que também se trata de um componente importante à insegurança própria aos cartéis. Ainda, os signatários dos Acordos de Leniência oferecem as provas às autoridades do cartel a um custo muito menor do que se teria para conseguir tais provas com o emprego outras técnicas de investigação.

Via de regra, a responsabilidade civil em matéria concorrencial possui dois objetos centrais de acordo com a doutrina: a indenização dos prejuízos sofridos pelos prejudicados, bem como o desestímulo a condutas anticoncorrenciais, colaborando para a política de prevenção de infrações à ordem econômica. Nesse sentido, o diálogo entre a proteção do consumidor e a defesa da concorrência deve ser reforçado por intermédio da consolidação de mecanismos de reparação dos danos causados aos consumidores por condutas anticoncorrenciais.

Como visto, não há tradição no Brasil em ajuizamento de ações antitruste, até mesmo porque a mesma desafia uma instrução processual bastante complexa. Percebe-se que as ações privadas podem ter papel central na política antitruste, embora ainda estejam iniciando no Brasil, possuindo claro efeito pedagógico e de dissuasão de condutas ilícitas. Todavia, mostra-se essencial que existam regras claras dentro do sistema sobre a confidencialidade dos documentos e informações produzidos pela empresa que firmou o Acordo de Leniência para que haja segurança jurídica.

Não obstante a quebra da confidencialidade e o acesso aos documentos de Acordos de Leniência possam ser justificados para a utilização em uma ação de reparação de danos de consumidores lesados. No entanto, poderia expor os signatários do Acordo de Leniência a uma situação desvantajosa em relação aos demais infratores que não cooperam com o CADE, o que dificultaria a descoberta de cartéis e enfraqueceria o *enforcement* público no Brasil.

Nos dias de hoje, a falta de conhecimento do dano real a ser apurado pelo lesado acaba desestimulando a propositura de ações de reparação de danos, uma vez que o prejudicado desconhece o possível êxito que teria com o ajuizamento da ação, o que é importante, inclusive, para avaliar o gasto com a contratação de advogado enquanto perdurar o processo.

O instituto da produção antecipada de prova previsto no novo Código de Processo Civil, ao permitir a produção da prova do dano, antes mesmo do ajuizamento da ação indenizatória, é capaz de servir como uma medida de estímulo ao *private enforcement*, assim como à própria composição de litígios dessa natureza.

Um grande aliado à repressão aos cartéis dos Estados Unidos da América é a ação de reparação de danos ajuizada por prejudicados pela prática ilegal, permitindo que o Poder Judiciário estabeleça indenizações correspondentes a três vezes o dano causado, denominado como *treble damages*, o que tem levado um grande número de ações ajuizadas para a reparação de danos a consumidores ou concorrentes.

Na União Europeia, embora o acesso às informações dos Acordos de Leniência possa facilitar a obtenção de indenização pelos prejudicados, a Diretiva 2014/104/UE garante a confidencialidade de alguns documentos, como forma de resguardar os incentivos ao Programa de Leniência, o qual busca a prevenção de infrações à ordem econômica. A Diretiva 2014/104/UE aprovada assegura o montante da reparação de danos, o qual se mede pela extensão do mesmo, admitindo o *pass-on defense* e assegura a legitimidade dos compradores indiretos, de modo que seja possível garantir a indenização pelos lesados.

O propósito da reparação de danos, na União Europeia, em certas situações concede espaço aos objetivos da política de prevenção de infrações concorrenciais não sendo irrestrito. Tal situação acontece nos casos de disponibilização de declarações e confissões emitidas por beneficiários dos Acordos de Leniência no âmbito de investigações concorrenciais.

No Brasil, o PLS nº 283, de 2016, que altera a Lei nº 12.529/2011, mostra-se relevante, eis que pretende, dentre outras alterações, instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os réus que assinarem Acordo de

Leniência ou Termo de Compromisso de Cessação de Prática, bem como isentar os mesmos da responsabilidade solidária pelos danos causados por demais autores da infração à ordem econômica.

A criação de normas para tutelar o acesso aos documentos oriundos de investigações no CADE, dispostos na Resolução nº 21/2018 do CADE, por sua vez, visa manter a estrutura de incentivos à colaboração do infrator com as investigações da autoridade antitruste. Por outro lado, a criação de um rol de documentos cujo compartilhamento não deve ser viabilizado, através de resolução do CADE, não parece se coadunar com a hierarquia das normas.

Ainda que o § 11 do artigo 86 da Lei Antitruste prescreva que a aplicação do disposto no artigo 86 deverá observar as normas editadas pelo Tribunal do CADE, o § 9º do mesmo artigo determina o sigilo apenas da proposta de Acordo, bem como o artigo 11, inciso X, impõe aos Conselheiros do Tribunal do CADE o dever de prestar informações e fornecer documentos ao Poder Judiciário. Dessa forma, apesar de extremamente importante e bem redigida a Resolução nº 21/2018, o CADE acabou resguardando o sigilo de documentos não arrolados pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Ao assim agir, o CADE extrapolou os seus limites ao regular algo não previsto em Lei, afrontando o princípio da legalidade.

A harmonização entre o acesso dos lesados aos documentos necessários para o ajuizamento de ações de reparação de danos e a manutenção dos incentivos ao Programa de Leniência mostra-se extremamente importante. A proposta que é feita no presente trabalho para inserir no artigo 86 da Lei nº 12.529/2011 três novos parágrafos sobre regras ao acesso a documentos oriundos de Acordos de Leniência, TCCs e Busca e Apreensão, baseia-se na Resolução nº 21/2018 do CADE e, conseqüentemente, no sistema europeu, a fim de diminuir o grau de exposição do signatário do Acordo de Leniência e TCCs, bem como proteger os consumidores e o Programa de Leniência.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Ursula Ribeiro. Produção antecipada de prova sem urgência no direito ambiental: risco de dano ao meio ambiente. *Revista Jurídica da Escola do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 6, p. 135-164, 2014.
- ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral). *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 5. p. 466-479. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).
- ANDERS, Eduardo Caminati; CORDOVIL, Leonor Augusta Giovanne; BAGNOLI, Vicente; CARVALHO, Vinícius Marques de. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ANSELMO, Márcio Adriano. Sigilo e colaboração premiada na visão do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-26/academia-policial-sigilo-colaboracao-premiada-visao-supremo>>. Acesso em: 02 dez. 2018.
- ANTITRUST Penalty Enhancement and Reform Act*, Pub. L. 109-279, Title II, 118 Stat. 665, 2004.
- ARAÚJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições. In: MARTINEZ, Ana Paula (Org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012. p. 223-242.
- ATHAYDE, Amanda; FIDELIS, Andressa Lin. Discovery, leniência, TCC e persecução privada a cartéis: too much of a good thing? *Revista do IBRAC*, Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 89-115, 2016.
- AZEVEDO, Paulo Furquim. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor (Coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 199-240.
- BADIN, Arthur Sanchez. Venda casada: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: IOB, CADE, n. 05, p. 49-86, jan./mar. 2005.
- BARCELLOS, Nicole Rinaldi de. Liberdade de concorrência na União Europeia: convergência da doutrina e da jurisprudência no reconhecimento da disciplina concorrencial como base para o mercado interno. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 10, n. 3, p. 224-252, 2015.
- BASEDOW, Jürgen (Org.). *Private enforcement of EC competition law*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da livre concorrência na Constituição Federal. *Revista de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 10, p. 190-204, 1995.
- BECKER, Gary S. Irrational behavior and economic theory. *The Journal of Political Economy*, Chicago: The University of Chicago Press, v. 70, n. 1, p. 1-13, Feb. 1962.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Rescoe. *Manual do direito do consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Consulta Pública n. 05/2016*. Exposição de Motivos da Resolução. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpL Bdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLncZ_qw9Gg,>. Acesso em: 01 ago. 2018.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Consulta Pública n. 05/2016*. Exposição de Motivos da Resolução. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste/20161125_exposicao_de_motivos_resolucao_acesso_rev_final.pdf>. Acesso em: 01 maio 2018.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Nota Técnica n. 24/2016/Chefia Gab-SG/SG/CADE*. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9I4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg,>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08000.015337/1997-48*. Conselheiro Relator Ruy Santacruz, julgado em 27.10.1999.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08011000283/2006-66*. Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo, julgado em 17.12.2008.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11*. Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 16.03.2016.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10*, Conselheiro Relator Abraham Benzaquen Sicsu, julgado em 19.09.2007.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10*. Conselheiro Relator Abraham Benzaquen Sicsú, julgado em 19.09.2007.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08012.002127/02-14*. Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme Prado, julgado em 13.07.2005.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08012.002299/2000-18*. Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, julgado em 07.03.2002.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08012.002493/2005-16*. Conselheiro Relator Thompson Andrade, julgado em 15.09.2004.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08012.002493/2005-16*. Conselheiro Relator Luís Fernando Schuartz, julgado em 30.01.2008.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08012.010932/2007-18*. Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25.02.2015.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n. 08012.011027/2006-02*. Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz, julgado em 28.08.2013.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Regimento Interno do Cade*. Março de 2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Resolução n. 21*, de 12 de setembro de 2018. Disponível em: <[file:///C:/Users/mariana.koch/Downloads/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2021%20de%2012%20de%20setembro%20de%202018%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/mariana.koch/Downloads/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2021%20de%2012%20de%20setembro%20de%202018%20(3).pdf)>. Acesso em: 07 dez. 2018.

_____. Constituição Federal de 1998. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988.

_____. Decreto nº 7.845, de 14 de novembro de 2012. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 nov. 2012.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 nov. 2011.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2011.

_____. Lei nº 12.580, de 2 de agosto de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 08 ago. 2013.

_____. Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 ago. 2013.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015.

_____. Lei nº 80.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990.

_____. Ministério da Justiça e Cidadania. *Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE*, Processo nº 08700.007888/2016-00, Ministério da Justiça e Cidadania – MJC, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Disponível em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuho1cgx-BuAiGIdXH0CI2pcjLZznRWZf0X>. Acesso em: 27 set. 2018.

_____. *Regimento Interno do Cade*. Março de 2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/REGIMENTOINTERNODOCONSELHOADMINISTRATIVODEFESAECONMICAVersopsemenda2.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 283/2016*. Autor: Senador Aécio Neves (MG). Relator: Senador Antonio Anastasia. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7201356&disposition=inline>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 283/2016*. Autor: Senador Aécio Neves (MG). Parecer (SF) Nº 30, de 2018 (21 de março de 2018), Presidente: Senador Tasso Jereissati, Relator Senador Armando Monteiro. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7893990&ts=1544699410320&disposition=inline>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 283/2016*. Autor: Senador Aécio Neves (MG). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>>. Acesso em: 01 maio 2018.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 283/2016*. Autor: Senador Aécio Neves (MG). Parecer (SF) Nº 30, de 2018 (21 de março de 2018), Presidente Eventual: Senador Lasier Martins, Relator Senador Antonio Anastasia. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7649110&disposition=inline>>. Acesso em: 07 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.554.986 – SP. Terceira Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgamento em 08 mar. 2016. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 11 mar. 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=Resp+1.554986+&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 09 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *REX nº 601.314 – SP*. Plenário. Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 24 fev. 2016. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 16 set. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310303477&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da concorrência e tributação: à luz do artigo 146-A da Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BUCHAIN, Luiz Carlos. *O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial*. Porto Alegre: Nova Prova, 2006.

_____. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 1, p. 1-26, 2014.

CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral). *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 5. p. 450-464. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARPENA, Heloísa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 19, a. 5, p. 29-48, jul./set. 2004.

_____. *Consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARPES, Artur. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção O Novo Processo Civil).

CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira; LUCINDA, Claudio; SEIXAS, Renato. *Prevenção ótima de cartéis: o caso dos peróxidos no Brasil*. Brasília: Departamento de Estudos Econômicos – DEE, 2016.

CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. Introdução ao federal rules of evidence e os pontos de encontro com o Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral). *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 5. p. 861-872. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

_____. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016.

CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Tutela jurisdicional do consumidor: o convencimento judicial e o ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2016.

CAUFFMAN, Caroline. *Access to leniency related documents after Pfleiderer*. Maastricht Faculty of Law Working Paper, n. 2012/3, p. 597-615, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. Importante capítulo de direito econômico. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Direito do consumidor: doutrinas essenciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. I. p. 167-186.

CONNOR, John e HELMERS, Gustav. Statistics on modern private international cartels, 1990–2005. *American Antitrust Institute Working Paper* n. 07-01, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=944039>. Acesso em: 02 out. 2016.

CONNOR, John M. *Private recoveries in international cartel cases worldwide: what to the data show*. American Antitrust Institute Working Paper n. 12-03, 2012. Disponível em: <<http://antitrustinstitute.org/~antitrust/sites/default/files/WorkingPaperNo12-03.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Global antitrust prosecutions of modern international cartels. *Journal of Industry, Competition and Trade*, Purdue University, v. 4, n. 3. p. 239-267, 2004.

CRANE, Daniel. Private enforcement against international cartels in Latin Americana. *Cardozo Legal Studies Research Paper*, Michigan, n. 231, p. 1-40, Apr. 2008.

CRAVO, Daniela Copetti. *Concorrência e consumidor: dúplice capitulação da venda casada*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

_____. Venda casada: é necessária a dúplice repressão? *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: CADE, v. 01, n. 01, p. 52-70, maio 2013.

CSERES, Katalin Judit. *Competition law and consumer protection*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais do poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. I.

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil. Parte geral e processo de conhecimento* 1. 18. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Produção antecipada de prova. In: _____ (Coord. geral). *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 5. p. 461-495. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

DROMI, Roberto. *Sistema jurídico e valores administrativos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da Constituição. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.): *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 125-157.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice and Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*, 1992 (revised: 1997). Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-0>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Department of Justice and Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*, 2010. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Federal Rules of Criminal Procedure. Disponível em: <<https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org>> Acesso em: 19 set. 2018.

EUROPEAN COMMISSION. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/megers.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. *EU competition policy and the consumers*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/consumer_en.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

EUROPEAN PARLIAMENT. *Amendments by the European Parliament to the Commission Proposal – Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML=AMD=A7-2014-0089+002+DOC+PDF+V0//EN>>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. *Defining hard core cartel conduct, effective institutions, effective penalties*. Germany, 2005. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

FEDERAL TRADE COMMISSION. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2010/08/federal-trade-commission-and-us-department-justice-issue-revised>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. *Federal Register*, v. 76, n. 162, Monday, August 22, 2011. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/os/fedreg/2011/08/110812part3frn.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William. *Antitrust law and economics*. 4 ed. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co, 1994.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *A livre concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, FUMEC, 2003.

GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. A produção antecipada de provas em litígios empresariais: reflexões sobre a estratégia. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). *Direito dos negócios aplicados*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2015. v. 1. p. 255-270.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRIFFIN, James M. *A summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program*. The modern leniency program after ten years. San Francisco, Califórnia, August 12, 2003. Disponível em <<https://www.justice.gov/atr/speech/modern-leniency-program-after-ten-years-summary-overview-antitrust-divisions-criminal>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

HAMMOND, Scott D. *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*. Apresentação feita na 24th Annual National Institute on White Collar Crime. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/public/speeches/255515.htm#N_2_>. Acesso em: 03 mar. 2018.

HÜSCHEL RATH, Kai. Public Enforcement of anti cartel laws – theory and empirical evidence. In: HÜSCHEL RATH, Kai; SCHWEITZER, Heike (Ed.). *Public and private enforcement of competition law in Europe*. Mannheim, Germany: Zew Economics Studies, 2014, v. 48. p. 9-35.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *Anti-cartel enforcement manual*. How to implement an effective leniency program. 2009. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/manual.aspx>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. *Defining hard core cartel conduct, effective institutions, effective penalties*. Germany, 2005. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2018.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Liberdade de concorrência da União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Mercados comum e interno e liberdades econômicas fundamentais*. Curitiba: Juruá 2010.

JAEGER JUNIOR, Augusto; CRAVO, Daniela Copetti. A consagração dos litígios privados na União Europeia: difundindo o direito da concorrência e reparando as vítimas consumeristas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 96, p. 75-88, dez. 2014.

_____; _____. Brief analysis of competition defense in Brazil. *Panorama of Brazilian Law*, Juiz de Fora, v. 2, n. 2, p. 59-68, 2014.

JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. I, n. I, p. 59-68, mar. 2003.

_____. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. I, n. I, p. 69-84, mar. 2003.

JUSTICE.GOV. *Antitrust Division Manual*. Fifth Edition. November 2012. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/file/761166/download>>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Department of Justice. *Model corporate conditional leniency letter*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/public/criminal/239524.htm>> . Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Department of Justice. *Model corporate conditional leniency letter*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/public/criminal/239526.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/public/workload-statistics.html>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C., § 552. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/oip/legacy/2014/07/23/foia-final.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2018.

KOVACIC, William; SHAPIRO, Carl. *Antitrust policy: a century of economic and legal thinking*. 1999. Disponível em: <<https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/century.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

KOVACK, William E. The modern of U.S. competition policy enforcement norms. *Antitrust Law Journal*, Washington, v. 71, n. 2, p. 377-478, 2003.

LANDE, Robert H. *Consumer choice as the best way to recenter the mission of competition law*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1624885>>. Acesso em: 01 out. 2018.

LANDE, Robert H. e CONNOR, John M. *Cartel overcharges and optimal cartel fines*. November, 12, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1029755>. Acesso em: 19 nov. 2018.

LANDE, Robert H.; AVERITT, Neil W. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, p. 26-50, jan./mar. 2003.

LEÃO, Toribio Martha. *O direito fundamental de economizar tributos: entre legalidade, liberdade e solidariedade*. São Paulo: Malheiros, 2018.

LOPES, José Reinaldo Lima. Direito da concorrência e direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, p. 79-97, abr./jun. 2001.

LUCINDA, Claudio; SEIXAS, Renato. *Prevenção ótima de cartéis: o caso dos peróxidos no Brasil*. Brasília: Departamento de Estudos Econômicos – DEE, 2016.

MACHADO, Luiza Andrade. Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 114-132, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

_____; _____. _____. _____. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

_____; _____. _____. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; _____. _____. *Novo curso de processo civil. Teoria do processo civil de acordo com o novo CPC – Lei 13.363/2016*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: _____ (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; _____. _____. _____. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013.

MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. *Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis*. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017.

MATOS, César Costa Alves de. Introdução à teoria econômica dos cartéis. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor (Coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 245-290.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELEDO-BRIAND, Danièle. A consideração do interesse do consumidor e o direito da concorrência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, p. 39-59, jul./set. 2000.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de derecho de la Comunidad Europea*. 3. ed. Madrid: Trivium, 1997.

_____. *Tratado de derecho de la Unión Europea*. Curitiba: Juruá, 2015. v. II.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994. p. 93-98.

OFFICE OF FAIR TRADING. *Leniency and No-Action – OFT's Guidance Note on the Handling of Applications*. 2008. Disponível em: <<http://www.offt.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/cartels/confess#named1>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

OGDEN, David W. *Memorandum for Department Prosecutors*. Guidance for Prosecutors Regarding Criminal Discovery. 4 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.justice.gov/dag/memorandum-department-prosecutors>>. Acesso em: 10 de set. 2018.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. Defesa da concorrência e proteção do consumidor – análise da situação político-institucional brasileira em relação à defesa do consumidor e da concorrência tendo em perspectiva os estudos empreendidos por ocasião dos 90 anos da Federal Trade Commission. *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, v. 14, n. 1, p. 169-181, jan. 2007.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS (OCDE). Disponível em <<https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/34427452.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. *Fighting hard core cartels: harm effective sanction and leniency programs*. 2002. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

OXERA CONSULTIN. *Quantifying Antitrust Damages: Towards non-binding guidance for courts – study prepared for European Commission*, 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 19, n. 76, p. 131-151, out./dez. 2010.

PIMENTA, Guilherme; GATOIS, Gustavo. *Cade edita resolução com regras de acesso a documentos de leniência*. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/cade-resolucao-regras-acesso-leniencia-05092018>>. Acesso em: 10 out. 2018.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAMOS, Vítor de Paula Ramos. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, n. 862, p. 22-33, ago. 2007.

RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVID, Leonor (Coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência. *Revista dos Tribunais: Doutrina Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 98, v. 880, p. 9-32, fev. 2009.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHWALBE, Ulrich. Leniency programmes and the structure of cartels – remarks from an economic perspective. In: HÜSCHEL RATH, Kai; SCHWEITZER, Heike (Ed.). *Public and private enforcement of competition law in Europe*. Mannheim, Germany: Zew Economics Studies, 2014. v. 48. p. 39-52.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SHNEIDER, Andressa. *Do direito da concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor*. Justiça Federal. Serie Monografia do CEJ, v. 29. Brasília, dezembro de 2017.

TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova>>. Acesso em: 01 set. 2018.

TARUFFO, Michelle. *Processo civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e introdução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. (Coleção Processo e Direito).

_____. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*. Disponível em: <<http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutoriosna-buscada-verdade-real>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee of the Regions – Commission Work Programme, 2011*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp2012annex_en.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018.

_____. Comissão Europeia. *Livro Branco*, de 2 de abril de 2008, sobre ações de indenização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitruste. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=LEGISSUM:l26124>>. Acesso em: 19 out. 2018.

_____. Comissão Europeia. *Livro Verde*, de 19 de dezembro de 2005, para ações de indenização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitruste. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2005\)0672_/com_com\(2005\)0672_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2005)0672_/com_com(2005)0672_pt.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2018.

_____. Comissão Europeia. *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:EN:PDF>>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. *Diretiva 2014/104/EU*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32014L0104>>. Acesso em: 19 out. 2018.

_____. *Quantifying antitrust damages: towards non-binding guidance for courts*. 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

_____. *Regulamento (CE) n° 1049/2001*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/PDF/r1049_pt.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. *Regulamento (CE) n° 139/2004*, do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controle das concentrações de empresas. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32004R0139>>. Acesso em: 19 out. 2018.

_____. *Tratado da Comunidade Econômica Europeia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Axy0023>>. Acesso em: 19 out. 2018.

_____. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>>. Acesso em: 19 out. 2018.

_____. Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, 30 mar. 2010.

VAN DIJK, Theon e VERBOVEN, Frank. *Quantification of damages*. Three issues in competition law and policy (ABA Section of Antitrust Law 2008) (2010). Disponível em: <http://www.appliedantitrust.com/04_private_actions/damages/van_dijk_verboven_quantification2008.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2018.

VANDENBORRE, Ingrid; THOMAS, Soledad Blanco. European Court of Justice provides limited guidance on the disclosure of leniency documents. *European Competition Law Review*, v. 32, n. 10, p. 448-489, 2011.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. Tese de titularidade. 2008. Tese (Professor Titular de Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

_____. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIRETIVA 2014/104/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO**de 26 de novembro de 2014****relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia****(Texto relevante para efeitos do EEE)**

O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente os artigos 103.º e 114.º,

Tendo em conta a proposta da Comissão Europeia,

Após transmissão do projeto de ato legislativo aos parlamentos nacionais,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social Europeu ⁽¹⁾,Deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário ⁽²⁾,

Considerando o seguinte:

- (1) Os artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) relevam da ordem pública e deverão ser aplicados de forma eficaz em toda a União, a fim de assegurar que a concorrência não seja falseada no mercado interno.
- (2) A aplicação pública dos artigos 101.º e 102.º do TFUE é assegurada pela Comissão, mediante o exercício das competências previstas no Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho ⁽³⁾. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1 de dezembro de 2009, os artigos 81.º e 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia passaram a ser os artigos 101.º e 102.º do TFUE, com conteúdo idêntico. A aplicação pública também incumbe às autoridades nacionais da concorrência, que podem tomar as decisões referidas no artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003. Segundo esse regulamento, os Estados-Membros deverão poder designar as autoridades administrativas e judiciais para aplicar os artigos 101.º e 102.º do Tratado como instâncias de aplicação da lei e executar as diversas funções que são atribuídas pelo referido regulamento às autoridades responsáveis em matéria de concorrência.
- (3) Os artigos 101.º e 102.º do TFUE produzem efeito direto nas relações entre particulares e criam, para as pessoas em causa, direitos e obrigações que os tribunais nacionais devem tutelar. Os tribunais nacionais têm, assim, um papel igualmente essencial na aplicação das regras da concorrência (aplicação privada). Ao decidirem sobre os litígios entre particulares, salvaguardam os direitos subjetivos decorrentes do direito da União, nomeadamente através da concessão de indemnizações às vítimas de infrações. A plena eficácia dos artigos 101.º e 102.º do TFUE e, em especial, o efeito prático das proibições neles estabelecidas pressupõem que qualquer pessoa, incluindo consumidores e empresas,

ou autoridade pública possam pedir reparação junto dos tribunais nacionais pelos danos sofridos em virtude de uma violação de tais disposições. O direito à reparação garantido pelo direito da União aplica-se igualmente às infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE por empresas públicas e empresas às quais os Estados-Membros concedam direitos especiais ou exclusivos, na aceção do artigo 106.º do TFUE.

- (4) O direito, garantido pelo direito da União, à reparação de danos causados por infração ao direito da concorrência da União e ao direito da concorrência nacional requer que cada Estado-Membro tenha regras processuais para assegurar o exercício efetivo desse direito. A necessidade de mecanismos de impugnação judicial efetivos decorre igualmente do direito a uma proteção judicial efetiva estabelecido no artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Tratado da União Europeia (TUE) e no artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Os Estados-Membros deverão assegurar proteção judicial efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União.
- (5) As ações de indemnização são apenas um elemento de um sistema efetivo de aplicação privada em caso de infração ao direito da concorrência, sendo complementadas por vias de recurso alternativas, como a resolução amigável de litígios e decisões de aplicação pública que incentivem as partes a prestar indemnização.
- (6) Para assegurar a efetiva aplicação privada no âmbito do direito civil e a efetiva aplicação pública pelas autoridades da concorrência, ambos os instrumentos são necessários para interagir de forma a assegurar a máxima eficácia das regras da concorrência. Importa regular com coerência a articulação entre as duas formas de aplicação, por exemplo, em relação aos acordos em matéria de acesso aos documentos detidos pelas autoridades da concorrência. Essa articulação a nível da União permitirá também evitar divergências em matéria de regras aplicáveis, que poderiam comprometer o bom funcionamento do mercado interno.
- (7) Segundo o artigo 26.º, n.º 2, do TFUE, o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual é assegurada a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais. Há acentuadas diferenças entre as regras que, nos Estados-Membros, regulam as ações de indemnização por infração ao direito da concorrência da União ou nacional. Essas diferenças dão azo a incerteza quanto às condições em que os lesados podem exercer o direito de indemnização que lhes advém por força do TFUE, e afetam a eficácia substantiva desse direito. Uma vez que os lesados escolhem frequentemente o seu Estado-Membro de estabelecimento como foro para intentar a ação de indemnização, as discrepâncias entre as regras nacionais conduzem a uma desigualdade de condições em matéria de ações de indemnização e podem afetar a concorrência nos mercados em que operam tanto os lesados como as empresas infratoras.
- (8) As empresas estabelecidas e que operam em vários Estados-Membros estão sujeitas a diferentes regras processuais que afetam significativamente a medida em que podem ser responsabilizadas pela infração ao direito da concorrência. Esta aplicação desigual do direito à reparação garantido pelo direito da União pode resultar não apenas numa vantagem competitiva para as empresas que violam o artigo 101.º ou 102.º do TFUE, mas também num desincentivo ao exercício dos direitos de estabelecimento e de fornecimento de bens e serviços nos Estados-Membros onde o direito à reparação é aplicado com mais eficácia. Como as diferenças entre os regimes de responsabilidade aplicáveis nos Estados-Membros podem afetar negativamente tanto a concorrência como o correto funcionamento do mercado interno, é apropriado fundamentar a presente diretiva numa base jurídica dupla, ou seja, nos artigos 103.º e 114.º do TFUE.
- (9) Tendo presente que as infrações ao direito da concorrência de maior escala têm muitas

vezes uma dimensão transfronteiriça, é necessário assegurar condições de concorrência mais equitativas para as empresas que operam no mercado interno e melhorar as condições em que os consumidores exercem os direitos que lhes advêm do mercado interno. Convém reforçar a segurança jurídica e reduzir as diferenças entre os Estados-Membros em matéria de regras nacionais que regem as ações de indemnização por infração ao direito da concorrência da União e ao direito da concorrência nacional, quando aplicadas em paralelo com o direito da concorrência da União. Uma aproximação dessas regras ajudará a evitar que se tornem mais acentuadas as diferenças entre as regras dos Estados-Membros que regem as ações de indemnização nos processos de concorrência.

- (10) Segundo o artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, «sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem o direito nacional da concorrência a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros na aceção desta disposição, devem aplicar igualmente o artigo 101.º do TFUE a tais acordos, decisões ou práticas concertadas. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem o direito nacional da concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo 102.º do TFUE, devem aplicar igualmente o artigo 102.º do TFUE.» No interesse do bom funcionamento do mercado interno e com vista a uma maior segurança jurídica e a condições mais equitativas para as empresas e os consumidores, convém que o âmbito de aplicação da presente diretiva seja alargado às ações de indemnização com base na infração ao direito nacional da concorrência, quando este for aplicado nos termos do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003. De outro modo, a aplicação de diferentes regras de responsabilidade civil por infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE e por infração às regras do direito da concorrência nacional, que devam ser aplicadas nos mesmos processos e em paralelo com o direito de concorrência da União, afetaria negativamente a posição dos demandantes no mesmo processo e o âmbito dos seus pedidos, e constituiria um obstáculo ao funcionamento adequado do mercado interno. A presente diretiva não deve afetar as ações de indemnização por infração ao direito nacional da concorrência que não afetam o comércio entre os Estados-Membros na aceção dos artigos 101.º ou 102.º do TFUE.
- (11) Na falta de norma de direito da União, as ações de indemnização são regidas pelas regras e pelos processos nacionais dos Estados-Membros. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (Tribunal de Justiça), qualquer pessoa tem o direito de pedir reparação pelos danos sofridos quando exista um nexo de causalidade entre esses danos e uma infração às regras de concorrência. Todas as regras nacionais que regem o exercício do direito à reparação por danos causados por infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE, inclusive as relativas a aspetos não abrangidos pela presente diretiva, como a noção de nexo de causalidade entre a infração e o dano, devem observar os princípios da efetividade e da equivalência. Tal significa que não deverão ser formuladas ou aplicadas de forma que torne excessivamente difícil ou praticamente impossível o exercício do direito à reparação garantido pelo TFUE ou aplicadas de forma menos favorável do que as regras aplicáveis às ações nacionais análogas. Caso os Estados-Membros estabeleçam outras condições de reparação no âmbito do direito nacional, como a imputabilidade, a adequação ou a culpabilidade, deverão poder mantê-las, desde que respeitem a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os princípios da efetividade e da equivalência e a presente diretiva.
- (12) A presente diretiva reafirma o acervo comunitário relativo ao direito à reparação por danos causados por infração ao direito da concorrência, garantido pelo direito da União,

especialmente no que respeita à legitimidade e à definição de dano, como declarado na jurisprudência do Tribunal de Justiça, e não obsta a qualquer evolução ulterior do dito acervo. Qualquer pessoa que tenha sofrido um dano causado por tal infração pode pedir reparação por dano emergente (*damnum emergens*) e por lucros cessantes (*lucrum cessans*) por si sofridos, bem como o pagamento de juros, independentemente de as regras nacionais definirem essas categorias separadamente ou em conjunto. O pagamento de juros é uma componente essencial da reparação para compensar os danos sofridos, tendo em conta o decorrer do tempo, e deverá ser devido desde o momento em que ocorreu o dano até ao momento do pagamento da reparação, sem prejuízo da sua qualificação como juros compensatórios ou juros de mora no âmbito do direito nacional e da questão de saber se o decorrer do tempo é tido em conta como uma categoria separada (juros) ou como uma parte constitutiva dos danos emergentes ou dos lucros cessantes. Cabe aos Estados-Membros estabelecer as regras a aplicar para o efeito.

- (13) O direito à reparação é reconhecido a qualquer pessoa singular ou coletiva — consumidores, empresas e autoridades públicas, sem distinção —, independentemente de existir uma relação contratual direta com a empresa infratora e de ser previamente declarada a infração por uma autoridade da concorrência. A presente diretiva não deverá obrigar os Estados-Membros a introduzirem mecanismos de tutela coletiva para efeitos da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Sem prejuízo da reparação por perda de oportunidade, a reparação integral nos termos da presente diretiva não deverá conduzir a reparação excessiva, por meio de indemnizações punitivas, múltiplas ou outras.
- (14) As ações de indemnização por infração ao direito da concorrência da União ou nacional requerem normalmente uma análise factual e económica complexa. Os elementos de prova necessários para fundamentar um pedido de indemnização estão frequentemente na posse exclusiva da parte contrária ou de terceiros e o demandante não tem suficiente conhecimento de tais elementos ou acesso aos mesmos. Nessas circunstâncias, a existência de requisitos legais estritos que exijam aos demandantes a especificação pormenorizada de todos os elementos factuais relativos às suas alegações no início de uma ação e a produção precisa de elementos de prova específicos pode impedir indevidamente o exercício efetivo do direito a reparação garantido pelo TFUE.
- (15) Os elementos de prova são importantes para intentar uma ação de indemnização por infração ao direito da concorrência da União ou nacional. No entanto, uma vez que a litigância no domínio do direito da concorrência da União se caracteriza por uma assimetria da informação, convém assegurar que os demandantes tenham o direito de obter a divulgação dos elementos de prova relevantes para o seu pedido, sem necessidade de especificarem elementos de prova individuais. A fim de assegurar a igualdade de condições, esses meios também deverão estar disponíveis aos demandados em ações de indemnização, de modo a que estes possam requerer a divulgação dos elementos de prova por esses demandantes. Os tribunais nacionais deverão poder ordenar a divulgação de elementos de prova por terceiros, incluindo autoridades públicas. No caso de o tribunal nacional pretender ordenar a divulgação de elementos de prova pela Comissão, aplica-se o princípio da cooperação leal entre a União e os Estados-Membros, consagrado no artigo 4.º, n.º 3, do TUE, e o artigo 15.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 no que respeita aos pedidos de informação. Caso os tribunais nacionais ordenem às autoridades públicas que divulguem elementos de prova, aplicam-se os princípios da cooperação judiciária e administrativa nos termos do direito da União ou nacional.
- (16) Os tribunais nacionais deverão poder, sob o seu controlo rigoroso, ordenar a divulgação de elementos de prova determinados ou de categorias de elementos de prova determinadas, em especial no que respeita à necessidade e à proporcionalidade das

medidas de divulgação, a pedido de uma parte. Decorre do requisito de proporcionalidade que a divulgação só possa ser ordenada quando um demandante tiver alegado de forma plausível, com base em factos razoavelmente à sua disposição, que sofreu danos causados pelo demandado. Caso o objetivo de um pedido de divulgação consista em obter uma categoria de elementos de prova, essa categoria deverá ser identificada pelas características comuns dos elementos que a constituem, como sejam a natureza, o objeto ou o conteúdo dos documentos cuja divulgação se solicita, o momento em que foram elaborados, ou outros critérios, desde que os elementos de prova incluídos nessa categoria sejam relevantes na aceção da presente diretiva. Tais categorias deverão ser definidas da forma mais precisa e estrita possível com base em factos razoavelmente disponíveis.

- (17) Se um tribunal de um Estado-Membro requerer a um tribunal competente de outro Estado-Membro que obtenha provas ou requerer a obtenção de provas diretamente noutro Estado-Membro, é aplicável o disposto no Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho ⁽⁴⁾.
- (18) Embora os elementos de prova relevantes que contenham segredos comerciais ou outras informações confidenciais devam, em princípio, ser acessíveis em ações de indemnização, essas informações devem ser protegidas de forma apropriada. Os tribunais nacionais deverão, por conseguinte, dispor de um conjunto de medidas para proteger essas informações contra divulgação durante o processo. Tais medidas poderão incluir a possibilidade de ocultar excertos sensíveis de documentos, conduzir audições à porta fechada, restringir o número de pessoas autorizadas a ver os elementos de prova, e instruir os peritos no sentido de apresentarem resumos das informações de forma agregada ou de outra forma não confidencial. Porém, as medidas de proteção dos segredos comerciais e de outras informações confidenciais não deverão impedir o exercício do direito a reparação.
- (19) A presente diretiva não afeta a possibilidade de, nos termos do direito dos Estados-Membros, recorrer de ordens de divulgação nem as condições de interposição de tais recursos.
- (20) O Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho ⁽⁵⁾ rege o acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão e destina-se a conferir ao público o acesso mais amplo possível aos documentos dessas instituições. Contudo, esse direito está sujeito a certas restrições por motivos de interesse público ou privado. Daí decorre que o conjunto de exceções estabelecido no artigo 4.º do referido regulamento se baseie no equilíbrio de interesses opostos numa dada situação, isto é, os interesses favorecidos pela divulgação dos documentos em questão e os interesses prejudicados por tal divulgação. A presente diretiva não deverá prejudicar as regras e práticas ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 1049/2001.
- (21) A eficácia e a coerência da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE pela Comissão e pelas autoridades nacionais da concorrência exigem uma abordagem comum a nível da União no que respeita à divulgação dos elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência. A divulgação dos elementos de prova não deverá restringir indevidamente a efetividade da aplicação do direito da concorrência por uma autoridade da concorrência. A presente diretiva não abrange a divulgação de documentos internos de autoridades da concorrência nem a correspondência entre tais autoridades.
- (22) A fim de assegurar a proteção efetiva do direito à reparação, não é necessário que todos os documentos relacionados com um processo ao abrigo do artigo 101.º ou 102.º do TFUE sejam divulgados a um demandante, meramente com fundamento na sua intenção de intentar uma ação de indemnização, já que é altamente improvável que a ação de

indenização tenha de ser baseada em todos os elementos de prova incluídos no processo relativo a tal investigação.

- (23) O requisito de proporcionalidade deverá ser apreciado cuidadosamente quando a divulgação implique o risco de desvendar a estratégia de investigação de uma autoridade da concorrência, revelando que documentos integram o processo, ou o risco de ter um impacto negativo na forma como as empresas cooperam com as autoridades da concorrência. Haverá que ter especial atenção de forma a impedir «investigações prospetivas», isto é, a pesquisa não específica ou excessivamente vasta de informações de improvável relevância para as partes na ação. Os pedidos de divulgação não deverão, pois, ser considerados proporcionados quando se referem à divulgação genérica de documentos no processo de uma autoridade da concorrência relativos a um determinado caso, ou à divulgação genérica de documentos apresentados por uma parte no contexto de um determinado caso. Tais pedidos de divulgação genérica não seriam compatíveis com o dever da parte demandante de especificar os elementos de prova ou as categorias de elementos de prova de forma tão precisa e estrita quanto possível.
- (24) A presente diretiva não afeta o direito dos tribunais de considerarem, no âmbito do direito da União ou nacional, os interesses da aplicação pública efetiva do direito da concorrência quando ordenam a divulgação de qualquer tipo de elementos de prova, com exceção das declarações de clemência e de propostas de transação.
- (25) Deverá aplicar-se uma isenção relativamente à divulgação que, se for concedida, seja suscetível de interferir indevidamente com uma investigação em curso, por parte de uma autoridade da concorrência, relativa a uma infração ao direito da concorrência da União ou nacional. A informação preparada por uma autoridade da concorrência no decurso do seu processo para aplicação do direito da concorrência da União ou nacional e enviada às partes no âmbito desse processo (como uma nota de ilicitude), ou preparada por uma parte nesse processo (como as respostas aos pedidos de informação da autoridade da concorrência ou os depoimentos de testemunhas), só deverá, por conseguinte, poder ser divulgada em ações de indemnização depois de a autoridade da concorrência ter concluído o seu processo, adotando, por exemplo, uma decisão nos termos do artigo 5.º ou do capítulo III do Regulamento (CE) n.º 1/2003, exceto decisões relativas a medidas provisórias.
- (26) Os programas de clemência e os procedimentos de transação são ferramentas importantes para a aplicação pública do direito da concorrência da União, uma vez que contribuem para a deteção e investigação eficiente das infrações mais graves ao direito da concorrência, e para a imposição de sanções contra tais infrações. Além disso, como muitas decisões das autoridades da concorrência em processos de cartéis se baseiam numa declaração de clemência e as ações de indemnização nos processos de cartéis decorrem, de um modo geral dessas decisões, os programas de clemência são igualmente importantes para a efetividade de ações de indemnização em processos de cartéis. As empresas poderão ser dissuadidas de cooperar com as autoridades da concorrência no âmbito de programas de clemência e procedimentos de transação, se forem divulgadas declarações autoincriminatórias, como sejam declarações de clemência e propostas de transação produzidas unicamente para efeitos dessa cooperação com as autoridades da concorrência. Tal divulgação implicaria o risco de expor as empresas cooperantes ou o seu pessoal de gestão à responsabilidade civil ou penal em condições mais desfavoráveis do que os coinfratores que não cooperam com as autoridades da concorrência. Para assegurar que as empresas continuem dispostas a apresentar voluntariamente às autoridades da concorrência declarações de clemência ou propostas de transação, esses documentos deverão ser excluídos da divulgação de elementos de prova. Tal isenção

deverá aplicar-se também às citações literais de uma declaração de clemência ou de uma proposta de transação incluídas noutros documentos. Essas limitações em matéria de divulgação de elementos de prova não deverão impedir as autoridades da concorrência de publicarem as suas decisões em conformidade com o direito da União ou nacional aplicável. A fim de assegurar que esta isenção relativamente à divulgação não afete indevidamente o direito dos lesados à reparação, esta deverá limitar-se a tais declarações de clemência e propostas de transação voluntárias e autoincriminatórias.

- (27)As regras da presente diretiva em matéria de divulgação de documentos, que não sejam as declarações de clemência e as propostas de transação, asseguram que os lesados continuem a dispor de alternativas suficientes para obter acesso aos elementos de prova relevantes de que necessitem para instruir as suas ações de indemnização. Os próprios tribunais deverão poder, a pedido do demandante, aceder a documentos para os quais seja invocada a derrogação, a fim de determinar se o respetivo conteúdo é ou não abrangido pelas definições de declarações de clemência e propostas de transação estabelecidas na presente diretiva. Qualquer conteúdo não abrangido por essas definições deverá poder ser divulgado nas condições relevantes.
- (28)Os tribunais nacionais deverão poder ordenar, a qualquer momento, no âmbito das ações de indemnização, a divulgação dos elementos de prova que existem independentemente do processo de uma autoridade da concorrência («informação preexistente»).
- (29)A divulgação de elementos de prova só deverá ser ordenada a uma autoridade da concorrência quando esses elementos de prova não puderem ser obtidos de forma razoável de outra parte ou de um terceiro.
- (30)Nos termos do artigo 15.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, as autoridades da concorrência podem, por sua própria iniciativa, apresentar observações escritas aos tribunais nacionais sobre questões relacionadas com a aplicação do artigo 101.º ou 102.º do TFUE. A fim de preservar o contributo da aplicação pública para o cumprimento desses artigos, as autoridades da concorrência deverão igualmente poder apresentar, por sua própria iniciativa, as suas observações aos tribunais nacionais para efeitos de avaliar a proporcionalidade da divulgação dos elementos de prova incluídos nos seus processos, à luz do impacto que tal divulgação possa ter na efetividade da aplicação pública do direito da concorrência. Os Estados-Membros deverão poder instituir um sistema pelo qual a autoridade da concorrência seja informada dos pedidos de divulgação de informações, quando a pessoa que solicita essa divulgação ou a pessoa a quem esta é solicitada estiver envolvida na investigação efetuada pela autoridade da concorrência à alegada infração, sem prejuízo dos direitos nacionais que prevejam o processo não contraditório.
- (31)Qualquer pessoa singular ou coletiva que obtenha elementos de prova através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência deverá poder utilizar esses elementos de prova para efeitos de uma ação de indemnização em que seja parte. Essa utilização também deverá ser permitida à pessoa singular ou coletiva que lhe suceda nos seus direitos e obrigações, nomeadamente através da aquisição do seu direito a pedir uma indemnização. Caso os elementos de prova tenham sido obtidos por uma pessoa coletiva que faça parte de um grupo empresarial que constitui uma empresa para efeitos da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, outras pessoas coletivas pertencentes à mesma empresa também deverão poder utilizá-los.
- (32)No entanto, a utilização de elementos de prova através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência não deverá restringir indevidamente a aplicação efetiva do direito da concorrência por uma autoridade da concorrência. A fim de assegurar que as limitações à divulgação estabelecidas na presente diretiva não sejam comprometidas, a

utilização de elementos de prova dos tipos a que se referem os considerandos 24 e 25, obtidos unicamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência, deverá ser limitada nas mesmas circunstâncias. A limitação deverá consistir na inadmissibilidade de apresentação em ações de indemnização ou em qualquer outra forma de proteção admitida ao abrigo das regras nacionais aplicáveis que possam assegurar o pleno efeito das limitações da divulgação desses tipos de elementos de prova. Além disso, os elementos de prova obtidos de uma autoridade da concorrência não deverão tornar-se um objeto de comércio. A possibilidade de utilizar elementos de prova obtidos unicamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência deverá, por conseguinte, ser limitada à pessoa singular ou coletiva a quem foi originariamente concedido o acesso e aos seus sucessores legais. Essa limitação a transações comerciais de elementos de prova não impede, porém, os tribunais nacionais de ordenarem a divulgação desses elementos de prova, nas condições previstas na presente diretiva.

- (33) A apresentação de um pedido de indemnização ou o início de uma investigação pelas autoridades da concorrência acarreta o risco de que os envolvidos destruam ou ocultem elementos de prova que seriam úteis para fundamentar as ações de indemnização dos lesados. A fim de evitar a destruição de provas relevantes e garantir o cumprimento de ordens judiciais de divulgação, os tribunais nacionais deverão poder impor sanções suficientemente dissuasoras. No que se refere às partes no processo, o risco de que sejam tiradas conclusões desfavoráveis no âmbito da ação de indemnização pode ser uma sanção particularmente eficaz e evitar perdas de tempo. Deverão ser igualmente previstas sanções pelo não cumprimento de obrigações de proteção de informações confidenciais e pela utilização abusiva de informações obtidas através da divulgação. Do mesmo modo, deverão ser previstas sanções para o caso de a informação obtida através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência ser abusivamente utilizada em ações de indemnização.
- (34) Assegurar a aplicação efetiva e coerente dos artigos 101.º e 102.º do TFUE pela Comissão e pelas autoridades nacionais da concorrência requer uma abordagem comum em toda a União sobre o efeito que as decisões definitivas das autoridades da concorrência nacionais em matéria de infração terão nas subsequentes ações de indemnização. Tais decisões apenas são adotadas depois de a Comissão ter sido informada da decisão prevista ou, na sua ausência, de qualquer documento que indique a linha de ação proposta por força do artigo 11.º, n.º 4, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, e se a Comissão não tiver privado a autoridade nacional da concorrência da sua competência dando início à tramitação nos termos do artigo 11.º, n.º 6, desse regulamento. A Comissão deverá assegurar a aplicação coerente do direito da concorrência da União, facultando orientações às autoridades nacionais da concorrência tanto a nível bilateral como no âmbito da Rede Europeia da Concorrência. A fim de reforçar a segurança jurídica, evitar incoerências na aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, aumentar a efetividade e a eficácia processual das ações de indemnização e promover o funcionamento do mercado interno para as empresas e os consumidores, a declaração de uma infração ao artigo 101.º ou ao artigo 102.º do TFUE numa decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou de um tribunal de recurso não deverá ser novamente pleiteada nas ações de indemnização subsequentes. Por isso, a referida infração declarada deverá considerar-se irrefutavelmente estabelecida nas ações de indemnização intentadas no Estado-Membro da autoridade nacional da concorrência ou no tribunal de recurso relativas a essa infração. No entanto, o efeito da declaração só deverá abranger a natureza da infração e o seu âmbito material, pessoal, temporal e territorial, tal como determinado pela autoridade da concorrência ou pelo tribunal de

recurso no exercício da sua competência. Caso, por decisão, se tenha declarado uma infração às disposições do direito nacional da concorrência em casos em que sejam aplicados no mesmo processo e em paralelo o direito da concorrência nacional e da União, a infração também deverá considerar-se irrefutavelmente estabelecida.

- (35) Caso uma ação de indemnização seja intentada num Estado-Membro diferente do Estado-Membro da autoridade nacional da concorrência ou do tribunal de recurso que declarou a infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE a que a ação se refere, essa declaração contida numa decisão definitiva proferida pela autoridade nacional da concorrência ou pelo tribunal de recurso deverá poder ser apresentada junto de um tribunal nacional pelo menos como elemento de prova *prima facie* da verificação de uma infração ao direito da concorrência. A declaração pode ser avaliada, conforme apropriado, juntamente com quaisquer outros elementos de prova produzidos pelas partes. O efeito de decisões tomadas por autoridades nacionais da concorrência e tribunais de recurso que declaram uma infração às regras de concorrência não prejudica os direitos e obrigações dos tribunais nacionais ao abrigo do artigo 267.º do TFUE.
- (36) As regras nacionais em matéria de início, duração, suspensão ou interrupção dos prazos de prescrição não deverão impedir indevidamente a propositura de uma ação de indemnização. Isso é especialmente importante para as ações que se baseiem na declaração de uma infração por uma autoridade da concorrência ou um tribunal de recurso. Para esse efeito, deverá ser possível intentar uma ação de indemnização depois do processo conduzido pela autoridade da concorrência para aplicação do direito da concorrência nacional e da União. O prazo de prescrição não deverá começar a correr antes de cessar a infração e antes de o demandante ter conhecimento, ou de se poder razoavelmente esperar que tenha conhecimento, do comportamento que constitui a infração, do facto de que esta lhe causou danos e da identidade do infrator. Os Estados-Membros deverão poder manter ou introduzir os prazos de prescrição absoluta de aplicação geral, desde que a duração de tais prazos de prescrição absoluta não torne praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à reparação integral.
- (37) Se várias empresas infringirem conjuntamente as regras da concorrência, como no caso de um cartel, convém prever que esses co-infratores sejam solidariamente responsáveis pela totalidade dos danos causados pela infração. Um co-infrator deverá ter direito de regresso sobre os restantes co-infratores se pagar uma indemnização superior à sua parte. Compete à lei nacional aplicável, no respeito dos princípios de efetividade e equivalência, determinar essa parte em função da responsabilidade relativa de um dado infrator, bem como definir os critérios relevantes, como volume de negócios, a quota de mercado ou o papel desempenhado no cartel.
- (38) As empresas que cooperam com as autoridades da concorrência no âmbito de um programa de clemência desempenham um papel essencial na exposição de infrações secretas cometidas por cartéis e na cessação das mesmas, atenuando frequentemente, desse modo, os danos que poderiam ter sido causados se a infração continuasse. Convém, por consequência, prever que as empresas beneficiárias de dispensa de coima concedida por uma autoridade da concorrência no âmbito de um programa de clemência sejam protegidas contra uma exposição indevida a ações de indemnização, tendo em conta que a decisão da autoridade da concorrência que declara a infração se pode tornar definitiva para o beneficiário de dispensa de coima antes de se tornar definitiva para as outras empresas que não beneficiam de dispensa de coima, tornando assim o beneficiário o alvo preferencial da litigância. Convém, por conseguinte, que o beneficiário de dispensa de coima seja, em princípio, exonerado da responsabilidade solidária pela totalidade dos

danos e que a sua comparticipação relativamente aos coinfratores não exceda o montante dos danos causados aos seus próprios adquirentes diretos ou indiretos ou, no caso de um cartel de compradores, aos seus fornecedores diretos ou indiretos. Na medida em que um cartel tenha causado danos a outros que não os clientes ou os fornecedores das empresas infratoras, a comparticipação do beneficiário de dispensa de coima não deverá exceder a sua responsabilidade relativa pelos danos causados pelo cartel. Essa parte deverá ser determinada em conformidade com as mesmas regras utilizadas para determinar a comparticipação dos infratores. O beneficiário de dispensa de coima deverá permanecer totalmente responsável em relação aos lesados que não os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos apenas se eles não puderem obter uma reparação integral junto dos outros infratores.

- (39) Os danos na forma de danos emergentes decorrem da diferença de preço entre o que efetivamente foi pago e o que teria sido pago na ausência da infração. Quando um lesado tiver reduzido os seus danos emergentes através da sua repercussão, total ou parcial, nos seus próprios adquirentes, a perda repercutida deixa de constituir um dano que deva ser indemnizado à parte que a repercutiu. Consequentemente, em princípio, o infrator deverá ser autorizado a invocar a repercussão dos danos emergentes como meio de defesa numa ação de indemnização. Convém prever que o infrator, na medida em que invoque a repercussão dos custos adicionais como meio de defesa, tenha de provar a existência e o grau de repercussão desses custos. Esse ónus da prova não deverá afetar a possibilidade de o infrator utilizar outros elementos de prova além dos que tem em seu poder, tais como elementos de prova já adquiridos no processo ou elementos de prova detidos por outras partes ou por terceiros.
- (40) Nas situações em que a repercussão dos custos adicionais resulte na diminuição das vendas e, por conseguinte, em danos sob a forma de lucros cessantes, o direito de pedir reparação por esses lucros cessantes não deverá ser afetado.
- (41) A repercussão dos aumentos de preço a jusante da cadeia de abastecimento poderá constituir uma prática comercial, em função das condições em que operam as empresas. Os consumidores ou as empresas nos quais tenham sido assim repercutidos os danos emergentes sofreram um dano causado por uma infração ao direito da concorrência da União ou nacional. Embora esses danos devam ser objeto de uma reparação pelo infrator, pode ser particularmente difícil para os consumidores ou para as empresas que não tenham adquirido nada diretamente ao infrator provar a medida desses danos. Por conseguinte, convém prever que, quando a existência de um pedido de indemnização ou o montante da indemnização a conceder dependerem de saber se, e em que grau, um custo adicional pago pelo adquirente direto do infrator foi repercutido no adquirente indireto, se considere que este último provou que foi repercutido ao seu nível um custo adicional pago pelo adquirente direto, caso possa demonstrar, *prima facie*, essa repercussão. Esta presunção ilidível é aplicável, salvo se o infrator puder demonstrar de maneira credível ao tribunal que o dano emergente não foi repercutido, ou não foi integralmente repercutido, no adquirente indireto. Convém, além disso, definir em que condições se deve considerar que o adquirente indireto fez tal prova *prima facie*. No que respeita à quantificação da repercussão, o tribunal nacional deverá ter competência para calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos, em litígios nele pendentes.
- (42) A Comissão deverá dar aos tribunais nacionais orientações claras, simples e circunstanciadas sobre a forma de calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos.
- (43) As infrações ao direito da concorrência dizem frequentemente respeito às condições e ao

preço a que os bens ou serviços são vendidos e originam um custo adicional e outros danos aos clientes dos infratores. A infração pode também referir-se a fornecimentos ao infrator (por exemplo, no caso de um cartel de compradores). Nesses casos, os danos emergentes poderão resultar do preço inferior pago pelos infratores aos seus fornecedores. A presente diretiva e, em especial, as regras sobre a repercussão deverão ser aplicadas em conformidade com esses casos.

- (44) As ações de indemnização podem ser intentadas tanto por quem adquiriu bens ou serviços ao infrator como por adquirentes a jusante na cadeia de abastecimento. No interesse da coerência entre decisões judiciais proferidas em processos conexos e para, dessa forma, evitar os danos causados por falta de reparação integral de uma infração ao direito da concorrência da União ou nacional ou pelo facto de o infrator ser obrigado a pagar indemnização por danos não verificados, os tribunais nacionais deverão ser competentes para calcular a parte dos custos adicionais incorrida pelos adquirentes diretos ou indiretos em litígios neles pendentes. Neste contexto, os tribunais nacionais deverão poder ter em devida conta, pelos meios processuais ou substantivos disponíveis no direito da União e no direito nacional, quaisquer ações conexas e respetivas decisões, em especial quando concluíam que foi provada a repercussão dos custos adicionais. Os tribunais nacionais deverão dispor dos meios processuais adequados, como a cumulação de pedidos, a fim de assegurar que a indemnização por danos emergentes paga a qualquer nível da cadeia de abastecimento não exceda o custo adicional causado a esse nível. Esses meios também deverão estar disponíveis em processos transfronteiriços. Tal possibilidade de ter em devida conta as decisões judiciais não deverá prejudicar os direitos fundamentais de defesa, e os direitos a um recurso efetivo e a um processo equitativo daqueles que não são partes em tais processos judiciais, nem prejudicar as regras sobre o valor probatório das decisões judiciais proferidas nesse contexto. É possível que ações pendentes nos tribunais de diferentes Estados-Membros possam ser consideradas conexas na aceção do artigo 30.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho ⁽⁶⁾. Nos termos desse artigo, os tribunais nacionais nos quais a ação tenha sido intentada, exceto aqueles em que tenha sido intentada em primeiro lugar, podem suspender a instância ou, em certas circunstâncias, declarar-se incompetentes. A presente diretiva não deverá prejudicar os direitos nem as obrigações dos tribunais nacionais no âmbito desse regulamento.
- (45) O lesado que tenha provado que sofreu danos em resultado de uma infração ao direito da concorrência também deverá provar a extensão dos danos sofridos para obter uma indemnização. A quantificação dos danos em processos no domínio do direito da concorrência é uma operação que exige um intenso apuramento dos factos e pode requerer a aplicação de modelos económicos complexos. Isso é frequentemente muito oneroso, sendo difícil para os demandantes obter os dados necessários para fundamentar os seus pedidos. Assim, a quantificação dos danos em processos no domínio do direito da concorrência pode constituir um obstáculo significativo que impede o pedido efetivo de reparação.
- (46) Na falta de regras da União sobre a quantificação dos danos causados por uma infração ao direito da concorrência, compete ao ordenamento jurídico nacional de cada Estado-Membro determinar as suas próprias regras sobre a quantificação dos danos e aos Estados-Membros e tribunais nacionais determinar os requisitos que o demandante tem de cumprir para provar o montante dos danos sofridos, os métodos que podem ser utilizados para quantificar o montante e as consequências da impossibilidade do cumprimento pleno desses requisitos. No entanto, esses requisitos do direito nacional sobre a quantificação dos danos causados no domínio do direito da concorrência não deverão ser menos

favoráveis do que aqueles que regem ações nacionais análogas (princípio da equivalência) nem deverão tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à indemnização garantido pelo direito da União (princípio da efetividade). Deverá atender-se a quaisquer assimetrias de informação entre as partes e ao facto de a quantificação dos danos implicar a apreciação da forma como o mercado em questão teria evoluído na ausência da infração. Esta apreciação implica uma comparação com uma situação que, por definição, é hipotética, pelo que nunca poderá ser feita com toda a exatidão. Convém, portanto, assegurar que os tribunais nacionais sejam dotados da competência para calcular o montante dos danos causados pela infração ao direito da concorrência. Os Estados-Membros deverão assegurar, quando lhes for pedido, que as autoridades nacionais da concorrência facultem orientação relativamente à quantificação. A fim de assegurar a coerência e a previsibilidade, a Comissão deverá facultar orientação geral a nível da União.

- (47) Para corrigir a assimetria de informação e algumas das dificuldades associadas à quantificação dos danos em processos no domínio do direito da concorrência da União e para assegurar a efetividade dos pedidos de indemnização, convém presumir que as infrações cometidas por cartéis dão origem a danos, em especial através de um efeito sobre os preços. Em função das circunstâncias específicas de cada caso, os cartéis dão origem ao aumento de preços ou impedem a descida de preços que, de outro modo, ocorreriam na sua ausência. Essa presunção não deverá abranger o montante concreto dos danos. Os infratores deverão poder ilidir tal presunção. Convém limitar esta presunção ilidível a cartéis, tendo em conta a sua natureza secreta, que acentua a referida assimetria de informação e agrava a dificuldade, para os demandantes, de obterem os elementos de prova necessários para provar os danos.
- (48) É desejável alcançar uma resolução definitiva para os demandantes, a fim de reduzir a insegurança jurídica para os infratores e os lesados. Por conseguinte, os infratores e os lesados deverão ser incentivados a acordar numa reparação dos danos causados pela infração ao direito da concorrência através de mecanismos de resolução amigável de litígios, como a resolução extrajudicial de litígios (incluindo aqueles em que um juiz pode declarar uma resolução vinculativa), a arbitragem, a mediação ou a conciliação. A resolução amigável de litígios deverá cobrir o maior número legalmente possível de lesados e infratores. As disposições da presente diretiva sobre a resolução amigável de litígios visam, por conseguinte, facilitar a utilização de tais mecanismos e aumentar a sua eficácia.
- (49) Os prazos de prescrição para intentar uma ação de indemnização poderão ser de molde a impedir que os lesados e os infratores tenham tempo suficiente para chegar a acordo sobre a indemnização a pagar. A fim de proporcionar a ambos uma genuína oportunidade de chegar a uma resolução amigável do litígio antes de intentar ação nos tribunais nacionais, os prazos de prescrição devem, portanto, ser suspensos enquanto decorrer o processo de resolução amigável do litígio.
- (50) Além disso, quando as partes decidem iniciar uma resolução amigável do litígio depois de uma ação de indemnização relativa ao mesmo pedido ter sido proposta num tribunal nacional, esse tribunal deverá poder suspender a instância enquanto durar o processo de resolução amigável do litígio. Ao estudar a possibilidade de suspender a instância, o tribunal nacional deverá ter em conta as vantagens de garantir a celeridade do processo.
- (51) Para encorajar as resoluções amigáveis, o infrator que paga indemnização através da resolução amigável do litígio não deverá ficar, face aos seus coinfratores, numa situação mais desfavorável do que ficaria sem a resolução amigável. Tal pode acontecer se um

infrator que participa numa resolução amigável continuar, mesmo depois da resolução amigável, a ser solidariamente responsável na íntegra pela indemnização dos danos causados pela infração. Por conseguinte, um infrator que participa numa resolução amigável não deverá em princípio ficar sujeito à obrigação de regresso em relação aos seus coinfratores que não participam na resolução amigável quando estes últimos paguem uma indemnização ao lesado com o qual o primeiro infrator tenha anteriormente chegado a uma resolução amigável. O corolário desta regra de não comparticipação é o facto de o pedido de indemnização do lesado dever ser deduzido da parte dos danos que lhe foram causados imputável ao infrator que participa na resolução amigável, independentemente de o montante da resolução ser igual ou diferente da parte relativa dos danos que o coinfrator que participa na resolução amigável tenha causado ao lesado que participa na resolução amigável. Essa parte relativa deverá ser determinada em conformidade com as mesmas regras utilizadas para determinar a comparticipação dos infratores. Sem essa dedução, os infratores que não participam na resolução amigável seriam indevidamente afetados pela resolução amigável de que não foram parte. Todavia, a fim de assegurar o direito à reparação integral, os coinfratores que participam na resolução amigável deverão ainda pagar uma indemnização, se tal for a única possibilidade de o lesado obter uma reparação no que respeita ao remanescente do pedido de indemnização. O remanescente do pedido de indemnização refere-se à indemnização pedida pelo lesado que participa na resolução amigável deduzida da parte dos danos que lhe tenham sido causados pela infração imputável ao coinfrator que participa na resolução amigável. É possível reclamar o pagamento da indemnização ao coinfrator que participa na resolução amigável, salvo exclusão expressa nos termos da resolução amigável.

- (52) Deverá evitar-se que os coinfratores que participam na resolução amigável paguem um montante total de reparação superior à sua responsabilidade relativa pelos danos causados pela infração, mediante o pagamento aos coinfratores que não participam na resolução amigável da comparticipação na indemnização por estes paga aos lesados que não participam na resolução amigável. Por conseguinte, quando os co-infratores que participam numa resolução amigável forem chamados a comparticipar numa indemnização subsequentemente paga pelos coinfratores que não participam na resolução amigável a lesados que não participam na mesma, o tribunal nacional deverá ter em conta a indemnização já paga através da resolução amigável, tendo em mente que nem todos os coinfratores participam necessariamente da mesma forma em todo o âmbito substantivo, temporal e geográfico da infração.
- (53) A presente diretiva respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.
- (54) Atendendo a que o objetivo da presente diretiva, a saber, o estabelecimento de regras relativas a ações de indemnização por infração direito da concorrência da União, a fim de assegurar o pleno efeito dos artigos 101.º e 102.º do TFUE e o correto funcionamento do mercado interno tanto para as empresas como para os consumidores, não pode ser suficientemente alcançado pelos Estados-Membros mas pode, em virtude da exigência de efetividade e coerência na aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, ser mais bem alcançado a nível da União, a União pode adotar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade, consagrado no artigo 5.º do TUE. Em conformidade com o princípio da proporcionalidade, consagrado no mesmo artigo, a presente diretiva não excede o necessário para atingir esse objetivo.
- (55) De acordo com a Declaração Política Conjunta, de 28 de setembro de 2011, dos Estados-Membros e da Comissão sobre os documentos explicativos ⁽⁷⁾, os Estados-Membros comprometeram-se a fazer acompanhar a notificação das suas medidas de transposição,

nos casos em que tal se justifique, de um ou mais documentos explicativos da relação entre as componentes da diretiva e as partes correspondentes dos instrumentos de transposição nacional. No que respeita à presente diretiva, o legislador considera justificada a transmissão de tais documentos.

(56) É apropriado prever regras para a aplicação no tempo da presente diretiva,

ADOTARAM A PRESENTE DIRETIVA:

CAPÍTULO I

OBJETO, ÂMBITO DE APLICAÇÃO E DEFINIÇÕES

Artigo 1.º

Objeto e âmbito de aplicação

1. A presente diretiva estabelece certas regras necessárias para assegurar que quem sofra danos causados por uma infração ao direito da concorrência por uma empresa ou associação de empresas possa exercer efetivamente o direito a pedir a reparação integral desses danos por essa empresa ou associação. A presente diretiva estabelece regras que fomentam a concorrência não falseada no mercado interno e eliminam os obstáculos ao seu bom funcionamento, assegurando uma proteção equivalente em toda a União para as pessoas que sofram tais danos.
2. A presente diretiva estabelece regras para a articulação entre a aplicação das regras de concorrência pelas autoridades da concorrência e a aplicação dessas regras em ações de indemnização perante os tribunais nacionais.

Artigo 2.º

Definições

Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

- 1) «Infração ao direito da concorrência», uma violação dos artigos 101.º ou 102.º do TFUE ou do direito nacional da concorrência;
- 2) «Infrator», a empresa ou a associação de empresas que cometeu uma infração ao direito da concorrência;
- 3) «Direito nacional da concorrência», as disposições do direito nacional que visam predominantemente o mesmo objetivo que os artigos 101.º e 102.º do TFUE e que são aplicadas no mesmo processo e em paralelo com o direito da concorrência da União, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, excluindo as disposições do direito nacional que impõem sanções penais a pessoas singulares, exceto na medida em que tais sanções penais constituam os meios para aplicar as regras de concorrência às empresas;
- 4) «Ação de indemnização», uma ação intentada ao abrigo do direito nacional através da qual é apresentado um pedido de indemnização junto de um tribunal nacional por uma parte alegadamente lesada ou por uma pessoa que age em nome de uma ou mais partes alegadamente lesadas, caso o direito da União ou o direito nacional o preveja, ou por uma pessoa singular ou coletiva que tenha sucedido no direito da parte alegadamente lesada, incluindo a pessoa que adquiriu o seu pedido;

- 5) «Pedido de indemnização», um pedido de reparação dos danos causados por uma infração ao direito da concorrência;
- 6) «Lesado», uma pessoa que sofreu danos causados por uma infração ao direito da concorrência;
- 7) «Autoridade nacional da concorrência», uma autoridade designada por um Estado-Membro nos termos do artigo 35.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, como responsável pela aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE;
- 8) «Autoridade da concorrência», a Comissão ou uma autoridade nacional da concorrência, ou ambas, conforme o contexto o exija;
- 9) «Tribunal nacional», um tribunal de um Estado-Membro na aceção do artigo 267.º do TFUE;
- 10) «Tribunal de recurso», um tribunal nacional competente para, através de recurso ordinário, apreciar decisões de uma autoridade nacional da concorrência ou decisões judiciais proferidas sobre essas decisões, independentemente da competência desse tribunal para declarar a existência de uma infração ao direito da concorrência;
- 11) «Decisão em matéria de infração», uma decisão de uma autoridade da concorrência ou de um tribunal de recurso que declara uma infração ao direito da concorrência;
- 12) «Decisão definitiva em matéria de infração», uma decisão em matéria de infração que não pode ou já não pode ser objeto de recurso ordinário;
- 13) «Elementos de prova», todos os tipos de provas admissíveis perante o tribunal nacional da causa, em especial os documentos e todos os outros objetos que contêm informações, independentemente do suporte em que essas informações são armazenadas;
- 14) «Cartel», um acordo ou prática concertada entre dois ou mais concorrentes com o objetivo de coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de práticas tais como, entre outras, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, inclusive em relação aos direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir as importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes;
- 15) «Programa de clemência», um programa relativo à aplicação do artigo 101.º do TFUE ou de uma disposição correspondente do direito nacional, com base no qual um participante num cartel secreto, independentemente das outras empresas participantes no cartel, coopera numa investigação da autoridade da concorrência, facultando voluntariamente informações do seu conhecimento sobre o cartel e o papel que nele desempenha, recebendo, em contrapartida, mediante decisão ou suspensão do processo, dispensa ou redução de coima aplicável pela sua participação no cartel;
- 16) «Declaração de clemência», qualquer comunicação oral ou escrita apresentada voluntariamente por uma empresa ou uma pessoa singular, ou em seu nome, a uma autoridade da concorrência, ou um registo dessa comunicação, que descreve as informações de que essa empresa ou pessoa singular tem conhecimento sobre um cartel e o papel que a mesma nele desempenha, elaborada especificamente para apresentação à autoridade da concorrência a fim de obter dispensa ou redução da coima ao abrigo de um programa de clemência, excluindo as informações preexistentes;
- 17) «Informações preexistentes», os elementos de prova que existem independentemente de

uma investigação de uma autoridade da concorrência, quer constem ou não do processo da autoridade da concorrência;

- 18) «Proposta de transação», qualquer comunicação voluntária apresentada por uma empresa, ou em seu nome, a uma autoridade da concorrência na qual a empresa reconheça ou renuncie a contestar a sua participação numa infração ao direito da concorrência e a sua responsabilidade por essa infração ao direito da concorrência, e elaborada especificamente para que a autoridade da concorrência possa aplicar um procedimento simplificado ou acelerado;
- 19) «Beneficiário de dispensa de coima», uma empresa ou uma pessoa singular à qual a autoridade da concorrência concedeu dispensa de coimas no âmbito de um programa de clemência;
- 20) «Custo adicional», a diferença entre o preço efetivamente pago e o preço que seria praticado na ausência de infração ao direito da concorrência;
- 21) «Resolução amigável de litígios», qualquer mecanismo que permita às partes chegarem a uma resolução extrajudicial do litígio respeitante ao pedido de indemnização;
- 22) «Transação amigável», um acordo alcançado através da resolução amigável de litígios;
- 23) «Adquirente direto», uma pessoa singular ou coletiva que adquiriu, diretamente a um infrator, bens ou serviços objeto de uma infração ao direito da concorrência;
- 24) «Adquirente indireto», uma pessoa singular ou coletiva que adquiriu, não diretamente a um infrator mas através de um adquirente direto ou subseqüente, bens ou serviços objeto de uma infração ao direito da concorrência ou bens ou serviços que os contêm ou que deles derivam.

Artigo 3.º

Direito à reparação integral

1. Os Estados-Membros asseguram que as pessoas singulares ou coletivas que sofram danos causados por infrações ao direito da concorrência possam pedir e obter a reparação integral desses danos.
2. A reparação integral coloca a pessoa que sofreu danos na posição em que estaria se a infração ao direito da concorrência não tivesse sido cometida. Por conseguinte, abrange o direito à reparação por danos emergentes e por lucros cessantes acrescido do pagamento de juros.
3. A reparação integral nos termos da presente diretiva não pode conduzir à reparação excessiva, por meio de indemnizações punitivas, múltiplas ou de outro tipo.

Artigo 4.º

Princípios da efetividade e da equivalência

Em conformidade com o princípio da efetividade, os Estados-Membros asseguram que todas as regras e os processos nacionais respeitantes à apresentação dos pedidos de indemnização sejam concebidos e aplicados de modo a não tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito, garantido pelo direito da União, à reparação integral dos danos causados por infração ao direito da concorrência. Em conformidade com o princípio da equivalência, as regras e os processos nacionais relativos a ações de

indenização resultantes de infrações aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE não podem ser menos favoráveis para as partes alegadamente lesadas do que aqueles que regem ações de indenização análogas resultantes de infrações ao direito nacional.

CAPÍTULO II

DIVULGAÇÃO DE ELEMENTOS DE PROVA

Artigo 5.º

Divulgação de elementos de prova

1. Os Estados-Membros asseguram que, nos processos relativos a ações de indenização na União e a pedido do demandante que apresentou uma justificação fundamentada com factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis, suficientes para corroborar a plausibilidade do seu pedido de indenização, os tribunais nacionais possam ordenar ao demandado ou a um terceiro a divulgação dos elementos de prova relevantes que estejam sob o seu controlo, sob reserva das condições estabelecidas no presente capítulo. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais possam, a pedido do demandado, ordenar ao demandante ou a terceiros a divulgação de elementos de prova relevantes.

O presente número não prejudica os direitos e as obrigações dos tribunais nacionais nos termos do Regulamento (CE) n.º 1206/2001.

2. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais possam ordenar a divulgação de determinados elementos de prova ou de categorias relevantes de elementos de prova, caracterizados de forma tão precisa e estrita quanto possível com base em factos razoavelmente disponíveis indicados na justificação fundamentada.

3. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais limitem a divulgação dos elementos de prova ao que for proporcional. Ao determinar se a divulgação requerida por uma parte é proporcional, os tribunais nacionais ponderam os interesses legítimos de todas as partes e dos terceiros interessados. Têm, nomeadamente, em consideração:

- a) A medida em que o pedido de indenização ou a defesa são fundamentados em factos e elementos de prova disponíveis que justificam o pedido de divulgação dos elementos de prova;
- b) O âmbito e os custos da divulgação, em especial para os terceiros interessados, inclusive para evitar pesquisas não específicas de informação de relevância improvável para as partes no processo;
- c) Se os elementos de prova cuja divulgação é requerida contêm informações confidenciais, em especial no que respeita a terceiros e quais os procedimentos adotados para proteger tais informações confidenciais.

4. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais tenham competência para ordenar a divulgação dos elementos de prova que contêm informações confidenciais quando a considerarem relevante para a ação de indenização. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais disponham de medidas eficazes para proteger tais informações quando ordenam a sua divulgação.

5. O interesse das empresas em evitar ações de indenização na sequência de uma infração ao direito da concorrência não constitui interesse que justifique proteção.

6. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais confirmam pleno efeito ao sigilo profissional de advogado aplicável nos termos do direito da União ou do direito nacional, quando ordenam a divulgação de elementos de prova.
7. Os Estados-Membros asseguram que as pessoas de quem se requer a divulgação tenham oportunidade de ser ouvidas antes de o tribunal nacional ordenar a divulgação nos termos do presente artigo.
8. Sem prejuízo dos n.ºs 4 e 7, e do artigo 6.º, o presente artigo não impede que os Estados-Membros mantenham ou introduzam regras que conduzam a uma divulgação mais alargada dos elementos de prova.

Artigo 6.º

Divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência

1. Os Estados-Membros asseguram que, para efeitos de ações de indemnização, caso os tribunais nacionais ordenem a divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência, seja aplicado o presente artigo, para além do artigo 5.º.
2. O presente artigo não prejudica as regras nem as práticas ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 em matéria de acesso do público aos documentos.
3. O presente artigo não prejudica as regras nem as práticas ao abrigo do direito da União ou do direito nacional em matéria de proteção de documentos internos das autoridades da concorrência e da correspondência entre estas autoridades.
4. Ao avaliar, de acordo com o artigo 5.º, n.º 3, a proporcionalidade de uma decisão de divulgação de informações, os tribunais nacionais ponderam também o seguinte:
 - a) Se o pedido foi formulado especificamente no que respeita à natureza, ao objeto ou ao conteúdo dos documentos apresentados à autoridade da concorrência ou incluídos no processo dessa autoridade, ou se é um pedido não específico relativo a documentos apresentados a uma autoridade da concorrência;
 - b) Se a parte que requer a divulgação o faz no âmbito de uma ação de indemnização perante um tribunal nacional; e
 - c) Relativamente aos n.ºs 5 e 10, ou a pedido da autoridade da concorrência nos termos do n.º 11, se é necessário salvaguardar a efetividade da aplicação do direito da concorrência pelas entidades públicas.
5. Os tribunais nacionais só podem ordenar a divulgação das seguintes categorias de elementos de prova depois de a autoridade da concorrência, mediante decisão ou outro meio, ter concluído o seu processo:
 - a) A informação preparada por uma pessoa singular ou coletiva especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência;
 - b) A informação elaborada por uma autoridade da concorrência e enviada às partes no decurso do seu processo; e
 - c) As propostas de transação revogadas.
6. Os Estados-Membros asseguram que, para efeitos de ações de indemnização, os tribunais nacionais não possam em nenhum momento ordenar a uma parte ou a um terceiro a divulgação das seguintes categorias de informação:

- a) As declarações de clemência, e
- b) As propostas de transação.

7. O demandante pode apresentar um pedido fundamentado de acesso do tribunal nacional aos elementos de prova referidos no n.º 6, alínea a) ou b), para o efeito exclusivo de assegurar que o conteúdo de tais elementos é conforme com as definições estabelecidas no artigo 2.º, pontos 16 e 18. Nessa avaliação, os tribunais nacionais só podem pedir assistência à autoridade da concorrência competente. Os autores dos elementos de prova em causa também podem ser ouvidos. O tribunal nacional não pode em nenhuma circunstância permitir o acesso de outras partes ou de terceiros a esses elementos de prova.

8. Se o elemento de prova requerido apenas for parcialmente abrangido pelo âmbito do n.º 6, as restantes partes são divulgadas nos termos das disposições aplicáveis do presente artigo, conforme a categoria a que pertençam.

9. A divulgação de elementos de prova incluídos no processo da autoridade da concorrência e não abrangidos por nenhuma das categorias mencionadas no presente artigo pode ser ordenada a qualquer momento em ações de indemnização, sem prejuízo do presente artigo.

10. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais só requeiram à autoridade da concorrência a divulgação de elementos de prova incluídos no seu processo, caso nenhuma parte ou nenhum terceiro os possa fornecer de modo razoável.

11. Na medida em que pretenda pronunciar-se sobre a proporcionalidade dos pedidos de divulgação, uma autoridade da concorrência pode, por sua própria iniciativa, apresentar observações escritas ao tribunal nacional junto do qual se pede que seja ordenada a divulgação.

Artigo 7.º

Limites à utilização de elementos de prova obtidos exclusivamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência

1. Os Estados-Membros asseguram que os elementos de prova das categorias referidas no artigo 6.º, n.º 6, obtidos por uma pessoa singular ou coletiva, exclusivamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência, sejam considerados inadmissíveis em ações de indemnização ou de outro modo protegidos ao abrigo das regras nacionais aplicáveis, a fim de assegurar o pleno efeito dos limites à divulgação dos elementos de prova estabelecidos no artigo 6.º.

2. Os Estados-Membros asseguram que, até a autoridade da concorrência concluir o seu processo mediante decisão ou outro meio, os elementos de prova das categorias referidas no artigo 6.º, n.º 5, obtidos por uma pessoa singular ou coletiva, exclusivamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência, sejam considerados inadmissíveis em ações de indemnização ou de outro modo protegidos ao abrigo das regras nacionais aplicáveis, a fim de assegurar o pleno efeito dos limites à divulgação dos elementos de prova estabelecidos no artigo 6.º.

3. Os Estados-Membros asseguram que os elementos de prova obtidos por uma pessoa singular ou coletiva, exclusivamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência e não abrangidos pelos n.ºs 1 ou 2, só possam ser utilizados numa ação de indemnização por essa pessoa ou por uma pessoa singular ou coletiva que seja sucessora nos seus direitos, incluindo a pessoa que adquiriu o seu direito à indemnização.

Artigo 8.º

Sanções

1. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais possam impor de forma efetiva sanções às partes, a terceiros e aos seus representantes legais em qualquer dos seguintes casos:

- a) Incumprimento de uma ordem de divulgação de um tribunal nacional ou recusa de a cumprir;
- b) Destruição de elementos de prova relevantes;
- c) Incumprimento das obrigações impostas por decisão do tribunal nacional destinadas a proteger informações confidenciais ou recusa de as cumprir;
- d) Violação dos limites à utilização dos elementos de prova, previstos no presente capítulo.

2. Os Estados-Membros asseguram que as sanções que podem ser impostas pelos tribunais nacionais sejam efetivas, proporcionais e dissuasivas. As sanções ao dispor dos tribunais nacionais incluem, no que respeita ao comportamento de uma parte na ação de indemnização, a possibilidade de tirar conclusões desfavoráveis, tais como presumir que os factos controvertidos ficaram provados ou julgar, total ou parcialmente, improcedentes os pedidos e meios de defesa, bem como condenar no pagamento das custas.

CAPÍTULO III

EFEITO DAS DECISÕES NACIONAIS, PRAZOS DE PRESCRIÇÃO, RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Artigo 9.º

Efeito das decisões nacionais

1. Os Estados-Membros asseguram que uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso seja considerada irrefutavelmente estabelecida para efeitos de ação de indemnização intentada nos seus tribunais nacionais ao abrigo do artigo 101.º ou do artigo 102.º do TFUE ou do direito nacional da concorrência.

2. Os Estados-Membros asseguram que, caso as decisões definitivas a que se refere o n.º 1 sejam proferidas noutro Estado-Membro, essas decisões possam ser apresentadas nos seus tribunais nacionais, de acordo com o seu direito nacional, pelo menos como elemento de prova *prima facie* de uma infração ao direito da concorrência e, conforme apropriado, possam ser avaliadas juntamente com quaisquer outros elementos aduzidos pelas partes.

3. O presente artigo não prejudica os direitos e obrigações dos tribunais nacionais nos termos do artigo 267.º do TFUE.

Artigo 10.º

Prazos de prescrição

1. Os Estados-Membros estabelecem, nos termos do presente artigo, as regras aplicáveis aos prazos de prescrição para intentar ações de indemnização. Essas regras determinam quando

começa a correr o prazo de prescrição, a duração do mesmo e as circunstâncias em que este é interrompido ou suspenso.

2. O prazo de prescrição não começa a correr antes de cessar a infração ao direito da concorrência e de o demandante ter conhecimento, ou se poder razoavelmente presumir que teve conhecimento:

- a) Do comportamento em causa e de que este constitui uma infração ao direito da concorrência;
- b) Do facto de a infração ao direito da concorrência lhe ter causado dano; e
- c) Da identidade do infrator.

3. Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição para intentar a ação de indemnização seja pelo menos de cinco anos.

4. Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição seja suspenso ou, consoante o direito nacional, interrompido, se a autoridade da concorrência tomar medidas no âmbito de uma investigação ou de um processo relativo a uma infração ao direito da concorrência com a qual a ação de indemnização esteja relacionada. A suspensão termina, no mínimo, um ano depois de a decisão em matéria de infração se ter tornado definitiva ou depois de o processo ter sido de outro modo concluído.

Artigo 11.º

Responsabilidade solidária

1. Os Estados-Membros asseguram que as empresas que infringem o direito da concorrência por meio de um comportamento conjunto sejam solidariamente responsáveis pelos danos causados pela infração ao direito da concorrência; cada uma dessas empresas fica obrigada a reparar integralmente os danos, e o lesado tem o direito de exigir reparação integral de qualquer uma delas até ser indemnizado na íntegra.

2. Em derrogação ao n.º 1 e sem prejuízo do direito à reparação integral estabelecido no artigo 3.º, os Estados-Membros asseguram, caso o infrator seja uma pequena ou média empresa (PME) de acordo com a definição constante da Recomendação 2003/361/CE da Comissão ⁽⁸⁾, que o infrator só seja responsável perante os seus próprios adquirentes diretos e indiretos se:

- a) A sua quota de mercado no mercado relevante for inferior a 5 % em qualquer momento durante o período de infração ao direito da concorrência; e
- b) A aplicação das regras normais de responsabilidade solidária prejudicar de forma irremediável a sua viabilidade económica e desvalorizar totalmente os seus ativos.

3. A derrogação estabelecida no n.º 2 não se aplica se:

- a) A PME tiver liderado a infração ao direito da concorrência ou coagido outras empresas a participarem na infração; ou
- b) A PME tiver sido anteriormente condenada por infração ao direito da concorrência.

4. Em derrogação ao n.º 1, os Estados-Membros asseguram que o beneficiário da dispensa de coima seja solidariamente responsável:

- a) Perante os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos; e
- b) Perante os outros lesados, apenas se não puder ser obtida reparação integral das outras

empresas implicadas na mesma infração ao direito da concorrência.

Os Estados-Membros asseguram que qualquer prazo de prescrição aplicável aos casos abrangidos pelo presente número seja razoável e suficiente para permitir aos lesados intentarem tais ações.

5. Os Estados-Membros asseguram que um infrator possa recuperar, de qualquer outro infrator, uma comparticipação num montante determinado em função da responsabilidade relativa pelos danos causados pela infração ao direito da concorrência. O montante da comparticipação de um infrator ao qual foi concedida dispensa de coima no âmbito de um programa de clemência não pode exceder o montante dos danos que causou aos seus próprios adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos.

6. Os Estados-Membros asseguram que, na medida em que a infração ao direito da concorrência tenha causado danos a outros lesados além dos adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos dos infratores, o montante de qualquer comparticipação do beneficiário de dispensa de coima a outro infrator seja determinado em função da sua responsabilidade relativa por esses danos.

CAPÍTULO IV

A REPERCUSSÃO DOS CUSTOS ADICIONAIS

Artigo 12.º

Repercussão dos custos adicionais e direito à reparação integral

1. A fim de garantir a plena efetividade do direito à reparação integral estabelecido no artigo 3.º, os Estados-Membros asseguram, de acordo com as regras estabelecidas no presente capítulo, que a reparação do dano possa ser reclamada por quem o sofreu, independentemente de ser adquirente direto ou indireto do infrator, e que sejam evitadas a reparação excessiva do dano causado ao demandante pela infração ao direito da concorrência, e a ausência de responsabilidade do infrator.

2. A fim de evitar a reparação excessiva, os Estados-Membros estabelecem as regras processuais apropriadas que assegurem que a reparação por danos efetivos a qualquer nível da cadeia de abastecimento não exceda o dano de custo adicional sofrido a esse nível.

3. O presente capítulo não prejudica o direito do lesado de reclamar e obter reparação por lucros cessantes, devidos à repercussão total ou parcial dos custos adicionais.

4. Os Estados-Membros asseguram que as regras do presente capítulo sejam aplicáveis com as devidas adaptações quando a infração ao direito da concorrência estiver relacionada com um fornecimento ao infrator.

5. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais tenham competência, de acordo com os processos nacionais, para calcular a parte dos custos adicionais que foi repercutida.

Artigo 13.º

Defesa baseada na repercussão dos custos adicionais

Os Estados-Membros asseguram que o demandado numa ação de indemnização possa invocar como meio de defesa contra um pedido de indemnização o facto de o demandante ter repercutido total ou parcialmente os custos adicionais resultantes da infração ao direito da concorrência. O ónus da prova de que os custos adicionais foram repercutidos recai sobre o demandado, que pode razoavelmente requerer a divulgação de informações pelo demandante ou por terceiros.

Artigo 14.º

Adquirentes indiretos

1. Os Estados-Membros asseguram que, em ações de indemnização nas quais a existência de um pedido de indemnização ou o montante da reparação a atribuir dependam de terem sido repercutidos custos adicionais no demandante ou do grau de tal repercussão, tendo em conta a prática comercial de repercutir os aumentos de preço a jusante da cadeia de abastecimento, o ónus da prova da existência e do âmbito dessa repercussão recaia sobre o demandante, que pode razoavelmente requerer a divulgação de informações pelo demandado ou por terceiros.
2. Na situação referida no n.º 1, considera-se que o adquirente indireto provou que os custos adicionais foram nele repercutidos, se o adquirente indireto tiver demonstrado que:
 - a) O demandado cometeu uma infração ao direito da concorrência;
 - b) A infração ao direito da concorrência teve como consequência um custo adicional para o adquirente direto do demandado; e
 - c) O adquirente indireto adquiriu os bens ou serviços que são objeto da infração ao direito da concorrência, ou adquiriu bens ou serviços derivados dos bens ou serviços que são objeto dessa infração ou que os contêm.

O presente número não se aplica quando o demandado possa demonstrar de maneira credível ao tribunal que o custo adicional não foi repercutido, ou não o foi na íntegra, no adquirente indireto.

Artigo 15.º

Ações de indemnização intentadas por demandantes situados em diferentes níveis da cadeia de abastecimento

1. Para evitar que as ações de indemnização intentadas por demandantes situados em diferentes níveis da cadeia de abastecimento conduzam à responsabilidade múltipla ou à ausência de responsabilidade do infrator, os Estados-Membros asseguram que, ao apreciar se o ónus da prova resultante da aplicação dos artigos 13.º e 14.º foi cumprido, os tribunais nacionais junto dos quais foi intentada uma ação de indemnização possam ter devidamente em conta, pelos meios disponíveis ao abrigo do direito da União ou do direito nacional:
 - a) As ações de indemnização relacionadas com a mesma infração ao direito da concorrência, mas intentadas por demandantes situados noutros níveis da cadeia de abastecimento; ou
 - b) As decisões judiciais proferidas no âmbito de ações de indemnização, como referidas na alínea a); ou
 - c) As informações relevantes de domínio público decorrentes de casos de aplicação do direito da concorrência por entidades públicas.

2. O presente artigo não prejudica os direitos e obrigações dos tribunais nacionais decorrentes do artigo 30.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012.

Artigo 16.º

Orientações destinadas aos tribunais nacionais

A Comissão emite orientações claras, simples e circunstanciadas destinadas aos tribunais nacionais sobre a forma de calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos.

**CAPÍTULO V
QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS**

Artigo 17.º

Quantificação dos danos

1. Os Estados-Membros asseguram que nem o ónus da prova nem o grau de convicção do julgador exigidos para a quantificação dos danos tornem o exercício do direito à indemnização praticamente impossível ou excessivamente difícil. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais sejam competentes, de acordo com os processos nacionais, para calcular o montante dos danos, se for estabelecido que o demandante sofreu danos mas seja praticamente impossível ou excessivamente difícil quantificar com precisão os danos sofridos, com base nos elementos de prova disponíveis.
2. Presume-se que as infrações de cartel causam danos. O infrator tem o direito de ilidir essa presunção.
3. Os Estados-Membros asseguram que, nas ações de indemnização, a autoridade nacional da concorrência possa, a pedido do tribunal nacional, prestar-lhe assistência na quantificação dos danos, caso a autoridade nacional da concorrência considerar adequada a prestação dessa assistência.

**CAPÍTULO VI
RESOLUÇÃO AMIGÁVEL DE LITÍGIOS**

Artigo 18.º

Efeito suspensivo e outros efeitos da resolução amigável de litígios

1. Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição para intentar uma ação de indemnização seja suspenso durante qualquer processo de resolução amigável de litígios. A suspensão do prazo de prescrição aplica-se apenas no que respeita às partes que participam ou participaram ou estão ou estiveram representadas na resolução amigável de litígios.
2. Sem prejuízo das disposições do direito nacional em matéria de arbitragem, os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais junto dos quais tenha sido proposta uma ação de indemnização possam suspender a instância, até dois anos, caso as partes nesse processo

participem numa resolução amigável de litígios relativamente ao pedido apresentado nessa ação de indemnização.

3. A autoridade da concorrência pode considerar que a indemnização paga em resultado de transação amigável e anterior à sua decisão de impor uma coima constitui uma circunstância atenuante.

Artigo 19.º

Efeito das transações amigáveis em ações de indemnização subsequentes

1. Os Estados-Membros asseguram que, na sequência de uma transação amigável, seja deduzida do pedido de indemnização do lesado que participa na resolução amigável a parte do coinfrator que participa na transação amigável nos danos que tenham sido causados pela infração ao direito da concorrência.

2. Qualquer pedido remanescente de indemnização do lesado que participa na transação amigável só pode ser reclamado a coinfratores que não participam na transação amigável. Estes não podem exercer, no que respeita ao pedido remanescente, direito de regresso contra o coinfrator que participa na transação amigável.

3. Em derrogação ao n.º 2, os Estados-Membros asseguram que, caso os coinfratores que não participam na transação amigável não possam pagar a indemnização correspondente ao pedido de indemnização remanescente do lesado que participa na transação amigável, este último possa reclamar o remanescente ao co-infrator que participa na transação amigável.

A derrogação referida no primeiro parágrafo pode ser expressamente excluída nos termos da transação amigável.

4. Ao determinar o montante da comparticipação que um coinfrator pode exigir a qualquer outro coinfrator de acordo com a responsabilidade relativa de cada um pelos danos causados pela infração ao direito da concorrência, os tribunais nacionais têm na devida conta quaisquer indemnizações pagas em virtude de uma transação amigável anterior em que o coinfrator em causa participe.

CAPÍTULO VII DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 20.º

Análise

1. A Comissão analisa a presente diretiva e apresenta um relatório ao Parlamento Europeu e ao Conselho, até 27 de dezembro de 2020.

2. O relatório a que se refere o n.º 1 inclui nomeadamente informação sobre o seguinte:

a) O eventual impacto de restrições financeiras decorrentes do pagamento das coimas impostas pela autoridade da concorrência por infração ao direito da concorrência na possibilidade de os lesados obterem a reparação integral dos danos causados por essa infração ao direito da concorrência;

b) A medida em que os demandantes de indemnização por infração ao direito da concorrência, declarada por decisão em matéria de infração por uma autoridade da concorrência de um

Estado-Membro, são capazes de provar tal infração ao direito da concorrência perante o tribunal de outro Estado-Membro; e

c) A medida em que a reparação por danos emergentes excede o dano do custo adicional causado pela infração ao direito da concorrência, ou sofrido a qualquer nível da cadeia de abastecimento.

3. Se for apropriado, o relatório a que se refere o n.º 1, é acompanhado de uma proposta legislativa.

Artigo 21.º

Transposição

1. Os Estados-Membros põem em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva até 27 de dezembro de 2016. Os Estados-Membros comunicam imediatamente à Comissão o texto dessas disposições.

Quando os Estados-Membros adotarem essas medidas, estas incluem uma referência à presente diretiva ou são acompanhadas dessa referência aquando da sua publicação oficial. As modalidades dessa referência são estabelecidas pelos Estados-Membros.

2. Os Estados-Membros comunicam à Comissão o texto das principais disposições de direito interno que adotarem nas matérias reguladas pela presente diretiva.

Artigo 22.º

Aplicação no tempo

1. Os Estados-Membros asseguram que as disposições nacionais adotadas por força do artigo 21.º a fim de dar cumprimento às disposições substantivas da presente diretiva não se aplicam retroativamente.

2. Os Estados-Membros asseguram que quaisquer disposições nacionais adotadas por força do artigo 21.º, que não as referidas no n.º 1, não se aplicam às ações de indemnização intentadas nos tribunais nacionais antes de 26 de dezembro de 2014.

Artigo 23.º

Entrada em vigor

A presente diretiva entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*.

Artigo 24.º

Destinatários

Os destinatários da presente diretiva são os Estados-Membros.

Feito em Estrasburgo, em 26 de novembro de 2014.

Pelo Parlamento Europeu

O Presidente

M. SCHULZ
Pelo Conselho
O Presidente
S. GOZI

(¹) JO C 67 de 6.3.2014, p. 83.

(²) Posição do Parlamento Europeu de 17 de abril de 2014 (ainda não publicada no Jornal Oficial) e decisão do Conselho de 10 de novembro de 2014.

(³) Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO L 1 de 4.1.2003, p. 1).

(⁴) Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial (JO L 174 de 27.6.2001, p. 1).

(⁵) Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão (JO L 145 de 31.5.2001, p. 43).

(⁶) Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO L 351 de 20.12.2012, p. 1).

(⁷) JO C 369 de 17.12.2011, p. 14.

(⁸) Recomendação 2003/361/CE da Comissão, de 6 de maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas (JO L 124 de 20.5.2003, p. 36).

ANEXO B

RESOLUÇÃO Nº 21, DE 11 DE SETEMBRO DE 2018

Disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011, relativos à articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil. Regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão, além de fomentar as Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais (ACRDC).

O PLENÁRIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e pelo art. 272 do Regimento Interno do Cade, aprovado pela Resolução nº 20, de 7 de junho de 2017, RESOLVE:

Seção I

Das Disposições Gerais

Art. 1º São públicos os documentos e informações constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, Termos de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão, e sua divulgação ocorrerá na fase processual adequada, conforme artigos 8º a 11 desta Resolução.

Art. 2º Constituem exceções ao disposto no art. 1º e serão mantidos como de acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade, e não poderão ser disponibilizados a terceiros:

I – o Histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do Cade com base em documentos e informações de caráter autoacusatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC, em razão do risco à condução de negociações (art. 23, II da Lei nº 12.527/2011), às atividades de inteligência (art. 23, VIII da Lei nº 12.527/2011), e/ou à efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade; e/ou

II – os documentos e informações:

a) que se enquadrem nas restrições previstas nos arts. 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011;

b) que constituam segredo industrial (art. 22 e 23, VIII da Lei nº 12.527/2011);

- c) relativos à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724/2012);
- d) que constituam hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça (art. 6º, inciso I e II do Decreto nº 7.724/2012);
- e) que constituam hipóteses previstas nos arts. 91 a 94 e 219 do Regimento Interno do Cade;
- f) que tenham sigilo definido por decisão judicial;
- g) apresentados pelo proponente durante a negociação do Acordo de Leniência ou do TCC subsequentemente frustrada, enquanto não forem restituídos aos proponentes ou destruídos pelo CADE.

§ 1º É de ônus do interessado a fundamentação das razões e a indicação do dispositivo legal que embase o caráter restrito de outros documentos e informações além daqueles elencados neste artigo.

§ 2º A qualquer tempo os interessados poderão se manifestar nos autos para indicar a necessidade de manutenção do acesso restrito de documentos e informações nos termos dessa Resolução e/ou de legislação específica.

Art. 3º A excepcional concessão de acesso aos documentos e às informações referidos no art. 2º poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I – expressa determinação legal;

II – decisão judicial específica;

III – autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC, com a anuência do Cade, desde que não haja prejuízo à investigação; ou

IV – cooperação jurídica internacional, prevista nos arts. 26 e 27 do CPC, mediante autorização do CADE e autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC, desde que não haja prejuízo à investigação.

Parágrafo único. A análise do pedido de excepcional concessão de acesso de que trata o caput deverá observar:

I – a legitimidade do requerente;

II – os fatos e fundamentos específicos que embasam o requerimento;

III – a razoabilidade e a proporcionalidade do requerimento;

IV – a fase processual da investigação no Cade, conforme a Seção II desta Resolução;

V – a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador;

VI – a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade;

VII – a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica.

Art. 4º. Nos termos do art. 248, §2º, II do Regimento Interno do Cade, e art. 44 da Lei nº 12.529/2011, sujeita-se à responsabilização administrativa, civil e penal aquele que divulga, compartilha com terceiros ou utiliza documentos e informações de acesso restrito referidos nos arts. 2º e 3º desta Resolução.

Art. 5º Os signatários do Acordo de Leniência e/ou os compromissários do TCC devem informar ao Cade a existência de quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais que sejam do seu conhecimento, no Brasil ou no exterior, que versem sobre acesso a documentos e informações oriundos do mesmo Acordo de Leniência e/ou TCC em negociação ou já celebrados com o Cade.

Art. 6º Para preservar e disseminar os aspectos previstos no art. 3º, o Cade poderá determinar à Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, nos termos dos arts. 9º, XIII, e 14, III, da Lei nº 12.529, de 2011, que:

I – intervenha nos feitos que direta ou indiretamente envolverem o acesso aos documentos e às informações de acesso restrito referidos no art. 2º; e

II – requeira, nos termos do art. 313, inciso V, “b”, do Código de Processo Civil, a suspensão de ações judiciais e extrajudiciais que possam comprometer a política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente os Programas de Leniência e de TCC do Cade, e/ou a investigação, até a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade.

Art. 7º O Ministério Público que atuar como interveniente anuente na celebração do Acordo de Leniência do Cade terá acesso à íntegra dos documentos e das informações apresentados pelo signatário do Acordo, os quais poderão embasar procedimentos cíveis e criminais cabíveis, devendo observar a manutenção das regras de confidencialidade previstas em lei e na presente Resolução.

Seção II

Do Acesso por Fase Processual

Subseção I

Da Fase de Negociação e Celebração dos Acordos

Art. 8º Durante a fase de negociação e celebração de Acordos de Leniência e TCC, a Superintendência-Geral e o Tribunal do Cade assegurarão o tratamento sigiloso e/ou restrito da proposta, conforme os arts. 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011, bem como dos documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos em investigação.

Art. 9º A proposta e o processo de negociação de Acordo de Leniência e de TCC, bem como os demais documentos, informações e atos processuais que tenham recebido tratamento sigiloso, somente poderão ser acessados pelas pessoas autorizadas pelo Cade, nos termos dos arts. 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011, observados os seguintes parâmetros:

I – a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador;

II – a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade;

III – a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica.

Parágrafo único. Os documentos e as informações classificados como de acesso restrito constituirão apartado específico e serão classificados conforme os parâmetros estabelecidos no caput.

Subseção II

Da Fase de Instrução

Art. 10. Durante a fase de instrução do Processo Administrativo Para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, a qual se realiza na Superintendência-Geral ou no Tribunal do Cade, serão disponibilizadas nos autos públicos as versões públicas da Nota Técnica de instauração e da Nota Técnica final da Superintendência-Geral do Cade.

§ 1º As Notas Técnicas referidas no caput deste artigo conterão, sem prejuízo do disposto no art. 187 do Regimento Interno do Cade, pelo menos:

I – a indicação do representado e, quando for o caso, do representante;

II – a enunciação da conduta ilícita imputada ao representado;

III – o resumo dos fatos a serem apurados;

IV – a indicação do preceito legal relacionado à suposta infração

§ 2º Os documentos e as informações que deverão ser classificados como de acesso restrito durante a fase de instrução, constituirão apartado específico e serão classificados conforme os parâmetros estabelecidos no artigo 9º.

Subseção III

Da Decisão Final pelo Plenário do Tribunal do Cade

Art. 11. A decisão final do Plenário do Tribunal do Cade tornará públicos documentos e informações de acesso restrito previstos no §2º do art. 10º.

Seção III

Do Fomento à Reparação por Danos Concorrenciais

Art. 12. A Superintendência-Geral do Cade e o Plenário do Tribunal do Cade poderão considerar como circunstância atenuante, no momento do cálculo da contribuição pecuniária em sede de negociação de TCC, ou no momento da aplicação das penas previstas nos arts. 37 e 38 da Lei nº 12.529/2011, o ressarcimento extrajudicial ou judicial, devidamente comprovado, no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, considerada nos termos do art. 45, incisos V e VI da Lei 12.529/2011.

Seção IV

Das Disposições Finais

Art. 13. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. ALEXANDRE BARRETO DE SOUZA Presidente (assinado eletronicamente)