

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

**INTERESSE DE TERCEIROS EM ACORDOS DE LENIÊNCIA:  
INTERFACE ENTRE DIREITO ANTITRUSTE E AÇÕES DE INDENIZAÇÃO  
CIVIL À LUZ DO RESP Nº 1.554.986/SP**

MAYARA LINS OGEA

ORIENTADOR: PROF. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA NETO

SÃO PAULO

2018

MAYARA LINS OGEA

**INTERESSE DE TERCEIROS EM ACORDOS DE LENIÊNCIA:  
INTERFACE ENTRE DIREITO ANTITRUSTE E AÇÕES DE INDENIZAÇÃO  
CIVIL À LUZ DO RESP Nº 1.554.986/SP**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito da Fundação Getúlio Vargas como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Caio Mário da Silva Pereira Neto

SÃO PAULO

2018

# FOLHA DE APROVAÇÃO

MAYARA LINS OGEA

## INTERESSE DE TERCEIROS EM ACORDOS DE LENIÊNCIA:

### INTERFACE ENTRE DIREITO ANTITRUSTE E AÇÕES DE INDENIZAÇÃO CIVIL À LUZ DO RESP Nº 1.554.986/SP

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação apresentado à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Campos de conhecimento:** Direito da Concorrência, Responsabilidade Civil, Interface entre Direito Administrativo e Concorrencial, Publicidade de Atos Administrativo e Direito ao Sigilo nos Programas de Leniência Antitruste.

Data de aprovação:

11/05/2018

Banca examinadora:

---

Prof. Dr. Caio Mário da Silva Pereira Neto

FGV Direito SP

---

Prof. Dr. Diogo R. Coutinho

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de dedicar esse trabalho a todos aqueles de alguma forma me ajudaram e estiveram ao meu lado durante todo o período da graduação em direito, marcada por muitos aprendizados e desafios. Em primeiro lugar, agradeço especialmente a toda minha família pelo apoio durante toda a minha trajetória acadêmica, e especialmente, aos meus pais, por me ensinarem valores que não são ensinadas em sala de aula, e à minha irmã, que apesar da pouca idade, me enche de motivação e de energia todos os dias.

Aos meus amigos de graduação, pelo companheirismo e apoio durante esses cinco anos. Aos meus colegas de trabalho da equipe de direito da concorrência do Machado Meyer pelos aprendizados diários na prática da advocacia da concorrência, e por tornarem meu dia-a-dia mais leve e enriquecedor.

Por fim, gostaria de agradecer ao Prof. Caio Mário, meu professor de direito econômico, pela excelente e criteriosa orientação nesse trabalho de conclusão de curso e, principalmente, por ter despertado o meu interesse em direito econômico e concorrencial ao longo da graduação.

## RESUMO

Em março de 2016, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão ordenando pela publicidade de documentos oriundos de Acordos de Leniência e de Termos de Compromisso de Cessação para a instrução de ação privada indenizatória. Tal decisão, ainda passível de recurso e não transitada em julgado, suscitou a discussão acerca da tensão existente entre o sigilo e a possível publicidade dos acordos firmados pelo CADE. Trata-se de matéria relevante, uma vez que há a necessidade de se buscar um equilíbrio entre a persecução pública e privada de cartéis no Brasil. Nesse sentido, será feita uma análise no âmbito do funcionamento do sistema jurídico dos Estados Unidos e da União Europeia no que tange à divulgação de documentos derivados de acordos concorrenciais, e da proposta de regulamentação do tema pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em relação ao seu impacto em termos de incentivos para o ajuizamento de ações privadas de indenização e para o estímulo ao programa de leniência do órgão antitruste.

**Palavras-chave:** Direito da Concorrência, Responsabilidade Civil, Interface entre Direito Administrativo e Concorrencial, Publicidade de Atos Administrativos e Direito ao Sigilo nos Programas de Leniência Antitruste.

## **ABSTRACT**

In March 2016, the Brazilian Superior Court of Justice issued a ruling ordering the publicity of documents from Leniency Agreements and Cease and Desist Agreements in private indemnity lawsuits. This decision, still open to appeal and not yet *res judicata*, raised a discussion on the tension between secrecy and the possibility of the agreements signed by the Brazilian Administrative Council for Economic Defense (“CADE”). This is of relevance, since there is a need to reach balance between public and private *enforcement* of cartels in Brazil. In this regard, the present work aims to make a comparative analysis in the context of two legal systems: of the United States and of the European Union, regarding the disclosure of documents from competitive agreements and the proposed regulation by CADE, in relation both to its impact in terms of incentives for the filing of private indemnity lawsuits and to the stimulation of its leniency program.

**Keywords:** Competition Law, Civil Liability, Interface between Administrative and Competition Law, Advertising of Administrative Acts and Right to Confidentiality in Antitrust Leniency Programs

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>METODOLOGIA.....</b>	<b>11</b>
<b>1. O COMBATE A CARTÉIS NO BRASIL.....</b>	<b>13</b>
<b>2. OS ACORDOS DE LENIÊNCIA E OS TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO .....</b>	<b>16</b>
2.1. Histórico da Discussão sobre o Sigilo de documentos de Leniência e TCC no Brasil.....	21
2.2. Casos julgados pelo CADE instaurados em decorrência da celebração de Acordos de Leniência.....	22
(i) Cartel dos Vigilantes do Rio Grande do Sul .....	23
(ii) Cartel Internacional dos Peróxidos.....	24
(iii) Cartel internacional das cargas aéreas.....	25
(iv) Cartel internacional das mangueiras marítimas.....	26
(v) Cartel do Perborato de Sódio.....	27
(vi) Cartel dos Compressores .....	27
(vii) Cartel do Vidro de CRT .....	28
(viii) Cartel de Manutenção Predial .....	29
(ix) Cartel Internacional de Placas de Memória.....	29
2.2.1. Análise Parcial.....	30
2.3. O REsp nº 1.554.986/SP .....	31
2.4. O Princípio da Publicidade de Atos Administrativos <i>versus</i> o Sigilo conferido aos Acordos de Leniência e TCCs.....	35
<b>3. EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS .....</b>	<b>38</b>
3.1. Estados Unidos .....	39
3.2. União Europeia .....	43
3.2.1. A Decisão no Caso <i>Pfleiderer</i> .....	44
3.2.2. Diretiva 2014 da União Europeia.....	46
<b>4. PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO DO TEMA NO BRASIL.....</b>	<b>48</b>
4.1. A Audiência Pública realizada no MPF.....	49

4.2. A Proposta de Regulamentação do CADE .....	50
4.3. Uma Análise sob o viés de Políticas Públicas de Direito da Concorrência.....	53
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>59</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>61</b>



## INTRODUÇÃO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) é uma autarquia federal brasileira em regime especial com jurisdição em todo o território brasileiro. Dessa forma, como um ente da administração pública brasileira, esse órgão é dotado de diversas funções, sendo uma delas a punitiva ou sancionadora, voltada à investigação e possível punição de condutas ilícitas que estejam em desconformidade com a ordem econômica constitucional brasileira<sup>1</sup>.

Diante de indícios de que uma infração à ordem econômica ocorreu nos termos do art. 36<sup>2</sup> da Lei 12.529/11, o CADE tem o poder de polícia de instaurar processo administrativo contra o agente infrator, para que ocorra um processo acusatório e em contraditório<sup>3</sup>. Em caso de condenação pela infração, o Tribunal do CADE pode aplicar diversas sanções, conforme será explicado no primeiro capítulo do presente trabalho.

Todavia, apesar de as multas aplicadas pelo CADE serem altas, os infratores ainda podem eliminá-las por completo, ou atenuá-las por meio da celebração de Acordos de Leniência e de Termos de Compromisso de Cessação (“TCC”), instrumentos celebrados entre a Superintendência-Geral do CADE e os participantes da prática de cartel, pelo qual, esses confessam sua participação, comprometem-se a colaborar com as investigações e a cessarem a conduta. Ambos instrumentos estão regulados na Lei nº 12.529/11, sendo garantido o sigilo à sua propositura e negociação.

Recentemente, aumentou-se a discussão sobre a extensão do sigilo de documentos produzidos no âmbito de acordos de leniência e TCCs para a esfera cível, uma vez que o art. 47 da Lei 12.529/11 possibilita que os prejudicados possam buscar o recebimento de indenização cível pelos danos sofridos<sup>4</sup>. Apesar dessa previsão, o número de Ações de Reparação por Danos

---

<sup>1</sup> GILBERTO, André Marques. **O processo antitruste sancionador: aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil**. São Paulo: Lex Editora, 2010. pp.23-25.

<sup>2</sup> Lei 12.529/11 - 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: 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; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

<sup>3</sup> RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **Processo Administrativo de investigação de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 77

<sup>4</sup> Lei 12.529/11 - Art. 47. 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

Concorrenciais (“ARDC”) no Brasil ainda é muito baixo. Segundo a Nota Técnica nº 24, expedida pelo CADE em 30 de novembro de 2016, até 2011, pouco mais de vinte ARDC haviam sido ajuizadas no Brasil, sendo que, de 2012 até 2014 foram proferidos vinte e dois acórdãos em segunda instância<sup>5</sup>.

Isso ocorre no Brasil porque: (i) não há uma cultura de reivindicação de danos por parte dos lesados em ilícitos concorrenciais; (ii) os custos e a morosidade do Judiciário são elevados; (iii) os juízes não possuem conhecimento técnico da matéria necessário; (iv) há dificuldade na obtenção de evidências que comprovem o próprio dano causado; e (v) ainda há uma grande dificuldade na obtenção de evidências que comprovem o nexo causal da conduta com o dano sofrido.

Com a decisão do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) proferida no REsp nº 1.554.986/SP, surge a discussão acerca do uso de documentos produzidos pelo CADE em ARDCs ajuizadas na esfera cível. Essa decisão, iniciada a partir de um acordo de leniência firmado no âmbito da investigação do alegado cartel dos compressores, analisa a questão do acesso aos documentos da investigação do CADE pelas empresas prejudicadas.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo analisar o conflito existente entre a extensão do sigilo de documentos produzidos pelo CADE e obtidos em Acordos de Leniência e em Termos de Compromisso de Cessação, e a aplicação do princípio da publicidade de atos administrativos.

Com isso, busca-se avaliar qual deve ser a ponderação, sob o ponto de vista jurídico, entre o *enforcement* público e privado a respeito das ARDCs no Brasil, avaliando-se até que ponto a regulação do CADE sobre esse tema pode avançar, e sob o ponto de vista de políticas públicas antitruste, tentando-se ponderar a existência de alguma publicidade para os acordos firmados pelo CADE com a manutenção dos incentivos do programa de leniência concorrencial, uma vez que a

---

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.

<sup>5</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Processo nº 08700.007888/2016-00. **Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE.** p.11. Disponível em: <[10](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aai b6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg>.”</a></p></div><div data-bbox=)

defesa da concorrência é matéria essencial para a garantia de princípios constitucionais, tais como a iniciativa privada e a justiça social.

O estudo acerca deste tema mostra-se relevante pois, além de o CADE ter proposto recentemente uma regulação sobre essa matéria, este é um tema que também está em voga pelo crescente número de investigações de cartéis. Com isso, o trabalho proposto busca incentivar o debate acadêmico sobre um tema que está em grande evidência, e ao mesmo tempo contribuir para o esclarecimento de questões importantes ao desenvolvimento dos institutos de defesa da concorrência no Brasil, essenciais como instrumentos de desenvolvimento social e econômico do país.

O presente trabalho busca, então, analisar como o direito antitruste brasileiro deve articular o *enforcement* público e o *enforcement* privado no combate a cartéis no Brasil, em especial no que tange ao fomento de ações de reparação por danos concorrenciais no Brasil. Para isso, serão analisadas questões relacionadas:

(i) Se a regulação proposta pelo CADE deve garantir o sigilo dos documentos produzidos no âmbito de Acordos de Leniência e TCC, estimulando a leniência, mas inibindo ações privadas de indenização; ou

(ii) Se a regulação proposta pelo CADE deve quebrar o sigilo desses instrumentos, desestimulando a leniência e ampliando as ações privadas de indenização. Ainda, caso haja a quebra de sigilo, qual deve ser a extensão dessa publicidade?

## **METODOLOGIA**

Para que seja feita uma análise da interface entre o direito antitruste e as ações de indenização civil, o presente trabalho tem como propósito a análise empírica dos casos julgados pelo CADE em decorrência da celebração de Acordos de Leniência, e do REsp nº 1.554.985/SP, com seus possíveis desdobramentos. Será realizado ainda um recorte da nova Resolução do CADE que busca disciplinar os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei n. 12.529 de 2011, proposta após a referida decisão do STJ. Além disso, será feita a exposição dos argumentos dos representantes do CADE e de advogados atuantes na área, por meio da participação na Audiência Pública realizada no dia 20 de junho de 2017.

Por meio de um referencial analítico e teórico, será feita um mapeamento do histórico da discussão sobre o sigilo em documentos produzidos em Acordos de Leniência e TCCs, e da tensão entre o princípio da publicidade e estratégias de garantia de sigilo das confissões dos agentes econômicos no âmbito do CADE. Por fim, também será feita uma análise de direito comparado, com a análise da regulação do tema nos EUA e na União Europeia.

Em relação à pergunta central e às questões-alvo, será feita uma análise jurídico institucional, buscando-se avaliar as premissas e argumentos expostos por juristas, economistas e atores presentes no debate público. Com isso, o presente trabalho busca fazer uma análise pautada no direito e desenvolvimento, ou seja, no papel do direito concorrencial para o desenvolvimento econômico, social e político no Brasil.

## 1. O COMBATE A CARTÉIS NO BRASIL

Os cartéis são acordos restritivos da concorrência horizontais, ou seja, são celebrados por agentes econômicos que concorrem diretamente entre si, atuando no mesmo mercado relevante geográfico e material. Visam neutralizar a concorrência existente entre as empresas participantes do cartel, de forma a possibilitar condições mais vantajosas em determinado mercado relevante para seus partícipes<sup>6</sup>.

Os cartéis clássicos estão previstos na Lei nº 12.529/2011 nos seguintes termos:

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;

Nesse sentido, um cartel clássico pode ser caracterizado pelo acordo entre concorrentes que vise a combinação de (i) preços; (ii) a limitação da produção ou da prestação de serviços; (iii) a divisão de mercado; ou (iv) o falseamento da concorrência em licitações públicas.

O CADE tem adotado o entendimento de que os cartéis são infrações por objeto, ou seja, a própria restrição da concorrência seria o objetivo do acordo entre os concorrentes<sup>7</sup>, uma vez que esse ilícito anticoncorrencial está associado a três tipos de ineficiências econômicas: alocativa, produtiva e dinâmica<sup>8</sup>. A ineficiência alocativa se refere a uma alocação ineficiente dos recursos sociais, haja vista que o aumento de preços e a restrição da oferta levam a uma perda de riqueza

---

<sup>6</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **Os Fundamentos do antitruste**. 3. Ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008. pp. 398-399.

<sup>7</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo : Saraiva, 2016, p. 110.

<sup>8</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013, p. 37.

social de parte do excedente do consumidor que não é absorvida pelo produtor. A ineficiência produtiva está relacionada à elevação dos custos de produção pelos agentes econômicos face à existência do cartel. Já a ineficiência dinâmica diz respeito à perda de bem-estar social ocasionada pela diminuição da inovação, posto que a formação de cartéis diminui os incentivos para que os produtores invistam em processos produtivos mais eficientes<sup>9</sup>.

Nesse sentido, a formação de cartéis possibilita o exercício coordenado de poder de mercado ocasionando diversos efeitos negativos, como aumento de preços, diminuição da qualidade e do fomento à inovação<sup>10</sup>. A partir dessa premissa, o CADE sequer analisa potenciais benefícios gerados pelo conluio entre concorrentes. Isso porque, os cartéis elevam os preços acima do nível de mercado e diminuem a oferta dos produtos, fazendo com que parte dos consumidores diminua o consumo de determinados produtos cartelizados, ou então optem por pagar o preço elevado do cartel, transferindo parte de seu bem-estar econômico para os participantes do cartel<sup>11</sup>.

Além disso, a formação de um cartel protege seus membros da exposição às forças de mercado, afetando negativamente a eficiência em uma economia pautada pelas leis da oferta e demanda em determinado mercado relevante<sup>12</sup>.

As multas aplicadas pelo CADE em casos de condenação de cartel podem chegar, em relação às empresas, ao valor de 0,1 a 20% do valor do faturamento bruto do exercício anterior no ramo econômico em que a infração ocorreu à instauração do processo administrativo. Na hipótese de a vantagem obtida com a formação do cartel poder ser estimada, a multa nunca será inferior ao seu valor apurado. Já em relação às pessoas físicas<sup>13</sup>, caso se comprove culpa ou dolo por parte do sujeito na formação do cartel, a multa a ser aplicada poderá ser de 1 a 20% do valor da multa aplicada à empresa na qual o indivíduo trabalhava<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Idem, pp. 37-38.

<sup>10</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo : Saraiva, 2016, pp. 110 e 111.

<sup>11</sup> Para um melhor entendimento da análise econômica dos cartéis, veja o gráfico no Anexo I.

<sup>12</sup> *Organization for Economic Co-Operation and Development – OCDE*. “Síntese Cartéis – Seus Danos e Punições Efetivas”, 2002. Disponível: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1935129.pdf>>. Acesso em 22 de outubro de 2017, p. 2.

<sup>13</sup> Essa multa se aplica para administradores direta ou indiretamente responsáveis pela infração cometida, conforme denota o art. 37, inciso III da Lei 12.529/11.

<sup>14</sup> RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **Processo Administrativo de investigação de cartel**. São Paulo: Singular, 2016, pp. 86 e 87.

Além das multas pecuniárias, o art. 38<sup>15</sup> da Lei 12.529/11 ainda prevê que os infratores também estão sujeitos a outras sanções que podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente na seara administrativa, como: (i) exigência de publicidade da condenação em jornal de grande circulação; (ii) proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações com o poder público; (iii) inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

Há diversas classificações sobre os tipos de cartéis, que podem ser divididos em (i) cartéis clássicos ou (ii) difusos, ou ainda em cartéis (i) explícitos ou tácitos, (ii) nacionais ou internacionais, (iii) cartéis de compra ou de venda, e (iv) cartéis de importação ou exportação. Todavia, para os fins do presente trabalho, será adotada a análise dos cartéis do tipo clássico, pois essa é a categoria de maior frequência em casos de celebração de Acordos de Leniência.

Uma das características mais importantes para a condenação de um cartel do tipo clássico, é a comprovação de que houve algum grau de institucionalização do acordo, ou seja a existência de algum mecanismo de monitoramento e de coação no caso de descumprimentos do acordo<sup>16</sup>, uma vez que, cartéis são instáveis por sua natureza, conforme prevê a jurisprudência do Conselho:

Esse tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado, podendo ser reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento, etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Lei 12.529/11. 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.

<sup>16</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo : Saraiva, 2016. p. 112.

<sup>17</sup> Processo Administrativo n. 08012.002127/02-14, Representante: SDE *ex officio*, Representadas: Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda., Constran S/A, Embu S.A., Geocal Mineração Ltda., Holcim S.A., entre outras, relatoria do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, 13/07/2005. Definição semelhante consta no voto do mesmo relator no Processo Administrativo 08012.000099/2003-73, Representadas: Auto-Escola Detroit e outras, Representante: MP/SP, 22/02/2006. Apud PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo, **Op cit**, p. 111.

Tendo em vista a instabilidade intrínseca dos cartéis, também há características estruturais de alguns mercados que facilitam a formação de acordo, conforme o Anexo I da Resolução n. 20/99 do CADE: “fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda”.

Surge, portanto, o desafio de provar a existência e institucionalização desses acordos. Para que haja materialidade suficiente é necessário que a prova de um cartel demonstre que houve um “acordo de vontades”<sup>18</sup> entre os agentes econômicos. As provas podem ser (i) diretas ou (ii) indiretas. As diretas são aquelas que comprovam encontros ou a comunicação entre os participantes, por meio de e-mails ou de testemunhos orais dos participantes. Já as provas indiretas são aquelas também identificadas como indiciárias, nos termos do art. 239 do Código de Processo Penal, podendo ser relacionadas a indícios de comunicação – como registros telefônicos, evidências de participação em reuniões – ou a indícios econômicos – como aumentos simultâneos de preços ou comportamentos suspeitos em licitações<sup>19</sup>.

Haja vista que os cartéis são o ilícito mais grave em matéria concorrencial e que sua produção de provas é difícil, a maioria dos casos julgados e condenados pelo CADE foram lastreadas em provas diretas, obtidas principalmente em operações de busca e apreensão, provas emprestadas no âmbito criminal e em históricos de condutas de Acordos de Leniência e de TCCs<sup>20</sup>.

## **2. OS ACORDOS DE LENIÊNCIA E OS TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO**

Os Acordos de Leniência e os Termos de Compromisso de Cessação (“TCC”) surgem como elementos essenciais da colaboração dos participantes em cartéis com a investigação do CADE.

---

<sup>18</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo, **Op cit.** p. 115.

<sup>19</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo, **Ibid.** p. 115.

<sup>20</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo, **Ibid.** p. 117-118.



Por meio da celebração desses acordos, os infratores podem ter suas multas atenuadas ou até mesmo conseguirem a imunidade integral de suas multas.

O Acordo de Leniência, espécie do gênero delação premiada, é um instrumento celebrado entre a Superintendência-Geral do CADE e os autores da prática de cartel, pelo qual esses confessam sua participação e colaboração com as investigações. Por meio da celebração do acordo de leniência, pessoas físicas e jurídicas comprometem-se a cessar a conduta ilícita, denunciar e confessar sua participação na conduta, bem como a cooperar com o CADE na investigação, fornecendo documentos e informações sobre o caso investigado<sup>21</sup>.

Trata-se, portanto, de um acordo com o órgão antitruste voltado a detectar, investigar e punir infrações à ordem econômica, permitindo que o CADE obtenha evidências que seriam de difícil obtenção para a comprovação desse ilícito, pois cria mais um fator de instabilidade para o cartel, uma vez que cria um incentivo para o descumprimento do acordo entre os concorrentes devido à imunidade conferida ao delator da prática, bem como aumenta a desconfiança entre os seus participantes<sup>22</sup>.

Dessa natural desconfiança existente entre os participantes do cartel, decorre a inspiração do programa de leniência na teoria dos jogos, do matemático Albert W. Tucker. Com isso, surge o chamado dilema dos prisioneiros, que busca mostrar que a tendência é que dois indivíduos não cooperem, ainda que a cooperação seja para o melhor interesse dos dois<sup>23</sup>. Conforme explica Ana Paula Martinez, o dilema dos prisioneiros pode ser esclarecido como:

Suponha que dois indivíduos são presos, mas que as autoridades não detenham provas suficientes para justificar as prisões. A polícia coloca cada indivíduo em uma sala separada e faz a mesma oferta para cada um deles: se um testemunhar contra o outro e o outro permanecer em silêncio, aquele que delatar o comparsa estará livre e o que não o tiver feito passará cinco anos na prisão. Se ambos permanecerem em silêncio, os dois estarão livres em vista da falta de provas. Se ambos delatarem o comparsa, serão sentenciados a três anos de prisão. Agentes racionais, movidos por interesses próprios, escolhem delatar o comparsa. Isso porque, se o comparsa permanecer em silêncio, ele ficará livre, e se o

---

<sup>21</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. “*Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE*”. Ministério da Justiça, 05/2016 – Atualizado em 09/16. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)>, p. 9.

<sup>22</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal**. São Paulo: Singular, 2013. **Apud**. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo, **Ob cit.**, p. 124.

<sup>23</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013, p. 260.

comparsa também o delatar, ambos serão condenados a três anos em vez de cinco anos de prisão. Se ambos permanecerem em silêncio, os dois estarão livres, mas a incerteza em relação ao que o outro vai fazer faz com que o agente racional opte por delatar – sendo esta, portanto, a estratégia dominante<sup>24</sup>.

No caso dos cartéis, em que há uma certa dificuldade na produção e obtenção de provas, a busca pela cooperação dos participantes da conduta ilícita em Acordos de Leniência surge como um benefício para o CADE, possibilitando e facilitando a descoberta e investigação de cartéis no país.

Na esfera administrativa, o signatário do Acordo de Leniência terá o benefício da extinção ou da redução da penalidade que seria aplicada, caso a Superintendência do CADE ainda não tenha conhecimento sobre o ilícito relatado. Conforme estabelece o art.86, §4º da Lei nº 12.529/11, tais benefícios são assegurados após o julgamento do processo administrativo instaurado para apurar as condutas denunciadas pelo Tribunal do CADE<sup>25</sup>. Na esfera criminal, a celebração do Acordo determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia ao signatário em relação aos crimes previstos na Lei nº 8.137/90 (“Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica”), aos crimes relacionado à prática de cartel, tipificado na Lei nº 8666/93 (“Lei Geral de Licitações”), e ao crime de associação criminosa, previsto no art. 288 do Código Penal. Após o cumprimento do Acordo de Leniência pela signatária, a punibilidade desses crimes é automaticamente extinta<sup>26</sup>.

A Leniência está regulada nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/11, e é assegurado o sigilo à sua propositura e negociação<sup>27</sup>. Existem três tipos de Leniência, divididas conforme a extensão do benefício, (i) leniência total; (ii) leniência parcial e (iii) leniência *plus*.

(i) Leniência total - prevê a imunidade total contra as penalidades aplicadas pelo CADE, na hipótese da Superintendência Geral ainda não ter conhecimento prévio da prática anticompetitiva denunciada, à época da propositura do acordo.

---

<sup>24</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, **Op cit.**, pp. 260-261.

<sup>25</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. “*Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE*”, p. 18

<sup>26</sup> Lei 12.529/11. Art. 87, Parágrafo único. “Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”.

<sup>27</sup> RIBAS, Guilherme Favaro Corvo, **Op cit.**, pp. 116-118.

(ii) Leniência parcial - possibilita a redução de um a dois terços das penalidades administrativas aplicáveis pelo CADE, a depender da efetividade da colaboração prestada e da boa-fé da signatária, caso a Superintendência já possua conhecimento sobre a prática denunciada, mas ainda não dispunha de provas suficientes para assegurar a possível condenação dos envolvidos<sup>28</sup>. Todavia, conforme o Guia de Leniência do CADE expõe, apesar de não haver uma definição exata na legislação brasileira sobre o conceito de “conhecimento prévio” da conduta pelo órgão antitruste, considera-se que esse só ocorre de fato quando já existe um procedimento administrativo para investigação da conduta à época da propositura do Acordo<sup>29</sup>.

(iii) Leniência *plus* – ocorre quando um proponente não possui as qualificações necessárias para a celebração do acordo de leniência, como por exemplo, quando outro proponente já o tiver celebrado, mas mesmo assim colabora com informações importantes sobre uma segunda infração. Nesse caso, o signatário receberá total imunidade administrativa e criminal sobre a segunda conduta, e um terço de redução da multa em relação à primeira conduta, vide art. 86, §§ 7º e 8º da Lei 12.529.

Vale ressaltar que uma proposta de Acordo de Leniência rejeitada não será considerada confissão sobre a conduta ilícita. Isso é importante pois garante segurança aos proponentes do acordo, já que, caso haja desistência, existe a garantia de que um processo administrativo não será instaurado tendo como base as informações prestadas<sup>30</sup>.

Já o TCC é um acordo administrativo regulado pelo art. 85 da mesma lei, e é celebrado pelo CADE com os infratores de práticas anticompetitivas para a cessação das práticas investigadas, o qual também é sigiloso no interesse do processo. Vale ressaltar que, a celebração do TCC ainda é possível quando já exista algum leniente no âmbito da investigação. A partir da celebração desse acordo, o CADE se compromete a suspender o prosseguimento das investigações e a diminuir a multa a ser aplicada em relação aos compromissários do TCC, desde que cumpram os termos do compromisso, os quais podem ser: a contribuição pecuniária; à colaboração com o CADE em

---

<sup>28</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. “*Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE*”, **Op cit.** p.19.

<sup>29</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. “*Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE*”, **Ibid.**, p.19.

<sup>30</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013, p. 266.

relação à investigação; e o reconhecimento de participação na conduta investigada, nos termos dos arts. 224 ao 227 do Regimento Interno do CADE.

Segundo o Guia do CADE sobre TCCs em casos de cartéis, a análise da amplitude e utilidade da colaboração apresentada pelos proponentes no denominado Histórico de Conduta (“HC”) será feita de forma análoga aos critérios utilizados na leniência, que são: a identificação dos envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a investigação noticiada ou sob investigação<sup>31</sup>, sendo esses documentos imprescindíveis para a investigação da conduta. Conforme listadas como exemplo no Guia, as seguintes informações devem estar presentes no HC: (i) participação do proponente do TCC e dos demais participantes da conduta ilícita, com a especificação do grau de participação de cada envolvido na conduta; (ii) funcionamento da conduta anticompetitiva; (iii) duração da conduta anticompetitiva; (iv) modo de realização e assuntos dos contatos entre concorrentes, tais como reuniões, telefonemas, e-mails; (v) clientes afetados pela conduta; (vi) possíveis efeitos diretos ou potenciais da conduta; (vii) mercado relevante afetado pela conduta e seu respectivo funcionamento<sup>32</sup>.

Nos termos do art. 225 do Regimento Interno do CADE, o TCC deverá, necessariamente, conter o “reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário”, o que aumenta a exposição do signatário a ações de indenização civil.

Tendo em vista que o cartel é ato ilícito que está sujeito ao julgamento em três esferas – penal, cível e administrativa – há a discussão acerca da extensão do sigilo de documentos produzidos pelo CADE para a esfera cível, uma vez que o art. 927 do CC prevê como regra geral a obrigação de reparação civil por todo dano causado por um ato ilícito, e o art. 47<sup>33</sup> da Lei 12.529/11 também garante que os prejudicados pelos danos em cartéis podem ingressar em juízo para buscar a cessação da prática ou para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos.

---

<sup>31</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. “**Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**”. Superintendência-Geral do CADE. Atualizado em 09/2017, p. 14.

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> Lei 12.529/11 - Art. 47. 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.

## 2.1. Histórico da Discussão sobre o Sigilo de documentos de Leniência e TCC no Brasil

O ordenamento brasileiro prevê a publicidade como regra geral aos atos administrativos, nos termos do art. 5º, LX da Constituição Federal: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Todavia, há algumas exceções presentes na Lei nº 9.784/99 (“Lei de Processo Administrativo”) e na Lei nº 12.527/11 (“Lei de Acesso à Informação”), que preveem a ponderação na divulgação dos atos administrativos na hipótese de interesse público, sigilo à intimidade, quando a divulgação representar alguma vantagem competitiva a outros agentes econômicos ou possa prejudicar alguma investigação e em andamento.

Na seara do direito da concorrência, também há exceções à regra constitucional. O art. 49 da Lei de Defesa da Concorrência<sup>34</sup> prevê que será dado tratamento sigiloso aos documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos em inquéritos e processos administrativos. Todavia, há uma ponderação ao tratamento sigiloso de acordo com o art. 248 do Regimento Interno do CADE<sup>35</sup>, que possibilita que seja dado acesso ao acordo de leniência e a seus anexos aos representados apenas para os fins do exercício do contraditório e da ampla defesa.

No que tange ao Acordo de Leniência e ao TCC, há a previsão de sigilo a esses documentos nos arts. 85, §5º e 86, § 9º da Lei nº 12.529/11, e no Regimento Interno do próprio CADE, que prevê em seu art. 241, §1º, que será dado tratamento sigiloso à proposta de acordo de leniência. Ainda, o art. 248 do RI também estabelece que a identidade do signatário será mantida como de acesso restrito até o julgamento do processo pelo CADE, preservando os documentos e informações comercialmente sensíveis do signatário do acordo de leniência. Com isso, verifica-se

---

<sup>34</sup> Lei 12.529. Art. 49. O Tribunal e a Superintendência-Geral assegurarão nos procedimentos previstos nos incisos II, III, IV e VI do caput do art. 48 desta Lei o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos ou exigidos pelo interesse da sociedade.

<sup>35</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Regimento Interno do CADE**. Incluído pela Resolução nº 2, de 25 de maio de 2016. art. 248 (...), §2º, I - I. o acesso ao acordo de leniência e a seus anexos, bem como a quaisquer documentos apresentados pelo signatário do acordo de leniência ou a que o Cade atribua tratamento de acesso restrito, será concedido aos representados estritamente para fins de exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa no inquérito administrativo ou no processo administrativo em trâmite perante o Cade que tenha por objeto a infração de que trata o acordo de leniência.

que a norma interna do CADE reforça o tratamento sigiloso aos documentos do programa de leniência, conforme já previsto na lei federal de defesa da concorrência.

Conforme apontado pela Superintendência Geral do CADE, essa regra é importante para a manutenção dos incentivos das partes em assinar esses instrumentos, uma vez que fazem parte da persecução pública a cartéis no Brasil<sup>36</sup>.

O sigilo desses documentos se consolida, ao mesmo tempo, em um direito e obrigação aos signatários dos acordos. No âmbito administrativo, o signatário do acordo deve cooperar e confessar o ilícito para beneficiar-se na investigação de cartel, o que leva, conseqüentemente, à uma limitação de seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Portanto, o signatário deve se comprometer a manter o sigilo de qualquer informação que possa atrapalhar o andamento das investigações, inviabilizando por exemplo, operações de busca e apreensão posteriores. Há também a preocupação quanto à persecução pública de combate a cartéis pelo CADE, enfraquecendo a confiança na agência antitruste em proteger tais documentos, prejudicando a busca pela celebração de novos Acordos de Leniência e de TCCs.

Por outro lado, o sigilo também se consolida em um direito, posto que sua divulgação em momento inadequado pode gerar prejuízos irreversíveis às partes. A divulgação de informações durante a fase de inquérito pode expor o signatário do acordo em relação aos demais autores da conduta ilícita de forma isolada e antecipada<sup>37</sup>. Ou ainda, em relação a terceiros - clientes, concorrentes prejudicados e consumidores – a divulgação de trechos sensíveis do acordo de leniência, como por exemplo, da cláusula de confissão, pode deixar o signatário em posição de vulnerabilidade para possíveis ações de indenização cíveis.

## **2.2. Casos julgados pelo CADE instaurados em decorrência da celebração de Acordos de Leniência**

---

<sup>36</sup> Processo Administrativo nº 08700.007888/2016-00. Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. p. 12

<sup>37</sup> Processo Administrativo nº 08700.007888/2016-00. Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. p. 12

Até esse ano, o Plenário do Tribunal do CADE havia julgado oito casos instaurados em decorrência da celebração de Acordos de Leniência, e de maneira a explorar como tem sido a posição do CADE em relação à publicização desses documentos e informações derivadas desses acordos, será feita a análise do voto dos Conselheiros Relatores em relação à confidencialidade após o julgamento final do órgão antitruste<sup>38</sup> nesses casos e no caso do cartel de placas de memória (DRAM) que, apesar de não ter sido instaurado em decorrência de leniência total, é um caso recente em que foi celerado um acordo de leniência parcial, no qual os Representados sofreram diversas ações de indenização fora do Brasil.

### **(i) Cartel dos Vigilantes do Rio Grande do Sul**

O Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10 foi resultado do primeiro Acordo de Leniência celebrado no Brasil em 08 de outubro de 2003. Esse caso buscou apurar a ocorrência de conluio entre empresas prestadoras de serviços de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul, para atuar em licitações públicas e privadas.

No julgamento desse caso, o Conselheiro-Relator elaborou seu voto em uma versão pública e uma confidencial. Em seu voto público, houve a disponibilização de trechos do Histórico de Conduta<sup>39</sup>, como detalhes do funcionamento do cartel e trechos de conversas telefônicas mantidas

---

<sup>38</sup> Informação coletada no **Processo Administrativo nº 08700.007888/2016-00. Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE.** p.13

<sup>39</sup> **Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10** (Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul ASSEVIRGS, Airtton Rolim Araújo; Alexandre Luzardo da Silva, Angra, Log. De Segurança S/C LTDA; Antônio Carlos Sontag; Antônio Carlos Coelho; Ari Dalbem; Caio FJávio Quadros dos Santos; Carlos Alberto Cortina Souza; Cláudio Laúde; Délcio Rumennich; Delta Serviços de Vigilância LTDA.; Empr.esa. Brasileira de Vigilância - EBV, Edegar Vieira Rolim; Empresa Portoalegrense de Vigilância LTDA.- EPAVI; Evandro Vargas; Ivan Luiz Pedroso; J.M Guimarães Empresa de Vigilância LTDA.; Joel Valdenir Eich; Jorge Luís Vieira Rolim; José Renato Quadros, Luiz Fernando Fernandez, Luiz Fernando Vieira; Luiz Osmar Duarte do Amaral; Mario Haas, MD Serviço de Segurança LTDA.; Mobra Serviço de Segurança LTDA.; Nilton Reginaldo; ONDREPSB Serviços de Guarda e Vigilância LTDA.; Osmar Maciel Guedes; Paulo Elder Bordin; Paulo Renato Pacheco; Patrícia Ghen; Protege Serviços de Vigilância LTDA.; Protevale Vigilância e Segurança LTDA.; Reação Segurança e Vigilância LTDA.; Ronaldo Carvalho; Secure Sistemas de Segurança; Rota Sul Empresa de Vigilância LTDA.; Rubem Isnar Baz Orel; Rudder Segurança LTDA.; Segurança e Transporte de Valores Panambi LTDA., Seltec Vigilância Especializada LTDA., Sênior Segurança LTDA., Sérgio Gonzalez; Sílvio Renato Medeiros Pires; Sindicato das Empresas de Segurança Privada do Rio Grande do Sul - SINDESP-RS; SINDI-VIGILANTES do Sul; Tânia E. Auler; Vigilância Antares LTDA.; Vigilância Asgarras SIC LTDA.; Vigilância Patrulhense SIC LIDA; Vigilância Pedrozo LTDA.; Vigitec; e Vivaldi Pereira Rodrigues), fls. 329 e ss. e 8355.

e gravadas sob o consentimento do signatário Rubens Oreli<sup>40</sup>. Todavia, não houve nenhuma aparição de documentos sensíveis da leniência que tenham sido fornecidos pelas signatárias.

## **(ii) Cartel Internacional dos Peróxidos**

O Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77 foi instaurado em 09 de setembro de 2004 para apurar a ocorrência de cartel no mercado brasileiro de peróxido de hidrogênio, em decorrência da celebração de acordo de leniência celebrado em 06 de maio de 2004, no qual os co-Representados da Degussa confessaram a combinação de preços na comercialização de peróxido de hidrogênio no Brasil. Também houve a realização de operações de busca e apreensão nas sedes das empresas Peróxidos do Brasil Ltda. e Solvay do Brasil Ltda. com base no referido acordo.

Em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, o termo da celebração do Acordo de Leniência foi disponibilizado apenas para os representados. Contudo, no decorrer do voto do Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo, faz menção a diversos trechos e documentos disponibilizados pelas signatárias no acordo de leniência, como por exemplo, a transcrição do depoimento do diretor da Degussa AG, no qual ele relata as três fases existentes durante a duração do cartel, extratos de reuniões e de e-mails que comprovam a instituição da conduta ilícita, e tabela contendo indicadores de consumo de clientes utilizada para fixação de preços coordenada<sup>41</sup>. Documentos apreendidos em sede de busca e apreensão também foram transcritos ao longo do voto, como planilhas com inúmeros e detalhados dados sobre as vendas a clientes da Peróxidos do Brasil e de sua concorrente Degussa<sup>42</sup>. Todavia, o termo de celebração do acordo de leniência, o Histórico de Conduta e as provas integrais apreendidas em busca e apreensão foram mantidas confidenciais às representadas<sup>43</sup>, conforme já havia sido determinado pela SDE durante o processo

---

<sup>40</sup> **Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, Ibid.** fls. 8361

<sup>41</sup> **Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77** (Representadas: Peróxidos do Brasil Ltda, Solvay do Brasil do Brasil Ltda, Carlos Alberto Tieghi, Paulo Francisco Trévia Schirch, Luiz Leonardo da Silva Filho, Gibran João Tarantino, Sérgio Afonso Zini, Roberto Nascimento da Silva, Degussa Aktiengesellschaft, Degussa Brasil Ltda, Weber Ferreira Porto, Drik Egon Regett, Marcelo Ronald Schaalmann, Roberto de Barcellar Blanco, Sidnei Inácio Cestari, Werner Karl Ross, Hans Willmann, Nicolas Makay Júnior, Wilfried Eul, Karl Erhard Muller). Conselheiro-Relator: Carlos Ragazzo. Data do Julgamento: 30/04/2012. Versão pública do voto do Conselheiro Relator, pp. 47-52, e p. 76.

<sup>42</sup> **Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77, Ibid.** pp. 64-67.

<sup>43</sup> **Processo nº 08700.007888/2016-00. Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE.** p.13



de instrução do processo administrativos, uma vez que os documentos e equipamentos eletrônicos apreendidos ficaram sob custódia da Delegacia da Polícia Federal em São Paulo<sup>44</sup>.

### **(iii) Cartel internacional das cargas aéreas**

No Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02, houve o mesmo tratamento conferido em termos de acesso a documentos ao cartel dos peróxidos, ou seja, houve a transcrição de diversos trechos de documentos apreendidos em sede de busca e apreensão e de documentos obtidos dos acordos de leniência firmados, tais como as versões dos e-mails traduzidos trocados entre os administradores das empresas representadas, nos quais há o relato de todo o funcionamento da combinação na fixação do adicional de combustível (“*fuel surcharge*”)<sup>45</sup>. Todavia, o termo de celebração do acordo de leniência e o Histórico de Conduta permaneceram de acesso restrito apenas às representadas. Em relação à justificativa para a manutenção do sigilo, o Conselheiro-Relator seguiu o entendimento da SDE, o qual deferiu o pedido de confidencialidade aos documentos apreendidos em sede de busca e apreensão, apesar de tal decisão não ter sido disponibilizada nos autos do processo público. Sendo assim, decidiu-se que publicidade dos autos após o julgamento do Processo Administrativo, com a manutenção do sigilo aos autos de acesso restrito.

Vale ressaltar que esse processo resultou na condenação do ex-gerente da Varilog na esfera cível, com a imposição de multa no valor de R\$379 milhões<sup>46</sup>, o que demonstra a preocupação que deve ser colocada em relação à disponibilização de documentos sensíveis de acordos de leniência, o que pode aumentar a exposição das empresas a esse tipo de ação de indenização.

---

<sup>44</sup> **Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77, Ibid.** pp.7-8, 33.

<sup>45</sup> **Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02.** Representados: Deutsche Lufthansa AG, Lufthansa Cargo AG, Swiss Intemationai Airlines, American Airlines, Inc., KLM - Companhia Real Holandesa de Aviação, Societé Air France, ABSA Aeroiíneas Brasileiras S.A., Varig Logística S.A. - Varig Log, Alitalia Linee Aeree Italiane S.P.A., United Airlines Inc., Cleverton Holtz Vighy, Vítor de Siqueira Manhães, Eduardo Nascimento Faria, Aluísio Damião da Silva Corrêa, Fernando Amaral, Dener José de Souza. Renata de Souza Branco, Paulo Jofily de Monteiro Lima, Javier Felipe Meyer de Pablo, Hernán Arturo Merino Figueroa, Norberto Maria Jochmann, José Roberto da Costa, Margareth de Almeida Faria, Luiz Fernando Costa e Marcelo Dei Padre. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Julgado em 28 de agosto de 2013. Voto do Conselheiro Relator, p.34 e ss.

<sup>46</sup> “*Ex-gerente da VarigLog é condenado por cartel*”. 19/02/2014. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,ex-gerente-da-variglog-e-condenado-por-cartel-imp-,1131826>>.

#### **(iv) Cartel internacional das mangueiras marítimas**

O Processo Administrativo 08012.010932/2007-18 foi instaurado em 09 de novembro de 2007 para apurar infrações à ordem econômica no mercado de mangueiras marítimas de borracha, que produziu efeitos no Brasil entre 1985 e 2007.

Esse processo iniciou-se em decorrência dos fatos e evidências trazidos no acordo de leniência firmado junto ao CADE em agosto do mesmo ano. A partir de seu julgamento, houve uma alteração da posição do CADE em relação à disponibilização do acesso do termo de celebração do Acordo de Leniência aos representados. À época, em 2015, a preocupação sobre *enforcement* privado estava começando a florescer no Brasil, em virtude da publicação da Diretiva da Comissão Europeia em 2014<sup>47</sup>.

O Conselheiro-Relator iniciou seu voto revelando a identidade das signatárias nos termos do art. 207, caput, do Regimento Interno do CADE. Em relação à publicidade do julgamento a terceiros, seu voto seguiu a linha de argumentação de que a regra geral é que os julgamentos do CADE sejam realizados em sessão pública. Nesse sentido, entendeu-se pela disponibilização pública dos termos de admissão de culpa da leniência, nos quais as Representadas confessaram de maneira formal a prática de atuação na conduta anticompetitiva, por fazerem parte do conjunto probatório de como o cartel se organizou no território brasileiro<sup>48</sup>.

Houve portanto, a prevalência dos princípios da moralidade, do interesse público e da publicidade, sendo que a única restrição foi dada à Medida Cautelar de Busca e Apreensão 0024157.07.2007.4.03.6100 que estava protegida por segredo de justiça ainda em tramitação no Judiciário<sup>49</sup>. Todavia, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla-defesa os seguintes documentos foram disponibilizados aos Representados, mas mantidos em sigilo a terceiros:

---

<sup>47</sup> **Processo nº 08700.007888/2016-00. Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE.** p.13

<sup>48</sup> **Processo Administrativo 08012.010932/2007-18** (Representados: Bridgestone Corporation, Dunlop Oil and Marine Ltd., Flexomarine S.A. (nova denominação da Pagé Oil & Marine Products Ltda.), Flexomarine Empreendimentos e Participações Ltda., Goodyear do Brasil Produtos de Borracha Ltda., Manuli Rubber Industries SpA, Pagé Indústria de Artefatos de Borracha Ltda., Parker ITR S.r.L., Sumitomo Rubber Industries, Ltd., The Yokohama Rubber Co., Ltd., Trelleborg Industrie SAS, Antonio Carlos Araes, Fumihiko Yazaki, Hajime Kojima, Kazuki Kobayashi, Kota Kusaba, Maria Lúcia Peixoto Ferreira Ribeiro de Lima, Massimo Nebiolo, Robert Louis Furness, Sílvio Jorge Rabello, Teruo Suzuki, Yukinori Honda). Conselheiro-Relator: Márcio de Oliveira Júnior. Julgamento em: 25/02/2015. Voto Conselheiro-Relator, p. 7.

<sup>49</sup> **Processo Administrativo 08012.010932/2007-18. Op cit.**

Uma vez estabelecido que o acesso aos documentos probatórios deve ser franqueado às demais representadas, mantendo-se, porém, o sigilo para terceiros. Nesse sentido, a extinta SDE assim classificou a confidencialidade desses documentos (fls. 3200/3216 e 3241/3242):

(i) fls. 1784/1813, por documentarem a diligência de busca e apreensão referida; (ii) fls. 1814/1820, 1871/1877 e 1881/1884, em razão de documentarem comunicação com o Sr. Romano Piscioti, apontado pelo beneficiário da leniência como o principal elo entre o suposto cartel e o Grupo Flexomarine e seus executivos (fls. 75); (iii) fls. 1821, por documentarem recomendação de cotação de produtos/serviços com concorrente (Trelleborg); (iv) fls. 1822/1831, em razão de documentarem comunicação com o Sr. Massimo Nebiolo, supostamente vinculado à participação da Flexomarine S.A. no cartel (fls. 1084/1085); (v) fls. 1851/1854, por denotarem contato entre concorrentes do mercado nacional de mangueiras marítimas; (vi) fls. 1855/1856, por tratarem de contato entre a Diretora-Presidente da Flexomarine e os Srs. Romano Piscioti e Vani Scodeggio; e (vii) fls. 1863/1866, por denotarem intermediação, dirigida pelo Sr. Romano Piscioti, de fornecimento de equipamento e mão de obra da Flexomarine para um potencial cliente de nome “Frontier Drilling<sup>50</sup>”.

#### **(v) Cartel do Perborato de Sódio**

No Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66, instaurado em 2009, para a apuração de práticas anticompetitivas no mercado internacional de perborato de sódio com efeitos no Brasil, houve a celebração de Acordo de Leniência com a antiga Secretária de Direito Econômico (“SDE”) e com o Ministério Público Federal e do Estado de São Paulo.

Em razão disso, antes de adentrar em seu voto propriamente dito, o Conselheiro-Relator julgou ser necessária a decisão acerca da publicidade do julgamento e dos documentos que instruíram o processo. Apesar de ter sido julgado após o cartel das mangueiras, nesse caso, o termo de celebração do acordo de leniência, o histórico de conduta e seus anexos permaneceram de acesso restrito aos Representados<sup>51</sup>, estando à princípio, disponíveis apenas aos terceiros que conseguirem autorização judicial de acesso.

#### **(vi) Cartel dos Compressores**

O cartel dos compressores trata do Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11 instaurado em 2009 para investigar condutas anticompetitivas ocorridas de 1996 até 2008

---

<sup>50</sup> **Processo Administrativo 08012.010932/2007-18. Op cit**, pp. 2-3.

<sup>51</sup> **Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66** (Representados: Evonik Degussa GmbH, Solvay S.A., Heinz Von Zur Muehlen, Jean Marie Demoulin e Eric Degroote). Conselheiro-Relator João Paulo de Resende. Julgado em 24 de fevereiro de 2016.

referentes ao mercado de compressores herméticos para refrigeração. Ainda no mesmo ano, a SDE havia celebrado acordo de leniência e seus beneficiários foram mantidos como confidenciais até o julgamento do processo.

A confidencialidade dos autos foi questão suscita no Parecer nº 469/2012, que tratou do requerimento da Whirlpool S.A. em relação à Nota Técnica emitida pela Superintendência-Geral, que continha informações sigilosas que não foram tarjadas. Em virtude disso, a SG recomendou que tais documentos fossem revisados, de maneira a evitar o acesso indevido a terceiros. No voto do Conselheiro Relator foi revelado a identidade das signatárias nos termos do art. 207 do antigo Regimento Interno, e no tocante ao acesso de terceiros ao julgamento, foi levantada a observância dos princípios da moralidade, do interesse público e da publicidade do julgamento<sup>52</sup>.

Já em relação aos documentos do Acordo de Leniência, foi decidido pela ponderação entre o sigilo e o direito de defesa das demais Representadas. Assim, foi permitido o acesso aos documentos para as Representadas com a manutenção do sigilo a terceiros. Entretanto, esse foi o caso que ensejou na decisão do STJ proferida no bojo do REsp nº 1.554.986/SP, o qual analisa a possibilidade do uso de documentos produzidos pelo CADE em ARDCs ajuizadas na esfera cível.

### **(vii) Cartel do Vidro de CRT**

O Processo Administrativo nº 08012.005930/2009-79 foi instaurado pela SDE em 16 de dezembro de 2009, devido aos indícios de infração à ordem econômica no mercado internacional de componentes de vidro para tubos de raios catódicos (“CRT”), resultantes do acordo de leniência firmado com a Samsung Corning Precision Glass Co. Ltd e alguns de seus executivos.

Nesse caso não houve a disponibilização dos termos de confissão do acordo de leniência e do TCC posteriormente firmado. Todavia, como em muitos dos casos já analisados, houve a

---

<sup>52</sup> **Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11** (Whirlpool S.A.; Brasmotor S.A., Whirlpool Unidade Embraco - Compressores e Soluções de Refrigeração; Danfoss A/S; Tecumseh do Brasil Ltda.; Household Compressors Holding S.p.A (antiga ACC – Appliances Components Companies S.p.A.); Panasonic Electric Works Co., Ltd. (antiga Matsushita Electric Works, Ltd.); Gerson Veríssimo; Paulo Frederico Meira de Oliveira Periquito; Ernesto Heinzelmann; Gilberto Heinzelmann; Ingo Erhardt; Laércio Hardt; Dário Gert Isleb; Daílson Farias; José Roberto Leimontas; Michael Inhetvin; Nilson Efftting, Walter Sebastião Desiderá; José Alufzio Malagutti; Mauro de Carvalho Mendonça; José Celso Lunardelli Furchi; Januário Domingos Soligon; Michel Jorge Geraissate Filho; Miguel Estevão de Avellar Conselheiro-Relator: Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em 16.mar.2016, pp.4-6.

transcrição de trechos do histórico de conduta, relatando o funcionamento e o impacto desse cartel no mercado brasileiro, e de partes dos depoimentos dos signatários com a descrição de como era feito o conluio<sup>53</sup>.

#### **(viii) Cartel de Manutenção Predial**

O Processo Administrativo nº 08012.006130/2006-22 julgado nesse ano, derivou do acordo de leniência celebrado com a empresa Emerson Sistemas de Energia Ltda., atualmente denominada Vertiv Tecnologia do Brasil Ltda., após a realização de operações de busca e apreensão nos escritórios dos Representados. As evidências trazidas nos autos mostraram que os Representados reuniam-se objetivando acordar os preços praticados e dividir entre processos públicos e privados de contratação de serviços de manutenção predial com efeitos no mercado brasileiro<sup>54</sup>.

Ao longo do voto do Conselheiro-Relator foram disponibilizados alguns dos elementos de prova colhidos na busca e apreensão, relatos dos termos de confissão dos TCCs acordados com as pessoas físicas Emerson e Gustavo Algodal e documentos disponibilizados no acordo de leniência, como contatos telefônicos, trocas de e-mail e tabelas com as respectivas divisões em contratações elaboradas pelos Representados.

#### **(ix) Cartel Internacional de Placas de Memória**

A investigação do Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-11 teve início com a SDE em 2010 a partir de notícias de condenações do cartel internacional mercado de memória

---

<sup>53</sup> **Processo Administrativo nº 08012.005930/2009-79** (Representados: Asahi Glass Co. Ltd, Hankuk Electric Glass Co. Ltd., Nippon Electric Glass Co. Ltd., Samsung Corning Precision Glass Co. Ltd., Schott AG, Toshiharu Ariyoshi, Tamotsu Kitagawa, Futajima, Toshihisa Hayagawa (ou Toshihisa Hayakawa), Yuji Nishimi, Timm-Peter Pollak, Takuo Horiuchi, Hyun-Su Chang, Atushi Shimomura, Hyung-Jin Park, Jeong-Cheol Keum, Jung-Ki Kang, Young-Joo Kim, Sung Yeol Lee). p. 14.

<sup>54</sup> **Processo Administrativo nº 08012.006130/2006-22.** (Representados: Álamo Engenharia S.A.; Araújo Abreu Engenharia S.A.; Conbrás Engenharia Ltda.; Eletrodata Instalações e Serviços Ltda.; Projetos Engenharia, Comércio e Montagens Ltda. (Proen); MZE – Moreira Zappa Engenharia Energia, Climatização e Redes Ltda. (atual denominação da RMZ Engenharia Elétrica Ltda.); Wechsel Ltda.; WH Engenharia RJ Ltda.; Emerson Sistemas de Energia Ltda.; Gustavo Algodal Nogueira Anselmo; Alex Flore Paulino; Celso Tadayoshi Eto; e Américo Rodotá Stéfano).

dinâmica de acesso aleatório (“DRAM”) em países da América do Norte e da Europa<sup>55</sup>. Essas memórias de DRAM são utilizadas em computadores pessoais, aparelhos de GPS, consoles de videogame, impressoras e scanners, por exemplo.

Esse cartel, que teve feitos no Brasil, durou de 1998 a 2002, e causou prejuízos tanto às clientes das empresas fabricantes de DRAM, quanto aos consumidores finais dos produtos citados acima. Seu julgamento foi realizado em novembro de 2016, com a condenação das empresas Elpida Memory, Inc., Mitsubishi Electric Corp., Nanya Technology Corporation, NEC Corporation e Toshiba Corporation, além de duas pessoas físicas<sup>56</sup>.

Um ponto interessante desse caso, é que os Representados sofreram ações de indenização realizadas à prática desse cartel nos Estados Unidos e na Europa, sendo que no primeiro foram obrigadas a pagar mais de 24 milhões de dólares como ressarcimento<sup>57</sup>. Além disso, nesse caso, diferentemente dos outros, houve a celebração de leniência parcial com o CADE e de TCCs. Ao longo do voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Junior, apesar de ter havido a disponibilização de documentos relevantes que comprovam o funcionamento do cartel, o Histórico de Conduta e os termos de confissão foram tratados como de acesso restrito apenas aos Representados no Processo Administrativo, com a justificativa de que tal disponibilização foi realizada estritamente para fins de exercício ao direito ao contraditório e da ampla defesa no Processo Administrativo.

### 2.2.1. Análise Parcial

O levantamento dos casos supracitados julgados pelo CADE mostra uma tendência cada vez maior na instauração de processos administrativos derivados da celebração de acordos de leniência, evidenciando a relevância desses acordos para a persecução pública de cartéis no Brasil. Todavia, como fora relatado, a escolha da autarquia em disponibilizar ou não documentos produzidos na seara da celebração dos acordos, nem sempre é consistente. Por exemplo, no

---

<sup>55</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. “**Cade condena empresas por cartel internacional de placas de memória**”. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-empresas-por-cartel-internacional-de-placas-de-memoria>>. Acesso em 01/12/2017.

<sup>56</sup> Idem.

<sup>57</sup> Ibidem.

juízo do cartel das mangueiras marítimas, optou-se pela publicização dos termos de admissão de culpa dos TCCs, enquanto que no julgamento do cartel do perborato de sódio, apenas dois anos após, decidiu-se pela manutenção do sigilo do termo de celebração do acordo de leniência e do histórico de conduta e seus anexos.

Em todos os casos, houve a transcrição de trechos do histórico de conduta, de documentos apresentados pelos signatários, ou ainda de alguns documentos apreendidos em sede de busca e apreensão, como relatos descrevendo o funcionamento e impacto dos cartéis e planilhas contendo a divisão do mercado. Ressalta-se porém, que alguns documentos da busca e apreensão foram totalmente protegidos pelo sigilo, como no cartel das mangueiras marítimas, uma vez que ainda estavam sob segredo de justiça. Entretanto, há de se asseverar sobre a diferença de tratamento entre alguns documentos.

A disponibilização pública do termo de confissão da leniência ou até do TCC é ainda mais sensível do que a mera transcrição de trechos do histórico de conduta, tendo em vista que, caso a empresa sofra futuras ações de indenização, o traslado da confissão para a esfera civil, torna a condenação da empresa mais provável. Ademais, isso seria um desincentivo à celebração de acordos no âmbito concorrencial, uma vez que o signatário seria a parte mais exposta à condenação no processo civil.

Apesar de as ações de responsabilidade civil serem incipientes no Brasil em virtude das dificuldades processuais, principalmente na produção de provas e na quantificação do dano individual sofrido, conforme será melhor descrito no item 2.4, é de extrema importância que haja uma ponderação à extensão da publicidade dos documentos decorrentes de acordos celebrados pela autoridade. E é nesse ponto que a recente decisão proferida pelo STJ pode afetar o *enforcement* público no combate a cartéis.

### **2.3. O REsp nº 1.554.986/SP**

A decisão do STJ proferida no REsp nº 1.554.986/SP suscita a discussão acerca do uso de documentos produzidos pelo CADE em ARDCs ajuizadas na esfera cível. O referido REsp foi originado de ação de reparação de danos materiais proposta em 2013 pela Electrolux do Brasil S.A. em face da Whirlpool S.A. e da Brasmotors S.A., na qual se pretendia a indenização por danos

decorrentes da prática de cartel no mercado relevante de compressores herméticos para refrigeração. Essa decisão analisa a questão do acesso aos documentos da investigação do CADE pelas empresas prejudicadas.

A investigação que deu início ao litígio foi instaurada a partir da celebração de um acordo de leniência. Uma das empresas prejudicadas requereu acesso aos documentos da investigação do CADE, e o juiz de primeira instância da 33ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo determinou o envio de “cópias de todos os documentos integrantes do processo administrativo (...) inclusive aqueles não disponíveis publicamente na fase de investigação, para fins essenciais de instrução da presente demanda<sup>58</sup>”. Em julgamento aos embargos de declaração opostos oportunamente ao Juízo de primeiro grau, foi decidido expressamente que “as provas colhidas pelo CADE e SDE dizem respeito à tutela geral da concorrência, defendendo a livre concorrência como direito difuso, ao contrário do interesse privado dos autos”<sup>59</sup>.

A Electrolux interpôs agravo de instrumento contra decisão do juiz que indeferiu a expedição de ofício ao CADE para a remessa de documentos constantes do Processo Administrativo. Em julgamento na segunda instância, o Tribunal de Justiça de São Paulo proveu o agravo, determinando a expedição de tais ofícios.

Devido a essa decisão, a Whirlpool e a Brasmotors interpuseram recurso especial ao STJ, com fundamento nos arts 48 e 49 da Lei 12.529/11 e no art. 207 do Regimento Interno do CADE, asseverando que o acordo é sigiloso, e que seu acesso à Electrolux causaria danos irreversíveis às representadas<sup>60</sup>. A Electrolux também interpôs recurso especial, mas alegando violação aos arts. 332 e 535 do CPC, pois a não apreciação pelo Tribunal de origem em relação aos pedidos para a expedição de ofícios ao Juízo criminal se caracterizaria como omissão relevante.

No julgamento do referido recurso, o Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze reconhece o sigilo inicial aos acordos de leniência, especialmente em relação aos incentivos para a colaboração

---

<sup>58</sup> 33ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo. **Processo nº 0116924-71.2012.8.26.0100**. Requerente: Electrolux do Brasil S.A. Requerido: Whirlpool S.A. e Brassmotor S.A. apud. Processo nº 08700.007888/2016-00. **Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE**. p. 14.

<sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº 1.554.986/SP**. 3ª Turma. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 08/03/2016. DJE, Brasília, 05/04/2016, p.3.

<sup>60</sup> **Ibid**, p. 3



dos coautores dos cartéis às investigações da autoridade antitruste. Contudo em seu voto determina que:

(...) a extensão do sigilo somente se justificará no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos cujo segredo deverá guardado também em tutela da concorrência. **Todavia, ainda que estendido o sigilo, não se pode admitir sua protração indefinida no tempo**, perdendo sentido sua manutenção após esgotada a fase de apuração da conduta, termo marcado pela apresentação do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo<sup>61</sup>. (grifo meu)

Nesse sentido, ele também ressalta a natureza administrativa dos procedimentos e decisões proferidos pelo CADE, nos quais a regra geral é a do princípio da publicidade, ou seja, o direito de acesso ao processo administrativo seria mais amplo do que o acesso ao processo judicial, uma vez que o interesse público está em tela. Além disso, ao citar o art. 49 da Lei nº 12.529/11, o Min. Marco Aurélio argumenta que o legislador foi enfático ao especificar o sigilo apenas às propostas de acordo<sup>62</sup>, sendo que os demais atos e documentos devem ser clarificados pela regra geral da publicidade.

Foi feito ainda um paralelo com a Lei nº 12.850/13 – Lei de Combate a Organizações Criminosas – a qual define o recebimento da denúncia como o termo final do sigilo atribuído aos acordos firmados com os colaboradores. Isso porque, segundo o Relator, essa lei foi o primeiro diploma legal a regulamentar o chamado *plea bargain* brasileiro, que contempla a colaboração premiada e o acordo de leniência. No âmbito do acordo de leniência do CADE, apenas a fase de proposta do acordo e de negociação seriam abarcadas pelo sigilo total, que vincularia tanto a Administração Pública quanto os proponentes.

Com isso, para o Ministro Relator, o envio do relatório circunstanciado pela Superintendência Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo, ou seja, ao final do encerramento da instrução e emissão de Nota Técnica com avaliação da SG, seria o termo que marcaria o fim do sigilo do acordo de leniência, já que nesse momento processual já existem

---

<sup>61</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº 1.554.986/SP**. 3ª Turma. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 08/03/2016. DJE, Brasília, 05/04/2016

<sup>62</sup> Lei 12.529/11. Art.86, § 9º. **Considera-se sigilosa a proposta de acordo** de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

elementos probatórios suficientes, o que não mais justifica a restrição total ao princípio da publicidade.

Apesar de o art. 207 do regimento interno do CADE prever a extensão do sigilo até o julgamento do processo pelo CADE, o Relator alega que, como não há previsão de julgamento do caso no CADE por falta de *quórum*, o sigilo do acordo de leniência não pode se protrair no tempo de forma indefinida, uma vez que mesmo após cinco anos da instauração do Processo Administrativo, esse ainda não foi julgado pelo órgão antitruste. Logo, a manutenção do sigilo por um tempo indefinido seria desproporcional, impedindo que terceiros lesados buscassem reparação cível.

Também há menção de que a premiação do programa de leniência é restrita às esferas administrativas e penais, não havendo proteção legal à esfera cível. Ainda, também foi citado o dever de colaboração para com o Judiciário a que os Conselheiros do CADE estão submetidos, nos termos do art. 11<sup>63</sup> da Lei nº 12.529/11.

Portanto, nos termos do voto do Ministro Relator, os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordaram, por unanimidade, em negar provimento ao recurso especial da Whirlpool e da Brasmotors, devido ao reconhecimento da relevância da utilização dos documentos do processo administrativo para a instrução da presente ação indenizatória, que encontra-se sob sigilo processual na origem, o que não inviabilizaria o acesso da Electrolux aos documentos.

Diante disso, a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (“ProCade”) opôs embargos de declaração, tendo como base a regra de confidencialidade dada aos documentos oriundos de acordos de leniência firmados com o CADE. Nesses embargos, a ProCade alegou existir omissão no acórdão, devido ao Tribunal do CADE possuir poderes para requisitar diligências de caráter investigatório, e possuir competência legal para regular o termo final do sigilo dos documentos. Logo, nos termos do art. 207 do RICADE, os documentos e informações de Acordo de Leniência devem ser mantidos confidenciais até o julgamento final pelo Tribunal do CADE. Também teria havido omissão no acórdão por não considerar o art. 23, inciso VIII da Lei

---

<sup>63</sup> Lei 12.529/11. Art. 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.

de Acesso à Informação, que prevê a confidencialidade às informações que possam comprometer atividades de investigação em curso. Por fim, a decisão também teria sido omissa ao não especificar quais documentos deveriam ser entregues, e a quem seria conferido acesso a tais documentos e com que finalidade<sup>64</sup>.

Por conseguinte, surge aqui a discussão sobre o embate entre o princípio da publicidade dos atos administrativos, previsto no art. 37<sup>65</sup> da Constituição Federal e na Lei de Acesso à Informação (“LAI”), com as exceções previstas no Decreto nº 7.724 de 2012, e o sigilo conferido aos Acordos de Leniência e aos TCCs conforme prevê a Lei nº 12.529/11 e o RICADE supra mencionados.

#### **2.4. O Princípio da Publicidade de Atos Administrativos *versus* o Sigilo conferido aos Acordos de Leniência e TCCs**

A regra geral prevista no ordenamento jurídico brasileiro é a da publicidade dos atos administrativos, nos termos do art. 37, com algumas exceções presentes, por exemplo, na Lei de Acesso à Informação, na própria Lei nº 12.529/11 e na Constituição Federal. Uma das exceções previstas na LAI garante a confidencialidade a informações que possam “representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos”<sup>66</sup>. Já na Constituição Federal, por exemplo, nos termos do art. 5º, LX<sup>67</sup>, é assegurado o sigilo em defesa da intimidade ou do interesse social. Nas lições de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

(...) como a Administração Pública tutela interesses públicos, não se justifica o sigilo de seus atos processuais, a não ser que o próprio interesse público assim determine, como,

---

<sup>64</sup> Processo nº 08700.007888/2016-00. Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE, p. 14.

<sup>65</sup> BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 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 (...)

<sup>66</sup> Decreto nº 7.724 de 2012. Art. 5º. Sujeitam-se ao disposto neste Decreto os órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União: § 2º. Não se sujeitam ao disposto neste Decreto as informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou **por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos** (grifo meu)

<sup>67</sup> BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 5º, inciso LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

por exemplo, se estiver em jogo a segurança pública; ou que o assunto, se divulgado, possa ofender a intimidade de determinada pessoa, sem qualquer benefício para o interesse público<sup>68</sup>.

No caso de documentos produzidos em virtude de acordos de leniência e TCCs, há um conflito entre a publicidade e o sigilo conferido pela Lei nº 12.529/11, em seus arts.49, 86, §9º e 85, §5º. Além disso, também observa-se um embate entre um direito individual e um interesse público. Explico. No tocante à decisão proferida no REsp nº 1.554.986/SP, observa-se que de um lado há o interesse individual da Electrolux de, como todo administrado, ter o direito à informação de documentos produzidos em decorrência de atos administrativos do CADE, e de outro lado, há o interesse público, representado pelo órgão antitruste, de defesa do dever de fiscalização por parte do Estado e na manutenção dos incentivos para que o programa de leniência continue sendo atrativo para os agentes econômicos.

Nessa situação, deve ser feito um juízo de proporcionalidade, que exige a observância da necessidade, da adequação e da ponderação em relação à finalidade almejada com a regulamentação estatal<sup>69</sup>. Com isso, nos casos em que há uma análise sobre a extensão do sigilo dos documentos de leniências ou de TCCs, deve ser feita a ponderação sobre os efeitos da publicidade desses documentos.

Um dos efeitos do REsp analisado, seria o incentivo para o aumento do *enforcement* privado, fazendo com que agentes lesados por infrações anticoncorrenciais ingressem em Juízo buscando indenizações, o que torna o ilícito concorrencial mais oneroso devido ao risco de responsabilização em três esferas<sup>70</sup>.

Isso ocorre porque há uma grande dificuldade na produção de provas pelos prejudicados em cartéis, e como decorre das regras de processo civil, é do autor o ônus na produção de provas<sup>71</sup>. A responsabilização civil em cartéis depende: “da efetiva demonstração da conduta antijurídica,

---

<sup>68</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 103.

<sup>69</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Ibid**.

<sup>70</sup> ATHIAS, Daniel Tobias. “Cartel, acordos de leniência e responsabilidade civil por danos privados”. Jota, 27/04/2015. Disponível em: < [https://jota.info/artigos/cartel-acordos-de-leniencia-e-responsabilidade-civil-por-danos-privados-27042016#\\_ftnref8](https://jota.info/artigos/cartel-acordos-de-leniencia-e-responsabilidade-civil-por-danos-privados-27042016#_ftnref8)>. Acesso em 06/12/2017.

<sup>71</sup> Código de Processo Civil. Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

dano e nexos de causalidade entre os dois<sup>72</sup>". Apesar de as ações indenizatórias seguirem as conclusões já tomadas pelo CADE, o desafio reside na comprovação dos danos individuais.

Por outro lado, a divulgação de documentos dos acordos firmados com o CADE também pode ser um desincentivo para que as empresas e pessoas físicas busquem o CADE para colaborar com investigações, tendo em vista que essa escolha depende de um delicado equilíbrio de incentivos das partes privadas, e a confidencialidade dos documentos é fator relevante para a celebração ou não dos acordos<sup>73</sup>.

Para que haja uma análise de proporcionalidade entre o *enforcement* público e privado é fundamental que o programa de leniência e de TCC tenha regras claras quanto à extensão do sigilo de seus documentos. Uma das grandes preocupações acerca da decisão do STJ está no fato de que o Conselheiro-Relator considerou que o momento de abertura dos documentos fosse no encerramento da instrução da SG, indo de encontro ao que prevê o Regimento Interno do CADE.

Essa inconsistência sobre o termo de encerramento do sigilo também foi verificada no cartel internacional dos trens e metrô. Na decisão proferida pelo juiz federal da 3ª Vara Federal em São Bernardo do Campo<sup>74</sup>, argumentou-se que a publicização dos documentos oriundos do acordo de leniência seria factível devido à identidade dos signatários já ser de conhecimento público.

Todavia, em sede de apelação, a Desembargadora Federal Marli Ferreira reordenou o sigilo desses documentos, de modo a resguardar o trâmite das investigações do CADE<sup>75</sup>. Isso mostra a verdadeira desordem judicial ocasionada nesse caso, sem que houvesse nenhuma consistência sobre os argumentos e regras de extensão da confidencialidade dos documentos de leniência.

A previsibilidade é importante não só para o possível signatário de um acordo de leniência, mas também porque o bem jurídico tutelado com a persecução de cartéis é a ordem econômica,

---

<sup>72</sup> CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. **Revista do IBRAC**. v. 19, n. 21, jan./jul., p. 332-350, 2012. Apud. MARTIS, Frederico Bastos Pinheiro. **Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis**. Escola de Direito de São Paulo, 2017, p. 36.

<sup>73</sup> ATHIAS, Daniel Tobias. Op cit.

<sup>74</sup> 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo. Juiz Federal Antônio André Muniz Mascarenhas de Souza. **Processo nº 0004196.2013.4.03.6114**. Requerida: MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda. Requerente: CADE. Decisão proferida em 09.ago.2013.

<sup>75</sup> TRF3, 4ª Turma. Relatoria: Des. Fed. Marli Ferreira. **Apelação Cível nº 0004196-28.2013.4.03.6114/SP**. Decisão proferida em 25.set.2015.

direito difuso de toda a sociedade<sup>76</sup>. Assim, “além de cominar sanções negativas, o CADE celebra acordos com pessoas físicas ou jurídicas buscando assegurar a cessação da atividade ilícita, auxiliar na investigação administrativa, desarticular colusões e evitar judicialização<sup>77</sup>.”

A reformulação do programa de leniência do Estados Unidos em 1993 para a edição de regras claras, fez com que o número médio de propostas apresentadas mensalmente aumentasse 20 vezes. Segundo Martinez, “esse tripé – sanções severas, receio de detecção e transparência – é tido como o responsável pelo sucesso de programas como o dos Estados Unidos e o da Comissão Europeia”.

Nesse sentido, para que o Programa de Leniência do CADE se mantenha consolidado, respeitado e crescendo cada vez mais, é imprescindível que haja segurança jurídica na extensão do sigilos dos documentos oriundos de seus acordos.

### **3. EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS**

A análise das experiências internacionais acerca das ações de indenização decorrentes de ilícitos concorrenciais é importante, pois permite compreendermos como são as regras de acesso a documentos e informações advindos de Acordos de Leniência e de TCCs em outras jurisdições com sólidos sistemas de defesa da concorrência. Nesse capítulo, será feito um panorama do funcionamento do sistema jurídico de reparação civil nos Estados Unidos e na União Europeia, já que são sistemas com experiências consolidadas e reflexões aprofundadas, podendo servir de fonte comparativa para o desenvolvimento da matéria no Brasil.

---

<sup>76</sup> **Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79** (Representados: Anor Pinto Filipi, Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Concretagem, Associação Brasileira de Cimento Portland, InterCement Brasil S.A. (atual denominação da Camargo Corrêa Cimentos S.A.), CCB - Cimpor Cimentos do Brasil Ltda., Cia de Cimento Itambé, Empresa de Cimentos Liz S.A. (atual denominação da Soeicom S.A.), Holcim Brasil S.A., Itabira Agro Industrial S.A., Karl Franz Bühler, Lafarge Brasil S.A., Marcelo Chamma, Renato José Giusti, Sérgio Bandeira, Sérgio Mações, Sindicato Nacional da Indústria do Cimento S e Votorantim Cimentos Ltda.). Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Voto-vista do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Julgamento em 22.jan.2014.

<sup>77</sup> Idem.

### 3.1. Estados Unidos

O direito norte-americano consolidou-se como uma das maiores fontes de direito concorrencial no mundo, em virtude do *Sherman Act* de 1890, considerado por muitos doutrinadores como a inauguração do direito antitruste no mundo<sup>78</sup>, que pode ser aplicado pelos promotores do governo da *Antitrust Division* do Departamento de Justiça Americano (“DOJ”) e da Federal Trade Commission (“FTC”), pelos aplicadores estatais, e também pela iniciativa dos entes privados<sup>79</sup>.

No *Sherman Act* foi estabelecido o direito da iniciativa privada de recuperar danos causados em virtude de ilícitos concorrenciais, através de ações indenizatórias, podendo receber até três vezes os prejuízos causados<sup>80</sup>, o que originou o chamado *treble damages*. Esse sistema permite que o prejudicado pelo ilícito concorrencial possa pleitear em juízo além da indenização pelos prejuízos causados, também uma multa que corresponde a 200% do valor dos danos apurados<sup>81</sup>.

Segundo a Suprema Corte dos EUA: “*by offering potential litigants the prospect of a recovery in three times the amount of their damages, Congress encouraged these persons to serve as private attorneys general*”<sup>82</sup>”. Isso faz com que as ARDC representem até 90% do *enforcement* antitruste no país<sup>83</sup>, com um valor de até 19.639 bilhões de dólares arrecadados em quarenta casos de uma pesquisa empírica levantada por pesquisadores da Universidade de São Francisco na Califórnia<sup>84</sup>. Todavia, o *private enforcement* americano ainda é alvo de muitas críticas em virtude

---

<sup>78</sup> MARTINEZ, Ana Paula. 2013. **Op cit.**, p.262.

<sup>79</sup> LANDE, Robert H., JOSHUA, Davis. **Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases.** University of San Francisco Law Review, v. 42, p. 881. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1090661](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1090661)>. Acesso em 06 de novembro de 2017.

<sup>80</sup> *Sherman Act, 1890. Section 7*: “Any person who shall be injured in his business or property by any other person or corporation by reason of anything forbidden or declared to be unlawful by this act, may sue therefor in any circuit court of the United States in the district in which the defendant resides or is found, without respect to the amount in controversy, **and shall recover three fold the damages by him sustained**, and the costs of suit, including a reasonable attorney’s fee” (grifo meu).

<sup>81</sup> MARQUES FRANCISCO, André. **Responsabilidade civil por infração da ordem econômica.** Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito. São Paulo, 2014, p. 52

<sup>82</sup> *Hawaii v. Standard Oil Co.*, 405 U.S. 251, 262 (1972) apud Organization for Economic Co-operation and Development. “*Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement*”. Working Party No. 3 on Co-operation and enforcement. United States, 15.jun.2015, p. 2.

<sup>83</sup> LANDE, Robert H., JOSHUA, Davis. **Op cit.** p. 891.

<sup>84</sup> *Idem.*

da grande litigância causada principalmente pelos honorários altamente lucrativos pagos aos advogados dessas demandas<sup>85</sup>.

Mostra-se contudo que, além do efeito indenizatório, as ARCD possuem um alto poder de dissuasão dos cartéis nos EUA, tendo em vista que o sistema de *treble damages* faz com que pelo menos dois terços da reparação de danos sejam destinadas apenas ao propósito punitivo ou de dissuasão<sup>86</sup>. Segundo a própria FTC, a difusão das ações privadas torna muitas vezes a atuação do poder público desnecessária<sup>87</sup>, além de representar uma economia de recursos públicos na investigação, possibilitando que o *enforcement* público seja direcionado aos grandes casos de cartéis nacionais e internacionais<sup>88</sup>.

A maioria das ARDCs são ajuizadas como ações coletivas, pelas quais seus indivíduos pleiteantes tem o direito de sair e ajuizar ações separadas derivadas dessas ações, algo recorrente nos EUA<sup>89</sup>. Além disso, os Estados também possuem os mesmos direitos dos agentes privados para pleitearem indenizações quando são vítimas de cartéis<sup>90</sup>, como por exemplo, em casos de cartéis em licitações.

Conforme a Superintendência-Geral do CADE listou na Nota Técnica nº 24, há ainda outras três razões para o grande uso das ARDCs nos EUA, que são: (i) as regras de *discovery*, que são amplas e favoráveis para o acesso aos documentos; (ii) a limitação da responsabilidade das signatárias de Acordos de Leniência que comprometem-se a ressarcir os lesados em sede de ARDC, fazendo com que não tenham que arcar com o *treble damages*, e ao mesmo tempo não sejam responsabilizados solidariamente pelo ilícito concorrencial; e (iii) pelos prazos prescricionais favoráveis aos autores das ARDCs<sup>91</sup>.

No tocante à análise do acesso de documentos, será feito um mapeamento do ponto (i) e (ii). Em relação às regras aplicáveis ao processo de *discovery* antitruste, essas são as mesmas aplicadas em outros casos de direito privado. Em geral, a *Antitrust Division* não auxilia os

---

<sup>85</sup> LANDE, Robert H., JOSHUA, Davis. **Op cit**, p. 884.

<sup>86</sup> LANDE, Robert H., JOSHUA, Davis, **Op cit**, p. 882.

<sup>87</sup> MARQUES FRANCISCO, André, **Op cit**, p. 54.

<sup>88</sup> Idem.

<sup>89</sup> Organization for Economic Co-operation and Development. **Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement**. Working Party No. 3 on Co-operation and enforcement. United States, 15.jun.2015, p.3.

<sup>90</sup> Idem, p. 4.

<sup>91</sup> **Processo nº 08700.007888/2016-00. Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE**, p. 2.



demandantes privados nas ARDCs, por mais que a maioria dos processos administrativos de persecução a cartéis sejam sucedidos de ações de indenização<sup>92</sup>. Todavia, as condenações do órgão antitruste nesses casos de cartéis são consideradas “evidências prima facie” em ARDCs subsequentes. Surge, portanto, a necessidade da análise do uso de documentos produzidos pelo órgão antitruste americano, e de como é o tratamento da confidencialidade nas ARDCs nos EUA.

Uma das principais peculiaridades do acesso a documentos nos EUA é a inversão do ônus da prova nas ARDCs, que decorre das regras de amplo *discovery* do processo civil norte-americano<sup>93</sup>. Ou seja, diferentemente do direito brasileiro, em que os autores das ações de indenização possuem o ônus de embasarem sua demanda com provas e documentos, nos EUA, os signatários de acordos de leniência possuem o dever de fornecerem dados e documentos para os demandantes privados, desde que o Tribunal assim solicite<sup>94</sup>, desde que não se trate de assunto privilegiado e sejam relevantes para o pleito. São considerados assuntos “privilegiados” informações sensíveis de comunicação advogado-cliente e documentos preparados pelos advogados do DOJ e dos proponentes do acordo de leniência<sup>95</sup>. Logo, no sistema norte-americano há divulgação dos documentos da leniência caso haja a solicitação do Tribunal.

A Lei de Livre Acesso à Informação americana (“*Freedom of Information Act - FOIA*”) prevê o sigilo investigativo como exceção às regras de amplo *discovery*. Com isso, na hipótese de haver investigação criminal em curso, o DOJ pode limitar o acesso aos documentos da leniência para que não haja uma intervenção negativa nas investigações<sup>96</sup>, regra que se assemelha às normas

---

<sup>92</sup> Idem.

<sup>93</sup> **Federal Rules of Civil Procedure of USA**. Rule 26 - “(b) *Discovery Scope and Limits*. (1) *Scope in General*. Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable”. Disponível em: <[https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_26](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26) > Acesso em 02/12/2017.

<sup>94</sup> Organization for Economic Co-operation and Development. “*Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement*”. Working Party No. 3 on Co-operation and enforcement. United States, 15 de junho de 2015, p. 5.

<sup>95</sup> **Processo nº 08700.007888/2016-00. Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE**.

<sup>96</sup> ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. **The Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 As Amended By Public Law No. 110-175, 121 Stat. 2524**. (c)(1) “Whenever a request is made which involves access to records described in subsection (b)(7)(A) and— (A) the investigation or proceeding involves a possible violation of criminal law; and (B) there is reason to believe that (i) the subject of the investigation or proceeding is not aware of its pendency, and (ii) disclosure of the existence of the records could reasonably be expected to interfere with enforcement

da Lei de Acesso à Informação brasileira. Nessa situação, o DOJ utiliza um recurso processual chamado de *discovery stay*, requerendo que haja uma suspensão da concessão dos documentos aos terceiros prejudicados. Nesse caso, trata-se apenas de uma limitação quanto ao momento da liberação desses documentos<sup>97</sup>, já que ao término das investigações, o acesso aos documentos é liberado aos terceiros interessados.

Portanto, a regra geral do direito norte americano é a de conferir sigilo aos documentos oriundos de acordos de leniência<sup>98</sup>. Todavia, na hipótese de haver um caso de indenização civil que seja oriundo do processo administrativo em que o acordo de leniência foi firmado, a Lei Federal de Direito Processual dos Estados Unidos possibilita o amplo acesso aos documentos que sejam relevantes e proporcionais à instrução da demanda indenizatória, com exceção de assuntos privilegiados e de quando se tratar de sigilo investigativo, como já fora explicado. Vale ressaltar contudo que, caso um terceiro venha a ter acesso a documentos e informações de Acordos de Leniência na esfera cível, há a restrição de divulgação desses materiais a outros terceiros, que só podem ser utilizados no bojo daquela ARDC<sup>99</sup>.

Diante das regras de amplo *discovery* elencadas no direito norte-americano no âmbito das ARDCs, foi necessária a previsão da limitação da responsabilidade civil indenizatória dos signatários de acordos de leniência em relação às *treble damages*. Essa regra permitiu uma articulação entre o *enforcement* privado e público, uma vez que manteve a atratividade do programa de leniência americano.

Nesse sentido, o *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* de 2004 possibilitou que os signatários de acordos de leniência não se sujeitassem à obrigação de indenizar triplamente os lesados na esfera cível e nem a ficarem expostos à responsabilidade

---

*proceedings, the agency may, during only such time as that circumstance continues, treat the records as not subject to the requirements of this section”.*

<sup>97</sup> SCHWARTZ, Edward. “**Access to Leniency Documents and the Effectiveness of Private Damages Claims – The US and EU Defense Perspective**”. 20º Seminário do IBRAC, 2014. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/20SeminarioConcorrenca/PALESTRAS/Painel%20%20-%20Edward%20B%20Schawartz.pdf>>.

<sup>98</sup> **USA – Cartels and Leniency 2018**. Disponível em: <<https://iclg.com/practice-areas/cartels-and-leniency-laws-and-regulations/usa#chaptercontent8>>

<sup>99</sup> **Processo nº 08700.007888/2016-00. Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE**, p. 3.

solidária com os coautores da conduta anticompetitiva<sup>100</sup>. Entretanto, o DOJ prevê que os signatários devem comprometer-se a cooperar com as diligências processuais das respectivas ARDCs suscitadas<sup>101</sup>.

Diante do exposto, pode-se notar que o direito norte-americano tentou compatibilizar um *enforcement* privado desenvolvido e recorrente com a manutenção do *enforcement* público, por meio da manutenção do atratividade do programa de leniência antitruste. Há de asseverar que essas regras de sigilo são compatíveis com as peculiaridades do direito norte-americano, fazendo com que não possa ser feito um mero transplante normativo para a regulação brasileira.

### 3.2. União Europeia

A análise das regras europeias de acesso a documentos obtidos em acordos de leniência é importante e enriquece o debate brasileiro, pois há algumas similaridades na trajetória regulatória da União Europeia. Tradicionalmente, o combate a cartéis na Europa era fortemente marcado pelo *enforcement* público, sendo que as ARDCs tinham pouca relevância, mesmo com algumas tentativas de fomento ao *enforcement* privado.

De forma semelhante ao Brasil, o início do debate público acerca da articulação entre o *enforcement* público e privado se efetivou após emblemático caso *Pfleiderer*, principalmente em relação ao embate em relação à manutenção da confidencialidade de documentos obtidos em acordos de leniência e ao direito à indenização civil de possíveis lesados pelo ato ilícito<sup>102</sup>, uma vez que nesse caso, conforme será melhor detalhado na próxima seção, houve a decisão pelo sopesamento entre o *enforcement* público e privado em cada caso concreto pelo tribunal.

---

<sup>100</sup> MARTINEZ, Ana Paula. ARAÚJO, Mariana Tavares. “**Private Damages in Brazil: Early Beginnings, Big Stumbling Blocks**”. Competition Policy International. Janeiro de 2016. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/01/Martinez-Tavares.pdf>> Acesso em 28.nov.2017.

<sup>101</sup> Department of Justice. “**Frequently Asked Questions about the Antitrust Division’s Leniency Program and Model Leniency Letters**”. 26.jan.2017. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>> Acesso em 03.dez.2017, pp. 18-19.

<sup>102</sup> 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**, v. 3, n. 2, p. 114.132, 2015, pp. 118-119.

A insegurança jurídica causada pela decisão do caso levantou para a necessidade de regulação das regras de indenização civil de danos decorrentes de cartéis. Por isso, em 2014, consolidou-se um marco regulatório em relação ao *enforcement* privado antitruste na Europa, com a publicação da Diretiva 2014/104/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, sobre ARDCs<sup>103</sup> do Parlamento Europeu<sup>104</sup>.

Será feita então, uma análise da decisão do caso *Pfleiderer* e da Diretiva de 2014 da União Europeia, pois há uma grande semelhança com o marco atual brasileiro, de forma análoga à atual decisão do STJ no âmbito do caso dos compressores, fazendo com que o CADE busque regulamentar as regras referentes às ARDCs no Brasil.

### 3.2.1. A Decisão no Caso *Pfleiderer*

O Caso *Pfleiderer* teve início em janeiro de 2008, a partir da decisão da *Bundeskartellamt*, autoridade antitruste da Alemanha, a qual impôs multas de 62 milhões de euros a três fabricantes e cinco pessoas físicas pela formação de cartel no mercado de papéis de parede. Após a aplicação das penalidades, a *Pfleiderer AG*, uma das clientes das empresas multadas, requereu o acesso integral aos autos do processo, inclusive dos documentos que integravam o acordo de leniência firmado para preparar o ajuizamento de ARDC<sup>105</sup>. O *Bundeskartellamt* concedeu acesso apenas à versão pública dos autos, com a devida exclusão de documentos entregues e produzidos pelo signatário no âmbito do acordo de leniência<sup>106</sup>.

A *Pfleiderer* ajuizou ações perante a *Amtsgericht Bonn* (“Corte Local”) impugnando a decisão da autoridade antitruste alemã. Em 3 de fevereiro de 2009, a *Amtsgericht Bonn* concedeu uma decisão ordenando que o *Bundeskartellamt* desse provimento ao acesso da *Pfleiderer* aos autos do processo, pois de acordo com as disposições do direito alemão, a empresa possuía

---

<sup>103</sup> Tradução livre de “*Directive on Antitrust Damages Actions*”.

<sup>104</sup> MACHADO, Luiza Andrade. **Op cit.** p. 119.

<sup>105</sup> Faz-se mister ressaltar que a *Pfleiderer* é uma das três maiores fabricantes mundiais de produtos de maneira, incluindo acabados em superfície e pisos laminados. Apura-se que a empresa tenha comprado itens com valor superior de até 60 milhões de euros das fabricantes de papel de parede penalizadas, nos últimos três anos antes da decisão do *Bundeskartellamt*.

<sup>106</sup> MARTIS, Frederico Bastos Pinheiro. **Op cit.** p. 53.

legitimidade na obtenção do acesso aos documentos, já que era parte prejudicada do ilícito econômico.

Entretanto, o *Amtsgericht* decidiu por suspender a implementação de sua decisão e encaminhou à Corte de Justiça Europeia questão prejudicial a respeito da interpretação da legislação concorrencial da comunidade europeia, no sentido de, se as partes prejudicadas por um cartel podem ter acesso a informações e documentos apresentados pelos signatários de acordos de leniência à autoridade antitruste nacional<sup>107</sup>.

Em decisão proferida no dia 14 de junho de 2011, a Corte entendeu que não havia regras que regulassem o direito de acesso a documentos dos acordos de leniência no direito comunitário europeu. Logo, caberia aos juízes e tribunais nacionais fazer um sopesamento entre o *enforcement* privado e público em cada caso concreto, de acordo com a legislação nacional. Conforme extrato da decisão:

*The provisions of European Union law on cartels, and in particular Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 101 TFEU and 102 TFEU, must be interpreted as not precluding a person who has been adversely affected by an infringement of European Union competition law and is seeking to obtain damages from being granted access to documents relating to a leniency procedure involving the perpetrator of that infringement. It is, however, for the courts and tribunals of the Member States, on the basis of their national law, to determine the conditions under which such access must be permitted or refused by weighing the interests protected by European Union law<sup>108</sup>.*

Após essa decisão, surgiram diversos outros casos versando sobre essa controvérsia, gerando uma forte insegurança jurídica nas decisões da União Europeia<sup>109</sup>. Essa incerteza culminou na aprovação pelo Parlamento Europeu, da *Directive on Antitrust Damages Actions* em 2014.

---

<sup>107</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia. **CASE C-360/09 (Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt)**. Decisão de 14 jun. 2011, pp.5195-5197. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0360&from=EN>>. Acesso em 08 nov. 2017.

<sup>108</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia. **Ibid.** pp. 5201-5202.

<sup>109</sup> Case T-437/08, CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims v Commission (Tribunal Geral da União Europeia, 15 de dezembro de 2011); Case No. HC08C03243, National Grid v. ABB (Suprema Corte do Reino Unido, 4 de abril de 2012); Case T-344/08, EnBW Energie Baden-Württemberg v Commission (Tribunal Geral da União Europeia, 22 de maio de 2012); Case C-365/12P, Commission v EnBW Energie Baden-Württemberg AG (Tribunal de Justiça da União Europeia, 27 de fevereiro de 2014); Case E-5/13, DB Schenker v EFTA Surveillance Authority (Corte EFTA, 7 de julho de 2014). **Apud.** MACHADO, Luiza Andrade, p. 118.

### 3.2.2. Diretiva 2014 da União Europeia

A Diretiva 2014/104 da União Europeia buscou disciplinar as seguintes questões: “(i) acesso a elementos de prova; (ii) efeitos das decisões nacionais; (iii) prazos prescricionais; (iv) responsabilidade solidária; (v) defesa baseada no repasse de custos (*‘passing-on defense’*) e direito de adquirentes indiretos à reparação; (vi) quantificação do dano; (vii) meios alternativos de resolução de conflitos<sup>110</sup>”.

Com relação às regras de indenização em ARDC, seu art. 3º prevê o direito à reparação integral, abrangendo o direito à reparação por danos emergentes e por lucros cessantes, vedando a reparação excessiva, por meio de indenizações punitivas ou múltiplas<sup>111</sup>.

No que tange à divulgação dos elementos de prova oriundos de acordos de leniência na União Europeia, a regra geral prevista no art. 5º é a de que os tribunais nacionais tem o poder de ordenar ao demandado ou terceiro a divulgação dos elementos de prova relevantes para a instrução da ARDC, desde que o pedido do litigante seja plausível e bem justificado. Todavia, o art.6º inovou ao categorizar os níveis de extensão do sigilo dos documentos oriundos de programas de leniência.

Em primeiro lugar, foi reconhecido que os tribunais não podem ordenar a divulgação de declarações de confissão e de propostas de leniência por aqueles que o celebraram ou por terceiros que tiveram acesso ao documento<sup>112</sup> e, ressalta-se a proteção de sigilo total aos elementos de prova obtidos exclusivamente para a finalidade de celebração do acordo de leniência<sup>113</sup>. Essa proteção se mostra totalmente justificável. Tais documentos foram produzidos exclusivamente para uso no programa de leniência, de forma compulsória e auto incriminatória pelos signatários, facilitando as investigações e permitindo que as autoridades antitruste economizem tempo e recursos na persecução a cartéis<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> MACHADO, Luiza Andrade. **Op cit.** p.119.

<sup>111</sup> PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Directive on Antitrust Damages Actions**, nov. 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0104>>. Acesso em 09. dez. 2017.

<sup>112</sup> PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Ibid.** Art.. 6.6.

<sup>113</sup> PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Ibid.** Art. 7.1.

<sup>114</sup> WILS, Wouter P. J. **Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future**. Mannheim Centre for Competition and Innovation Law and Economics Conference on Cartel Damages in Europe, 07.nov.2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2865728>>. Acesso em 12.out.2017.

Em segundo lugar, alguns documentos foram elencados como de proteção temporária, podendo ser requeridos pelos tribunais nacionais após a autoridade antitruste ter proferido decisão final, resguardando assim o andamento das diligências necessárias e da investigação em curso. Estão abarcados nessa categoria: “(a) information that was prepared by a natural or legal person specifically for the proceedings of a competition authority; (b) information that the competition authority has drawn up and sent to the parties in the course of its proceedings; and (c) settlement submissions that have been withdrawn<sup>115</sup>”. De forma análoga ao Brasil, essa categoria poderia incluir as respostas aos ofícios da SG do CADE, nota técnicas e decisões interlocutórias proferidas no bojo do processo administrativo.

Por último, há a categoria sem proteção de confidencialidade, que abrange os documentos e informações existentes antes da celebração do acordo, como por exemplo, e-mails, atas de reuniões, trocas de cartões de visita que indiquem encontros entre os concorrentes. Segundo o art. 6.9 da Diretiva, esses documentos são divulgáveis a qualquer momento mediante ordem judicial<sup>116</sup>.

Além da alteração das normas de divulgação de documentos, também houve a alteração normativa das regras de extensão de responsabilidade dos signatários de acordos. Buscando assegurar a compatibilização entre o *enforcement* público e privado, a Diretiva limitou a responsabilidade solidária do signatário do acordo de leniência. Nesse sentido, quando partes em ARDCs, os signatários responderão solidariamente apenas pelos danos causados para clientes e fornecedores diretos e indiretos, ou quando a reparação integral não puder ser obtida dos demais infratores do ilícito<sup>117</sup>.

Essa regra é essencialmente importante por causa dos “*umbrella effects*”<sup>118</sup> utilizado no direito concorrencial europeu. Trata-se de um fenômeno criado a partir do efeito carona criado pelas empresas não participantes de cartel, que aumentam seus preços em decorrência da prática colusiva. O “*umbrella effects*” pode acontecer em uma série de circunstâncias e sua magnitude depende de inúmeros fatores econômicos, tais como, do tamanho do mercado relevante atingido

---

<sup>115</sup> PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Ibid.** Art. 6.5. Tradução livre: “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”.

<sup>116</sup> PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Ibid.** Art. 6.9 e 7.3.

<sup>117</sup> PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Ibid.** Art. 11.4.

<sup>118</sup> Tradução livre: “Efeito guarda-chuva”.

pelo cartel, da substituíbilidade dos produtos, e do tipo de concorrência presente naquele mercado<sup>119</sup>. Com isso, na esfera cível, os participantes do cartel acabam sendo responsáveis pelos danos indiretos criados por essas empresas não participantes do cartel. Por isso, é essencial que os signatários de acordos de leniência não sejam expostos a uma responsabilização ampla, de forma a resguardar a atratividade do programa de leniência europeu.

Diante do exposto, é possível dizer que a regulação da União Europeia poderia servir de inspiração para as propostas de regulamentação brasileira. Tendo em vista a similaridade dos sistemas jurídicos no que se refere à responsabilidade civil concorrencial, seria viável a adoção de um sistema com regras de acesso a documentos por categorias. Conforme será melhor explanado na seção abaixo, essa definição criaria maior segurança jurídica, conservando a procura e o aprimoramento do programa de leniência brasileiro.

#### **4. PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO DO TEMA NO BRASIL**

Em virtude da grande incerteza imposta com a decisão proferida no REsp nº 1.554.985/SP, há a necessidade de regulamentação pelo CADE das regras de acesso a documentos de leniência e de responsabilização solidária dos signatários, principalmente como forma de precaução para os novos casos que poderão chegar ao judiciário.

Assim, será feita uma exposição dos argumentos e posições levantados na Audiência Pública pelas instituições participantes, e uma análise da proposta de regulamentação do CADE, que visa disciplinar os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei 12.529/11. Por fim, buscar-se-á analisar o tema sob o viés dos incentivos e aprimoramento em termos de política pública antitruste.

---

<sup>119</sup> LAZAROVA, Avgustina. *A Cartel's 'Umbrella Effect' and the Right to Claim Damages for Falling under Its Shadow: What Does It Change for the Private Enforcement of EU Competition Law?* College of Europe. Bruges, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2813931>>. Acesso em 02.dez. 2017.



#### **4.1. A Audiência Pública realizada no MPF**

No dia 20 de junho neste ano, foi realizada Audiência Pública com o tema da “responsabilidade civil por formação de cartel” na sede do Ministério Público Federal de São Paulo. Na ocasião foram levantados diversos problemas e desafios para o florescimento do *enforcement* privado no Brasil.

O primeiro questionamento levantado foi em relação ao *enforcement* privado ter início no judiciário antes da atuação administrativa do CADE. O grande problema residiria na dificuldade de o juiz não ter a capacidade técnica suficiente para decidir sobre a existência ou não de cartéis, com a possibilidade de criação de varas especializadas no futuro, e poderia haver um conflito com o pleno poder de investigação dado à administração pública. Além disso, segundo estudo do CADE, até mesmo em jurisdições já avançadas no tema, a atuação privada é atrelada ao órgão antitruste. Por mais que já se tenha indícios de autoridade e materialidade no início das investigações da seara concorrencial, ainda não se tem todo o escopo do processo, podendo gerar um problema na exposição prematura dos documentos da leniência.

Segundo representantes do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (“IBRAC”), é preciso manter os incentivos dos acordos firmados com o CADE, ao mesmo tempo em que as barreiras para o ajuizamento das ARDCs são transpostas. Estatisticamente, o CADE não seria totalmente dependente dos acordos, apesar dos recursos escassos disponíveis para as investigações. O ponto crucial seria o momento certo de disponibilização dos documentos em posse do CADE.

Também foi levantada a questão da dimensão coletiva e social do direito concorrencial. Com isso, a atuação do MP seria essencial para assegurar a tutela coletiva dos consumidores lesados. Mas, como se sabe, o valor arrecadado em Ações Cíveis Públicas é destinado ao Fundo de Responsabilização dos Direitos Difusos e, conforme foi pontuado, não há uma grande devolução desse valor arrecadado para a reparação das vítimas de cartéis.

Também foi levantada a questão de que o setor concorrencial é um tripé, com a interface entre o direito administrativo, penal e civil. Nesse sentido, para que o *enforcement* privado evolua é necessário que o judiciário se integre a esse processo. Ainda, é indispensável que haja um cuidado

com a proteção dos documentos da leniência, de modo a não acabar com seus incentivos, uma vez que as empresas fazem um *trade off* antes de celebrarem acordos. Uma alternativa proposta por representantes da advocacia privada seria o aumento dos benefícios para o leniente, já que haveria o risco da futura reparação na esfera cível.

Por fim, também foi levantada a possibilidade da utilização da arbitragem na reparação civil concorrencial. O principal benefício desse meio de solução de controvérsias é a confidencialidade, o que protegeria o sigilo dos documentos da leniência em relação ao público geral.

## 4.2. A Proposta de Regulamentação do CADE

Como reação à decisão do STJ de 2016, o CADE lançou uma minuta de Resolução com vistas a disciplinar os arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011, e assim, regulamentar os procedimentos de acesso aos documentos e informações oriundos de Acordos de Leniência, de TCC, e de busca e apreensão, fomentando portanto, as ARDC. Segundo exposição de motivos publicado pelo CADE, os objetivos da Resolução seriam:

- (i) fomentar a reparação de danos concorrenciais no Brasil;
- (ii) articular a persecução pública e privada a condutas anticompetitivas;
- (iii) ponderar a adequada medida entre os Programas de Leniência e de TCC e as ACRDC;
- (iv) convergir as regras de acesso a documentos e informações de Acordo de Leniência, TCC e busca e apreensão com as melhores práticas internacionais;
- (v) definir os parâmetros de confidencialidade a documentos e informações de Acordo de Leniência e TCC, de modo a manter os incentivos das empresas e/ou indivíduos para celebrarem tais acordos com o Cade;
- (vi) orientar internamente os servidores do Cade sobre os critérios de acesso a documentos e informações de Acordo de Leniência, TCC e busca e apreensão;
- (vii) orientar externamente Ministério Público, Poder Judiciário, advogados e público em geral sobre os critérios de acesso a documentos e informações de Acordo de Leniência, TCC e busca e apreensão;
- (viii) fomentar as ACRDC; e
- (ix) fomentar a reparação voluntária de danos concorrenciais por meio da possibilidade de redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa com relação aos participantes da infração concorrencial que comprovarem a colaboração para fins de reparação voluntária judicial ou extrajudicial dos danos causados às partes potencialmente lesadas pela infração à ordem econômica<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Exposição de Motivos Resolução nº XX, de XX de 2016 (Consulta Pública nº05/2016)**, p. 4. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>>. Acesso em 06.set.2017.

Há uma preocupação legítima do CADE em articular o *enforcement* público já existente com o *enforcement* privado ainda incipiente. Algumas das propostas previstas na minuta de resolução são: (i) pedido de acesso às informações de acesso restrito, com justificativa adequada segundo critérios elencados no art. 2º, com a devida ponderação no caso concreto; (ii) concessão de acesso dos documentos conforme decisão judicial e **autorização do signatário do acordo de leniência ou do compromissário do TCC**; (iii) Previsão de intervenção da ProCade, que poderá requerer a suspensão de ações judiciais e extrajudiciais que possam comprometer o *enforcement* público, até a conclusão do julgamento final do Processo Administrativo; (iv) Atuação do MPF/MPE como interveniente anuente na celebração de acordos de leniência, podendo ter acesso à íntegra dos documentos e informações apresentados pelos signatários<sup>121</sup>.

Em relação ao momento processual de concessão de acesso a cada documento, percebe-se que houve uma forte inspiração na Diretiva 2014 da União Europeia. Durante a fase de negociação do Acordo de Leniência, será concedido sigilo total aos seus documentos e à própria proposta, conforme já previsto nos arts. 85, §5º e 86, §9º da Lei 12.529/11. A justificativa dada pelo CADE na exposição de motivos foi da importância da proteção às investigações do próprio processo administrativo, e de processos conexos. Todavia, durante a instrução, os representados poderão solicitar acesso aos documentos, desde que sejam necessários ao exercício do contraditório e da ampla defesa<sup>122</sup>.

Após o julgamento pelo Tribunal do CADE, será concedida publicidade aos documentos e informações que tiverem sido relevantes para a decisão do processo. Além disso, o art. 12 da Resolução deu competência ao Conselheiro-Relator em criar um apartado de acesso restrito específico, 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”.

---

<sup>121</sup> **Ibid.** pp. 5-6.

<sup>122</sup> **Ibid.**, p. 9.

Por fim, seguindo a mesma linha de entendimento da União Europeia, será dado tratamento confidencial aos documentos produzidos exclusivamente em virtude da celebração do acordo de leniência, como elenca o art. 13 da minuta de resolução:

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); e) que constituam hipóteses previstas nos arts. 52 a 54 do Regimento Interno do Cade. (grifo meu)

Isso mostra a preocupação do CADE em manter a atratividade do programa de leniência no Brasil. Todavia, o art. 14 prevê que será dado “tratamento prioritário a documentos e informações que possam subsidiar o ajuizamento de ARDC no Brasil”. Esse artigo pode ser um problema quando a Resolução entrar em vigor, posto que possibilita uma interpretação muito ampla. Além disso, pode haver uma oposição entre esse artigo e os documentos protegidos indefinidamente pela confidencialidade.

Quanto à cooperação entre as esferas judiciais, o art. 7º prevê que, quando o Ministério Público atuar como interveniente anuente na celebração do Acordo de Leniência, terá acesso à íntegra dos documentos e das informações apresentadas pelo signatário. Essa previsão é mais um incentivo ao fomento das ARDCs no Brasil, tendo em vista que o Ministério Público terá todo o embasamento fático para ajuizar ações cíveis após a celebração do Acordo.

Por fim, a Resolução ainda prevê a diminuição da contribuição pecuniária ou da multa administrativa para aqueles participantes que comprovarem o ressarcimento civil aos terceiros lesados, tanto em âmbito judicial, quanto extrajudicial. Essa inovação é interessante pois é uma medida para desafogar o judiciário e possibilitar um efetivo ressarcimento aos lesados por cartéis.

### 4.3. Uma Análise sob o viés de Políticas Públicas de Direito da Concorrência

Economias de países em desenvolvimento como o Brasil ainda possuem um sistema de defesa da concorrência em consolidação, devido ao histórico de grande intervenção do Estado na economia e de mercados altamente concentrados, muitas vezes por causa de suas próprias características de mercado que demandavam altos investimentos, em um cenário com pouca industrialização e poucas empresas atuantes.

Tendo isso em vista, hoje a livre concorrência é normatizada como princípio constitucional, nos termos do art. 175, inciso iv, da Constituição Federal, visando preservar a disputa entre as empresas no mercado. Disso decorre tanto um teor de garantia, quanto de diretriz ao Estado<sup>123</sup>. Ou seja, o Estado deve ao mesmo tempo garantir um espaço de liberdade no mercado e impor regras que coíbam práticas abusivas e anticompetitivas por parte dos agentes econômicos.

Infratores de ilícitos concorrenciais tendem a praticá-los quando o benefício da prática é superior ao custo esperado. Maiores poderes de investigação, aliados à atratividade do programa de leniência, em consonância com multas elevadas fazem com que a probabilidade de condenação aumente, elevando o custo da prática. Nesse sentido, um programa de leniência possui algumas preocupações centrais, conforme aponta Rufino: “(a) previsibilidade quanto aos requisitos, procedimentos e benefícios esperados; (b) existência de determinados graus de sigilo das negociações e das informações trocadas; (c) estabelecimento de incentivos para uma corrida para a confissão; (d) técnicas de comprovação documental da narrativa do delator<sup>124</sup>”.

Isso mostra que, como os infratores fazem um cálculo associado aos possíveis custos esperados de uma confissão, quando o órgão antitruste não possui conhecimento do ilícito concorrencial, os agentes econômicos tendem a não optar por essa confissão. Em situações como essa, a política de combate a cartéis precisa lidar com uma questão de incentivos. Se por um lado, a regulamentação do tema pelo CADE pode fomentar mais ARDCs, por outro pode haver um desincentivo à proposição de novos acordos de leniência, principalmente em cartéis que não sejam

---

<sup>123</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Op cit.** p. 27.

<sup>124</sup> RUFINO, Victor Santos. **Os Fundamentos da Delação: Análise do Programa de Leniência do Cade à luz da Teoria dos Jogos.** Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2016, p. 49.

de conhecimento da autoridade antitruste, apesar da manutenção da imunidade criminal e administrativa ao proponente do acordo de leniência ainda ser um incentivo importante para o Programa de Leniência. Todavia, há um risco quanto à possibilidade de o desincentivo advindo com as ARDCs ser maior que esse incentivo referente à esfera administrativa e criminal.

Sendo assim, em relação ao ponto (a), para que os delatores possam realizar um cálculo que se mostre positivo para a delação do esquema de cartel, é necessário que haja previsibilidade quanto aos ganhos e possíveis perdas da negociação do acordo de leniência. A proposta de regulamentação do CADE abre a possibilidade para que a autoridade desenhe as regras do jogo, no sentido de fazê-las tendo em vista toda a gama de possibilidades de estratégias a serem levantadas pelos infratores<sup>125</sup>. À luz da minuta da proposta de Resolução do CADE, nota-se que alguns pontos podem desfavorecer a previsibilidade de perdas e ganhos do programa de leniência, principalmente em relação ao previsto nos artigos 2º e 3º.

Em primeiro lugar, o artigo 2º<sup>126</sup> elenca diversos critérios que serão levados em consideração na concessão do acesso aos documentos de acesso restrito, todavia, a enumeração desses pontos torna a análise da quebra de sigilo muito ampla, como por exemplo, o aspecto descrito no inciso II prevê que será levada em consideração a razoabilidade e a proporcionalidade do requerimento. Esse ponto da resolução abre uma margem muito grande de discricionariedade do CADE, pois não será possível prever até que ponto um requerimento de acesso de documentos sigilosos é razoável e proporcional. Por isso, esse pode ser um ponto de impacto no programa de leniência quanto à previsibilidade, já que, diferentemente dos ganhos do cartel, os benefícios e danos advindos com a confissão do ilícito não serão exatos e certos. Outro ponto de atenção seria a previsão do inciso VII, que estabelece que para a análise do acesso, será levada em consideração a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem

---

<sup>125</sup> RUFINO, Victor Santos, **Op cit.** p. 50.

<sup>126</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Minuta de Resolução**. Art. 2º. A avaliação do requerimento de acesso aos documentos e às informações de acesso restrito referidos no art. 1º dependerá da observação, dentre outros aspectos: I – da legitimidade do requerente; II – dos fatos e fundamentos específicos que embasam o requerimento; III – da razoabilidade e a proporcionalidade do requerimento; IV – da fase processual da investigação no Cade; V – da manutenção do nível de confidencialidade pelo requerente; VI – da necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador; VII – da necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade; VIII – da necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica; IX – da existência de informações protegidas por segredo de empresa, segredo de justiça ou qualquer outro tipo de informação confidencial.

econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do CADE. Abre-se uma expressão muito ampla e vaga, pois não se tem a certeza sobre qual tipo de solicitação colocaria em cheque a preservação dos programas de leniência e de TCC do CADE.

De forma a manter a estabilidade dos programa de leniência e de TCC do CADE, esses dois critérios previstos no artigo 2º poderiam ter sido melhor detalhados, com uma descrição do que seria uma análise de proporcionalidade e de razoabilidade, e em quais situações poderia haver uma ameaça aos programas de leniência e de TCC. Por exemplo, no caso do inciso III, a redação poderia ser ampliada para: “da razoabilidade e proporcionalidade do requerimento, definidos pela efetiva necessidade dos documentos da leniência para a apuração dos fatos na ARDC, sem que haja a exposição de documentos sensíveis da leniência, como o termo de confissão da conduta”.

Em segundo lugar, também há uma certa imprevisibilidade no artigo 3º da referida resolução, uma vez que este prevê que o compartilhamento de documentos e informações de acesso restrito dependerá: “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, sem que haja prejuízo à investigação; ou IV – cooperação jurídica internacional, prevista nos arts. 26 e 27 do CPC”. Logo, não há a previsão expressa sobre qual será a determinação que prevalecerá, ressaltando-se o uso do termo “ou”. Caso se tenha uma decisão judicial específica versando pela liberação de documentos sigilosos que vá de encontro com uma necessária cooperação jurídica internacional, que necessite da manutenção da confidencialidade desses mesmos documentos, ficará a dúvida sobre qual decisão prevalecerá, apesar de haver uma tendência a prevalência da decisão judicial.

Além da previsibilidade quanto aos danos e benefícios, também é importante que o procedimento seja estável, possibilitando que o delator mapeie algumas variáveis do processo de negociação<sup>127</sup>. Uma medida que poderia aperfeiçoar a proposta de regulamentação do CADE seria a elaboração de um Guia da própria autarquia sobre o procedimento de liberação de documentos sigilosos a terceiros, assim como já existe para acordos de leniência e TCCs. Apesar de o guia não ter força de lei e não vincular as decisões do CADE, ele possui um efeito de educação e

---

<sup>127</sup> RUFINO, Victor Santos, **Op cit.** p. 54.

disseminação dos procedimentos de direito concorrencial, aumentando o conhecimento dos administrados em relação aos procedimentos do CADE.

No que tange ao aspecto (b), que versa sobre a existência de determinados graus de sigilo nas negociações e informações trocadas com o CADE, esse é um dos possíveis pontos de maior impacto no Programa de Leniência e de TCC. O sigilo é uma das questões mais sensíveis na apuração de um cartel, podendo ou não ser flexibilizado conforme a fase processual da investigação. Durante a fase de negociação e de celebração dos acordos, é essencial que seja dado sigilo total aos documentos, informações, atos processuais necessários à elucidação dos fatos investigados, bem como à proposta de leniência e de TCC.

Essa necessidade decorre da proteção do próprio processo de conhecimento da conduta ilícita, já que caso uma investigação de cartel seja descoberta prematuramente, os outros envolvidos terão incentivos a proteger-se por meio da destruição das provas e do reforço de laços entre os infratores, o que dificultaria a apuração dos fatos<sup>128</sup>. Além disso, há uma dificuldade intrínseca na obtenção de provas diretas durante a condução de uma investigação de cartel, já que esta possui natureza administrativa, por exemplo, o CADE não está autorizado a realizar interceptações telefônicas por si só, sendo permitido apenas como prova emprestada de investigações que decorram da seara penal<sup>129</sup>. A principal forma de obter prova direta, à exceção da confissão da leniência ou do TCC, que pode ser produzida diretamente pela Superintendência-Geral do CADE é o mandado de busca e apreensão, nos termos do art. 13, VI, “d” da Lei 12.529/11<sup>130</sup>.

A manutenção do sigilo da leniência e do TCC também favorece a criação de um ambiente de confiança entre a autoridade antitruste e possíveis delatores, servindo como incentivo para que empresas e pessoas físicas considerem confessar um esquema de cartel. Leva-se em consideração

---

<sup>128</sup> RUFINO, Victor Santos, **Op cit.** p. 59.

<sup>129</sup> MARTINEZ, Ana Paula, **Op cit.** pp. 250-251.

<sup>130</sup> **Lei 12.529/11**. Art. 13. Compete à Superintendência-Geral: VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei: d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal;



que o processo de negociação pode fracassar, assim, a proteção da negociação faz com que o delator possua a segurança de que não sairá em situação inferior aos demais participantes do cartel. Essa proteção também é necessária durante a fase do inquérito administrativo pois, após a assinatura do acordo de leniência, a situação de infração do delator é dada como certa em virtude da confissão, já os demais participantes do cartel ainda estarão protegidos pelas garantias constitucionais de meros acusados<sup>131</sup>.

Com a regulamentação proposta pelo CADE, há a previsão de que alguns documentos permanecerão como de acesso restrito mesmo após o julgamento pelo Plenário do Tribunal, como o Histórico de Conduta e documentos de caráter auto-incriminatório que tenham sido produzidos exclusivamente por causa da celebração do acordo. Todavia, ainda poderão ser disponibilizados para fins de contraditório e ampla defesa aos representados do processo administrativo, o que de certa forma, acaba expondo o delator, mesmo que em menor grau.

Mesmo antes da regulamentação do acesso de documentos pelo CADE, os lenientes já possuíam uma exposição maior à possíveis ações de indenização civil, pois como já foi mencionado, estão em uma posição de confissão, ao contrário dos demais participantes, que possuem uma margem maior de argumentação contra as imputações levantadas por terceiros. Já com a proposta de resolução do CADE, aumenta-se a probabilidade de que os lenientes sofram ARDCs, diminuindo, portanto, os incentivos para a atratividade da delação. Apesar de o artigo 15 tentar mitigar esse desincentivo com a possibilidade de redução da multa administrativa em relação aos representados que comprovem o ressarcimento indenizatório nas ARDCs, ainda não há uma previsibilidade sobre o quanto essa multa será reduzida - pelo menos nas primeiras ARDCs - ajuizadas após a resolução entrar em vigor.

O aspecto (c), que trata dos incentivos para a corrida para a confissão, também é impactado com a regulamentação do CADE. O oferecimento da imunidade criminal e administrativa apenas ao primeiro delator do Acordo de Leniência faz com que haja uma influência à corrida pela delação. Esse incentivo aumenta em um contexto de penalidades severas aos condenados pela prática de cartel, sendo amplificado com o fomento às ARDCs. Se houver a limitação da exposição do leniente à indenização na esfera cível, no sentido de tornar a sua responsabilidade individual e não

---

<sup>131</sup> RUFINO, Victor Santos, **Op cit.** pp. 62-64.

solidária com os demais membros do cartel, será criado um incentivo ainda maior para que haja a corrida à propositura de acordos de leniência, servindo de fomento à manutenção da atratividade do Programa de Leniência brasileiro.

Por fim, o último quesito que poderia ser impactado seriam as (d) técnicas de comprovação documental da narrativa do delator. Cartéis são infrações que se protraem no tempo e envolvem diversos participantes, fazendo com que a confissão tenha um alto grau de complexidade, em um conjunto de diversas reuniões, trocas de informações, e-mails, telefonemas, que devem estar congruentes em todos os depoimentos dos participantes. A reconstrução dos fatos do passado corre um risco de sobrelação e de subdelação, que como Rufino expõe, pode sofrer com a falta de veracidade acerca dos fatos<sup>132</sup>, por isso que a comprovação da conduta por meio de documentos é essencial. Nesse sentido, com uma possível abertura de determinados documentos pelo CADE, sofre-se o risco de haver menos estímulo para as partes colaborarem com a entrega de documentos, o que até certo ponto pode enfraquecer o Programa de Leniência do CADE.

Sob um olhar de políticas públicas antitruste é essencial que haja uma articulação entre o *enforcement* público do CADE e o *enforcement* privado, obtido através do fomento às ARDC. Conforme fora mostrado, apesar de alguns problemas, a minuta da nova Resolução do CADE busca enfrentar a insegurança jurídica que emergiu com a decisão do REsp nº 1.554.986/SP. Todavia, alguns critérios ainda precisam ser definidos, como por exemplo, quem definirá quais são os documentos e informações que são mais suscetíveis a subsidiar o ajuizamento de ARDC no Brasil.

Portanto, o aplicador de políticas públicas deve considerar a dificuldade na importação de experiências de outros países. É importante que as inspirações sejam adequadas para a cultura jurídica local, considerando por exemplo, que a jurisprudência brasileira ainda não apresenta uma estabilidade quanto a esse ponto, gerando insegurança jurídica. Nesse sentido, é essencial que haja uma previsão sobre o que pode ser liberado pelo CADE, e até que extensão tais documentos serão expostos a terceiros.

---

<sup>132</sup> RUFINO, Victor Santos, **Op cit.** p. 82.

## CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi analisar qual deve ser o equilíbrio ideal entre o *enforcement* público e privado a respeito das ações privadas de indenização e da atratividade do programa de leniência no Brasil, avaliando-se a tensão existente entre o princípio da publicidade e estratégias de garantia de sigilo das confissões dos agentes econômicos no âmbito do CADE.

Há a previsão de sigilo aos documentos oriundos de Acordo de Leniência e de TCC nos termos dos arts. 85, §5º e 86, § 9º da Lei 12.529/11 e do art. 241, §1º do próprio Regimento Interno do CADE. Essa limitação da publicidade é imprescindível para a manutenção dos incentivos para que infratores de ilícitos concorrenciais busquem o CADE para a propositura desses acordos.

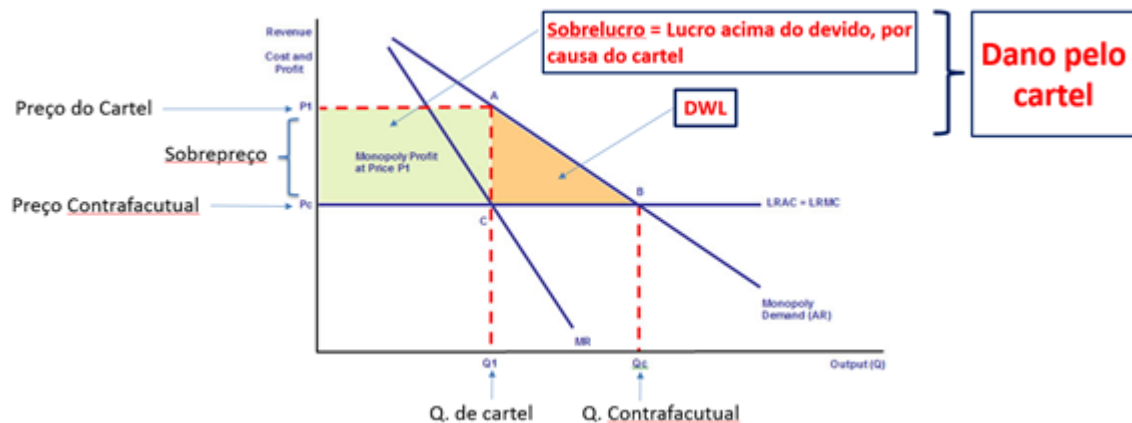
O levantamento de como o CADE vem avaliando a abertura desses documentos em processos administrativos instaurados em decorrência da celebração de acordos de leniência, mostra que não há uma consistência na escolha do órgão antitruste em disponibilizar ou não esses documentos, o que acaba gerando uma certa insegurança jurídica para os administrados. Com a decisão do STJ proferida no bojo do REsp nº 1.554.986/SP, foi levantada de forma mais evidente a discussão acerca do uso de documentos produzidos pelo CADE para o embasamento de ARDCs.

Nesse sentido, a minuta da nova Resolução do CADE buscou enfrentar a insegurança jurídica que foi posta em cheque com a decisão do REsp nº 1.554.986/SP. Todavia, conforme fora mostrado no capítulo 4 do presente trabalho alguns critérios ainda precisam ser definidos, como por exemplo, de quem será a competência para a escolha de quais são os documentos e informações que são mais suscetíveis a subsidiar o ajuizamento de ARDC no Brasil.

É preciso que o CADE busque inspirações em experiências internacionais, como por exemplo, nos EUA e na União Europeia, tendo em vista as características da legislação e da prática antitruste brasileira, principalmente porque o *enforcement* público ainda possui uma relevância muito grande para a persecução de cartéis no país.

Apesar disso, o equilíbrio ótimo em termos de políticas públicas deve considerar que o *enforcement* privado também tem um importante efeito de dissuasão. Observa-se, portanto, que há um *trade off* entre a abertura de documentos oriundos de leniências e TCCs, estimulando ações de indenização, e a manutenção do sigilo, ao passo da desinibição na celebração de acordos no Brasil.

## ANEXO I



133

<sup>133</sup> Voto Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. **Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51.** Representadas: Liquigás Distribuidora S/A (ex-Tropigas), Supergasbras (ex-Minasgás Distribuidora de Gás Combustível Ltda) e Paragás Distribuidora Ltda. Relator: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo. Juiz Federal Antônio André Muniz Mascarenhas de Souza. **Processo nº 0004196.2013.4.03.6114**. Requerida: MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda. Requerente: CADE. Decisão proferida em 09.ago.2013.

ATHIAS, Daniel Tobias. “Cartel, acordos de leniência e responsabilidade civil por danos privados”. **Jota**, 27.abr.2015. Disponível em: < [https://jota.info/artigos/cartel-acordos-de-leniencia-e-responsabilidade-civil-por-danos-privados-27042016#\\_ftnref8](https://jota.info/artigos/cartel-acordos-de-leniencia-e-responsabilidade-civil-por-danos-privados-27042016#_ftnref8)>. Acesso em 06.dez.2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_ **Código de Processo Civil**, de 16 de março de 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>.

\_\_\_\_\_ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Exposição de Motivos Resolução nº XX, de XX de 2016 (Consulta Pública nº05/2016)**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>>. Acesso em 06.set.2017.

\_\_\_\_\_ **Decreto nº 7.724**, de 16 de maio de 2012. Disponível em< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm)>.

\_\_\_\_\_ **Lei nº 12.529/11**, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>

\_\_\_\_\_  
Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº 1.554.986/SP**. 3ª Turma. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 08/03/2016. DJE, Brasília, 05/04/2016.

CARVALHO, Lívia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. **Revista do IBRAC**. v. 19, n. 21, jan./jul., p. 332-350, 2012. In: MARTIS, Frederico Bastos Pinheiro. **Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis**. Escola de Direito de São Paulo, 2017

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. “**Cade condena empresas por cartel internacional de placas de memória**”. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-empresas-por-cartel-internacional-de-placas-de-memoria>>. Acesso em 01/12/2017.

\_\_\_\_\_  
“**Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE**”. 05/2016. – Atualizado em 09/16. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)> Acesso em 02.dez.2017.

\_\_\_\_\_  
**Processo nº 08700.007888/2016-00**. Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE.

\_\_\_\_\_  
**Processo Administrativo 08012.010932/2007-18** (Representados: Bridgestone Corporation, Dunlop Oil and Marine Ltd., Flexomarine S.A. (nova denominação da Pagé Oil & Marine Products Ltda.), Flexomarine Empreendimentos e Participações Ltda., Goodyear do Brasil Produtos de Borracha Ltda., Manuli Rubber Industries SpA, Pagé Indústria de Artefatos de Borracha Ltda., Parker ITR S.r.L., Sumitomo Rubber Industries, Ltd., The Yokohama Rubber Co., Ltd., Trelleborg Industrie SAS, Antonio Carlos Araes, Fumihiko Yazaki, Hajime

Kojima, Kazuki Kobayashi, Kota Kusaba, Maria Lúcia Peixoto Ferreira Ribeiro de Lima, Massimo Nebiolo, Robert Louis Furness, Sílvio Jorge Rabello, Teruo Suzuki, Yukinori Honda).

\_\_\_\_\_ **Processo Administrativo n. 08012.002127/02-14**, Representante: SDE ex officio, Representadas: Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda., Constran S/A, Embu S.A., Geocal Mineração Ltda., Holcim S.A., entre outras, relatoria do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, 13/07/2005. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo : Saraiva, 2016

\_\_\_\_\_ **Processo Administrativo n° 08012.011142/2006-79** (Representados: Anor Pinto Filipi, Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Concretagem, Associação Brasileira de Cimento Portland, InterCement Brasil S.A. (atual denominação da Camargo Corrêa Cimentos S.A.), CCB - Cimpor Cimentos do Brasil Ltda., Cia de Cimento Itambé, Empresa de Cimentos Liz S.A. (atual denominação da Soeicom S.A.), Holcim Brasil S.A., Itabira Agro Industrial S.A., Karl Franz Bühler, Lafarge Brasil S.A., Marcelo Chamma, Renato José Giusti, Sérgio Bandeira, Sérgio Mações, Sindicato Nacional da Indústria do Cimento S e Votorantim Cimentos Ltda.). Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Voto-vista do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Julgamento em 22.jan.2014.

\_\_\_\_\_ **Processo Administrativo n° 08012.000820/2009-11** (Whirlpool S.A.; Brasmotor S.A., Whirlpool Unidade Embraco - Compressores e Soluções de Refrigeração; Danfoss A/S; Tecumseh do Brasil Ltda.; Household Compressors Holding S.p.A (antiga ACC – Appliances Components Companies S.p.A.); Panasonic Electric Works Co., Ltd. (antiga Matsushita Electric Works, Ltd.); Gerson Veríssimo; Paulo Frederico Meira de Oliveira Periquito; Ernesto Heinzelmann; Gilberto Heinzelmann; Ingo Erhardt; Laércio Hardt; Dário Gert Isleb; Daflson Farias; José Roberto Leimontas; Michael Inhetvin; Nilson Effting, Walter Sebastião Desiderá; José Aluizio Malagutti; Mauro de Carvalho Mendonça; José Celso Lunardelli Furchi; Januário Domingos Soligon; Michel Jorge Geraissate Filho; Miguel Estevão de Avellar Conselheiro-Relator: Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em 16.mar.2016

\_\_\_\_\_ **Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66** (Representados: Evonik Degussa GmbH, Solvay S.A., Heinz Von Zur Muehlen, Jean Marie Demoulin e Eric Degroote).

\_\_\_\_\_ **Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10** (Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do SulASSEVIRGS,Airton Rolim Araújo; Alexandre Luzardo da Silva, Angra, Log. De Segurança S/C LTDA; Antônio Carlos Sontag; Antônio Carlos Coelho; Ari Dalbem; Caio FJávio Quadros dos Santos; Carlos Alberto Cortina Souza; Cláudio Laúde; Délcio Rumennich; Delta Serviços de Vigilância LTDA.; Empresa Brasileira de Vigilância - EBV, Edegar Vieira Rolim; Empresa Portoalegrense de Vigilância LTDA.- EPAVI; Evandro Vargas; Ivan Luiz Pedroso; J.M Guimarães Empresa de Vigilância LTDA.; Joel Valdenir Eich; Jorge Luís Vieira Rolim; José Renato Quadros, Luiz Fernando Fernandez, Luiz Fernando Vieira; Luiz Osmar Duarte do Amaral; ,Mario Haas, MD Serviço de Segurança LTDA.; Mobra Serviço de Segurança LTDA.; Nilton Reginaldo; ONDREPSB Serviços de Guarda e Vigilância LTDA.; Osmar Maciel Guedes; Paulo Elder Bordin; Paulo Renato Pacheco; Patrícia Ghen; Protege Serviços de Vigilância LTDA.; Protevale Vigilância e Segurança LTDA.; Reação Segurança e Vigilância LTDA.; Ronaldo Carvalho; Secure Sistemas de Segurança; Rota Sul Empresa de Vigilância LTDA.; Rubem Isnar Baz Oreli; Rudder Segurança LTDA.; Segurança e Transporte de Valores Panambi LTDA., Seltec Vigilância Especializada LTDA., Sênior Segurança LTDA., Sérgio Gonzalez; Sílvio Renato Medeiros Pires; Sindicato das Empresas de Segurança Privada do Rio Grande do Sul - SINDESP-RS; SINDI-VIGILANTES do Sul; Tânia E. Auler; Vigilância Antares LTDA.; Vigilância Asgarras SIC LTDA.; Vigilância Patrulhense SIC LIDA; Vigilância Pedrozo LTDA.; Vigitec; e Vivaldi Pereira Rodrigues)

\_\_\_\_\_ **Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77** (Representadas: Peróxidos do Brasil Ltda, Solvay do Brasil do Brasil Ltda, Carlos Alberto Tieghi, Paulo Francisco Trévia Schirch, Luiz Leonardo da Silva Filho, Gibran João Tarantino, Sérgio Afonso Zini, Roberto Nascimento da Silva, Degussa Aktiengesellschaft, Degussa Brasil Ltda, Weber Ferreira Porto, Drik



Egon Regett, Marcelo Ronald Schaalmann, Roberto de Barcellar Blanco, Sidnei Inácio Cestari, Werner Karl Ross, Hans Willmann, Nicolas Makay Júnior, Wilfried Eul, Karl Erhard Muller).

\_\_\_\_\_ **Processo Administrativo nº 08012.005930/2009-79** (Representados: Asahi Glass Co. Ltd, Hankuk Electric Glass Co. Ltd., Nippon Electric Glass Co. Ltd., Samsung Corning Precision Glass Co. Ltd., Schott AG, Toshiharu Ariyoshi, Tamotsu Kitagawa, Futajima, Toshihisa Hayagawa (ou Toshihisa Hayakawa), Yuji Nishimi, Timm-Peter Pollak, Takuo Horiuchi, Hyun-Su Chang, Atushi Shimomura, Hyung-Jin Park, Jeong-Cheol Keum, Jung-Ki Kang, Young-Joo Kim, Sung Yeol Lee).

\_\_\_\_\_ **Processo Administrativo nº 08012.006130/2006-22.** (Representados: Álamo Engenharia S.A.; Araújo Abreu Engenharia S.A.; Conbrás Engenharia Ltda.; Eletrodata Instalações e Serviços Ltda.; Projetos Engenharia, Comércio e Montagens Ltda. (Proen); MZE – Moreira Zappa Engenharia Energia, Climatização e Redes Ltda. (atual denominação da RMZ Engenharia Elétrica Ltda.); Wechsel Ltda.; WH Engenharia RJ Ltda.; Emerson Sistemas de Energia Ltda.; Gustavo Algodoal Nogueira Anselmo; Alex Flore Paulino; Celso Tadayoshi Eto; e Américo Rodotá Stéfano).

\_\_\_\_\_ **Regimento Interno do CADE.** Incluído pela Resolução nº 2, de 25 de maio de 2016. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/ricade-sem-marcas\\_25\\_mai\\_2016\\_final-res-15.pdf/view](http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/ricade-sem-marcas_25_mai_2016_final-res-15.pdf/view)>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 30 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017

ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. **Frequently Asked Questions about the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters.** 26.jan.2017. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>> Acesso em 03.dez.2017,

\_\_\_\_\_. **The Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 As Amended By Public Law No. 110-175, 121 Stat. 2524.** Disponível em: < <https://www.justice.gov/oip/doj-guide-freedom-information-act-0>>.

\_\_\_\_\_. **Federal Rules of Civil Procedure of USA.** Disponível em: <[https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_26](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26)>. Acesso em 02.dez.2017.

\_\_\_\_\_ **Sherman Act,** 1890. Disponível em: < <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=51&page=transcript>> Acesso em 12.out.2017

\_\_\_\_\_ US Supreme Court. **Hawaii v. Standard Oil Co., 405 U.S. 251, 262,** 1972 In: Organization for Economic Co-operation and Development. “*Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement*”. Working Party No. 3 on Co-operation and enforcement. United States, 15.jun.2015

FORGIONI, Paula Andrea. **Os Fundamentos do antitruste.** 3. Ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GILBERTO, André Marques. **O processo antitruste sancionador : aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil.** São Paulo : Lex Editora, 2010.

LANDE, Robert H., JOSHUA, Davis. **Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases.** University of San Francisco Law Review, v. 42, p. 881. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1090661](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1090661)>.

LAZAROVA, Avgustina. **A Cartel's ‘Umbrella Effect’ and the Right to Claim Damages for Falling under Its Shadow: What Does It Change for the Private Enforcement of EU Competition Law?** College of Europe. Bruges, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2813931>>. Acesso em 02.dez. 2017

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**, v. 3, n. 2, p. 114.132, 2015

MARQUES FRANCISCO, André. **Responsabilidade civil por infração da ordem econômica**. Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito. São Paulo, 2014

MARTINEZ, Ana Paula. ARAÚJO, Mariana Tavares. “**Private Damages in Brazil: Early Beginnings, Big Stumbling Blocks**”. Competition Policy International. Janeiro de 2016. Disponível em: < <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/01/Martinez-Tavares.pdf>> Acesso em 28.nov.2017

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013

MARTIS, Frederico Bastos Pinheiro. **Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis**. Escola de Direito de São Paulo, 2017

Organization for Economic Co-Operation and Development – OCDE. “*Síntese Cartéis – Seus Danos e Punições Efetivas*”, 2002. Disponível: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1935129.pdf>>. Acesso em 22.out.2017.

Organization for Economic Co-operation and Development. **Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement**. Working Party No. 3 on Co-operation and enforcement. United States, 15.jun.2015

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Directive on Antitrust Damages Actions**, nov. 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0104>>. Acesso em 09. dez. 2017.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo : Saraiva, 2016

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **Processo Administrativo de investigação de cartel**. São Paulo: Singular, 2016

RUFINO, Victor Santos. **Os Fundamentos da Delação: Análise do Programa de Leniência do Cade à luz da Teoria dos Jogos**. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2016

SCHWARTZ, Edward. “**Access to Leniency Documents and the Effectiveness of Private Damages Claims – The US and EU Defense Perspective**”. 20º Seminário do IBRAC, 2014. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/20SeminarioConcorrencia/PALESTRAS/Painel%20-%20-%20Edward%20B%20Schawartz.pdf>>.

Superintendência-Geral do CADE. “**Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**”. Atualizado em 11.set.2017. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes\\_institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-tcc-actualizado-11-09-17](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes_institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-actualizado-11-09-17)>.

Tribunal Regional Federal da 3ª região, 4ª Turma. Relatoria: Des. Fed. Marli Ferreira. **Apelação Cível nº 0004196-28.2013.4.03.6114/SP**. Decisão proferida em 25.set.2015.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **CASE C-360/09 (Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt)**. Decisão de 14 jun. 2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0360&from=EN>>. Acesso em 08 nov. 2017.

WILS, Wouter P. J. **Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future**. Mannheim Centre for Competition and

Innovation Law and Economics Conference on Cartel Damages in Europe, 07.nov.2016.  
Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2865728>>. Acesso em 12.out.2017