KAREN CALDEIRA RUBACK

Da ação de reparação por danos concorrenciais: da prova emprestada e outros elementos relacionados aos processos administrativos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Tese de Doutorado.

Orientador: Professor Dr. Balmes Vega Garcia.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2020

KAREN CALDEIRA RUBACK

**DA AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS CONCORRENCIAIS:
DA PROVA EMPRESTADA E OUTROS ELEMENTOS RELACIONADOS AOS
PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE
DEFESA ECONÔMICA - CADE**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob a orientação do Professor Dr. Balmes Vega Garcia.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ruback, Karen Caldeira

Da ação de reparação por danos concorrenciais: da prova emprestada e outros elementos relacionados aos processos administrativos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade / Karen Caldeira Ruback; orientador Balmes Vega Garcia. -- São Paulo, 2020.

315 p.

Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020.

1. Ação de reparação por danos concorrenciais. 2. Prova emprestada. 3. Direito concorrencial. 4. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. I. Garcia, Balmes Vega, orient. II. Título.

RUBACK, Karen Caldeira. **Da ação de reparação por danos concorrenciais: da prova emprestada e outros elementos relacionados aos processos administrativos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade.** 2020. 315 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Professor(a) Doutor(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Aos meus pais e irmãos.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, prof. Dr. Balmes Vega Garcia, por ter acolhido minha candidatura ao programa de doutorado da Universidade de São Paulo e ter viabilizado a realização deste trabalho. Seus conselhos dados em nossa primeira reunião ressoaram ao longo dos anos em que me dediquei aos estudos e elaboração desta tese.

Ao *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, pela oportunidade de ser pesquisadora visitante e fazer uso do vasto material bibliográfico que contribuiu, de forma inestimável, para realização deste trabalho.

Aos meus sócios, Mauro Grinberg, Leonor Cordovil, Ricardo Motta, Carolina Cagnoni e Beatriz Cravo, pelo apoio, paciência e conselhos. Agradeço, especialmente, pelo apoio para o período de licença para realização de pesquisas para este trabalho. Estendo o agradecimento à toda equipe do Grinberg e Cordovil, que direta ou indiretamente apoiaram e contribuíram com meus estudos.

Agradeço aos meus pais, irmãos, cunhados, cunhada e sobrinhas pelo apoio, paciência e carinho – sobretudo, aos meus pais, exemplos de retidão, compromisso e responsabilidade. Agradeço também aos meus amigos e, especialmente, ao Richard, pela compreensão e apoio para realizar os estudos necessários para elaborar esta tese.

Finalmente, agradeço a todos os colegas que participaram de debates acerca dos temas abordados neste trabalho e contribuíram para as reflexões necessárias para elaboração deste trabalho, seja nas aulas na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nos encontros e congressos do IBRAC, da Cecore, eventos promovidos ou com participação de representantes e membros do Cade, e diversos outros eventos realizados para debater temas de interesse para o aprimoramento de ordenamento jurídico brasileiro.

“Os livros não são feitos para que alguém acredite neles, mas para serem submetidos à investigação. Quando consideramos um livro, não devemos perguntar o que diz, mas o que significa.”
(Umberto Eco)

RESUMO

RUBACK, Karen Caldeira. **Da ação de reparação por danos concorrenciais – Da prova emprestada e outros elementos relacionados aos processos Administrativos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade.** 315 f. Dissertação (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Na primeira década do século XXI a questão do direito à reparação por danos derivados de infrações concorrenciais teve lugar de destaque em diversas jurisdições no mundo, incluindo o Brasil. Estudos e debates começaram a surgir, com o propósito de identificar os obstáculos para a efetivação de tal direito e formas de removê-los. Ao mesmo tempo, notou-se o aumento de ações judiciais propostas por prejudicados nas quais era requerido o acesso a documentos e informações produzidas nos processos instaurados pelas autoridades de defesa da concorrência. Neste contexto, veio à tona discussões sobre a importância de reduzir a assimetria de informação entre os prejudicados e os infratores, de forma a viabilizar a fundamentação do pleito dos prejudicados. E também discussões confrontando, de um lado, a complementaridade da persecução privada à persecução pública para efetividade do combate às condutas anticoncorrenciais, e, de outro, os eventuais riscos que a persecução privada poderia oferecer à persecução pública. Dentre tais riscos, teve destaque a importância de preservação da investigação da autoridade de defesa da concorrência, e da preservação dos incentivos aos programas de colaboração com as autoridades de defesa de concorrência, notadamente, dos programas de leniência – os quais são reconhecidamente, em diversas jurisdições do mundo, um relevante instrumento para detecção e punição de condutas anticoncorrenciais. A preservação dos incentivos a tais acordos demandaria a adoção de certo cuidado com o tratamento de acesso às informações e documentos apresentados por proponentes e signatários de acordos de colaboração. A concessão de acesso a tais documentos e informações por terceiros, especialmente por aqueles que sejam legitimados a propor ações contra os proponentes ou signatários, poderia gerar uma exposição destes últimos, em extensão maior que os demais participantes da infração concorrencial, de tal modo que o incentivo à celebração de acordos com a autoridade de defesa da concorrência seria reduzido. Tais fatos, contudo, devem ser levados em consideração e ponderados ante a importância de assegurar aos prejudicados seu direito de reparação pelo dano causado. A fim de equilibrar todos os interesses – o de preservação da investigação da autoridade de defesa da concorrência, dos incentivos aos acordos de colaboração, e dos interesses dos prejudicados pelo dano concorrencial – medidas foram propostas. No Brasil, e sobre este tema do tratamento de acesso por terceiros a documentos e informações dos processos instaurados pelas autoridades de defesa da concorrência, foi promulgada a Resolução n. 21, de 11 de setembro de 2018, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Neste trabalho, analisamos a experiência da União Europeia sobre o mesmo tema, visto que amplos debates foram realizados e situações muito semelhantes às ocorridas no Brasil tiveram lugar na Europa. Ao final, apresentamos algumas considerações e propostas para o tratamento de acesso de terceiros a documentos e informações dos processos do Cade, considerando o histórico e contexto brasileiros.

Palavras-chave: ação de reparação por danos concorrenciais. Resolução 21/2018 do Cade. Tratamento de acesso. Compartilhamento de provas. Acordo de leniência.

ABSTRACT

RUBACK, Karen Caldeira. **Da ação de reparação por danos concorrenciais – Da prova emprestada e outros elementos relacionados aos processos Administrativos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade.** (Antitrust damage action – on the access of evidence and information related to the administrative proceedings of the Administrative Council for Economic Defense – CADE). 315 f. Dissertation (Doctorate degree) – Law Faculty, University of Sao Paulo, Sao Paulo, Brazil, 2019.

In the first decade of the 21st century, the issue of the right to compensation for damages resulting from competitive infringements took place in several jurisdictions around the world, including Brazil. Studies and debates with the purpose of identifying the obstacles to the realization of this right and forms to remove them began to emerge. At the same time, there was an increase in the number of lawsuits brought forth by aggrieved parties, who required access to documents and information produced in proceedings introduced by antitrust authorities. In this respect, the discussions surfaced about the importance of reducing the asymmetry of information between the aggrieved and the violators, in order to be able to substantiate the claim from the damaged party. There were also discussions comparing the complementarity of private persecution with public persecution to effectively combat anticompetitive conduct on one hand, and the possible risks that private persecution could pose to public persecution on the other hand. Among these risks, the importance of preserving the investigation of the antitrust authority and of preserving the incentives for collaboration programs with the antitrust authorities were highlighted, notably leniency programs, which are recognized in many jurisdictions around the world to be a relevant instrument for the detection and punishment of anticompetitive conduct. Preserving incentives for such agreements would require the adoption of some special care in handling access to information and documents submitted by proponents and signatories of these collaboration agreements. Granting access to such documents and information by third parties, especially those entitled to bring actions against the bidders or signatories, could give rise to a highly increased exposure of the latter parties than of other participants in the competitive infringement, to such an extent that the incentive to conclude agreements with the antitrust authority would be reduced. However, such facts should be taken into consideration and weighed against the importance of assuring their right of compensation for the damages caused to this party. Measures have been proposed, in order to balance the following interests: to preserve the competition authority's investigation, the incentives for collaboration agreements, and the interests of those harmed by competitive damages. In Brazil, on September 11, 2018, in Resolution no. 21, the subject of access treatment of third parties to documents and information on proceedings brought forth by antitrust authorities was made known by the Administrative Council for Economic Defense (Cade). In this paper, we analyze the experience of the European Union on the same subject, knowing that broad debates have already been held there, regarding situations very similar to those in Brazil that took place in Europe. In the end, we present some considerations and proposals for the treatment of third party access to documents and information from Cade's processes, considering Brazilian history and context.

Keywords: remedy action for competitive damages. Cade Resolution 21/2018.
Access treatment. Evidence Sharing. Leniency agreement.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ARDC	Ação de Reparação por Danos Concorrenciais
Cade	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CE	Comissão Europeia
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CPC	Código de Processo Civil
CPC	Código de Processo Civil
DOJ	<i>Department of Justice</i>
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
IRDC	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
JF	Justiça Federal
LDC	Lei de Defesa da Concorrência
LPI	Lei de Propriedade Industrial
MPE	Ministério Público Estadual
MPF	Ministério Público Federal
PL	Projeto de Lei
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SG/Cade	Superintendência-Geral do Cade
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCC	Termo de Compromisso de Cessação de Prática
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRF	Tribunal Regional Federal
UE	União Europeia

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	21
2	DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA	33
2.1	Histórico do direito da concorrência brasileiro	33
2.2	O conceito do direito da concorrência	40
2.2.1	O conceito nos EUA	42
2.2.2	O conceito na União Europeia	45
2.2.3	Divergências nos conceitos adotados em diferentes jurisdições	47
2.2.4	O conceito no Brasil	51
2.2.4.1	A definição de condutas anticoncorrenciais	53
2.2.4.2	Configuração de cartel – ilícito <i>per se</i> e por objeto	58
2.3	Concorrência desleal - a distinção em relação às condutas anticoncorrenciais	64
3	DO DIREITO DE REPARAÇÃO POR DANOS CONCORRENCIAIS	71
3.1	<i>Enforcement</i> privado complementar ao <i>enforcement</i> público	74
3.1.1	A experiência europeia no debate acerca do <i>enforcement</i> público e <i>enforcement</i> privado e a Diretiva 2014/104/UE	77
3.2	Os potenciais riscos e eficiências na relação entre o <i>enforcement</i> público e privado	83
3.2.1	Especialização e experiência	85
3.2.2	Penalidades	87
3.2.3	Os autores e interesse jurídico	89
3.2.4	A produção de provas	92
3.3	Legitimidade para propor ação – os consumidores indiretos e a doutrina do <i>pass-on</i>	96
3.3.1	A experiência estrangeira	100
4	DO ACESSO A DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES CONSTANTES DOS PROCESSOS INSTAURADOS PELA AUTORIDADE DE CONCORRÊNCIA – A EXPERIÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA	105
4.1	Da lei de acesso a documentos de instituições da União Europeia	106
4.2	Acesso a documentos das investigações da Comissão Europeia	108
4.2.1	Caso CDC Peróxido de Hidrogênio	108
4.2.2	Caso EnBW Energie	114
4.3	Acesso a documentos de autoridades nacionais de defesa da concorrência	120
4.3.1	O caso Pfleiderer	120
4.3.2	O caso Donau Chemie	123
4.3.3	Considerações acerca das decisões comentadas	125
4.4	A Diretiva 2014/104	126

4.4.1	Alguns destaques acerca de normas estabelecidas na Diretiva e contraposição com a situação brasileira	127
4.4.2	Das regras acerca da divulgação de elementos de prova	134
4.4.3	Comentários finais acerca da Diretiva	142
4.5	Da Comunicação sobre a proteção das informações confidenciais para a aplicação privada do direito da concorrência da UE pelos tribunais nacionais	144
5	DO ACESSO A DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES CONSTANTES DOS PROCESSOS INSTAURADOS PELO CADE.....	147
5.1	Das regras acerca do acesso aos processos segundo a LDC.....	149
5.2	Das regras gerais acerca do acesso segundo o Regimento Interno do Cade....	151
5.3	Direito de acesso à informação – a Constituição Federal e a Lei de Acesso à Informação.....	155
5.4	Do Programa de Leniência	161
5.4.1	Da importância da proteção do programa de leniência.....	162
5.4.2	Do Programa de Leniência Brasileiro	163
5.4.3	Das regras de confidencialidade relacionadas ao acordo de leniência no Regimento Interno do Cade	167
5.5	Do Compromisso de Cessação de Conduta e das regras relativas à confidencialidade no Regimento Interno do Cade	169
5.6	Pedidos judiciais de acesso a documentos confidenciais dos processos do Cade	174
5.6.1	Relacionado à investigação de cartel no mercado de trens e metrô	174
5.6.2	Relacionado à investigação de cartel no mercado de compressores herméticos	180
5.7	Divulgação de documentos pelo Cade nos votos e nos autos públicos dos processos administrativos após julgamento.....	188
5.7.1	Processos instaurados em decorrência de celebração de acordos de leniência	189
5.7.2	Processos sem decisão condenatória, mas com reconhecimento da existência de infração, nos quais foram firmados acordos de leniência ou TCC.....	196
5.7.3	Casos nos quais foram firmados apenas TCCs.....	199
5.7.4	Casos nos quais não houve acordo de leniência ou TCC, mas instruídos com documentos de busca e apreensão ou interceptação telefônica	204
5.8	Padrão de confidencialidade das decisões públicas da Comissão Europeia em casos de cartel internacional também julgados pelo Cade.....	205
5.9	A Resolução n. 21, de 11 de setembro de 2018, do Cade.....	208
5.9.1	Fomento às ARDC e proteção do enforcement público	210
5.9.2	Procedimentos aos quais a Resolução 21/2018 se aplica	212
5.9.3	Dos diferentes tratamentos conforme as fases do processo administrativo.....	213
5.9.4	Publicidade como regra.....	220
5.9.5	Exceções à regra geral de publicidade.....	221

5.9.5.1	Documentos e informações apresentados por meio de acordo de leniência e TCC	222
5.9.5.2	Histórico da Conduta e documentos comprobatórios da infração reportada	223
5.9.5.3	Tratamento do acordo de leniência.....	229
5.9.5.4	Tratamento de outras informações e declarações auto-acusatórias	231
5.9.5.5	Restrições previstas nos artigos 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011	232
5.9.5.6	Segredo industrial.....	234
5.9.5.7	Vantagem competitiva a outros agentes econômicos	234
5.9.5.8	Sigilo fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial, dentre outros, e segredo de justiça.....	235
5.9.5.9	Hipóteses dos artigos 91 a 94 e 219 do RiCade	235
5.9.5.10	Sigilo definido por decisão judicial	235
5.9.5.11	Apresentados durante negociação de acordo de leniência ou de TCC subsequentemente frustrada	236
5.9.6	Ressalva acerca da concessão de acesso aos documentos referidos no artigo 2º da Resolução 21/2018 e da atuação da ProCade	237
5.9.7	Problema de aplicação temporal	240
5.9.8	Das sanções para divulgação indevida de informações e documentos de acesso restrito e do tratamento de acesso quando da utilização por terceiros	243
5.10	Da Portaria Cade n. 869, de 01 de novembro de 2019	244
6	CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACESSO A DOCUMENTOS DE OUTROS PROCESSOS SEGUNDO O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.....	247
6.1	Da prova emprestada	248
6.1.1	Requisitos para utilização de prova emprestada.....	249
6.1.2	Riscos relacionados ao uso de prova emprestada.....	255
6.2	Da exibição de documento.....	258
6.3	Ônus Probatório.....	259
6.3.1	Distribuição dinâmica do encargo probatório	262
6.3.2	Considerações acerca da distribuição dinâmica do encargo probatório.....	266
7	DO REFLEXO DO TRATAMENTO DE PUBLICIDADE DE DOCUMENTOS DAS INVESTIGAÇÕES DO CADE EM OUTRAS JURISDIÇÕES	269
8	CONCLUSÃO – PROPOSTAS RELATIVAS A PROCEDIMENTOS E REGRAS DE TRATAMENTO DE ACESSO A INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS DOS PROCEDIMENTOS DO CADE PARA FUNDAMENTAR ARDC.....	275
8.1	Sobre a divulgação pelo Cade, de informações e documentos que tenham sido classificados como de acesso restrito – potenciais riscos	282
8.2	Sobre a divulgação de informações e documentos antes classificados como de acesso restrito de forma automática a partir da decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade	286

8.3	Notificação prévia e direito de manifestação dos interessados	290
8.4	Especificação de tratamento de acesso a documentos apresentados por meio de acordos de cooperação conforme sua categoria.....	290
8.5	Divulgação de informações e documentos – solução alternativa ao procedimento previsto na Portaria n. 869/2019	293
8.6	Exigências em relação ao pedido de acesso, restrições de utilização, e penalidades em caso de descumprimento	295
8.7	Suspensão da ação judicial durante o trâmite do processo no Cade.....	299
9	REFERÊNCIAS	303

1 INTRODUÇÃO

A criação de uma autoridade com competência para investigar condutas anticoncorrenciais ocorreu no Brasil por meio da Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962¹. Embora a eficácia das decisões desta autoridade, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade ou Conselho) tenha sido limitada² durante a vigência desta lei, ela se fortaleceu a partir da publicação da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994 – que transformou o Cade em uma autarquia – e, especialmente, a partir da Lei que a revogou e substituiu, a Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência, ou LDC).

Nos termos da LDC, a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela lei, a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico³. O escopo de atuação do Cade é, portanto, o de aplicação da legislação de proteção da concorrência sob o aspecto do interesse público – normalmente referido como “*enforcement* público” do direito da concorrência.

E para cumprimento da tarefa de prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômico, a LDC confere ao Cade poderes investigatórios bastante amplos. Além da possibilidade de requerer ao Poder Judiciário a realização de busca e apreensão no interesse de suas investigações, a LDC confere ao Cade competência para requisitar vista e cópia de documentos e objetos de processos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal ou outros entes da federação, bem como de inquéritos policiais e ações judiciais. A LDC confere, ainda, a competência para requisitar informações e documentos de

¹ Observa-se que o Decreto-lei 7.666, de 22 de junho de 1945, conhecido como “Lei Malaia”, criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica. A lei, entretanto, perdeu sua vigência em menos de um ano. A próxima legislação dispoondo sobre a criação de um órgão de defesa da concorrência foi a mencionada Lei n. 4.137/1962.

² Embora o Cade tenha iniciado várias investigações neste período, os poucos casos de condenação sofriam revisão pelo Poder Judiciário, especialmente por meio de mandado de segurança, não tendo eficácia. Paula Forgioni destaca, a respeito, uma decisão proferida pelo Cade em 1976, aplicando “pesada multa pecuniária”, a qual foi suspensa por força de um mandado de segurança e, posteriormente, anulada pelo Poder Judiciário. FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 116-117.

³ Cf. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 (LDC) artigo 1º e seu parágrafo único.

quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, dentre outras ações voltadas à instrução dos processos instaurados pelo Cade⁴. E, somados à tais poderes, o Cade possui outro relevante instrumento capaz de lhe dar acesso a informações e documentos relevantes para sua investigação, qual seja, o acordo de leniência – e, à semelhança, o compromisso de cessação de prática sob investigação.

O acesso à maior quantidade possível de informações, documentos, e objetos relacionados a suas investigações – observados os limites legais e constitucionais – são, indubitavelmente, de grande relevância para a efetividade das funções desempenhadas pelo Cade, as quais visam a proteção da concorrência sob o aspecto do interesse público. E, como consequência, levam à formação de autos repletos de diversas informações cujo acesso podem, eventualmente, ser de interesse de terceiros.

Já é uma prática consolidada no Cade a criação de diferentes apartados dos autos de suas investigações, segundo regras de confidencialidade específicas. Informações mais detalhadas serão apresentadas em tópico próprio neste trabalho, mas observamos aqui, em linhas gerais, que usualmente são criados ao menos dois apartados dos autos de processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (processos administrativos): os autos públicos e os autos de acesso restrito aos representados. Apartados adicionais podem ser criados, por exemplo, para proteger a confidencialidade em relação a informações apresentadas por algum representado (que constitua, por exemplo, segredo comercial ou informação concorrencialmente sensível que não deva ser acessada pelos demais representados ou terceiros). A fim de garantir o direito de ampla defesa e contraditório, o Cade usualmente confere aos representados dos processos administrativos o acesso a todas as informações e documentos a que tem acesso (ressalvadas hipóteses legais de confidencialidade), cuja utilização é restrita para o exercício do direito de defesa naquele processo, específica e unicamente. Como regra, estes autos não são disponibilizados a terceiros durante a investigação e, em vários casos, mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade (considerando regras de confidencialidade específicas, que também serão tratadas em capítulo próprio

⁴ Cf. LDC, notadamente, nos artigos 11 e 13.

neste trabalho). Recentemente, contudo, a possibilidade de acesso de terceiros às informações e documentos dos processos administrativos do Cade, durante ou após o encerramento das investigações, tem sido debatida.

As discussões acerca da possibilidade de acesso a documentos em posse de autoridades de concorrência por terceiros se intensificaram com o aumento do interesse na propositura de ações de reparação (ou indenização) por danos concorrenciais – um fato que se verifica no Brasil e em outras jurisdições, notadamente, no âmbito da União Europeia.

No direito brasileiro, condutas anticoncorrenciais podem gerar a responsabilização dos infratores segundo diversas normas jurídicas voltadas à proteção dos interesses e bens jurídicos da coletividade e também de interesses individuais. No âmbito do interesse da coletividade, condutas anticoncorrenciais podem configurar infração à Lei de Defesa da Concorrência, Lei n. 12.529/2011 (LDC)⁵ ou também, a depender do tipo de conduta, podem configurar crime – por exemplo, crime contra a ordem econômica (cf. art. 4º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990) ou outros crimes eventualmente relacionados à prática de cartel (tais como previstos na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940). No âmbito do interesse individual, condutas anticoncorrenciais podem causar danos a terceiros e gerar responsabilidade de reparação civil. Mas, embora a possibilidade jurídica de propositura de ações dessa natureza já exista no Brasil há décadas – fundamenta-se nos dispositivos do Código Civil acerca de reparação por danos, sendo reforçada pelos artigos 29 da revogada Lei n. 8.884/1994 e artigo 47 da atual LDC – são muito reduzidas as ações já propostas. O número reduzido de ações de reparação por danos concorrenciais é atribuído a uma série de fatores, dentre os quais se destacam dúvidas acerca do prazo prescricional aplicável; dificuldades de comprovar a infração (especialmente diante de um Judiciário sem grande familiaridade com o tema das infrações concorrenciais), o dano, e o nexo causal entre eles; dificuldade de quantificar este dano; e longa demora do processo judicial que, aliado às incertezas acerca do possível resultado de uma ação desta natureza, tem um peso considerável na decisão de propor uma ação de reparação por danos concorrenciais.

⁵ Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Embora a existência de esferas diversas de proteção (considerando interesses coletivos e interesses individuais) não seja exclusiva de condutas anticoncorrenciais, o debate acerca da relação entre estas diferentes esferas alcançou relevante destaque em relação a condutas anticoncorrenciais, tanto em âmbito internacional quanto no Brasil. Particularmente, as discussões trazem à tona a importância de garantia de reparação civil aos prejudicados por condutas anticoncorrenciais.

As principais discussões que tem ocorrido recentemente tiveram início com um julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no caso conhecido como *Courage/ Crehan*⁶, em 2001. Na decisão, o TJUE aduziu que a efetividade plena dos dispositivos legais acerca da proteção da concorrência, especialmente os efeitos da proibição de praticar condutas anticoncorrenciais, seria colocada em risco caso não fosse permitido aos prejudicados por tais condutas anticoncorrenciais requerer a compensação pelos danos causados. A partir desta decisão, passou-se a discutir mais enfaticamente a relação de possível complementaridade entre o *enforcement* público da legislação de concorrência (realizado pelas autoridades de concorrência) e o *enforcement* privado (realizado por particulares, por meio das ações de reparação por danos concorrenciais). E, como consequência, entidades da União Europeia – notadamente, a Comissão Europeia – passaram a avaliar meios de remover os entraves para a propositura de tais ações de reparação para viabilizar, ou mesmo promover, a sua propositura. Dentre os vários problemas identificados e soluções propostas, a facilitação de acesso a informações e documentos capazes de fundamentar as ações de reparação pelos autores teve um particular destaque.

Notadamente, passou-se a debater a possibilidade de acesso, pelos prejudicados, a informações e documentos das investigações das autoridades de defesa da concorrência – considerando que os autos destas investigações conteriam elementos de prova da ocorrência do ilícito e, eventualmente, também dos prejudicados pela infração, além de, potencialmente, informações que facilitassem a quantificação dos danos sofridos pelos prejudicados.

⁶ Caso C-453/99, *Courage Ltd. v. Bernard Crehan* [2001] ECR-I-6297.

Partindo da ideia inicial de que o *enforcement* privado seria complementar ao *enforcement* público e, portanto, relevante para a política de defesa da concorrência, cogitou-se a possibilidade de facilitar o acesso dos autores aos documentos das investigações das autoridades de concorrência de forma mais significativamente mais ampla do que até então realizado.

De fato, a assimetria de informação é uma característica marcante nas ações privadas em matéria concorrencial. O conjunto probatório necessário para comprovar a infração que deu causa ao dano e permitir a sua quantificação, usualmente, estão em posse da autoridade concorrencial no âmbito de uma investigação, ou em posse das empresas e indivíduos que praticaram a infração – sendo que mesmo estes últimos, em caso de conduta colusiva⁷, dificilmente terão posse de documentos suficientes para comprovar a infração em toda a sua extensão, em relação a todos os infratores.

Contudo, após a realização de consultas públicas, estudos, e amplos debates das autoridades com a sociedade, veio à tona a preocupação com a possibilidade de o *enforcement* privado poder, eventualmente, prejudicar o *enforcement* público da legislação de defesa da concorrência. A preocupação dizia respeito, especificamente, à possibilidade de prejuízo às investigações das autoridades de concorrência, que poderia ocorrer, por exemplo, se o acesso a documentos tratados como confidenciais pela autoridade fossem disponibilizados a terceiros ainda no curso das investigações (pois poderiam revelar dados estratégicos da investigação e, eventualmente, inviabilizar a produção de novas provas, por exemplo); ou se o acesso fosse dado a documentos apresentados sob o caráter de confidencialidade, no âmbito de um acordo de leniência. Este tipo de acordo é reconhecido, de forma praticamente unânime pelas jurisdições mais ativas no combate a condutas anticoncorrenciais, como um dos principais instrumentos para revelar condutas anticoncorrenciais desconhecidas pela autoridade e dar acesso a informações e documentos que viabilizem a condenação dos coautores. Acordos de leniência também podem ter o efeito de inibir a prática de condutas anticoncorrenciais (por criar instabilidade entre os coautores) ou ser um estímulo à

⁷ Conduta colusiva representa condutas nas quais dois ou mais agentes agiram em conluio com objetivos anticoncorrenciais, tais como em infração de cartel. Cf. art. 36, §3º, incisos I e II da LDC.

sua cessação (visto que os benefícios são maiores, ou únicos, para o primeiro a denunciar⁸).

Ainda no âmbito da União Europeia, as discussões acerca do direito de acesso a informações e documentos dos processos da autoridade concorrencial ocorreu também, paralelamente, em âmbito judicial, visto que autores de ações de reparação passaram a requerer, judicialmente, o acesso a determinados documentos produzidos ou em posse das autoridades de defesa da concorrência. Nos principais casos que se tornaram referência sobre o assunto, a autoridade de concorrência posicionou-se contrariamente à divulgação das informações ou documentos requeridos pelos autores, sob a alegação de proteção das investigações (atuais ou futuras) – incluindo neste conceito a proteção dos incentivos ao programa de leniência. Em alguns casos, o Judiciário decidiu conforme entendimento apresentado pelas autoridades de defesa de concorrência (autoridades nacionais dos Estados-Membros e, notadamente, a Comissão Europeia). Em outros, contudo, decidiu de forma contrária, dando provimento ao pedido de acesso a informações e documentos até então mantidos como confidenciais pelas autoridades de defesa da concorrência. Tal divergência ampliou ainda mais o debate, especificamente quanto à necessidade de equilibrar o *enforcement* público e o privado, de forma que o último não afetasse o primeiro.

Como resultado dos amplos debates, promovidos ao longo de alguns anos, a Comissão Europeia publicou a Diretiva 2014/104/EU⁹ (Diretiva), que estabelece regras a serem implementadas por todos os Estados-Membros da União Europeia a respeito de ações de reparação relativas a danos causados por infrações concorrenciais. Desde a publicação desta Diretiva – e mesmo pouco tempo antes de sua publicação –, diversas ARDC têm sido propostas nos Estados-Membros da União Europeia – notadamente, na Alemanha, Reino Unido e Países Baixos. Tais ações são propostas por milhares de prejudicados e pleiteiam valores milionários.

⁸ Como regra, acordos de leniência exigem a cessação da participação na conduta anticoncorrencial reportada. No Brasil, apenas o primeiro a delatar uma conduta anticoncorrencial ao Cade faz jus aos benefícios do acordo de leniência. Cf. LDE e Regimento Interno do Cade.

⁹ Cf. Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Disponível em (na versão em português): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0104&from=EN>. Acesso em 18 nov. 2019.

O Brasil não ficou fora destes debates, e ações buscando a remoção de entraves para propositura de ações de reparação por danos concorrenciais já vêm sendo adotadas há alguns anos. Em 2016 foi proposto o Projeto de Lei do Senado n. 283, com o objetivo de “estimular o ajuizamento de ações privadas para cessação das infrações, bem como ressarcimento dos danos dela decorrentes”¹⁰ – que atualmente tramita na Câmara dos Deputados sob o número Projeto de Lei n. 11.275/2018¹¹. Tal projeto visa não apenas remover alguns dos obstáculos – por exemplo, ao dispor de regra clara sobre o prazo prescricional aplicável e sobre sua contagem – como também incentivar tais ações, ao estabelecer o direito de indenização em dobro para a reparação por dano concorrencial (exceto em relação aos signatários de acordo de leniência e de compromisso de cessação de conduta).

Também no ano de 2016 o Cade publicou consulta pública acerca de Resolução para regulamentar os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos processos administrativos. Após o recebimento de diversos comentários da sociedade por meio da consulta pública, o Cade reformulou a proposta de Resolução e abriu nova consulta pública em 2018. Após o recebimento de novos comentários, o Cade reformulou novamente a proposta, a qual foi então transformada na Resolução Cade n. 21/2018 e publicada em 11 de setembro de 2018 (Resolução 21/2018). Pouco mais de um ano após a publicação desta Resolução, o Cade publicou a Portaria Cade n. 869/2019, em 4 de novembro de 2019, para disciplinar os procedimentos referentes à Resolução 21/2018.

A aplicação da Resolução 21/2018, entretanto, tem sido tímida. Até a presente data, tem-se conhecimento de apenas duas decisões que abordam diretamente a aplicação da Resolução 21/2018¹². Diversas dúvidas ainda existem

¹⁰ Cf. a explicação da ementa, disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>>. Acesso em 16 de novembro de 2019.

¹¹ O Parecer já foi aprovado, e atualmente aguarda Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

¹² Despacho Decisório n. 44/2019, no âmbito do processo administrativo n. 08700.004073/2016-61 (proferido na Sessão de Julgamento do dia 13 de novembro de 2019) e decisão do Tribunal do Cade no julgamento do processo administrativo n. 08700.007938/2016-41 (proferida na Sessão de Julgamento do dia 13 de dezembro de 2019). Além dessas decisões, tem-se conhecimento de um pedido de acesso a documentos constantes em autos de acesso restrito por terceiros interessados (especificamente, documentos obtidos por meio de medida de busca e apreensão, segundo consta no parecer da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade), cuja resposta fez referência à Resolução 21/2018. Entretanto, tanto o pedido quanto o parecer não tiveram fundamento, especificamente, nesta Resolução, razão pela qual não se pode extrair desta decisão informações

acerca desta Resolução, notadamente, em que medida a norma altera os procedimentos já adotados pelo Cade até o momento de sua publicação. Por exemplo, há dúvidas sobre a exata extensão dos documentos cujo tratamento confidencial será mantido mesmo após decisão do Tribunal do Cade; ou o critério de aplicação temporal da Resolução, ou seja, se, e como, ela seria aplicada para casos já julgados¹³, ou casos já iniciados mas não julgados até a publicação da norma; dentre outros que serão detalhados neste trabalho. Dada a relevância do tema, mostra-se pertinente avaliar as diretrizes apresentadas pela Resolução 21/2018, as dúvidas e controvérsias existentes, e ponderar a melhor forma de aplicação de tal Resolução. Neste sentido, a análise da experiência estrangeira se mostra relevante – notadamente, a experiência da União Europeia no contexto da Diretiva, dadas as diversas similaridades com o contexto brasileiro que deu origem à Resolução 21/2018.

Relevante observar que, à semelhança do que ocorreu na Europa, a publicação desta norma regulando procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos processos administrativos ocorreu em meio a um crescente interesse acerca das ações reparatórias em matéria concorrencial no Brasil, e também a discussões ocorridas em âmbito judicial. Uma decisão judicial merece particular atenção, qual seja, a proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.554.986/SP¹⁴. Decidindo de forma diversa do quanto defendido pelo Cade em juízo (na qualidade de assistente), o STJ decidiu que o sigilo do procedimento administrativo do Cade não poderia ser oposto ao Poder Judiciário, e que as razões para manutenção de confidencialidade de tal procedimento administrativo – notadamente, proteção da investigação do Cade,

específicas que esclarecem as dúvidas sobre esse instrumento normativo. Cf. Processo n. 08012.011142/2006-79 e Parecer n. 17/2019/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU (da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade).

¹³ A decisão do Tribunal do Cade adotada no processo administrativo n. 08700.007938/2016-41 esclarece que a Resolução 21/2018 não será aplicada para acordos de leniência e TCCs celebrados antes de sua publicação.

¹⁴ Originariamente, Processo nº 0116924-71.2012.8.26.0100, ajuizado na 33ª Vara Cível do Foro Central Cível de São Paulo, no qual a Electrolux do Brasil S.A. moveu ação de reparação de danos em face das empresas Whirlpool S.A. e Brasmotor S.A. (compromissárias de Termo de Cessação de Conduta firmado com o Cade). Em 15 de julho de 2014, foi proferida sentença que julgou a ação extinta com resolução do mérito em relação à Whirlpool S.A. e à Brasmotor S.A. Já em 08 de março de 2016, a Terceira Turma do STJ julgou o Recurso Especial nº 1.554.986/SP, interposto pela Electrolux, definindo limite temporal da confidencialidade de dados de Acordo de Leniência firmado com o Cade.

ainda em curso porque não proferida ainda a decisão¹⁵; e proteção da confidencialidade relacionada a acordos de leniência firmados com o Cade – não seriam justificáveis. Tal decisão trouxe à tona um risco iminente de que o Poder Judiciário poderia decidir de forma contrária ao entendimento do Cade. E, no entender da autoridade concorrencial – que, neste ponto, alinha-se com o entendimento adotado em outras jurisdições – poderia trazer riscos à investigação do Cade, incluindo os incentivos aos programas de leniência.

Portanto, a análise da Resolução 21/2018 deve ser feita num contexto mais amplo, qual seja, o de como as regras ali dispostas podem trazer repercussões também em outras esferas. E tal fato não é irrelevante, mas pelo contrário. Veja-se, por exemplo, que a Comissão Europeia recentemente abriu consulta pública para um Guia com orientações para o Poder Judiciário acerca de classificação e tratamento de informações e documentos confidenciais que tenham sido obtidos, originariamente, de suas investigações¹⁶. O alinhamento da política adotada pelas autoridades de concorrência com as decisões a serem proferidas pelo Poder Judiciário que possam afetar, direta ou indiretamente, as atividades das autoridades de concorrência são fundamentais para uma política sólida de defesa da concorrência.

Ainda, e à semelhança do que ocorreu no âmbito da União Europeia, as decisões acerca da disponibilização de acesso a informações e documentos classificados como confidenciais pela autoridade de concorrência devem levar em consideração a intrincada relação e os incentivos ao *enforcement* privado e *enforcement* público. Se, por um lado, os prejudicados têm direito de pleitear reparação e de fazer uso dos instrumentos legais aptos a viabilizar o exercício deste direito, por outro lado, a autoridade de defesa de concorrência, no exercício de suas atribuições em defesa do interesse da coletividade, deve ver

¹⁵ A decisão proferida pelo STJ neste caso será detalhada em capítulo próprio, mas por ora explica-se que esta decisão foi proferida após a publicação do parecer técnico da Superintendência-Geral do Cade, mas antes da decisão pelo Tribunal do Cade. Em julgamento de embargos de declaração contra o acórdão decidindo o Recurso Especial, o STJ reconheceu que a proteção da investigação do Cade poderia justificar a manutenção da confidencialidade de determinados documentos até a decisão proferida pelo seu Tribunal (e não somente após o parecer conclusivo da Superintendência-Geral, com remessa dos autos ao Tribunal).

¹⁶ Cf. texto da proposta de Guia no sítio eletrônico da Comissão Europeia, disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/consultations/2019_private_enforcement/index_en.html>. Acesso em 20 nov. 2019.

protegidos seus instrumentos investigatórios que assegurem a eficácia de suas atividades.

Neste trabalho, iremos apresentar os principais fatos que deram origem aos debates acerca do direito de acesso a documentos das investigações das autoridades de defesa da concorrência por terceiros interessados e a forma como o tema tem sido tratado nas esferas judiciais e administrativa. Para tanto, analisaremos o escopo de proteção do direito da concorrência e o aspecto público do *enforcement* da lei de defesa da concorrência. Em seguida, apresentaremos considerações sobre o direito de reparação por danos concorrenciais, no âmbito do *enforcement* privado da legislação de defesa da concorrência. Passaremos então à análise da experiência europeia no tratamento do tema, particularmente, o surgimento dos debates acerca da importância das ARDC, a contraposição entre o *enforcement* público e privado, o entendimento judicial acerca do direito de acesso de terceiros a documentos e informações constantes nos autos das autoridades de concorrência, e as atividades legislativas para endereçar o tema das ARDC e direito de acesso a tais documentos e informações por parte dos prejudicados por infrações concorrenciais. A análise da experiência europeia irá demonstrar, e destacar, a similaridade com os temas debatidos no Brasil, e irá indicar a solução adotada no âmbito da União Europeia. Na sequência, voltaremos a análise para o Brasil, analisando a legislação e normas pertinentes ao direito de acesso a informações e documentos, incluindo aquelas publicadas pelo Cade; apresentaremos um estudo de decisões judiciais tratando de pedidos de acesso de terceiros a documentos dos processos do Cade, seguida da análise de estudo de casos julgados pelo Cade – com o propósito de identificar a forma de tratamento de acesso aplicada em processos nos quais foram firmados acordos de cooperação anteriormente à publicação da Resolução 21/2018 do Cade; e então analisaremos detalhadamente as regras estabelecidas nesta resolução acerca do tratamento de acesso a documentos e informações de processos nos quais foram firmados acordos de cooperação. No capítulo seguinte apresentaremos algumas considerações acerca de regras processuais pertinentes ao ônus probatório e possibilidade de distribuição dinâmica de tal ônus, e acerca do empréstimo de provas. Em seguida, apresentaremos alguns dos desafios relacionados ao tema de concessão de acesso, a terceiros, a documentos e informações dos processos do Cade. Finalmente, propomos interpretações e procedimentos que poderiam, ao

nosso ver, ser adotados de forma alternativa ou complementar ao tratamento atual, e que poderiam eventualmente contribuir para o desenvolvimento de uma política que viabilize as ações de reparação por danos concorrenciais sem prejuízo ao *enforcement* público da legislação de defesa da concorrência.

8 CONCLUSÃO – PROPOSTAS RELATIVAS A PROCEDIMENTOS E REGRAS DE TRATAMENTO DE ACESSO A INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS DOS PROCEDIMENTOS DO CADE PARA FUNDAMENTAR ARDC

Conforme vimos demonstrando ao longo deste trabalho, o tema de acesso a documentos das investigações do Cade por terceiros envolve questões que, sob determinada ótica, não trata de algo essencialmente novo. Questões como empréstimo de prova, ônus probatório, direito de reparação civil, direito de proteção ao sigilo ou de não produção de prova contra si mesmo, dentre outras, não constituem novidade.

Entretanto, estas questões se colocam sob uma ótica nova, no contexto de acesso a documentos das investigações do Cade para utilização em ARDC, notadamente, porque tal direito de acesso implica em alteração nos procedimentos e regras até então utilizados pela autoridade de concorrência. E tal alteração, por consequência, gera efeitos.

Neste trabalho apresentamos análise da experiência da União Europeia devido à significativa semelhança entre as discussões havidas lá e aquelas ocorridas no Brasil. Assim como no Brasil, o interesse na propositura de ARDC não decorreu de alteração legislativa ou jurisprudencial – o direito de reparação civil por danos concorrenciais já era reconhecido no ordenamento jurídico há muitos anos. Da mesma forma, o fundamento para pedido de acesso a documentos das investigações da autoridade de concorrência não se deu com base em nova legislação ou precedentes judiciais – tanto no Brasil quanto na Europa, os regulamentos, leis e outros dispositivos legais referenciados já estavam vigentes há algum tempo. Ainda, o aumento do interesse na propositura de ARDC foi bem-recepcionado tanto no Brasil quanto na Europa, seja pelo reconhecimento do direito de prejudicados obterem reparação por danos sofridos, seja pelo reconhecimento de que o aumento de ARDC poderia contribuir para a política de repressão às infrações concorrenciais. Também vimos, no âmbito europeu, assim como no Brasil, manifestações das autoridades de concorrência perante o Judiciário acerca da importância de manutenção de confidencialidade de determinadas informações e documentos, para fins de proteção de instrumentos relevantes para as funções que lhes competiam na aplicação da legislação de concorrência; e manifestação de terceiros interessados acerca das regras de garantia do direito de acesso. Também

observamos que decisões judiciais foram proferidas tanto em conformidade com a posição defendida por autoridades de concorrência, como também em sentido contrário. Finalmente, analisamos as ações e procedimentos adotados na União Europeia para endereçar as questões pertinentes ao acesso a informações e documentos das investigações das autoridades de concorrência por terceiros, os quais poderiam contribuir para as reflexões acerca das ações e procedimentos a serem adotados no Brasil.

No Brasil, a publicação da Resolução 21/2018 (e os estudos que precederam e deram origem à proposta preliminar de Resolução) comprova que o Cade não está inerte ou indiferente às discussões acerca da possibilidade de concessão de acesso de documentos de seus procedimentos administrativos a terceiros, a fim de embasar ARDC. A abertura de duas Consultas Públicas acerca da proposta de Resolução que deu origem à Resolução 21/2018, bem como a disponibilidade de representantes da autarquia em participar de debates públicos⁵²⁶ acerca do tema também demonstram uma atitude positiva do órgão de ponderar opiniões e sugestões da sociedade.

A Resolução 21/2018, contudo, por sua natureza, endereça o tratamento de interesses diametralmente opostos. De um lado, tem-se o direito e dever, do próprio Cade, de proteger o *enforcement* público do direito da concorrência, incluindo os instrumentos que viabilizam tal *enforcement* (notadamente, acordos de leniência e TCC), bem como o direito ao tratamento confidencial de informações e documentos de pessoas naturais e pessoas jurídicas que são partes em procedimentos administrativos instaurados pela autarquia. De outro lado, tem-se o direito de terceiros, que sofreram danos em decorrência de condutas anticoncorrenciais, de buscar acesso aos meios de prova de seu direito e viabilizar o *enforcement* privado das regras de defesa da concorrência. E, para além do tratamento a ser conferido pelo próprio Cade, este deve ponderar possíveis consequências de decisões que venham a ser proferidas pelo Poder Judiciário em relação a pedido de acesso, por terceiros, a informações e documentos dos procedimentos administrativos instaurados pela autarquia.

⁵²⁶ Referimo-nos à aceitação de participação em congressos e palestras organizados por entidades relevantes tais como Ibrac e Cecore (OAB/SP), dentre outras, para discutir temas relacionados à Resolução 21/2018.

A ementa da Resolução 21/2018 contém referência à “articulação entre persecução pública e privada” e ao propósito de “fomentar” as ações de reparação por danos concorrenciais⁵²⁷. Não encontramos na Resolução 21/2018 nenhuma referência ao propósito de manutenção de interesses e instrumentos relevantes para o *enforcement* público da LDC. Analisadas em conjunto, tais referências poderiam permitir a interpretação de que o objetivo do Cade seria o de atuar ativamente em favor da propositura de ARDCs, ou a favor dos autores das ARDCs – e, portanto, colocar um peso maior no lado do *enforcement* privado, com potencial prejuízo ao *enforcement* público. Tal entendimento, contudo, parece-nos não refletir a postura que o Cade tem manifestado sobre o assunto.

Não podemos deixar de observar, contudo, que se o propósito da Resolução 21/2018 é trazer clareza sobre o procedimento a ser adotado pelo Cade, e servir, de certa forma, como orientação para terceiros – sejam os potenciais prejudicados, ou mesmo o Poder Judiciário, que poderia encontrar na Resolução elementos que demonstrem o que o Cade entende relevante para proteger o *enforcement* público – sua redação deveria, idealmente, ser o mais clara e objetiva quanto possível.

Conforme comentado no item 3.2 deste trabalho, o movimento que deu origem ao incentivo às ações de reparação por danos concorrenciais na União Europeia (que repercutiram em movimentos semelhantes em outras jurisdições) fundamentou-se fortemente na premissa de que o *enforcement* privado seria complementar ao *enforcement* público, no sentido de que ambos buscariam a efetividade das regras de defesa da concorrência. Em outras palavras, o risco de responsabilização também na esfera civil seria mais um fator de desincentivo à prática de condutas anticoncorrenciais, para além de ser um direito dos prejudicados, razão pela qual dever-se-ia buscar meios para garantir a responsabilização efetiva na esfera privada.

À medida que o debate evoluiu, começaram a surgir ponderações acerca da possibilidade de que o *enforcement* privado, contudo, poderia, em certa medida, prejudicar o *enforcement* público⁵²⁸. Notadamente, na hipótese de se

⁵²⁷ A Exposição de Motivos da proposta da Resolução 21/2016 também apresenta, logo no seu primeiro parágrafo, referência à busca de articulação entre persecução pública e privada e objetivo de fomentar a reparação de danos concorrenciais no Brasil.

⁵²⁸ Veja-se texto constante no relatório da Comissão Europeia: “*More recently, a new issue has arisen, showing that the EU right to compensation can sometimes be at odds with the effectiveness*

permitir aos autores de ARDC o acesso a documentos dos processos das autoridades concorrenciais que pudessem eventualmente prejudicar suas investigações – por exemplo, caso documentos de tais processos viessem a ser divulgados a terceiros ainda no curso da investigação da autoridade concorrential, revelando linha de investigação, estratégias processuais ou outros elementos que deveriam permanecer sigilosos para a melhor efetividade das investigações.

Conforme exposto no início deste trabalho, entendemos que o escopo de atuação do Cade é o de aplicação da legislação de proteção da concorrência sob o aspecto do interesse público. Este entendimento considera que a competência do Cade é determinada, e limitada, pela LDC, a qual dispõe que a coletividade é a titular dos bens jurídicos por ela protegidos.

Tais considerações são apresentadas com o propósito de indicar que o propósito primordial do Cade deve ser o de proteger o *enforcement* público do direito da concorrência.

Isto não significa que o Cade deve manter-se indiferente em relação ao direito dos prejudicados por danos concorrenciais de buscar reparação dos danos sofridos – especialmente considerando que a LDC expressamente dispõe que os prejudicados poderão ingressar em juízo para obter a cessação de práticas anticoncorrenciais, bem como o recebimento de indenização por danos sofridos, mesmo que independentemente do inquérito ou processo administrativo instaurado pelo Cade.

No exercício de sua competência de buscar a execução da LDC, o Cade deve adotar procedimentos e iniciativas que viabilizem o exercício do direito de reparação pelos prejudicados por infrações concorrenciais. Neste sentido, destaca-se procedimento que já vem sendo adotado pelo Cade, quando decisões condenatórias são proferidas por seu Tribunal, de buscar a divulgação das decisões condenatórias para que eventuais prejudicados tenham conhecimento da possibilidade de buscar reparação civil.

of public enforcement of the EU competition rules. For example, there exists legal uncertainty as to whether information that a competition authority had obtained in the course of its enforcement of the EU competition rules, is disclosable in damages actions before national courts. Such disclosure could be particularly detrimental for the effectiveness of the leniency programmes and hence for the effectiveness of the fight against secret cartels". COMISSÃO EUROPEIA. Impact Assessment Report. Damages actions for breach of the EU antitrust rules accompanying the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. SWD/2013/0203.

Entretanto, em qualquer situação em que o *enforcement* público puder vir a ser prejudicado pelo exercício do *enforcement* privado, o Cade deve posicionar-se em defesa do *enforcement* público da legislação de defesa da concorrência.

Conforme apresentamos neste trabalho, parece-nos que este foi o posicionamento adotado pela Comissão Europeia, bem como de autoridades nacionais de concorrência no âmbito da União Europeia. Tal como apresentado no capítulo 4, a Comissão Europeia e autoridades nacionais de concorrência atuaram ativamente perante o Judiciário com o propósito de assegurar a confidencialidade de certas informações e documentos de suas investigações. Dentre os casos paradigmáticos acerca do direito acesso por terceiros a informações e documentos dos processos das autoridades de concorrência, encontramos apenas um caso no qual a Comissão Europeia não se posicionou contra a divulgação de determinadas informações perante o judiciário. No caso da investigação de cartel nos mercados de peróxido de hidrogênio e perborato de sódio, a Comissão Europeia pretendia atender pedido de terceiros para publicar uma nova versão pública de sua decisão, contendo mais informações que a versão anterior. As partes contrárias a tal divulgação eram empresas condenadas por infração concorrencial na investigação da Comissão Europeia. Observa-se, contudo, que em comparação com as versões públicas de decisões condenatórias do Cade, as decisões da Comissão Europeia contêm um volume significativamente menor de informações acerca da investigação, das partes investigadas, e dados e relatos específicos apresentados por signatários de acordos de leniência. Não identificamos, por exemplo, na análise comparativa que fizemos, nenhuma versão pública de decisão da Comissão Europeia que contenha transcrições literais de diversos trechos de documentos apresentados por signatários de leniência, ou qualquer imagem (cópia) destes documentos. No caso mencionado, embora o Judiciário tenha deferido a publicação da nova versão pública da decisão, esta não está ainda disponível no site da Comissão Europeia. Acreditamos, contudo, que esta decisão deve seguir padrão similar de outras decisões mais recentes, algumas das quais foram analisadas no estudo que apresentamos neste trabalho.

Também como visto, nem sempre a posição defendida pela Comissão Europeia ou autoridade nacional de concorrência foi vitoriosa perante o Judiciário em todas as instâncias. Os debates ocorridos em âmbito judicial, acerca

dos fundamentos que poderiam justificar ou não o direito de acesso de terceiros, foram particularmente relevantes para orientar as ações e estudos que acabaram por moldar a Diretiva 2014/104/UE. Tais debates envolveram, como visto, discussões sobre o direito de acesso a informações e documentos de órgãos da administração pública e seu confronto com regulamentos acerca dos procedimentos e regras acerca do direito da concorrência.

Dentre as regras da Diretiva 2014/104/UE, uma merece especial consideração: o item 6 do artigo 6º, que determina a proibição de acesso por terceiros, mesmo após o fim da investigação da autoridade de concorrência, das declarações apresentadas pelos signatários de acordos de leniência, bem como das propostas de acordo de leniência. Trata-se de uma restrição absoluta, que introduziu uma proteção às declarações e propostas de leniência que não havia sido reconhecida nas decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) até então. Conforme visto, no paradigmático caso *Pfleiderer*, o TJUE confirmou que o propósito de proteção dos instrumentos de investigação das autoridades de concorrência poderia justificar a confidencialidade de informações e documentos apresentados por signatários de acordos de leniência. Entretanto, o TJUE decidiu que caberia aos Estados-Membros decidir, conforme suas regras internas, acerca da conveniência de autorizar ou não o acesso de terceiros àquela categoria de informação e documentos, ponderando o equilíbrio entre interesses públicos e privados. Não identificamos objeções apresentadas por nenhum Estado-Membro para incluir em sua legislação nacional tal restrição absoluta de acesso às declarações de signatários de acordos de leniência e às propostas de tais acordos.

Esta é a única restrição absoluta de acesso de informações e documentos dos processos das autoridades de concorrência introduzida pela Diretiva 2014/104. Com exceção de outras hipóteses de restrição de acesso determinadas por legislações específicas, o Judiciário pode conceder o acesso a determinadas informações e documentos a terceiros, considerando os critérios estabelecidos na Diretiva 2014/104/UE.

Percebe-se, pois, semelhança entre a experiência europeia e a brasileira. No Brasil, o Cade atuou em casos judiciais com o propósito de defender a confidencialidade de informações e documentos de suas investigações. O confronto entre regras acerca do direito de acesso a informações, ou da publicidade de informações, e as regras acerca da competência do Cade, acerca dos

instrumentos de persecução pública, e das exceções à publicidade das informações, também tem sido discutido no Brasil em diversos casos. E o Cade também publicou regras regulando o direito de acesso a informações e documentos de seus processos.

Diferentemente da Diretiva 2014/104/UE, contudo, a Resolução 21/2018 somente produz efeitos no âmbito do Cade – o qual não tem competência para expedir normas vinculantes a outros órgãos, notadamente, em relação ao Poder Judiciário. Mas, também como vimos, está em curso uma proposta de “Comunicação”, pela Comissão Europeia, acerca da proteção das informações confidenciais para a aplicação privada do direito da concorrência da UE pelos tribunais nacionais, que não é vinculativa ao Poder Judiciário. Mas tem como propósito servir como referência para inspiração e orientação aos Juízes.

Resoluções expedidas pelo Cade podem também, propositadamente ou não, resultar em semelhante efeito. Isto é, embora não sejam vinculativas ao Poder Judiciário, podem servir como referência, indicação daquilo que o Cade, como órgão competente para defender os interesses da coletividade, entende ser pertinente e necessário para assegurar a efetividade de suas ações na repressão às condutas anticoncorrenciais.

Este fato representa mais uma razão para argumentar a importância de que qualquer Resolução do Cade acerca do tema tratado neste trabalho apresente, de forma clara, seus fundamentos e propósitos, bem como as regras por ela definidas. Isto é, quanto maior a necessidade de interpretação dos dispositivos da Resolução, ou de complementação por meio de outros regulamentos, portarias, jurisprudência, etc., menor é a capacidade de tal Resolução servir como referência para as decisões que devem ser tomadas sobre os temas a que se refere.

Levando em consideração esta observação, bem como a experiência da União Europeia – notadamente, a solução adotada em vista dos riscos e problemas identificados que se assemelhem àqueles encontrados também no Brasil – apresentamos a seguir algumas considerações acerca de procedimentos ou regras que poderiam, eventualmente, contribuir para a manutenção de equilíbrio entre o *enforcement* público e o privado no âmbito do tratamento de acesso a informações e documentos dos processos administrativos do Cade.

8.1 Sobre a divulgação pelo Cade, de informações e documentos que tenham sido classificados como de acesso restrito – potenciais riscos

A análise da experiência da União Europeia mostra que as autoridades de defesa da concorrência – seja a Comissão Europeia ou as autoridades nacionais – atuaram de forma ativa para manutenção da confidencialidade dos documentos e informações de seus processos.

Embora distinções próprias de jurisdições diversas devam ser consideradas, o que se pretende destacar aqui é que a percepção deixada – e, possivelmente, buscada – pelas autoridades de defesa da concorrência foi a de preservação dos instrumentos considerados necessários para o *enforcement* público e também das regras e costumes adotados pelas autoridades para proteção das informações e documentos classificados como confidenciais até então.

Dada a natureza sensível das informações apresentadas à autoridade de concorrência – seja em processos que investigam possíveis condutas anticoncorrenciais, sejam naqueles que analisam atos de concentração, ou outros tipos de processo – a confiança na autoridade de concorrência como guardiã de informações e documentos confidenciais das partes é fundamental.

A solução adotada na União Europeia, tal como apresentado acima, em relação à possibilidade de acesso a informações e documentos de suas investigações para uso em ARDC, baseia-se no cenário em que os pedidos de acesso por terceiros serão dirigidos ao Poder Judiciário, e não à autoridade de concorrência⁵²⁹.

Este cenário, em que os juízes, e não as autoridades de concorrência, decidirão acerca dos pedidos de acesso a informações e documentos dos processos das autoridades de concorrência, ao nosso ver, garante algumas vantagens a estas autoridades e à proteção de confidencialidade. Eventuais

⁵²⁹ A Comissão Europeia inspirou-se na Diretiva para aplicação dos Direitos de Propriedade Intelectual (IPRED – *Intellectual Property Rights Enforcement Directive*) para elaboração do Livro Branco (*White Paper*) acerca de ações de reparação por danos por infração às regras antitruste. Vide citação referente a este tema: “The Directive relies on the central function of the court seized with an action for damages: **disclosure of evidence held by the opposing party or a third party can only be ordered by judges** and is subject to strict and active judicial control as to its necessity, scope and proportionality. The solutions that are proposed are largely built on the approach adopted in the Directive on the enforcement of intellectual property rights (‘IP Directive’). (Destaques nossos). LIANOS, Ioannis; DAVIS, Peter; NEBBIA, Paolisa. *Damages Claims for the infringement of EU Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 39.

decisões da autoridade concorrencial poderiam de certa forma prejudicar sua imagem e seus instrumentos de investigação. Uma decisão autorizando o acesso a determinadas informações e documentos poderia ser considerada prejudicial ou contrária a expectativas de confidencialidade relacionada a acordos de leniência, por exemplo – seja apenas na visão dos signatários destes acordos ou de potenciais interessados em casos futuros. Como consequência, tal decisão poderia representar um desincentivo à propositura de acordos dessa natureza, os quais, conforme visto, são considerados como instrumento muito relevante para a detecção e punição de infrações anticoncorrenciais. Já uma decisão denegando o acesso poderia prejudicar sua imagem em relação a autores ou potenciais autores de ação de reparação, os quais poderiam entender que o direito de acesso seria legítimo e necessário para execução de seu direito de reparação.

Este cenário em que o Judiciário deverá decidir acerca dos pedidos de acesso a documentos e informações que tenham sido classificados como confidenciais (ou de acesso restrito) pela autoridade concorrencial é ainda muito relevante por outro fato – o de assegurar um escopo estrito para a utilização das informações e documentos.

Isto é, quando o pedido de acesso é formulado perante o Judiciário, tem-se delimitado o processo no qual a informação ou documento poderá ser utilizado e as partes da relação jurídica respectiva. É possível, portanto, avaliar com maior pertinência o interesse jurídico da parte requerente; eventual necessidade de manutenção de confidencialidade de certas informações e documentos (considerando que determinadas informações podem constituir dado concorrencialmente sensível para determinada pessoa física ou natural, mas não a outra); e determinar o escopo específico de utilização da informação e documento (no âmbito de qual processo, em relação a quais partes, etc.). Ainda, o controle da manutenção da confidencialidade é facilitado, bem como a imposição de penalidades em caso de desrespeito à obrigação de confidencialidade.

Esta análise não pode ser feita, entretanto, ou seria mais difícil e demandaria adoção de procedimentos adicionais, quando o pedido é feito diretamente ao Cade antes da propositura de uma ARDC. Uma primeira dificuldade diz respeito à definição do escopo da confidencialidade, isto é, a determinação de em que situações as informações e documentos poderiam ser utilizados. O controle da manutenção de confidencialidade, dada a ausência de vinculação a um

processo específico, parece ser sensivelmente dificultada. E sequer existem regras claras sobre as sanções a serem impostas em caso de desrespeito à obrigação de confidencialidade (ou mesmo sobre o procedimento para analisar e impor tais sanções).

A escolha do Cade, entretanto, por meio da Resolução 21/2018, seguiu caminho diverso, pois decidiu criar uma via de pedido de acesso às informações e documentos constantes nos autos de acesso restrito diretamente à autarquia. Pode-se especular que o objetivo do Cade seja o de viabilizar uma oportunidade para proferir uma decisão antes que o pedido seja feito ao Judiciário⁵³⁰. Dessa forma, poderia já autorizar o acesso a informações e documentos em casos nos quais entenda que tal acesso possa ser deferido (ou que poderia ser deferido pelo Judiciário), evitando embates judiciais; e, na hipótese de o pedido ser negado parcial ou totalmente, o Cade já teria um parecer fundamentando as razões de sua decisão para ser apresentado ao Judiciário, quando o requerente buscar essa via para requerer o acesso negado pela autarquia. Dessa forma, seria possível, na visão do Cade, reduzir o risco de o Judiciário decidir de forma contrária ao Cade.

Mesmo que esta especulação seja verdadeira, e embora reconhecendo o mérito do Cade em buscar a melhor solução para esta questão controversa, parece-nos que a proposta não é a mais adequada, como já exposto. A possibilidade de o Cade conceder acesso a informações e documentos que o próprio órgão tenha classificado como de acesso restrito, mesmo que num âmbito restrito aos terceiros requerentes (potenciais autores em ARDC), pode colocar o órgão numa situação indesejada. As decisões que o Cade irá tomar poderão, potencialmente, gerar insatisfação em relação aos representados e, especialmente, signatários de acordos de cooperação que entendem necessário preservar a confidencialidade de informações e documentos – e comentários acerca do possível prejuízo ao *enforcement* público podem surgir.

E este risco se torna significativamente maior em um cenário no qual as regras acerca do tratamento de acesso não sejam claras, cristalinas, em todos

⁵³⁰ Tal especulação foi elaborada com base em discussões havidas no painel “Compartilhamento de informações e documentos, e fomento às ações civis de reparação por danos concorrenciais” no 25º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência promovido pelo IBRAC, entre 6 e 8 de novembro de 2019. Informações sobre o evento disponíveis em: <https://ibrac.org.br/inscricao_evento.htm/evento/055057058>.

os instrumentos normativos, de forma que os signatários de acordos de cooperação saibam, desde antes da propositura do acordo, as regras aplicáveis até depois da decisão final ser proferida pelo Cade – fato que, conforme visto ao longo deste trabalho, não ocorre. É possível argumentar a existência de contradições entre dispositivos da Resolução 21/2018 e do RiCade, do modelo de acordo de leniência do Cade, e da prática adotada pelo Cade desde a negociação do primeiro acordo de leniência firmado até a publicação daquela Resolução.

Dois outros fatores devem ainda ser considerados quanto aos aspectos potencialmente negativos de o Cade (Superintendência-Geral e Tribunal) ter a incumbência de decidir sobre pedidos de acesso a documentos de seus procedimentos administrativos. O número de ARDC é, atualmente, muito baixo no Brasil, mas há diversas razões para se acreditar que este número pode se tornar bastante significativo nos anos seguintes.

Num cenário em que dezenas ou centenas de pedidos de acesso a documentos dos processos sejam apresentados ao Cade, deve-se ponderar o tempo que funcionários da autarquia, dedicados à função-fim do Cade de investigar, instruir e julgar os diversos tipos de procedimento administrativo, terão que dedicar para analisar e decidir tais pedidos de acesso. A análise de pedidos de acesso pode demandar bastante tempo, ante a necessidade de analisar os diversos tipos de documentos e razões de tratamento de acesso constante nos autos, ponderar as razões dos representados acerca do pedido de acesso (o direito de manifestação prévia destes é fundamental), dentre outros fatores que deveriam ser considerados (como interesse jurídico da parte), e, então, elaborar a decisão. E tal decisão, especialmente na hipótese de deferir o pedido de acesso parcial ou total, deverá também indicar as restrições para utilização dos documentos.

Em todas as hipóteses em que o pedido de acesso é deferido, o Cade deverá também manter alguma espécie de monitoramento acerca da utilização dos documentos disponibilizados, de forma a assegurar que a restrição de acesso nos termos autorizados pelo Cade seja observada. E, em caso de descumprimento das restrições impostas, será necessário instaurar, instruir, e decidir em processo para aplicação das penalidades cabíveis – e tudo isso irá demandar mais tempo por parte do Cade.

Por tais razões, entendemos que a possibilidade de o próprio Cade analisar e decidir pedidos de acesso a documentos de seus procedimentos

administrativos não é a escolha mais eficiente e recomendada – ao menos não no cenário atual, considerando todos os fatores analisados ao longo deste trabalho.

8.2 Sobre a divulgação de informações e documentos antes classificados como de acesso restrito de forma automática a partir da decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade

Nos termos da Resolução 21/2018, se a interpretamos corretamente⁵³¹, o Cade deverá, de forma automática e *ex officio*, tornar públicos todos os documentos e informações classificados como acesso restrito que guardem relação com os acordos de leniência e TCC, e que não constem na relação dos documentos e informações do seu artigo 2º. Considerando que esta regra seria aplicável aos acordos de leniência e TCC assinados após a promulgação da Resolução 21/2018, não trataremos, aqui, do risco ao princípio da segurança jurídica e outras potenciais ofensas legais para a hipótese de o Cade determinar a publicidade de informações e documentos de acordos de colaboração firmados antes da publicação de tal Resolução 21/2018. Ressalvamos, contudo, que a depender dos termos dos acordos celebrados após esta promulgação, tais argumentos poderiam ser trazidos à tona e, eventualmente, impedir a publicação de das informações e documentos apresentados pelos signatários dos acordos.

Tal provisão – de divulgação, de ofício, de todos os documentos cujo tratamento de acesso restrito tenha sido conferido até a data de julgamento, exceto as hipóteses do artigo 2º da Resolução –, ao nosso ver, deveria ser eliminada, por mais de uma razão. A primeira e mais notória é o risco, não desprezível, de desincentivar os acordos de cooperação. A celebração deste tipo de acordo exige a colaboração dos signatários por meio da apresentação de informações e documentos que comprovem a conduta anticoncorrencial reportada. Os documentos apresentados pelos signatários têm, naturalmente, conteúdo autoincriminatório. E, enquanto cada documento e informação comprovam a participação de determinados terceiros na infração, todos os documentos

⁵³¹ Esta parece ser a interpretação da Conselheira Paula de Azevedo, manifestada por ocasião do julgamento do processo administrativo n. 08700.007938/2016-41, na sessão de julgamento do Cade ocorrida em 11 de dezembro de 2019.

potencialmente comprovam também a participação dos próprios signatários do acordo em um ato ilícito. A divulgação destes documentos, de forma ampla e irrestrita nos autos públicos do processo do Cade, expõe, particularmente, os signatários e todas as pessoas mencionadas nos documentos, no Brasil e no exterior. Tal exposição implica em potenciais riscos de imagem e de perseguição em outras esferas (em especial naquelas em relação às quais o acordo não garanta extinção da punibilidade, tal como no caso da responsabilidade criminal, no âmbito de TCCs) e não apenas em ARDC.

Observamos, ainda, conforme visto no capítulo 7 deste trabalho, que a decisão do Cade de disponibilizar informações e documentos nos autos públicos de seu processo pode provocar repercussão também em outras jurisdições, nas quais tais informações e documentos terem tratamento confidencial. Uma vez disponibilizados em autos públicos no Brasil, entendemos que os documentos poderiam ser utilizados também em outras jurisdições. Esta seria a hipótese, especificamente, de documentos apresentados por meio de acordo de leniência ou TCC em casos de cartel internacional, no qual os signatários tenham firmado acordos semelhantes em outras jurisdições. Entendemos que este fato deveria ser ponderado pelo Cade, diante do risco de reduzir o interesse na negociação de acordos de cooperação com a autoridade brasileira. Isto poderia ocorrer, por exemplo, caso os potenciais signatários considerem que a publicização de informações e documentos apresentados ao Cade possam aumentar sua exposição em ARDC, ou em outras esferas, também em outras jurisdições. Notamos, ainda, que a Resolução 21/2018 menciona, acerca de critérios a serem analisados em pedidos de excepcional concessão de acesso a documentos classificados como de acesso restrito absoluto, “a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica”.

Outro ponto a considerar é que, ao nosso ver, a possibilidade de acesso a documentos que tenham sido classificados como de acesso restrito durante a investigação do Cade deveria ser cogitada apenas nas hipóteses em que haja interesse jurídico por parte do terceiro, e que se possa assegurar que as informações e documentos tenham tratamento de confidencialidade por parte dos terceiros aos quais o acesso venha a ser deferido. É imprescindível uma análise,

caso a caso, destes requisitos (e, eventualmente, outros que devam ser também considerados).

Uma segunda razão que justifica nosso entendimento de que aquele dispositivo da Resolução 21/2018 deveria ser eliminado considera que algumas das informações e documentos apresentados no âmbito de acordos de cooperação podem se enquadrar nas exceções à publicidade previstas no artigo 2º da Resolução 21/2018. Entretanto, o procedimento para viabilizar a manifestação dos representados acerca destas exceções antes que a publicização ocorra parece-nos bastante precária. Nos termos da Portaria n. 869/2019, por ocasião do julgamento do processo administrativo para imposição de sanções por infração à ordem econômica, o Conselheiro Relator deverá indicar os documentos e informações que deverão ser transladados aos autos públicos. Os representados naquele processo poderão se manifestar por meio de embargos de declaração a serem opostos, portanto, contra a decisão que julga o mérito daquele processo.

Uma primeira dificuldade se apresenta porque este tipo recursal não é adequado à hipótese em tela, visto que embargos de declaração se aplicam em caso de omissão, obscuridade ou contradição⁵³². Ainda, o prazo para propositura de embargos é relativamente exíguo, especialmente considerando que no mesmo prazo os representados podem ter que se dedicar à elaboração de embargos de declaração pelas razões a que tal recurso, de fato, se destina. E a análise de razões de confidencialidade em todos os documentos e informações indicados no voto do Conselheiro Relator pode demandar muito tempo (especialmente considerando que as razões devem ser justificadas). Considerando a relevância do tema, e os potenciais riscos relacionados, não seria desarrazoado considerar a necessidade de um prazo significativamente maior para tratar do assunto.

O momento processual também não se mostra como o mais adequado. A análise da questão de confidencialidade se confunde com a do mérito

⁵³² Conforme ressaltado pelo Prof. Flávio Luiz Yarshel, em palestra proferida no 25º Seminário Internacional de Defesa Econômica do IBRAC, ocorrida em 7 de novembro de 2019, o uso de embargos de declaração não se mostra adequado também por outra razão, qual seja, a maior dificuldade de revisão da decisão pelo Poder Judiciário. De fato, não se tratando de hipótese de omissão, obscuridade ou contradição, não é desprezível a possibilidade de o Judiciário não se dedicar à análise das razões dos embargos opostos (em caso de recurso contra a decisão do Cade ao Judiciário), sob o fundamento de se tratar de mero interesse na revisão do julgado, não cabível em sede de embargos.

do caso, e enquanto ambas as questões sejam relevantes, não são interdependentes.

Refletindo sobre a experiência da Comissão Europeia⁵³³, observamos que esta autoridade concorrencial não disponibiliza a versão pública das decisões condenatórias imediatamente ao julgamento, mas apenas um comunicado (*press release*) contendo informações principais da decisão. A versão pública da decisão é disponibilizada posteriormente, após concessão de prazo para as partes se manifestarem sobre o documento e analisar pedidos de remoção de determinadas informações da versão pública da decisão – o que pode levar muitos meses. Embora a publicação de uma versão pública da decisão, o quanto antes, seja desejável, este procedimento ressalta a importância de conceder prazo adequado para as partes de manifestarem sobre questões de confidencialidade, e para a própria autoridade analisar tais manifestações e minimizar o risco de publicar uma decisão que eventualmente contenha informações que deveriam ser mantidas confidenciais.

Por tais razões, entendemos que o Cade deveria manter a prática usual, baseada na LDC e em seu Regimento Interno, de não disponibilizar nos autos públicos do processo, mesmo após a decisão final, os documentos e informações prestadas por signatários de acordos de cooperação – bem como outros documentos e informações que tenham sido classificados como de acesso restrito, exceto em hipóteses nas quais a razão de tratamento não seja mais aplicável.

Caso, entretanto, o Cade mantenha a decisão de determinar a alteração da classificação de acesso restrito de documentos e informações prestadas por signatários de acordos de cooperação após sua decisão, entendemos ser conveniente e recomendável a separação desta decisão com a decisão sobre o mérito do caso. Além de transferir a decisão sobre confidencialidade para um momento posterior ao da decisão do mérito do caso e poder tratar especificamente deste tema tão sensível, um prazo maior para manifestação das partes é recomendável.

⁵³³ Cf. < https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_pt#publication>. Acesso em 04 dez. 2019.

8.3 Notificação prévia e direito de manifestação dos interessados

Entendemos ser essencial a notificação prévia às partes interessadas (cujos documentos ou informações forem objeto do pedido de acesso por terceiros) antes do deferimento de acesso a terceiros.

A este respeito, não apenas a Resolução 21/2018 deveria ser emendada, mas, especialmente, a Portaria 869/2019. Esta somente trata da notificação prévia aos interessados nos casos em que o pedido for referente a processo julgado antes da vigência da Resolução 21/2018 – e, mesmo nesta hipótese, não dispõe do prazo aplicável. Nas demais hipóteses, não há qualquer referência à notificação dos interessados - nem mesmo na seção que trata da excepcional concessão de acesso, referente a documentos cujo acesso restrito é determinado pela Resolução 21/2018 mesmo após a decisão final pelo Tribunal do Cade, a Portaria 869/2019 dispõe sobre a notificação prévia e direito de manifestação dos interessados.

Considerando os riscos relacionados à eventual divulgação de informações e documentos confidenciais ou sigilosos, tal notificação (e concessão de prazo razoável) representaria uma cautela necessária.

8.4 Especificação de tratamento de acesso a documentos apresentados por meio de acordos de cooperação conforme sua categoria

No item 5.9 deste trabalho apresentamos comentários acerca da Resolução 21/2019 do Cade. Observamos que, nos termos da Resolução, o tratamento de documentos apresentados por meio de acordos de leniência e TCC é o de conferir acesso restrito, mesmo após decisão final do Tribunal, apenas ao “Histórico da Conduta e seus aditivos” elaborados com base em documentos e informações de caráter auto-acusatório, submetidos voluntariamente no âmbito da negociação do acordo respectivo.

Consta na Resolução 21/2018 as razões para tal tratamento de acesso, quais sejam, o risco à condução das negociações, às atividades de inteligência, e/ou à efetividade dos programas de leniência e de TCC do Cade.

Tal como apresentamos neste trabalho, além do Histórico da Conduta, outras informações e documentos apresentados por signatários de

acordos de cooperação também possuem caráter auto-acusatório, e sua divulgação podem também trazer risco às atividades de inteligência e à efetividade dos programas de leniência e TCC. Notadamente, enquadram-se nesta categoria as declarações apresentadas por signatários de leniência, seja por escrito ou de forma verbal (em oitivas, por exemplo). Sua divulgação poderia representar um risco ainda maior do que a do Histórico da Conduta, pois enquanto este é elaborado pela Superintendência-Geral com base em informações e documentos apresentados pelos signatários do acordo, aqueles são elaborados pelos próprios signatários.

Por tais razões, entendemos que o tratamento de acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo Tribunal do Cade, deveria ser assegurada pelo Cade a todas as declarações apresentadas pelos proponentes ou signatários de acordos de leniência ou TCC, sejam escritas ou verbais, que tenham caráter auto-acusatório e sejam submetidas no âmbito das negociações do acordo ou das obrigações assumidas por ocasião da assinatura de acordo de leniência e TCC.

A proteção a tais declarações, escritas ou verbais, teria como fundamento não apenas os riscos mencionados anteriormente (constantes na Resolução 21/2018), mas também o fato de serem apresentadas tão somente em razão do acordo de cooperação e, portanto, não estariam de outra forma disponíveis. Sua proteção, portanto, estaria intimamente relacionada ao propósito de proteger a efetividade dos programas de leniência e TCC como instrumento de persecução pública pelo Cade. Por tal razão, entendemos que também o Judiciário deveria manter a confidencialidade de tais documentos perante terceiros⁵³⁴.

Destacamos que, além da importância dos programas de leniência não se restringem ao *enforcement* público da legislação de concorrência,

⁵³⁴ Entendemos que, no julgamento do Recurso Especial n. 1.554.986-SP (comentado no capítulo 5 deste trabalho), o STJ considerou a desnecessidade de manter confidencialidade de documentos relacionados a leniência firmada com o Cade, tendo em vista dispositivo da Lei de Combate a Organizações Criminosas, a qual dispõe que o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia. *Data vênia*, o acordo de colaboração premiada possui distinções significativas com o acordo de leniência acerca de infração concorrencial. Uma comparação entre os dois institutos deveria levar em consideração os propósitos de cada instrumento, os incentivos para sua celebração, e, especialmente, os riscos para o *enforcement* público relacionados ao tratamento de acesso para cada categoria de acordo. Embora distinções entre ordenamentos jurídicos devam ser consideradas, parece-nos que a proteção dada a declarações de lenientes em documentos tais como Histórico da Conduta em outras jurisdições de relevante tradição na aplicação do direito da concorrência deva ser considerada como um forte indicativo da importância de tal proteção para a política pública de aplicação da LDC.

especificamente, não se restringem à aplicação da LDC pelo Cade. Os agentes envolvidos em uma conduta anticoncorrencial, notadamente, a de cartel, buscam adotar diversos procedimentos para ocultar a sua existência e evitar sua detecção. Além de ser um fator de instabilidade para os participantes da infração, os programas de leniência efetivamente viabilizam o conhecimento acerca de uma infração concorrencial e permitem a punição aos envolvidos. Tal como pontuado por JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES e EDUARDO MOLAN GABAN:

O cartel é arquitetado para não ser descoberto. Partindo dessa premissa e diante da dificuldade de se obterem provas da prática, as autoridades perceberam que era essencial a criação de mecanismos que encorajassem um participante de cartel a confessar o ilícito. É nesse contexto que a adoção dos acordos de leniência surge como um grande divisor de águas no *enforcement* concorrencial.⁵³⁵

Entendemos, ainda, conforme já exposto, que os documentos apresentados por meio de acordos de cooperação também não deveriam ser disponibilizados ao público pelo Cade, especialmente não de forma ampla e genérica por meio da transladação de tais documentos aos autos públicos do processo após a decisão final proferida pelo Tribunal do Cade.

Acreditamos, contudo, que o tratamento destes documentos poderia ter um tratamento diverso em relação ao acesso por terceiros por parte do Judiciário, considerando o fato de serem pré-existentes à celebração do acordo de cooperação e, portanto, poderiam eventualmente estar de outra forma disponíveis. Este entendimento considera a experiência brasileira no tratamento de empréstimo de prova, conforme apresentado neste trabalho, e também a experiência estrangeira. Destacamos que tal concessão de acesso, de toda forma, deve ser autorizada apenas em situações específicas e mediante análise de determinados critérios. Também em relação a tais documentos deve ser ponderado o risco de desincentivo aos programas de cooperação com o Cade, visto que, ao contrário de documentos obtidos por meio de busca e apreensão ou interceptação telefônica, por exemplo, aqueles são apresentados de forma voluntária pelos signatários de acordo.

⁵³⁵ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. (R)Evolução das investigações de cartel à luz dos acordos de leniência e das buscas e apreensões. *In* CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). *Evolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018. pp. 1289-1303, p.1293. Vide, na mesma obra, gráfico indicando a evolução quantitativa dos acordos de leniência, aditivos e leniência plus firmados pelo Cade, na p. 1295.

Considerando estes fatos, entendemos que a Resolução 21/2018 poderia ser aprimorada para refletir o tratamento possivelmente diferenciado para estes tipos de documento. Tendo em vista, especialmente, a importância de proteção das declarações auto-acusatórias apresentadas exclusivamente em razão do acordo, tais declarações deveriam ser tratadas em um item próprio, separado dos demais documentos apresentados por signatários de leniência e TCC. O item I do artigo 2º da Resolução 21/2018 poderia englobar, portanto, não apenas o Histórico da Conduta e seus aditivos, mas também todas as declarações apresentadas pelos proponentes ou signatários de acordos de leniência ou TCC, sejam escritas ou verbais, que tenham caráter auto-acusatório e sejam submetidas no âmbito das negociações ou das obrigações assumidas por ocasião da assinatura de acordo de leniência e TCC.

E, em item separado, poderia ser acrescido ao artigo 2º a referência aos demais documentos apresentados no âmbito das negociações ou das obrigações assumidas por ocasião da assinatura de acordo de leniência e TCC, pré-existent à negociação e celebração do acordo. Tal dispositivo englobaria, notadamente, os documentos comprobatórios dos fatos reportados no acordo de leniência ou TCC (as “provas” da infração).

A referência, de forma mais específica e completa, aos diversos tipos de informação e documentos apresentados no âmbito de acordos de leniência e TCC traria maior segurança jurídica quanto ao tratamento de acesso a ser conferido pelo Cade. E a separação de tais informações e documentos em duas categorias, tais como sugerido acima, permitiria uma consideração das particularidades das informações e documentos de cada categoria, facilitando a ponderação das vantagens e desvantagens para o *enforcement* público da legislação de concorrência em eventual concessão de acesso a terceiros em relação a cada uma delas.

8.5 Divulgação de informações e documentos – solução alternativa ao procedimento previsto na Portaria n. 869/2019

Conforme expusemos acima, entendemos que a possibilidade de o próprio Cade analisar e decidir pedidos de acesso a documentos de seus procedimentos administrativos não é a escolha mais eficiente e recomendada.

Considerando, entretanto, a hipótese de que o Cade deva buscar oportunidades de se manifestar previamente a qualquer pedido judicial de acesso a documentos de seus processos, podemos cogitar uma via alternativa.

Uma solução que poderia ser considerada é a de criar um procedimento de obtenção de um parecer do Cade acerca da adequação de determinado pedido de acesso às regras de tratamento de acesso a informações e documentos de procedimentos administrativos da autarquia. Caso o Cade entenda que determinado pedido poderia ser atendido, seu parecer iria indicar as razões pelas quais o acesso poderia ser concedido, incluindo eventuais sugestões de tratamento de acesso (restrições de confidencialidade segundo escopo, partes, etc.). Este parecer seria então utilizado pelos requerentes em pedido a ser formulado perante o Poder Judiciário, e poderia facilitar a obtenção de autorização judicial de acesso a informações e documentos dos processos do Cade.

Já na hipótese de o Cade entender que o pedido de acesso não deveria ser concedido, o requerente já teria em mãos as razões da autoridade e poderia então ponderar a conveniência de requerer judicialmente as mesmas informações e documentos requeridos ao Cade, ou formular estratégia diversa – por exemplo, considerando a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, a qual deve levar em consideração a possibilidade, ou facilidade, de cada parte ter acesso a determinadas informações e documentos necessários para embasar suas alegações.

Nesta hipótese, entendemos que o parecer deveria ser formulado pela Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (ProCade), e não por membro do Tribunal do Cade ou da Superintendência-Geral do Cade. Dado que a ProCade tem a incumbência de representar o Cade em juízo, a sua manifestação prévia acerca da possibilidade de acesso a documentos seria coerente e teria direta relação com a posição que este próprio órgão iria defender em juízo – seja naquele caso, ou em outros casos semelhantes. Veja-se, por exemplo, que o Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade dispõe que a ProCade deverá intervir em ação judicial que vise a exibição dos documentos entregues pelo leniente, de forma a resguardar a confidencialidade das informações prestadas pelo leniente e, assim, garantir a manutenção do programa de leniência⁵³⁶.

⁵³⁶ “Na hipótese de o material apresentado voluntariamente pelos signatários do Acordo de Leniência ser solicitado por ordem judicial para embasar pretensão indenizatória no âmbito de uma

Embora, em última instância, por representar o Cade em juízo, a ProCade seria um representante do próprio Cade – e embora seja possível que haja interação, diálogo interno entre os procuradores da ProCade e agentes do Cade –, esta solução reduziria um pouco a exposição de agentes da autarquia a posições eventualmente divergentes. Isto é, considerando que os agentes do Tribunal do Cade e da Superintendência-Geral do Cade negociam e, ou, firmam e aprovam acordos de leniência e TCCs, parece-nos preferível que não seja atribuída a agentes nestas mesmas posições a função de proferir pareceres ou decisões que eventualmente favoreçam a divulgação de informações e documentos oriundos desses acordos a terceiros (os quais, na visão dos signatários, deveriam ser mantidos como confidenciais e ter acesso restrito aos representados do processo do Cade respectivo).

8.6 Exigências em relação ao pedido de acesso, restrições de utilização, e penalidades em caso de descumprimento

Outra questão relevante a considerar em relação à análise de pedidos de acesso por terceiros são os critérios a serem considerados pelo Cade para deferir ou não o pedido, considerando a situação do requerente. A inexistência desses critérios pode gerar uma sensação de insegurança jurídica, pois os potenciais signatários de acordos ou representados não conseguem prever, com significativo grau de certeza, como o Cade irá decidir.

Na Resolução 21/2018 consta uma lista de critérios a serem analisados na hipótese de pedido de acesso por terceiros, mas é específica para a hipótese de pedido de acesso a documentos classificados como absolutamente

ação de reparação de danos concorrenciais, a ProCADE, via de regra, irá intervir para garantir a manutenção da confidencialidade das informações e documentos apresentados pelo proponente da leniência enquanto a investigação do CADE estiver em curso. (...) Mesmo após o julgamento pelo Tribunal, o CADE envidará seus melhores esforços para a manutenção da confidencialidade dos documentos e informações submetidos voluntariamente pelo beneficiário do Acordo de Leniência que configurarem segredo comercial das empresas. Assim, com relação aos terceiros interessados (por exemplo, clientes e consumidores que se sentirem prejudicados pela infração noticiada), o CADE, via de regra, não confere acesso a informações e aos documentos voluntariamente apresentados no âmbito do Acordo de Leniência para além dos que já constam do voto público do Conselheiro Relator”. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do CADE. Maio de 2016, p. 52. Disponível em <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em 1º ago 2019.

confidenciais, mesmo após decisão do Cade (lista apresentada em seu artigo 2º). A excepcional concessão de acesso a tais documentos poderia ocorrer nos casos de (i) expressa determinação legal; (ii) decisão judicial específica; (iii) autorização do signatário do acordo de leniência ou TCC, com anuência do Cade e desde que não haja prejuízo à investigação; e (iv) cooperação jurídica internacional, com as mesmas condições do item “iii” antecedente. A análise de tal pedido de acesso excepcional deve observar os seguintes critérios:

- I – a legitimidade do requerente;
- II – os fatos e fundamentos específicos que embasam o requerimento;
- III – a razoabilidade e a proporcionalidade do requerimento;
- IV – a fase processual da investigação no Cade, conforme a Seção II desta Resolução;
- V – a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador;
- VI – a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade;
- VII – a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica.⁵³⁷

Voltando à experiência da União Europeia, como visto anteriormente, a Diretiva 2014/104/UE apresenta alguns critérios a serem considerados pelos juízes ao analisar pedido de acesso de terceiros a documentos e informações de processos das autoridades de concorrência.

Como já exposto, considerando que os documentos e informações em posse do Cade lhes foram apresentados para fins de celebração de acordo de leniência e TCC, que, por sua vez, tem o objetivo de permitir ao Cade identificar e condenar infratores da LDC, e que tais documentos não estão disponíveis publicamente, dentre outras razões já expostas, acreditamos que o acesso a tais documentos não deveria ser concedido pelo Cade, mas tão somente pelo Judiciário. E, principalmente, não deveriam ser disponibilizados nos autos públicos do processo após a decisão final pelo Tribunal do Cade.

Contudo, caso o Cade entenda pela viabilidade e conveniência de decidir sobre o acesso de terceiros a tais documentos, parece-nos recomendável estabelecer regras específicas sobre as informações que devem ser apresentadas pelos requerentes em pedidos de acesso ao Cade. A seguir apresentamos

⁵³⁷ Parágrafo único do artigo 3º da Resolução 21/2018 do Cade.

sugestão de informações que deveriam apresentadas pelos requerentes, bem como compromissos que estes devem assumir, ao apresentar solicitação de acesso a informações e documentos constantes em processos administrativos do Cade. Idealmente, a análise destes ou de semelhantes critérios poderia também ser feita pelo Judiciário, ao decidir sobre pedido de acesso a informações e documentos dos processos do Cade por terceiros. Esta sugestão considera os requisitos já constantes na Resolução 21/2018 mencionadas acima (parágrafo único do artigo 3º) e outros encontrados na Diretiva 2014/104/UE.

- a) Legitimidade, ou interesse jurídico do requerente. Como a Resolução 21/2018 se relaciona ao propósito de facilitar a propositura de ARDC, o requerente deve demonstrar a legitimidade para propor ação de reparação por danos decorrentes da infração concorrencial objeto do processo administrativo do Cade – por exemplo, comprovando ter adquirido produtos de determinado representado no período e local onde a infração ocorreu.

Conforme exposto anteriormente, entendemos que o direito brasileiro não afasta a legitimidade de adquirentes indiretos. Caso o requerente se enquadre nesta categoria, seria recomendável exigir a apresentação de razões que demonstrem a plausibilidade do repasse do sobrepreço que comprovaria sua legitimidade.

- b) Delimitação e especificação das informações e documentos aos quais se busca acesso. Como o propósito da Resolução 21/2018 é reduzir a assimetria de informação e viabilizar que prejudicados obtenham provas para fundamentar seu pleito, o Cade não deveria autorizar acesso integral aos documentos de seus processos administrativos, mas somente àqueles necessários para fins de propositura da ARDC. O Cade não deveria permitir investigação especulativa (*“fishing expedition”*).

Além de especificar os fatos e fundamentos que embasam o requerimento, o requerente deve delimitar o objeto de seu interesse e de seu pedido de forma tão precisa e estrita quanto possível. Por exemplo, delimitar os mercados geográficos ou períodos

específicos (caso tenha adquirido produtos somente em determinado período da duração da infração).

- c) A razoabilidade e a proporcionalidade do requerimento. O requerente deveria indicar porque o acesso aos documentos da investigação do Cade é necessário, ou essencial, em vista de todas as demais alternativas para obtenção das informações e documentos e produção da prova.
- d) Informação sobre a relação que possui (o requerente e seu grupo econômico), com os representados do processo do Cade. Esta, dentre outras informações, devem permitir ao Cade analisar eventuais restrições ao acesso pelas razões enumeradas no artigo 2º da Resolução 21/2018. Notadamente, determinadas informações podem configurar vantagem concorrencial indevida a depender da relação entre requerente e representado (se a relação é vertical, a montante ou a jusante; ou se é concorrente).
- e) Delimitação do escopo de utilização das informações e documentos aos quais se busca acesso. O requerente deve especificar em relação a quais representados a ARDC poderia ser proposta, e se eventual ação judicial ou procedimento arbitral envolveria outros potenciais prejudicados (em litisconsórcio ativo facultativo, por ex.) – visto que nesta situação, os documentos poderiam ser eventualmente acessados por terceiros diversos do requerente.
- f) Compromisso de manutenção da confidencialidade. O requerente deve se comprometer a manter a confidencialidade das informações e documentos nos termos da decisão do Cade (que, por sua vez, levará em consideração as informações fornecidas pelo requerente em seu pedido). O requerente deve se comprometer expressamente a requerer a manutenção da confidencialidade em processos judiciais ou procedimentos arbitrais nos quais utilize os documentos disponibilizados pelo Cade. As penalidades em caso de descumprimento desta obrigação devem ser citadas neste compromisso.

- g) Notificação ao Cade da apresentação dos documentos a outras autoridades. Esta notificação é importante para que o Cade possa manter o monitoramento acerca da utilização de informações de acesso restrito e possa decidir sobre conveniência e interesse de solicitar ingresso no feito como *amicus curiae*.

8.7 Suspensão da ação judicial durante o trâmite do processo no Cade

Um outro ponto também relevante sobre os cuidados a se considerar no que tange ao empréstimo de provas originados de processos do Cade para ações civis diz respeito ao potencial efeito negativo para as investigações da autoridade a depender do momento em que a transladação das provas seja autorizada. Isto é durante a fase de instrução do processo, é importante que a estratégia e informações disponíveis à autoridade sejam mantidas sobre sigilo, a fim de não interferir negativamente nas investigações e eventualmente frustrar a obtenção de dados e informações adicionais capazes de robustecer a decisão a ser proferida ao final do processo.

No âmbito da União Europeia, o problema já está endereçado na Diretiva, que, conforme apresentado anteriormente, dispõe que a autoridade concorrencial pode manter diversos documentos sob sigilo até que seja proferida a decisão final, ou mesmo um pouco além, em determinadas hipóteses. Considerando que o prazo prescricional aplicável para as ARDC fica suspenso durante as investigações da autoridade concorrencial, a vedação de acesso às informações e documentos durante o curso de tais investigações não teria o potencial de causar danos irremediáveis aos prejudicados (para além da demora na prestação jurisdicional). Nos Estados Unidos, onde regras bastante diversas das brasileiras acerca de produção de documento entre as partes se aplicam, não é incomum que a autoridade concorrencial requeira a suspensão de ações de reparação até que se conclua a investigação. Tais pedidos são usualmente aceitos pelo Judiciário, que determina prazos específicos para a suspensão processual.

Em relação ao Brasil, há na Nota Técnica 24/2016 da Superintendência-Geral do Cade referência à possibilidade de a Procuradoria do Cade requerer a suspensão de ações judiciais e extrajudiciais caso necessário para preservar a investigação do Cade. Veja-se:

Além disso, a ProCade pode requerer a suspensão de ações judiciais e extrajudiciais que possam comprometer a política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente os programas de Leniência e de TCC do Cade, e/ou a investigação, até que se conclua o julgamento do processo administrativo pelo Plenário do Tribunal do Cade (art. 6º). Tal pedido de suspensão seria feito à semelhança do “discovery stay” nos Estados Unidos, consistente em recurso processual tradicionalmente utilizado pelo Departamento de Justiça norte-americano para garantir que a integridade das investigações das práticas de cartel não seja prejudicada pelas ações de reparação de danos concorrenciais.

A possibilidade de o Cade determinar à Procuradoria do Cade que requeira a suspensão de ações judiciais ou extrajudiciais para “preservar e disseminar os aspectos previstos no art. 3º” consta na Resolução 21/2018. Ali há referência ao artigo 313, inciso V, alínea “b” do Código de Processo Civil (CPC) como fundamento para tal pedido. Não nos parece imune a dúvidas, contudo, a aplicabilidade deste dispositivo para aquele propósito, de forma generalizada. A hipótese do CPC diz respeito à suspensão do processo quando a sentença de mérito “tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo”. Como as instâncias judicial e administrativas são independentes, a sentença de mérito da ARDC dificilmente dependerá da realização de quaisquer atos no âmbito do Cade.

As demais hipóteses do artigo 313 do CPC que permitem a suspensão do processo judicial⁵³⁸ também não aparentam aplicáveis para o propósito de aguardar a conclusão da instrução de investigação do Cade. Há, contudo, uma outra hipótese de suspensão que poderia ser considerada como

⁵³⁸ As hipóteses de suspensão estão previstas no artigo 313 do Código de Processo Civil: “

I - pela morte ou pela perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;

II - pela convenção das partes;

III - pela arguição de impedimento ou de suspeição;

IV- pela admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas;

V - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

b) tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo;

VI - por motivo de força maior;

VII - quando se discutir em juízo questão decorrente de acidentes e fatos da navegação de competência do Tribunal Marítimo;

VIII - nos demais casos que este Código regula.

IX - pelo parto ou pela concessão de adoção, quando a advogada responsável pelo processo constituir a única patrona da causa;

X - quando o advogado responsável pelo processo constituir o único patrono da causa e tornar-se pai.”

alternativa para casos de investigação de infração concorrencial que sejam tipificadas como crime e possam ser apuradas no juízo criminal. Trata-se da hipótese prevista no artigo 315 do CPC, o qual permite a suspensão do processo caso o conhecimento de mérito dependa da verificação de existência de fato delituoso, até que se pronuncie a justiça criminal. Nesta hipótese, contudo, a ação penal deve ser proposta em até três meses, sob pena de cessar o efeito da suspensão. E, em todo caso, tal suspensão também é limitada ao período de um ano. Observa-se que a aplicação deste dispositivo também não é pacífica. Sob o argumento de que o conhecimento do mérito na ARDC não *depende* da verificação da existência do fato delituoso, visto que a infração de cartel não é tipificada apenas como crime, mas também como infração concorrencial (cujo reconhecimento independe de manifestação do juízo criminal)⁵³⁹, a hipótese não se aplicaria.

Neste cenário, é pertinente considerar os incentivos que os prejudicados por infração concorrencial têm para aguardar ou não a decisão final pelo Tribunal do Cade. A propositura de ARDC após a decisão do Cade permite ao prejudicado aproveitar, em certa medida, da investigação do Cade – seja por acesso a documentos dos autos do Cade, seja por acesso à decisão condenatória com descrição da infração concorrencial. E a propositura antes, e independente da decisão do Cade, tem a relevante vantagem do tempo – quanto antes a ação for proposta, mais cedo será proferida a decisão final. Mas talvez o principal fator que motiva a propositura prévia é a garantia de que a pretensão não estará prescrita. Na hipótese de o prazo prescricional relativo à ARDC já ter iniciado, há somente uma hipótese de interrupção do prazo, que somente pode ocorrer uma vez, nas hipóteses previstas no artigo 202 do Código Civil⁵⁴⁰. Portanto, no atual cenário das leis vigentes no país, caso o prazo prescricional tenha início durante ou antes do

⁵³⁹ Vide mais informações sobre o tema na tese de doutorado de Adriano Camargo Gomes. GOMES, Adriano Camargo. Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito de São Paulo, 2018.

⁵⁴⁰ Estas são as hipóteses de interrupção da prescrição: “I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III - por protesto cambial;

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.”

início das investigações do Cade, os prejudicados possivelmente não terão a opção de aguardar o fim das investigações para então propor a ARDC. Portanto, os processos correrão paralelamente, e a questão de acesso a documentos dos processos do Cade durante o curso das investigações terá que ser enfrentada.

A este respeito, observa-se que o Projeto de Lei do Senado n. 283/2016 (autuado como Projeto de Lei n. 11.275/2018 na Câmara dos Deputados) contém dispositivo estabelecendo que no caso de ação de reparação por danos concorrenciais a prescrição não correrá durante o curso do inquérito ou do processo administrativo no âmbito do Cade. O disposto é semelhante, como visto acima, ao procedimento adotado pela Diretiva 2014/104/UE.

Caso o projeto seja convertido em lei, este dispositivo daria aos prejudicados uma maior liberdade para aguardar o fim do processo administrativo do Cade, ponderando as vantagens e desvantagens – incluindo as possíveis restrições para acesso aos documentos daquela investigação antes da decisão final do Cade no processo administrativo e os efeitos negativos de atrasar a prestação judicial. Não sendo aprovado tal Projeto de Lei, contudo, o Cade poderia retomar a ideia de submissão para apreciação do Congresso Nacional de sugestão de alteração legislativa, como fez por ocasião da publicação da Exposição de Motivos relacionada também à Proposta de Resolução que veio a se tornar a Resolução 21/2018. A proposta de alteração legislativa apresentada naquela ocasião já sugeria alteração da LDC para fazer constar que a instauração de procedimento para apuração da infração contra à ordem econômica pela Superintendência-Geral “interrompe o prazo prescricional para ajuizamento das ações (de reparação por danos concorrenciais)”.

9 REFERÊNCIAS ⁵⁴¹

ACAMPORA, Anthony C. **Defenses to International Antitrust Suits: An Aggregate Approach.** *Fordham International Law Journal* 5 (2): 441, 1981.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Proving Antitrust Damages: Legal and Economic Issues.** 3ª ed., ABA Section of Antitrust Law, 2017.

_____. **Antitrust Class Actions Handbook.** 2ª ed., ABA Section of Antitrust, 2018.

_____. **Punitive Damages and Business Torts: A Practitioners' Handbook.** ABA Section of Antitrust Law, 1998.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro** in NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Provas: aspectos atuais do direito probatório.* São Paulo: Método, 2009,

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ARRUDA ALVIM. **Prova emprestada.** *Revista de Processo.* n. 202. São Paulo, dez. 2011.

ASHTON, David. HENRY David. **Competition Damages Actions in the EU – Law and Practice.** 2ª ed. Cheltenham: Elgar, 2018.

ASHURST. **Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules.** Comparative report. Prepared by Denis Waelbroeck, Donald Slater and Gil Even-Shoshan. Brussels. 31 ago. 2004. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf>. Acesso em 10 set. 2019.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas. 12ª ed., 2011.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. **What's the Role of Judicial Review in Latin American Countries?** *CPI Antitrust Chronicle.* July 2014 (1). Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/AzevedoJUL-141.pdf>>. Acesso em 10 set. 2019.

BADARÓ, Gustavo. **Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol 106, 2014.

⁵⁴¹ De acordo com UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Sistema Integrado de Bibliotecas da USP. Diretrizes para apresentação de dissertações e teses da USP: parte I (ABNT)/Sistema Integrado de Bibliotecas da USP. Vânia Martins de Oliveira Funaro (Coord.). 3. ed. ver., ampl. e mod. São Paulo: SIBiUSP, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**: introdução, aspectos constitucionais, direito internacional, teoria da concorrencial, patentes, segredo industrial, cultivares, topografias de semicondutores, proteção de conhecimentos e criações tradicionais, contratos de propriedade industrial e transferência de tecnologia. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARROS, Luciana Azevedo Paz de Souza. **A lei de acesso à informação e a publicidade dos pareceres da AGU**. Publicações Da Escola Da AGU 2 (28), 2016.

BASEDOW, Jürgen; TERHECHTE, Jörg Philipp; Lubos Tichý et al (Ed.). **Private Enforcement of Competition Law**. Nomos: Baden-Baden, 2011.

BASEDOW, Jürgen; FRANCO, Stéphanie e IDOT, Laurence et. al (Ed.). **International antitrust litigation**: conflict of laws and coordination. Oxford: Hart, 2012.

BERGSTRÖM, Maria; IACOVIDES, Marios; STRAND, Magnus (Ed.). **Harmonising EU competition litigation**: the new directive and beyond. Swedish Studies in European Law. Vol.8. Croydon: Hart, 2016.

BIEN, Florian et al. **Implementation of the EU Damages Directive into Member State Law** - Effect of consensual settlements on subsequent damages actions. Concurrences N° 3-2017, Conference 12/09/2017, pp. 1–67. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3035794>>. Acesso em 22 jul. 2019.

BLANKE, Gordon. NAZZINI, Renato. **International competition litigation**: a multi-jurisdictional handbook. Kluwer Law International, 2012, p. 126.

BOOM, Willem H. van; GARDE, Amandine; AKSELI, Orkun (Ed.). **The European Unfair Commercial Practices Directive**: impact, enforcement strategies and national legal systems. Dorchester: Ashgate, 2014.

BOTTINO, Thiago. **O direito ao silêncio na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BORK, Robert. H. **The antitrust paradox**: a policy at war with itself. Nova Iorque: The Free Press, 1993.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 3. **Combate a cartéis** – Brasília: MPF, 2019. Disponível em: <www.mpf.mp.br>. Acesso em 17 set. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum: ordinário e sumário, 2: tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMARGO GOMES, Adriano. **Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem**

econômica. Dissertação de Doutorado, Faculdade de Direito de São Paulo, 2018, 594.

CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância**. São Paulo: RT, 2006.

CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018.

CARVALHO, Vinícius Marques de. **Defesa da concorrência – estudos e votos**. São Paulo: Singular, 2015.

_____. **A Lei 12.529-2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

CENGIZ, Firat. **Antitrust Damages Actions: Lessons from American Indirect Purchasers' Litigation**. International and Comparative Law Quarterly 59 (1): 39–63, 2010. <https://doi.org/10.1017/S0020589309990030>.

COMISSÃO EUROPEIA. **Livro Verde - Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>>. Acesso em 22 ago. 2019.

_____. **Livro Branco - Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008DC0165&from=EN>>. Acesso em 22 ago. 2019.

_____. **Quantifying antitrust damages**. Towards non-binding guidance for courts Study prepared for the European Commission. Publications Office of the European Union: Luxembourg, 2009. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/>>. Acesso em 21.08.2019.

_____. **Impact assessment report**. Damages actions for breach of the EU antitrust rules accompanying the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. SWD/2013/0203. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013SC0203&from=EN>>. Acesso em 01.10.2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **O indispensável direito econômico**. Revista dos Tribunais nº 353, março de 1965.

CONNOR, John M.. LANDE, R.H. **Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines**. In WALLER, S.W. (editor). *Issues in Competition Law and Policy*, volume 3. ABA Section of Antitrust Law, volume 3, 2008, pp. 2203-2218.

CONNOR, John M. **Our Customers Are Our Enemies: The Lysine Cartel of 1992-1995**, in: *Review of Industrial Organization*, Volume 18, 2001, pp. 5-21.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos.pdf>. Acesso em 20 nov. 2019.

_____. **Diligências de busca e apreensão cíveis: informações gerais obre operacionalização**. Setembro de 2017. Brasília. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias-e-manuais-administrativos-e-procedimentais/manual-de-operacoes-de-busca-e-apreensao.pdf>>. Acesso em 19 ago. 2019.

_____. **Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Maio de 2016, p. 52. Disponível em < http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf> Acesso em 01 ago. 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – Superintendência-Geral do Cade. **Guia – Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Atualizado em setembro de 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf>. Acesso em 01.10.2019.

CORTESE, Bernardo (Ed.). **EU competition law: between public and private enforcement**. Croydon: Wolters Kluwer, 2014.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional ao direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COUTINHO, Hugo César Peixoto e ALVES, José Luiz. **Lei de Acesso à Informação Como Ferramenta de Controle Social de Ações Governamentais**. *Comunicação & Informação* 18 (1), 2015. <https://doi.org/10.5216/33985>.

DABBAH, Maher M. **International and comparative competition law**. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2010.

DALY, Ken e ROBERT, Anne. **Competition Damages Litigation in Europe: Rapid Changes Bring New Uncertainties**, in *Business Law International*. Vol. 19, n. 3, Sep. 2018, p.277

DELMANTO, Celso. **Crimes de concorrência desleal**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1975.

DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita** – um estudo comparado. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DIDIER, Fredie Jr. FERREIRA, Willian Santos. (Coord.). **Direito Probatório**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de. **Direito econômico internacional**. Curitiba: Intersaberes, 2017.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **(R)Evolução das investigações de cartel à luz dos acordos de leniência e das buscas e apreensões**. In CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). *Evolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018. pp. 1289-1303.

_____. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ECO, Humberto. *O nome da rosa*. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: Record, 2011.

EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). **Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012** - Protection of leniency material in the context of civil damages actions. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf>. Acesso em 30.08.2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; e BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil** – Responsabilidade civil. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERNANDES, Rodrigo Belon. COLIN, Noemy Melo. **The standard of review by courts in competition cases** – Note by Brazil. OCDE, Working Party n.3 on Co-operation and Enforcement, 28 de maio de 2019. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2019\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2019)5/en/pdf)>. Acesso em 27 ago. 2019.

FOER, Albert A.; CUNEO, Jonathan W. **The international handbook on private enforcement of competition law**. Cheltenham: Elgar, 2012.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os Fundamentos do Antitruste**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **O que esperar do antitruste brasileiro no século XXI?** In NUSDEO, Fábio (coord.). *O Direito Econômico na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 347-366, p.366.

FOX, Eleanor M. **What is harm to competition?** Exclusionary practices and anticompetitive effect. *Antitrust Law Journal*, v. 70, 2002-2003.

_____. **Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path.** New York University Public Law and Legal Theory – Working Papers. July 2007

_____. **We protect competition, you protect competitors.** In: *Revista de Direito da Concorrência*, nº 9, pp. 11-32, jan. - mar. de 2006.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder econômico: exercício de abuso.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985

FREITAS, Paulo Felipe Carneiro de. **Tutela Coletiva da Responsabilidade Civil por infração da ordem econômica.** Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito de São Paulo, 2013.

GARCIA, Balmes Vega. **Direito e Tecnologia.** São Paulo: LTR, 2008.

_____. **Contrafação de Patentes.** São Paulo: LTR, 2004.

GERBER, David J. **Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2001.

_____. **Global competition: law, markets, and globalization.** Oxford: Oxford Univ. Press, 2010.

GIFFORD, Daniel J.; e RASKIND, Leo J. **Federal Antitrust Law Cases and Materials**, 2a ed. Ohio: Cincinnati, 2002.

GINSBURG, Douglas H. **Comparing antitrust enforcement in the United States and Europe.** *Journal of Competition Law and Economics* 1(3), 2005.

GOMES, Adriano Camargo. **Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica.** Tese de Doutorado, Faculdade de Direito de São Paulo, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andrea. **O Estado, a empresa e o contrato.** São Paulo: Malheiros, 2005.

GREENFIELD, Leon B., e OLSKY, David F. **Treble damages: to what purpose and to what effect?** *British Institute of International and Comparative Law. International Cartels – comparative perspectives on practice, procedure and substance.* Fevereiro, 2007. Disponível em: <<https://www.wilmerhale.com/-/media/7cc10f22c4b9447899185d6bc48dc37f.pdf>>. Acesso em 30/07/2019.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Direito à prova no âmbito administrativo** in NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). Provas: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009, pp – x-x.

_____. **Prova Emprestada**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 4/60, 2006.

HAMMOND, Scott D. **The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement over the Last Two Decades** - Remarks Before the 24th National Institute on White Collar Crime. 25 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/255515.html>>. Acesso em 28 jul. 2019.

HANNAH L. Buxbaum. 2004. **The Private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Antitrust Litigation**. Yale Journal of International Law, vol. 26 (1): 5, p. 220-263.

HARRINGTON, Joseph E. **Optimal Corporate Leniency Programs**. The Journal of Industrial Economics 56 (2): 215–46, 2008. <https://doi.org/10.1111/j.1467-6451.2008.00339.x>.

HILDEBRAND, DORIS. **The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules**. 2nd ed. The Hague: Kluwer, 1998.

HOVENKAMP, Hebert. **The Antitrust Enterprise**. Cambridge: Harvard University Press, 2008

HÜSCHEL RATH, Kai; SCHWEITZER, Heike (Ed.). **Public and private enforcement of competition law in Europe: legal and economic perspectives**. Berlin: Springer, 2014.

JONES, Alison. **Private Enforcement of EU Competition Law: a comparison with, and lessons from, the US. Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond**. Hart Publishing, 2016. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2715796>. Acesso em 28 jul. 2019.

KALINTIRI, Andriani. **Evidence standards in EU competition enforcement: the EU approach**. Oxford: Hart, 2019.

KIM, Byongbae. **Measures to Improve Cartel Detection (Other than Leniency)** - Remarks Before the ICN Cartel Workshop (Nov. 8, 2005), disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc681.pdf>.

KNEEPKENS, Mart. **Competition law and public interests: principles for resolving conflicts and an application to the banking sector**. The Hague: Eleven, 2018.

KNIJNIK, Danilo (coord.). **Estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*.** Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

KOVACIC, William E. **The modern evolution of U.S. competition policy enforcement norms.** Antitrust Law Journal, n. 2, 2003.

_____. **Private Monitoring & Antitrust Enforcement:** Paying Informants to Reveal Cartels. 69 GEO. Washington Law Review, n. 766, 2001.

KOVACIC, William E. SHAPIRO, Carl. **Antitrust Policy:** A Century of Economic and Legal Thinking. Journal of Economic Perspectives, vol. 14, n.1, 2000, pp. 43-60.

LANDE, Robert H. **A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust:** Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice. 81 Fordham L. Rev. 2349, 2013.

LANDE, Robert H. JOSHUA P., Davis. **Benefits from Private Antitrust Enforcement:** An Analysis of Forty Cases. University of San Francisco Law Review, v. 42, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1090661>>. Acesso em 30 mar. 2019.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Lei de Proteção da Concorrência.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **A ação privada para ressarcimento de danos no direito da concorrência.** In CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). Evolução do antitruste no Brasil. São Paulo: Singular, 2018, p. 509-538

LIONEL KESTENBAUM e JAMES W. OLSON. **Federal Amicus Intervention in Private Antitrust Litigation Raising Issues of Extraterritoriality:** A Modest Proposal. The International Lawyer 16 (4): 587–96, 1982.

LIANOS, Ioannis; DAVIS, Peter; NEBBIA, Paolisa. **Damages claims for the infringement of EU Competition Law.** Oxford: Oxford University Press, 2015.

LOWE, Philip. **How different is EU anti-trust?** A route map for advisors. An overview of EU competition law and policy on commercial practices. ABA 2003 Fall Meeting. Bruxelas, 16 de outubro de 2003, p. 9. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_038_en.pdf>. Acesso em 10 set. 2019.

MACHADO, Edinilson Donizete Ejanini, Tiago Cappi. **O Sigilo Fiscal e a Lei de Acesso à Informação:** Possibilidades de Acesso à Informação Administrativa Fiscal.” *Prisma Jurídico* 14 (2): 9–31, 2015. <https://doi.org/10.5585/prismaj.v14n2.6304>.

MAGGI, Bruno de Oliveira. **O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito de São Paulo, 2010.

_____. **Cartel – Responsabilidade civil concorrencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARCUS, Richard. **Punitive Damages under Federal Statutes: A Functional Analysis**. California Law Review, vol. 60, issue I, 1972.

MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. **Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis**. Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

MCMAHON, Kathryn. 2016. **The International Harmonization of Competition Norms and Brazilian Competition Law: The Use of Settlement Agreements**. *Nafta - Law and Business Review of the Americas* 22 (4): 293.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal – Estudos sobre a Valoração das Provas Penais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORATO, Antônio Carlos. **Pessoa jurídica consumidora**. São Paulo: RT, 2009.

MORGAN, D. Thomas. **Modern Antitrust Law and its origins**. St Paul: West Publishing Co., 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A constituição e as provas ilicitamente adquiridas**. Revista de Direito Administrativo, vol. 105. Rio de Janeiro, jul-set., 1996.

NERUDA, Robert. **Private or Public Enforcement of Competition Law?** In BASEDOW, Jürgen (et all). Private Enforcement of Competition Law. Nomos: Baden-Baden, 2011, p. 230-249.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). **Provas – Aspectos Atuais do Direito Probatório**. Editora Método: 2009.

NUSDEO, Fábio (coord.). **O Direito Econômico na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Curso de economia: introdução ao Direito Econômico**. 6a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OFFICE OF FAIR TRADE. **Private actions in competition law: effective redress for consumers and business**. Recommendations from the Office of Free Trading. Nov. 2007.

OCDE. **The resolution of competition cases by specialised and generalist courts**: Stocktaking of international experiences, 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/The-resolution-of-competition-cases-by-Specialised-and-Generalist-Courts-2016.pdf>>. Acesso em 29 ago. 2019.

Oliveira, Amanda Flávio; CASTRO, Bruno Braz de. **Política concorrencial e política consumerista no Brasil**: possíveis sugestões para a agenda normativa do Cade. In CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). *Evolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018, p. 335-348

ORBACH, Barak. **How Antitrust Lost Its Goal**. 81 Fordham L. Rev. 2253, 2013.

PARCU, Pier Luigi; MONTI, Giorgio; BOTTA, Marco (Ed.). **Private enforcement of EU competition law**: the impact of the Damages Directive. European University Institute, Italy. Cheltenham: Edward Elgar, 2018.

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

PITOFISKY, Robert. **The political content of antitrust**. University of Pennsylvania Law Review, v. 127, 1051-1066, 1979.

POLLOCK, Earl E. **The Schwinn per se rule: the case for reconsideration**. Antitrust L. J., vol 44, 557-572, 1975.

POSNER, Richard. A. **Economic analysis of law**. 6ª ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2003.

_____. A. **Antitrust policy and the Supreme Court**: an analysis of the restricted distribution, horizontal merger and potential competition decision. Columbia Law Review. v. 75, 282-327, 1975.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.196.

QUEIJO, Maria Elisabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo** – o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REARDON, James F. **Consumer Collective Redress Mechanisms in Competition Law** – Comparative analysis of Swiss, American and European Union Laws & Proposals for Switzerland. Zurique: Schulthess Médias Juridiques, 2014.

REICH, Norbert. **The “Courage” doctrine**: encouraging of discouraging compensation for antitrust injuries? Kluwer Law International. Common Market Law Review, Volume 42, 2005.

RODRIGUES JR., OTÁVIO LUIZ. **Direito Civil Contemporâneo**: Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2019

ROGER, Barry J. FERRO, Miguel Souza. MARCOS, Francisco. **A panacea for Competition Law Damages Actions in the EU?** A comparative view of the implementation of the EU Antitrust Damages Directive in Sixteen Member States. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2019.

_____. **The EU Antitrust Damages Directive:** transposition in the member states. First edition. Croydon: Oxford University Press, 2018.

SALINGER, Michael; e EVANS, David S. **Competition thinking at the European Commission:** lessons from the aborted GE/Honeywell merger. Geo. Mason L. Rev., vol 10, 489.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial** – as condutas. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito Concorrencial** – as estruturas. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Condutas Tendentis à Dominação dos Mercados** - Análise Jurídica. Tese apresentada para concurso de Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001.

SANTOS, Karla Margarida Martins. **Cartéis transnacionais** – a transnacionalização das decisões do direito concorrência e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência. Curitiba: Juruá, 2016.

SCORDAMAGLIA-TOUSIS, Andreas. **EU cartel enforcement:** reconciling effective public enforcement with fundamental rights. Croydon: Wolters Kluwer, 2013.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO, Ministério da Justiça, e Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Combate a Cartéis e Programa de Leniência.** 3ª ed., 2009.

SEPRAC – Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência. **Cálculo de danos em cartéis:** guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos. Maio, 2018. Disponível em: < http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/calculo-de-danos-em-carteis/@@download/file/Manual%20Advocacia%20da%20concorr%C3%Aancia_maio%20de%202018-compressed.pdf>. Acesso em 26 ago. 2019.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual:** propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares. 3ª ed. Barueri: Manole, 2005.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Competition Law and Policy in Latin America:** Recent Developments. Croydon: Wolters Kluwer, 2017.

SOUZA, Artur De Brito Gueiros (et al.). **Aspectos controvertidos dos acordos de leniência no direito brasileiro**. *De Jure - Revista Jurídica Do Ministério Público Do Estado de Minas Gerais* 20 (31), 2016. <https://doi.org/10.22171/rej.v20i31.2031>.

STRAND, Magnus; VENEGAS, Vladimir Bastidas; IACOVIDES, Mario C. (Ed.). **EU competition litigation**: transposition and first experiences of the new regime. Croydon: Hart, 2019.

SULLIVAN, Kevin R. BALL, Kate. KLEBOLT, Sarah. **The Potential Impact of Adding a Whistleblower Rewards Provision to ACPERA, in The Antitrust Source**. Outubro de 2011. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/oct11_sullivan_10_24f.authcheckdam.pdf>. Acesso em 23 ago. 2019.

SWEENEY, Brendan. **The internationalization of competition rules**. London: Routledge, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. **Quantifying antitrust damages**. Towards non-binding guidance for courts Study prepared for the European Commission. Publications Office of the European Union: Luxembourg, 2009. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/>>. Acesso em 26 ago. 2018.

VANDENBORRE, Ingrid. **The confidentiality of EU Commission cartel records in civil litigation**: the ball is in the EU Court. *European Competition Law Review*, 2011.

WHISH, Richard. **Competition Law**. Londres: LexisNexis Butterworths, 2003.

WRIGHT, Joshua D. e GINSBURG, Douglas H. **The Goals of antitrust**: Welfare trumps choice. *Fordham Law Review*, 2013.

TALAMINI, Eduardo. **Prova emprestada no processo civil e penal**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 140.

TERHECHTE, Jörg Philipp. **Enforcing European Competition Law** – Harmonizing Private and Public Approaches in a More Differentiated Enforcement Model. *in* BASEDOW, Jürgen (et all). *Private Enforcement of Competition Law*. Nomos: Baden-Baden, 2011, pp. 11-20.

TILL, Schreiber. **Private Antitrust Litigation in the European Union**. *The International Lawyer* 44 (4): 1157–72, 2010.

TINARI, Frank D. **Assessing personal damages in civil litigation**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2016. Disponível em: <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1057%2F978-1-137-56392-7.pdf>>. Acesso em 22 ago. 2019.

TUCCI, Rogério Lauria. PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes (coord.). **A garantia constitucional ao direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WAELBROECK, Denis. SLATER, Donald. EVEN-SHOSHAN Gil. **Comparative Report - Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules**. 31 de Agosto de 2014. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf>. Acesso em 23 ago. 2019.

WALLACE, Cynthia Day. **Extraterritorial Discovery**: Ongoing Challenges for Antitrust Litigation in an Environment of Global Investment. *Journal of International Economic Law* 5 (2): 353–92, 2002. <https://doi.org/10.1093/jiel/5.2.353>.

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

ŽYGIMANTAS, Juška. **The Effectiveness of Antitrust Collective Litigation in the European Union**: A Study of the Principle of Full Compensation. *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law* 49 (1): 63–93, 2018. <https://doi.org/10.1007/s40319-017-0644-4>.