

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

ANA PAULA ANDRADE BORGES DE FARIA

**A extensão do sigilo do acordo de leniência e do termo de
cessação de prática antitruste**

Ribeirão Preto
2020

ANA PAULA ANDRADE BORGES DE FARIA

**A extensão do sigilo do acordo de leniência e do termo de
cessação de prática antitruste**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação, na área de concentração Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira.

Ribeirão Preto
2020

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

FF 224e FARIA, Ana Paula Andrade Borges de
A EXTENSÃO DO SIGILO DO ACORDO DE LENIÊNCIA E DO
TERMO DE CESSAÇÃO ANTITRUSTE / Ana Paula Andrade Borges
de FARIA; orientador Gustavo Assed Ferreira. -- Ribeirão Preto,
2020.
151 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) --
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo,
2020.

1. ACORDO DE LENIÊNCIA. 2. TERMO DE COMPROMISSO
DE CESSAÇÃO. 3. CARTEL. 4. SIGILO. 5. TRANSPARÊNCIA E
PUBLICIDADE. I. Ferreira, Gustavo Assed, orient. II. Título

Nome: FARIA, Ana Paula Andrade Borges de

Título: A extensão do sigilo do acordo de leniência e do termo de cessação de prática antitruste.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela inspiração, luz e proteção desde o momento em que decidi me inscrever no processo seletivo do mestrado.

Meus especiais agradecimentos ao Mário Augusto, pelo apoio incondicional, aos meus filhos, Maria Fernanda e João Pedro, pela compreensão e paciência e, aos meus pais, Filomena Andrade dos Santos (*in memoriam*) e Francisco Borges de Faria (*in memoriam*), por todo o cuidado, carinho e dedicação durante minha formação escolar.

A minha amiga Maria Thereza, agradeço pelo auxílio na revisão final do trabalho e por suas valiosas observações.

Agradeço, igualmente, aos Professores Thiago Marrara e Gabriel Loretto Lochagin, pelas críticas e sugestões feitas no exame de qualificação, e ao professor Gustavo Justino de Oliveira por disponibilizar fontes bibliográficas indispensáveis ao desenvolvimento da pesquisa.

Finalmente, agradeço, ao Professor Gustavo Assed Ferreira, pela firme e eficiente orientação e, sobretudo, pela confiança em me aceitar como sua orientanda.

RESUMO

FARIA, Ana Paula Andrade Borges. *A extensão do sigilo do acordo de leniência e do termo de cessação de prática antitruste*. 2020. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, campus Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2020.

Esta dissertação tem por objetivo analisar a disciplina normativa dos acordos de leniência e dos termos de compromisso de cessação antitruste, com vistas a avaliar a aptidão do nosso ordenamento jurídico para compor satisfatoriamente os vários interesses colidentes quando se trata de fazer atuar os comandos legais em tal seara, a saber, o interesse difuso à transparência da atuação administrativa, o interesse subjetivo de terceiros de acessar o material da leniência para tutela de direitos patrimoniais e o interesse público de preservar a atratividade do programa de leniência do CADE. Para tanto, de início, apresentou-se um panorama das origens, justificativas, objeções e fundamentos da administração pública concertada por ser em tal contexto que nasceram os instrumentos consensuais destacados. Em seguida, foi exposto o resultado do estudo doutrinário sobre o acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática anticompetitiva. Então, após breve digressão sobre o princípio da publicidade e da lei de acesso à informação, mostrou-se a dinâmica do sigilo nas várias fases do programa de leniência do CADE. Finalmente, debateu-se dois casos práticos julgados pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica para ilustrar qual foi o posicionamento do Poder Judiciário e do Ministério Público sobre a extensão do sigilo dos acordos de leniência sob o aspecto da publicidade externa.

Palavras-chave: Acordo de leniência; termo de compromisso de cessação; cartel; sigilo; transparência e publicidade.

ABSTRACT

FARIA, Ana Paula Andrade Borges. *Limits on the confidentiality of the leniency agreement and the termination of antitrust practice*. 2020. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, campus Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2020.

This dissertation aims to analyze the normative discipline of leniency agreements and cease and desist agreements, with a view toward assessing the strength of our legal system to satisfactorily compose the various colliding interests when it comes to enforcing legal commands. Namely, these include the diffuse interest in the transparency of public administration, the subjective interest of third parties to access leniency material for the protection of patrimonial rights and the public interest in preserving the attractiveness of the Administrative Council for Economic Defense – CADE’s leniency program. First, an overview of the origins, justifications, objections and foundations of the concerted public administration was presented given that this was the context in which the highlighted consensual agreements were established. Then, results of doctrinal studies of leniency agreement and cease and desist agreement were exposed. Then, following a brief digression on the principle of publicity and the law on access to information, the dynamic of confidentiality was shown in the various phases of CADE’s leniency program. Finally, two practical cases adjudicated by Administrative Court of Economic Defense - TADE were discussed to illustrate what was the position of the Judiciary and the Prosecution Service regarding the extension of the confidentiality of leniency agreements in terms of external publicity.

Keywords: Leniency agreement; cease and desist agreement; cartel; confidentiality; transparency; publicity.

LISTA DE SIGLAS

ARDC	Ação Civil de Reparação de Danos Concorrenciais
AL	Acordo de Leniência
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
EC	Emenda Constitucional
LAC	Lei Anticorrupção
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LAI	Lei de Acesso à Informação
LDC	Lei de Defesa da Concorrência
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ProCade	Procuradoria Federal junto ao CADE
RiCade	Regimento Interno do CADE
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SG	Superintendência-Geral do CADE
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TADE	Tribunal Administrativo de Defesa Econômica
TCC	Termo de Compromisso de Cessação de Prática Anticompetitiva

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
METODOLOGIA	11
1 A CONSENSUALIZAÇÃO NA PRÁTICA ADMINISTRATIVA SANCIONATÓRIA	
13	
1.1 Evolução do Estado de Direito: novos desafios da Administração Pública.....	13
1.2 Fatores que propiciaram o surgimento das práticas administrativas consensuais	
18	
1.3 Justificativas e objeções à atuação administrativa consensual.....	23
1.4 Evolução do direito administrativo brasileiro em relação à incorporação de práticas consensuais a partir da década de 1990.....	30
1.5. Os acordos na esfera do direito administrativo sancionador antitruste	33
2 A REPRESSÃO ÀS PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS NA LEI DE DEFESA DA	
CONCORRÊNCIA – O PAPEL DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA DO CADE.....	45
2.1 A tutela da concorrência como instrumento	45
2.2 Desenho Institucional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.....	49
2.3 Infração contra a ordem econômica	55
2.4 Processos administrativos de apuração e repressão de infrações contra a ordem econômica	60
2.5 Cartel. Efeitos nocivos para o mercado. Necessidade de repressão	64
2.6 O acordo de leniência antitruste	68
2.7 Termo de compromisso de cessação de prática anticompetitiva	76
2.8 A importância da leniência para prevenção e repressão dos cartéis	82
3 A DISCIPLINA JURÍDICA DO SIGILO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA	
ANTITRUSTE E DOS TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA	
ANTICOMPETITIVA	86
3.1 Breves considerações sobre o princípio da publicidade.....	86
3.2 A Lei de Acesso à Informação.....	89
3.3 A classificação das informações no âmbito do CADE	95
3.4 O sigilo nas várias fases da leniência	99
3.4.1 O pedido de senha.....	100
3.4.2 Proposta e negociação	102

3.4.4 Execução e extinção	1066
3.4 Da publicidade dos acordos de leniência e TCCS	1077
3.5.1 Da publicidade interna	1088
3.5.2 Da publicidade externa	110
4 SOLUÇÕES PARA CONCILIAR OS INTERESSES COLIDENTES	1166
4.1 As justificavas para preservar o sigilo	116
4.2 As possíveis soluções para conciliar os interesses colidentes.....	119
4.3 A decisão do STJ no Resp n. 1.554.986.....	124
4.4 A ação civil pública n. 1051058-75.2014.8.26.0053.....	128
4.5. A Resolução CADE n. 21/98.....	130
4.6 O Projeto de Lei n. 283/16 do Senado Federal.....	133
CONCLUSÕES	137
REFERÊNCIAS.....	143

INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho é analisar criticamente a disciplina normativa em vigor sobre o sigilo dos dados, informações, documentos, correspondências e objetos disponibilizados pelas colaboradoras em acordos de leniência e pelas compromissárias de termos de compromisso de cessação antitruste, bem como o sigilo que incide relativamente ao próprio conteúdo de tais acordos e dos respectivos histórico das condutas e termos aditivos, com vistas a avaliar sua aptidão para compatibilizar os vários interesses jurídicos colidentes no que concerne à amplitude do sigilo das ditas informações. Notadamente, o dever de transparência do agir administrativo, a necessidade de proteção de direitos individuais de terceiros prejudicados pela ação anticompetitiva, o princípio da eficiência da Administração Pública e o princípio da proteção da confiança das empresas colaboradoras em relação à previsibilidade dos efeitos externos dos acordos.

Para tanto, no primeiro capítulo será apresentado um breve panorama das origens, justificativas, objeções e fundamentos doutrinários e normativos da denominada administração pública consensual ou concertada, considerando que é dentro de tal contexto que se inserem os instrumentos jurídicos que integram o programa de leniência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (acordo de leniência e termo de compromisso de cessação de prática anticompetitiva para o caso de cartel), os quais constituem alternativas legais colocadas à disposição da autoridade antitruste para promover de maneira mais eficiente a prevenção e repressão das infrações coletivas contra a ordem econômica.

No segundo capítulo, a atenção será voltada ao estudo teórico doutrinário do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática anticompetitiva, buscando fixar a respectiva natureza jurídica, identificar seus principais elementos e definir seus efeitos penais, civis e administrativos, à luz da legislação brasileira, da doutrina especializada e das narrativas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), para, assim, construir uma base sólida à investigação sobre as regras jurídicas que dispõem sobre o sigilo em relação aos ditos acordos.

Em seguida, no terceiro capítulo, após breve digressão sobre o princípio da publicidade e a lei de acesso à informação, exporemos a dinâmica do sigilo nas várias fases do programa de leniência do CADE, buscando demonstrar qual tem sido a

postura adotada pela autoridade antitruste no que concerne ao acesso ao material da leniência, seja por parte dos demais coautores da prática anticompetitiva investigada, seja por terceiros titulares de interesses jurídicos impactados pela conduta infracional apurada e/ou punida pelo CADE com fundamento nos acordos de leniência e/ou TCCS e, ainda, terceiros que pretendem exercer, singelamente, o controle social da atuação da autoridade antitruste brasileira.

Por fim, no quarto e último capítulo, utilizaremos dois casos práticos julgados pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica para ilustrar qual foi o posicionamento do Poder Judiciário e do Ministério Público sobre a extensão do sigilo dos acordos de leniência em relação a terceiros prejudicados pelo cartel. Tudo isso com o escopo de levantar questionamentos e alimentar o debate jurídico necessário ao alcance do satisfatório equacionamento entre o interesse público de preservar a atratividade do programa de leniência do CADE, com vistas a maximizar a eficiência administrativa, os interesses individuais dos lesados pela prática anticoncorrencial de obter reparação por danos suportados, e o interesse social de garantir a transparência da atuação administrativa.

METODOLOGIA

A pesquisa foi fundamentada na análise teórica de trabalhos doutrinários nas áreas do direito constitucional, administrativo e econômico, no estudo da legislação pertinente, no exame da jurisprudência administrativa do CADE e, finalmente, na consulta a dois precedentes judiciais que trataram da questão da quebra do sigilo do material da leniência em relação a terceiros.

Examinou-se, detida e reiteradamente, as disposições normativas veiculadas pela Constituição Federal, Lei de Acesso à Informação e respectivo regulamento, Lei de Defesa da Concorrência, Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Resolução CADE n. 21/18 e Lei do Processo Administrativo Federal, com foco no sigilo de informações fornecidas por colaboradoras e compromissárias de acordos de leniência e termos de compromisso de cessação de prática anticoncorrencial.

Ainda, para definir como tem sido a aplicação prática da disciplina jurídica do sigilo pela autoridade antitruste brasileira, foram consultadas publicações institucionais do CADE que orientam empresas, advogados e o público em geral sobre a importância do programa de leniência em vigor, nomeadamente, o Guia do Programa de Leniência Antitruste e o Guia do Termo de Compromisso de Cessação para os casos de Cartel.

Igualmente, efetivou-se a leitura das notas técnicas, relatórios dos Conselheiros Relatores e votos de Conselheiros no âmbito de processos administrativos já julgados pelo TADE e que se originaram de acordos de leniência. Ademais, fora lidas as versões públicas dos Termos de Compromisso de Cessação para casos de cartel disponibilizados no sítio eletrônico do CADE. O propósito da pesquisa, neste ponto, foi fixar a forma pela qual a autoridade antitruste garante o sigilo das informações fornecidas por colaboradoras ou compromissárias de acordos de leniência e TCCS.

Ademais, procedeu-se ao estudo detalhado de dois precedentes judiciais que trataram da extensão do sigilo do material da leniência em relação a terceiros prejudicados por infrações concorrenciais oriundas do cartel internacional dos compressores (PA n. 08012.000820/2009-11 – RESP n. 1.554.986/SP) e do cartel em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares (PA 08700.004617/2013-41 – ACP n. 1051058-75.2014.8.26.0053), os quais motivaram,

inclusive, a edição da Resolução CADE n. 21/18, cujo escopo foi aumentar a segurança das empresas colaboradoras e compromissárias diante de posições divergentes do Poder Judiciário e do Ministério Público em relação ao sigilo do material da leniência.

Finalmente, foi apresentado o teor do Projeto de Lei n. 283/16, que tem por finalidade conciliar os vários interesses colidentes sobre a questão do sigilo dos acordos de leniência e termos de compromisso de cessação de prática anticompetitiva.

Considerando que o objetivo da pesquisa é trazer uma contribuição para enriquecer o debate doutrinário, as conclusões foram alcançadas com referência aos vários capítulos elaborados, a fim de que se possa visualizar os pressupostos que se considera relevantes para subsidiar novos estudos sobre a temática abordada.

1 A CONSENSUALIZAÇÃO NA PRÁTICA ADMINISTRATIVA SANCIONATÓRIA

1.1 Evolução do Estado de Direito: novos desafios da Administração Pública

O Estado de Direito Liberal, concebido como forma específica de organização do Estado, foi estruturado com base no pressuposto da nítida separação entre Estado e sociedade.¹ O liberalismo político pregava, fortemente, que ao Estado, detentor do poder soberano, cabia apenas garantir a liberdade individual e o livre comércio, valendo-se, para tanto, do poder de polícia destinado, exclusivamente, à manutenção da ordem e tranquilidade públicas (MEDAUAR, 2018, p. 334).

O emprego do poder de polícia, por seu turno, devia respeito estrito à lei aprovada pelo parlamento, sendo tal conformidade passível de controle por órgãos judiciais competentes, que se limitavam a revisar aspectos formais dos atos administrativos à luz das disposições legais em vigor, sob o pálio do positivismo jurídico, conforme a doutrina clássica da separação das funções estatais entre o Executivo, Legislativo e Judiciário (FARIA, 1988).

Assim é que a concepção de Estado de Direito Liberal, abrangente da doutrina dos direitos fundamentais civis e políticos e da teoria da separação de Poderes, foi sendo formatada nos países percussores sobre variadas designações, tais como, “*Rule of Law*” na Inglaterra, “*Always under law*” nos Estados Unidos, “*L’État Legal*”, na França, e “*Rechtsstaat*” na Alemanha, todas, porém, baseadas na ideia de submissão do Estado ao império da lei e do Direito com vistas a assegurar as liberdades públicas e permitir o livre desenvolvimento econômico (CANOTILHO, 1998, p. 87-89).

E o direito administrativo nasce a partir deste modelo de Estado, no âmbito do qual a imperatividade, fincada na noção de soberania estatal, valida a atuação do Poder Público através da prática de atos administrativos revestidos de autoridade e a cujos comandos devem se submeter os cidadãos (OLIVEIRA; SCHAWANKA, 2009, p. 310-311).

¹ FARIA (1988, p. 5) ressalta que “historicamente, a identidade do sistema jurídico-político liberal tem sido tradicionalmente associada à forma pela qual ele, para assegurar a propriedade privada e garantir o livre jogo do mercado, entre outros objetivos, cultivou a noção de espaço público como domínio de sociabilidade oposto ao domínio privado”.

É nesse contexto que o direito administrativo desenvolveu-se no Brasil,² recebendo marcante influência do Direito Francês, em especial da escola da *puissance publique*, nos termos da qual, no exercício de atos de império, a autoridade pública aparece em uma relação de verticalidade com o particular, exercendo poder exorbitante fundado na soberania estatal; enquanto que, na prática de atos de gestão, o administrador público se iguala em direitos e obrigações ao particular (DI PIETRO, 2018, p. 67).

O liberalismo político e econômico, porém, foi paulatinamente repaginado nos países ocidentais a partir do período entre guerras e pós segunda guerra, já que era urgente a recuperação econômica e a promoção do desenvolvimento do sistema capitalista, que passou a concorrer com as economias socialistas, razão pela qual, no ocidente, o Estado assumiu deveres de prestações positivas destinadas a implementar a igualdade de oportunidades no meio social, e, ainda, passou a atuar fortemente no domínio econômico em setores estratégicos para propiciar a estrutura necessária ao desenvolvimento da indústria (ANDERSEN, 1991, p. 8).

Arquitetou-se, assim, o Estado de bem-estar social fundado em valores sociais, econômicos e culturais, que foram absorvidos pela ordem constitucional e alargaram significativamente as atribuições do Poder Público, estreitando as relações entre a Administração e os particulares. Isto porque, os administrados passam a ser destinatários de prestações estatais positivas, e, ainda, o Estado, atuando ora direta ou ora indiretamente no domínio econômico, passou a estabelecer relações mais próximas e frequentes com os demais agentes do mercado (BOBELA; KIRKBY, 2011, p. 23).

E o denominado *Welfare State* foi concretizado nos países ocidentais desenvolvidos, atendendo a peculiaridades regionais e locais, com a implantação de regimes diferenciados no que concerne ao papel designado ao Estado e aos agentes

² Em postura crítica MARQUES faz importante ressalva: “Os modelos de Estado e Direito na América Latina são em muito herdeiros da tradição europeia continental. [...]. Apesar disso, a constituição de nossas nações legou uma diferença fundamental: por aqui o Estado veio antes que a sociedade. [...] O Estado moderno surge na Europa a partir da emancipação dos burgos e da afirmação das cidades livres, onde a vida dos indivíduos na urbe e sua integração nas relações de troca e de cooperação fazem despertar a necessidade de uma esfera pública apta a ordenar o convívio e coibir os comportamentos desregrados. Na América Latina, o Estado surge originalmente como uma instituição de preservação dos domínios do Rei e de efetivação de sua vontade sobre as terras e riquezas da colônia” e, é por isso que “ Ao invés de ser visto como um ente serviente aos indivíduos e cuja existência é condicionada ao respeito e à efetivação dos direitos fundamentais, o Estado latino-americano é visto como uma entidade independente da sociedade, prevalecente e titular de interesses próprios que são por definição predominantes sobre os interesses dos particulares” (MARQUES, 2012, p. 421).

econômicos na organização da sociedade capitalista. Nas nações anglo-saxônicas, (Grã-Bretanha, Estados Unidos, Canadá e Austrália), os benefícios sociais foram destinados, singelamente, à classe trabalhadora de baixa renda, porém, em valores mínimos, sendo que, em contrapartida, o Estado “encoraja o mercado, tanto passiva – ao garantir apenas o mínimo – quanto ativamente – ao subsidiar esquemas privados de previdência destinados à classe média” (ANDERSEN, 1991, p. 10), a atuar de maneira mais independente da ação estatal.

Diversamente, na Europa continental (Áustria, França, Alemanha e Itália), o Estado assume quase que integralmente o papel do mercado na prestação de benefícios sociais, estabelecendo-se regimes conservadores e corporativistas de *welfare state*. Apenas nos países europeus pequenos e muito prósperos (Suécia, Noruega e Dinamarca), observou-se a implantação do Estado providência de feição social-democrata, com a promoção da igualdade entre as classes sociais, mediante a disponibilização de benefícios de qualidade para todos os cidadãos (ANDERSEN, 1991, p. 11).

No Brasil, país de capitalismo tardio, ocorreu significativa ampliação da ação estatal direta na ordem econômica durante o segundo governo Vargas, com a criação de empresas estatais em setores estratégicos de base e infraestrutura (Companhia Siderúrgica Nacional, Companhia Vale do Rio Doce, Petrobrás, Eletrobrás, Rede Ferroviária Nacional). Essa tendência expandiu-se vários setores (bancário, telefonia, saneamento básico, fornecimento de bens e serviços em geral, etc.) durante o regime militar, perdurando até 1975, já que no ano seguinte teve início a crise fiscal e as estatais foram apontadas como responsáveis pelo aumento desenfreado dos gastos do governo (PINTO JR., 2013, p. 36-38).

Nada obstante, embora tenha havido entre nós o crescimento do tamanho da máquina pública durante o pós segunda guerra mundial, a absorção ampla de um modelo de Estado providência em nosso ordenamento jurídico só vingou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que qualifica como direitos fundamentais do indivíduo a saúde, a educação, a cultura, a assistência e previdência sociais, ao lado dos direitos sociais dos trabalhadores (SILVA, 2012).

Em que pese tais circunstâncias terem tornado mais complexas as relações entre o Estado e sociedade brasileira, com maior aproximação entre a administração pública e o administrado, a doutrina de direito administrativo nacional prevalente até o início da década de 1990 prestigiava a teoria estruturada por Bandeira De Mello

(2008, p. 53-59), no sentido de que, revestida de seu poder de império, a administração pública deveria sujeitar-se a um regime jurídico próprio, distinto do direito privado, denominado de regime jurídico administrativo, fincado em dois postulados básicos: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público pela administração.

Dentro do binômio supremacia e indisponibilidade, base de tal teoria, o interesse público é definido como o “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem” (MELLO, 2008, p. 62). Sendo, portanto, caracterizado como superior e prevalente sobre os interesses dos particulares por ser vital para que esses últimos existam, justificando a posição de privilégio dos órgãos administrativos nas relações travadas com os particulares, pois, “o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto” (MELLO, 2008, p. 71).

Em suma, sob a égide do regime jurídico administrativo concebido como um conjunto de prerrogativas e sujeições para satisfação dos interesses coletivos, entende-se que a Administração Pública é dotada de privilégios fundados no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, devendo, em contrapartida, agir conforme a lei e o Direito, sujeitando-se à restrições impostas pelo princípio da legalidade, fincadas no postulado da indisponibilidade do interesse público (MELLO, 2008, p. 87-90). Por força disso, Bandeira De Mello (2008, p. 79) assinala que:

A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela como condição de sua ação.

Ainda, afirma-se que o princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração impõe ao agente público o dever de agir para realizá-lo, considerando que se trata de um interesse inalienável, impenhorável, intrasferível, sendo “vedado à autoridade administrativa deixar de tomar medidas ou retardar medidas que são relevantes ao atendimento do interesse público, em virtude de qualquer outro motivo” (MEDAUAR, 2018, p. 186).

Assinala-se, outrossim, que a manifestação mais marcante do poder imperativo da administração pública, no seu dever de concretizar o interesse público,

é a prática de atos administrativos unilaterais no exercício do poder de polícia, cujo conteúdo é a restrição da liberdade dos particulares para atendimento do interesse público qualificado pela lei (MEDAUAR, 2018).

Ainda, os atos administrativos unilaterais são dotados de imperatividade, presunção de veracidade e legitimidade, sendo, destarte, verdadeira expressão do poder exorbitante da Administração Pública, que se liga à ideia de soberania estatal (DI PIETRO, 2018, p. 304-312). E, assim, a doutrina de direito administrativo, no Brasil, acolhia de maneira tranquila tais concepções, validando o binômio indisponibilidade do interesse público pela administração/vinculação do administrador ao princípio da legalidade.

Entretanto, a partir da década de 1990, o cenário jurídico-administrativo brasileiro sofre imensa transformação resultante da tentativa, parcialmente frustrada, de implantar, aqui, o modelo de administração pública gerencial inspirado no ideário inglês e estadunidense dos governos de Margareth Thatcher e de Ronald Reagan (PAULA, 2005).

Logo, promoveram-se privatizações, criaram-se agências reguladoras dotadas de autonomia e poder normativo, elaborou-se o denominado Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (BRESSER, 2006, p. 33-36), tudo com a intenção de diminuir o tamanho do Estado, reduzir gastos e aumentar a eficiência administrativa.

Tais mudanças, conjugadas com o aumento da participação democrática dos cidadãos na gestão pública (Conselhos, Consultas e Audiências, Ouvidorias, etc.), e a necessidade de tutela administrativa dos direitos difusos (meio ambiente ecologicamente equilibrado/competitividade do mercado interno/defesa do consumidor/etc.) fizeram crescer a complexidade das relações travadas entre o Estado e os administrados. Conseqüentemente, passou-se a exigir do Poder Público uma atuação mais célere, flexível e adequada ao atendimento das incessantes necessidades sociais e econômicas emergentes, fenômeno que culminou com a promulgação da Emenda Constitucional n. 19/98, que alçou a eficiência à princípio constitucional da Administração Pública.³

Muitos doutrinadores, então, passaram a questionar se o modelo de atuação unilateral e imperativa do Poder Público – fundado no binômio supremacia do

³ O princípio da eficiência foi incluído pela Emenda Constitucional 19/98 como decorrência da reforma gerencial, iniciada em 1995, com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE).

interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público pela administração - seria suficiente para lidar com os múltiplos conflitos resultantes da ampliação das funções estatais do Estado brasileiro, fazendo eclodir a discussão sobre o tema da denominada administração pública consensual ou concertada.⁴

1.2 Fatores que propiciaram o surgimento das práticas administrativas consensuais

Com a absorção do paradigma do Estado-providência pelos ordenamentos jurídico constitucionais dos países do ocidente, que passaram a prever direitos a prestações estatais positivas em favor dos cidadãos,⁵ estes deixam de ser apenas o alvo de atos administrativos revestidos de imperatividade e passam a ser tratados, também, como usuários de serviços públicos essenciais (saúde, educação, previdência e assistência sociais) destinados a assegurar o bem-estar social, estreitando-se os laços de dependência do administrado para com as autoridades públicas no âmbito de relações administrativas duradouras, em que o beneficiário é titular de direitos subjetivos perante o Estado (BOBELA; KIRKBY, 2011, p. 24-25).

Ainda, com a evolução para o Estado Democrático de Direito, surgiram múltiplas causas que favoreceram o estabelecimento de relações de horizontalidade entre o Estado e os administrados, notadamente porque os sistemas jurídicos dos

⁴⁴ São exemplos: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. O Princípio da Eficiência. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 4, jan./fev. 2004. ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular” in **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, v. 24, 1998. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, jan./mar. 2006. BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução? **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 3, jul./set. 2006. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v 231, jan./mar. 2003.

⁵ Por direitos a prestações estatais positivas entende-se os direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestações em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 299).

vários países adotaram mecanismos de participação do cidadão na tomada de decisões pelo Poder Público, alterando-se a noção de que cabia ao Estado agir só imperativamente.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 institui um Estado Democrático de Direito, acolhendo meios de participação direta do cidadão na formulação da vontade estatal, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (CF, 14), prevendo que a todos é assegurado o contraditório e ampla defesa, tanto no processo judicial como no administrativo (CF, 5º, LV) e consagrando amplamente o direito à informação (CF, 5º, XXXIII).

Com efeito, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, incorporou-se ao nosso ordenamento jurídico comando constitucional expresso no sentido de que é a todos assegurado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes, não apenas no processo judicial, como no administrativo, de maneira que a doutrina administrativista passou a entender, paulatinamente, que as decisões administrativas deveriam ser veiculadas após ser dado ao administrado alvo da ação administrativa o direito de ser ouvido e produzir provas em seu favor, lançando-se, assim, o gérmen do fenômeno da processualização da ação administrativa.

A partir de tal conjuntura, identifica-se, de início, que a processualização⁶ da atuação administrativa, albergada pelo artigo 5º LV, da Constituição Federal, foi um dos fatores que contribuiu para o surgimento dos meios consensuais no direito administrativo brasileiro, já que a participação do cidadão na formação da decisão administrativa, por meio do processo, qualificada juridicamente como direito fundamental, aproximou a autoridade pública e o particular tornando a ação do poder público mais permeável às demandas sociais (OLIVEIRA; SCHAWANKA, 2009, p. 25). Destacando a importância do procedimento dentro do contexto da participação democrática, MOREIRA NETO assevera que:

Nessas condições, o *procedimento* passa a ser, por via de regra, a nova e dinâmica forma de dar legitimação democrática imediata à ação administrativa, sem intermediação política ou com um mínimo indispensável de atuação dos órgãos legislativos, e, do mesmo modo, através do

⁶ O termo é empregado por Odete Medaur (2008), sendo certo que constitui entendimento desprovido de controvérsia que a procedimentalização do agir administrativo (independentemente da forma que esse venha a revestir) é essencial para garantir que a Administração possa considerar todos os interesses públicos e privados que concorrem na situação concreta que é objeto de regulação, ao fornecer o *locus* ideal para a participação de todos os titulares de direitos e interesses que com aquela se relacionam, constringendo-a a uma composição positivamente imparcial das relações jurídicas em causa (BOBELA; KIRKBY, 2011, p. 339).

procedimento, a abertura à participação de interessados, conduzindo à tomada de decisões não apenas as casuísticas, as gerais e, nesta hipótese, com a produção de regras igualadoras com aplicação a todos os que se encontrem nas mesmas circunstâncias reguladas. (2003, p. 131)

E a processualização do agir administrativo, acolhida pelo legislador constituinte originário (CF, 5º, LV), foi expressamente viabilizada através da Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. O objetivo foi o de proteger os direitos dos administrados e aprimorar a execução dos fins da Administração Pública, cuja aplicação deve ser regida por tradicionais princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e, por novos vetores como a eficiência, a razoabilidade e a proporcionalidade (Lei 9.784/99, 2º, caput c/c parágrafo único VI e IX).

A lei ampliou o conceito do princípio da legalidade como vinculação à lei formal para abranger o respeito à lei e ao Direito, ressaltando que a ação administrativa deve servir ao interesse de todos, proibindo-se a renúncia de poderes ou competências, exceto no caso de autorização legal (Lei 9.784/99, 2º, parágrafo único, I e II). Estabelece como regra a divulgação dos atos administrativos, excetuando-se a proteção ao sigilo assegurada na Constituição Federal (Lei n. 9.784/99, 2º, parágrafo único, V). Na feliz síntese de MARQUES NETO:

O fenômeno que parte da doutrina chama de processualidade administrativa implica em, por um lado, assegurar ao indivíduo o direito de participar da decisão acerca de qual interesse público deve ser consagrado e de conter a intervenção desproporcional do poder público para tal consagração. De outro lado, a exigência do processo na função administrativa explicita o fato de que a intervenção estatal é conflitiva, envolve arbitramento de interesses e, por conseguinte, não é indiferente em relação aos interesses existentes na esfera privada. (2012, p. 430)

Essa postura de abertura ao diálogo com os administrados, através do processo administrativo, da qual é exemplo a Lei n. 9.784/99, é parte do fenômeno da ampliação da participação do cidadão na tomada de decisões pelo Poder Público, que se materializa, também, por meio de audiências e consultas públicas, participação de membros da sociedade civil em Conselhos que auxiliam a elaboração de políticas públicas, nas três esferas de governo e, finalmente, pelas técnicas consensuais de solução de conflitos de interesse entre órgãos públicos e particulares nas mais variadas esferas administrativas.

Nesse cenário, a atitude de comando da administração pública, fincada no poder coercitivo da autoridade pública, vai, paulatinamente, sendo substituída pela

atuação cooperativa, consensual e voltada à conformação da ação do administrado, superando a lógica do proibido/permitido, típica da atuação imperativa do Poder Público, para acolhimento do “primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado” (MOREIRA NETO, 2003, p. 129-156).

O mesmo doutrinador aponta como causas colaborativas para a configuração da denominada Administração Consensual: (a) a abertura dos ordenamentos jurídicos constitucionais para uma pauta de valores, elevando os princípios constitucionais “ao patamar de categoria normativa autônoma e dotada de um sistema de eficácia próprio”, o que se traduz como a força normativa da constituição e, (b) a “redefinição teórica do interesse público”, que evolui a partir da concepção de que interesse público é aquele descrito pelo legislador (Estado de Direito), para o entendimento de que o interesse público deve ser aquele albergado pelo ordenamento jurídico constitucional (Estado Democrático de Direito) ao qual o legislador ordinário não pode se furtar a atender (MOREIRA NETO, 2003, p. 131).

Com efeito, diante da insuficiência da lei aprovada pelo parlamento, de cunho geral e abstrato, para albergar a miríade de situações concretas que o administrador público é chamado a regular (BOBELA; KIRKBY, 2011, p. 336), o próprio legislador passou a conferir à Administração Pública maior competência discricionária para definir o interesse público de forma casuística,⁷ adotando formulações normativas menos prescritivas (definidoras de regras de conduta) e mais prospectivas (indicadoras de valores e princípios a serem realizados).

Afirma-se, assim, que a crise no princípio da legalidade permitiu admitir que só é possível identificar o interesse público abstratamente fixado pelo legislador a partir de uma situação concreta, afinal, o interesse público só poderá ser descoberto após a conclusão de um procedimento administrativo em que a Administração Pública analisa “[...] todos os interesses públicos e privados em presença e as condicionantes concretas de sua realização, bem como a possibilidade de fazer uma ponderação integrada das várias soluções que perfilam para a sua adequada harmonização e realização” (BOBELA; KIRKBY, 2011, p. 31).

Deveras, salienta-se que a exata noção do que seja o denominado interesse público é impossível de ser definida pela lei em sentido formal, já que no âmbito de

uma sociedade plural, fragmentada, multifacetada, vários interesses privados, coletivos e difusos podem emergir de uma mesma situação que o administrador público é chamado a regular e, para tanto, ele deverá arbitrar o conflito entre os vários interesses em jogo, em vista da finalidade pública a ser perseguida no caso concreto (PALMA, 2010, p. 151), pois, como ensina BINENBOJM:

A questão da dicotomia público/particular só se coloca quando a Administração Pública se vê diante de interesses legítimos de parte a parte, quando então deverá socorrer-se de algum parâmetro normativo para balancear os interesses em jogo na busca da solução constitucional e legalmente otimizada. [...]

O que se está a afirmar é que o *interesse público* comporta, desde sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica antecipada de uns sobre os outros. Com efeito, a *afecção* do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que *reconduz* o administrador público à interpretação do *sistema de ponderações* estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, o obriga a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade. (2005, p. 11 e 20)

Com tal entendimento, foi possível superar o dogma da indisponibilidade do interesse público que se erigia como principal óbice ao acolhimento da noção de que o administrador público pode, legitimamente, exercer seu poder de autoridade por meio de instrumentos consensuais, e não apenas de forma unilateral e imperativa, legitimando-se, assim, a celebração de acordos entre a administração pública e particulares, tendo por objeto o próprio poder administrativo.

Essa evolução ocorreu de maneira mais sistemática no Direito Europeu Continental, com destaque para o Direito Alemão, onde a Lei de Procedimento Administrativo de 1976, dispõe, no artigo 54, que uma relação jurídica de direito público pode ser constituída, modificada ou extinta mediante contrato, sempre que uma norma jurídica não prescreva o contrário (BOBELA; KIRKBY, 2011, p. 139).

Entre nós, porém, até recentemente, não havia previsão normativa genérica que autorizasse o administrador público a celebrar acordos de direito público dispondo sobre o exercício de poder administrativo, vigorando o princípio de que a administração só pode agir quando autorizada pela lei.

Entretanto, como se verá adiante, várias disposições normativas editadas no decorrer da década de 90, já contemplavam a possibilidade da celebração de acordos administrativos que tenham por objeto o exercício de prerrogativas públicas, inclusive no que diz respeito ao poder sancionador.

Como se denota, ao lado da ação imperativa e unilateral, os módulos de consensualização (MARRARA, 2017, p. 274) surgem como ferramentas muitas vezes mais aptas a solucionar embates cada vez mais intrincados que surgem nas relações jurídicas travadas entre o Estado e os administrados,⁸ principalmente no âmbito do direito regulatório, já que, saindo do método do tudo ou nada, característico da atuação imperativa do Poder Público, os acordos são mecanismos mais flexíveis e adequados a compor os interesses em conflito que emergem da situação concreta, propiciando uma solução mais aceitável para as partes interessadas e, portanto, com maior probabilidade de ser observada pelo administrado (LORA, *apud* ARAGÃO, 2005, p. 295).

Nesse cenário, emerge a noção de administração concertada compreensiva de “[...] novos modelos da ação administrativa, ou seja, aqueles módulos organizativos e funcionais caracterizados por uma atividade consensual e negocial” (ROSÁRIO FERRARA, *apud* MOREIRA NETO, 2003, p. 146).

1.3 Justificativas e objeções à atuação administrativa consensual

A concretização do princípio da eficiência na Administração Pública se apresenta como a principal justificativa utilizada pela doutrina para fundamentar a atuação consensual ou concertada dos Poderes Públicos (ARAGÃO, 2005, p. 66), porém, é bastante controverso entre os estudiosos o sentido da expressão “eficiência” já que se está diante de palavra polissêmica, que encerra múltiplos significados, dentre os quais se aponta como sendo os mais relevantes: “(I) a eficiência como sinônimo de “*boa administração*”, (II) a eficiência como comando de otimização das decisões administrativas e (III) a eficiência como dever de escolha do meio mais adequado para determinar decisões eficientes ao caso concreto” (PALMA, 2010, p. 91).

⁸ Como ressalta CASTELLS: “a crise financeira global, as mudanças drásticas nos mercados de negócios e mão de obra, resultado de uma nova divisão de trabalho internacional; o crescimento irrefreável da economia criminosa global; a exclusão social e cultural de grandes segmentos da população do planeta das redes globais que acumulam conhecimento, riqueza e poder; a reação dos descontentes sob a forma do fundamentalismo religioso; o recrudescimento de divisões nacionais, étnicas e territoriais, prenunciando a negação do outro e, portanto, o recurso à violência em ampla escala como forma de protesto e dominação; a crise ambiental simbolizada pela mudança climática; a crescente incapacidade das instituições políticas baseadas no Estado-nação em lidar com os problemas globais e as demandas locais; tudo isso são expressões diversas de um processo de mudança multidimensional e estrutural que se dá em meio a agonia e incerteza” (2017, p. 11)

Na presente dissertação, concebe-se princípio da eficiência como o mandamento constitucional impositivo do dever da Administração Pública otimizar um agir produtivo voltado à obtenção de resultados práticos satisfatórios em seus vários âmbitos de atuação - atendimento das necessidades dos administrados, garantia das liberdades públicas, tutela de interesses difusos - valendo-se, para tanto, do postulado normativo da proporcionalidade⁹ para identificar, no caso concreto, o instrumento jurídico mais adequado para regular a situação que lhe é apresentada com o mínimo de erros e/ou dispêndios, de modo a alcançar cabalmente a finalidade pública perseguida “em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos” (ÁVILA, 2005, p. 23).

Assim é que, para cumprir os preceitos programáticos traçados pelo legislador constituinte federal, principalmente nos campos da saúde, educação, previdência e assistência sociais, proteção do meio ambiente, do consumidor e do mercado interno nacional, a autoridade administrativa deve atuar com eficiência, adotando o método mais razoável, adequado e proporcional em sentido estrito, para alcançar a finalidade pública albergada pelo preceito normativo que pretende concretizar.¹⁰

Com isso, atribui-se um valor metodológico (PALMA, 2010, p. 91) ao postulado normativo da proporcionalidade,¹¹ concebido como técnica de interpretação e aplicação de normas jurídicas (regras e princípios)¹² que viabiliza a identificação, na

⁹ Os postulados normativos são entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Eles, também por isso, não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam *como* (mediante a implementação de quais condições) pode ser obtido o conhecimento do Direito (ÁVILA, 1999, p. 165).

¹⁰ A busca pela eficiência emerge do contexto da denominada administração gerencial em que o controle é focado mais na obtenção de resultados positivos da ação administrativa (controle *a posteriori*) do que na simples observância de regras legais pela autoridade pública (controle *a priori*) (PEREIRA, 2006, p. 28). Nesse sentido, afirma-se que “a Administração de resultado – como Administração obrigada a assegurar com rapidez, eficiência, transparência e economicidade, bens e/ou serviços à comunidade e às pessoas – tende, de um lado, a transformar a legalidade mais em uma obrigação de respeito a princípios do que de respeito a preceitos [...]” fundamentando, assim, “a passagem de um modelo de Administração autoritativa, unilateral, unitária, coercitiva e jurídico-formal, para uma Administração caracterizada pelo pluralismo, pela negociação, pelo caráter residual e subsidiário do emprego da autoridade, etc.” (IANNOTTA *apud* ARAGÃO, 2012, p. 376).

¹¹ A Lei n. 13.655/18 introduziu o artigo 20, parágrafo único, na LINDB, normatizando o dever de proporcionalidade no âmbito da administração pública de todos os entes estatais ao dispor que “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face de possíveis alternativas.”

¹² Adota-se aqui o modelo teórico que divide o gênero norma jurídica, nas espécies regras e princípios. As regras contêm “determinações” dentro de um contexto daquilo que é fática e juridicamente possível, podendo ser válidas ou inválidas, e, se válidas, sua incidência é verificada pela técnica da subsunção; já os princípios contêm “mandamentos de otimização” cujo grau de satisfação dependerá não apenas de condicionamentos fáticos, como do âmbito jurídico de incidência definido por princípios e regras

situação concreta analisada, da finalidade pública que o administrador deve cumprir, dos meios à disposição da Administração Pública para alcançá-la, de possíveis bens jurídicos colidentes que poderão ser afetados pela ação estatal eleita e das alternativas para compatibilizar os interesses eventualmente em conflito,¹³ sendo certo que “a escolha do meio tanto incide sobre a seleção do instrumento jurídico a ser adotado para satisfação das competências administrativas quanto sobre a conformação do instrumento elegido, especialmente sua intensidade” (PALMA, 2010, p. 92).

Não se nega que parcela da doutrina adota o critério utilitarista e não o da proporcionalidade para orientar a aplicação do princípio constitucional da eficiência, sob o fundamento de que:

Diante do dado econômico de que os recursos são escassos, o *critério utilitarista* anunciado leva em consideração o cenário de escassez para estabelecer como decisão eficiente a que conferisse melhor proveito dos recursos escassos, ou seja, mediante a análise de custo-benefício, a decisão eficiente corresponderia àquela que conseguisse maximizar os benefícios com os menores custos. Esse raciocínio é caro ao Direito Administrativo na medida em que a Administração Pública lida imediatamente com recursos públicos escassos, sendo muitas vezes compelida a tomar decisões difíceis envolvendo a alocação eficiente de recursos em uma ou outra política pública (PALMA, 2010, p. 93).

Nada obstante, entende-se que o postulado normativo da proporcionalidade se afigura mais completo como método para escolha do meio adequado do agir administrativo, pois, ele compreende em sua lógica o critério do custo-benefício, e, ao mesmo tempo, permite analisar criticamente situações nas quais optar pela solução mais barata pode frustrar por completo o atendimento da necessidade pública

colidentes apreciados na situação concreta a ser regulada. Por tais motivos, os “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto que as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (ALEXY, 2008, p. 94), e a colisão entre os princípios é decidida pela técnica do sopesamento cujo objetivo é “definir qual dos interesses – *que abstratamente estão no mesmo nível* – tem maior peso no caso concreto” (ALEXY, 2008, p. 95).

¹³ Neste ponto é pertinente ressaltar que não é toda a situação concreta que ensejará um conflito entre princípios, afinal, se é certo que “os princípios estabelecem fins a serem perseguidos, sem determinar, de antemão, quais os meios que devem ser escolhidos”, na aplicação prática dos princípios “várias hipóteses podem ocorrer: a realização do fim instituído por um princípio *leva à realização* do fim determinado pelo outro; a realização do fim instituído por um *exclui a realização* do fim determinado pelo outro; a realização do fim instituído por um só *leva à realização de parte* do fim determinado pelo outro; ou a realização do fim instituído por um *não interfere na realização* do fim buscado pelo outro” (ÁVILA, 1999, p. 163).

apontada pela norma de competência,¹⁴ circunstância, inclusive, muitas vezes já prevista pelo legislador, como é exemplo a Lei de Licitações e Contratos, que permite a utilização do critério de melhor técnica (e não menor preço), para a seleção de licitantes no caso da contratação pretendida ter por objeto a prestação de serviços extremamente especializados (Lei n. 8.666/93, art. 45, p. 1º, II). Ademais, afirma-se que:

A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos (ARAGÃO, 2012, p. 375).

Sob outro enfoque, partindo-se da premissa de que para realizar o princípio da eficiência, a autoridade administrativa tem que observar o dever de proporcionalidade, conclui-se que o agente público fica jungido à demonstrar que escolheu um meio adequado, necessário e não-excessivo,¹⁵ para exercício da prerrogativa pública que lhe foi confiada, ainda que não lhe seja exigível a adoção da decisão ótima para cada situação concreta a ser regulada, por ser reconhecidamente impraticável impor tal gravame à Administração Pública que apenas “deverá escolher um meio que promova minimamente o fim, mesmo que não seja o mais intenso, o melhor nem o mais seguro” (ÁVILA, 2005, p. 23).

Essa percepção que impõe o cumprimento do dever de proporcionalidade, contribui, inclusive, para aumentar a segurança jurídica, na medida em que impõe à autoridade pública o dever de motivar sua decisão não apenas em normas jurídicas que frequentemente têm conteúdo semântico excessivamente aberto, como também, e principalmente, nos fatos concretos a serem regulados, demonstrando, de forma racional, a inter-relação entre a finalidade normativa perseguida, os meios adotados

¹⁴ Assim, por exemplo, no caso de ser constatado que determinado paciente diabético não obtém o efeito esperado do medicamento padrão para o controle da doença, ou que do uso da droga lhe advém efeitos colaterais graves, é perfeitamente razoável autorizar a compra de outro medicamento, de custo significativamente mais elevado, para o tratamento contínuo do paciente que, de outro modo, não receberia, na prática, a prestação estatal positiva a que faz jus, derivada do direito à saúde, frustrando o atendimento da necessidade pública no caso concreto.

¹⁵ O dever de proporcionalidade estrutura-se em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma medida é *adequada* se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; *necessária*, se dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; *proporcional ou correspondente*, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos (ÁVILA, 1999, p. 172).

para realizá-la e a eventual forma de compatibilização dos conflitos de interesses em presença, possibilitando maior controle do conteúdo da decisão pelo seu destinatário e, também, tornando mais legítima a atuação da Administração Pública e, assim, mais propensa a ser acatada pelo particular.¹⁶

Nesse ponto, é que se assevera, sem descurar da importância da atuação imperativa do Poder Público, que os instrumentos consensuais têm significativo potencial para viabilizar a atuação eficiente da Administração Pública por propiciarem um diálogo mais aberto entre os envolvidos e, conseqüentemente, a implementação de soluções mais flexíveis e criativas, que não seriam válidas dentro da estreita lógica do permitido-proibido, típica da atuação unilateral revestida da roupagem de ato administrativo.

De fato, no direito europeu, afirma-se que o mais importante argumento em favor da adoção dos módulos consensuais para o exercício de prerrogativas públicas é a capacidade do acordo conferir maior amplitude aos efeitos jurídicos que se pretende alcançar, já que tais instrumentos são mais aptos a regular situações de meio termo, enquanto que os atos administrativos cuja estrutura é rígida, só são capazes de produzir os efeitos contemplados pela norma de competência, de maneira que o administrador público ficará restrito a alternativas binárias (v.g., deferir ou indeferir a licença). Ao contrário do que ocorre em relação aos contratos cuja estrutura mais flexível possibilita a adoção de soluções mais criativas (v.g., deferir a licença, desde que o particular realize determinada obra de infraestrutura conexa à atividade que pretende licenciar) e, muitas vezes, com maior capacidade de atingir a finalidade jurídica albergada na norma de competência (BOBELA; KIRKBY, 2011, p. 40-41).

Outra vantagem da flexibilidade das práticas administrativas concertadas sobre a rigidez estrutural do ato administrativo seria a de que, por meio de acordos, é mais fácil regular situações complexas, nas quais os efeitos jurídicos que se pretende alcançar impõem a interferência de várias autoridades públicas, que deverão adotar uma série de procedimentos decisórios sequenciais e/ou interdependentes, muitas

¹⁶ Ora, num contexto prático em que “as imposições de legalidade ou o confronto da norma com o caso concreto, porque incertos, gera déficits quer de legitimidade, quer de parametrização da regulação administrativa, o princípio da eficiência aconselha a que a decisão se respalde no consenso com o particular, não apenas porquanto este fornece um complemento de legitimação, como, e sobretudo, porque compondo a situação uma lógica de consenso com o particular a Administração consegue, de forma célere, eficaz, econômica e harmoniosa, evitar litígios contenciosos de evolução imprevisível” (BOBELA; KIRKBY, 2011, p. 326-327).

vezes em um ambiente em que concorrem múltiplos interesses nem sempre compatíveis, afirmando-se então que:

Nesse cenário, o contrato revela-se assim um dúctil, flexível e eficaz instrumento, ao possibilitar a definição de uma disciplina integrada e coerente em cenários de complexidade, favorecendo a planificação e a racionalização da intervenção administrativa, uma maior aderência das normas habilitantes à realidade, a aceleração a atividade administrativa e uma inegável economia de esforço que é exigido aos particulares na adequação da iniciativa privada aos constrangimentos jurídicos que decorrem do ordenamento em vigor (BOBELA; KIRKBY, 2011, p. 42).

Por fim, o terceiro fundamento a justificar a escolha de práticas consensuais, em detrimento das unilaterais e imperativas, é o de que a celebração de acordos entre a Administração Pública e o particular tendo por objeto o exercício de prerrogativas públicas favoreceria a diminuição da litigiosidade administrativa, pois a composição de interesses viabilizada por meio dos acordos incentivaria os particulares a cumprirem voluntariamente as obrigações que assumem perante a autoridade pública, o que nem sempre se observa, empiricamente, em relação ao cumprimento de sanções pecuniárias aplicadas através de atos unilaterais e imperativos do Poder Público (BOBELA; KIRKBY, 2011, p. 43-44). O entendimento é compartilhado por BAGATIN, para quem:

Depois, há a tendência de que o consenso obtido na formulação das soluções transmita-se ao momento do cumprimento das obrigações e/ou deveres estabelecidos nesses atos. Na medida em que o interessado teve participação efetiva no delineamento da solução administrativa, há a expectativa de que a observe de forma espontânea, sem a necessidade de que se utilizem instrumentos coercitivos para exigir o cumprimento. Com efeito, a adesão e o cumprimento imediatos da decisão podem se revelar mais importantes para a tutela da concorrência que a persecução pura e simples (BAGATIN, 2010, p. 216).

Nesse sentido, ilustrativamente, Palma (2010), na pesquisa que desenvolveu sobre a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica, constatou que, entre 1994 e 2007, houve um considerável crescimento de ações judiciais questionando as decisões administrativas condenatórias da autarquia proferidas no âmbito de processos administrativos sancionadores e, paralelamente, um inexpressivo recolhimento de sanções pecuniárias aplicadas.

Em contrapartida, entre 2000 e 2008, a pesquisadora constatou que, com exceção de um caso, todos os compromissos de cessação de conduta anticompetitiva celebrados entre o CADE e os agentes de mercados foram cumpridos (PALMA, 2010,

p. 225-231; 270), revelando que, de fato, há efetiva diminuição da litigiosidade quando se opta pela adoção de práticas consensuais para o exercício das prerrogativas públicas.

Em suma, no contexto do Estado Social e Democrático de Direito,¹⁷ evidenciou-se a necessidade de o Poder Público buscar a cooperação e a colaboração dos particulares para realizar o interesse público e, até mesmo, para defini-lo em cada situação concreta.

Destarte, a estrutura autoritária do ato administrativo, concebido como forma de manifestação unilateral da Administração Pública, passou a dar lugar, em muitos casos, à uma decisão de conformação ou de substituição do próprio ato de império do agente público, decisão obtida através de um procedimento administrativo viabilizador do diálogo entre a administração e o administrado, para que se alcance uma solução de consenso, capaz de ser aceita e cumprida pelas partes, assegurando, assim, a eficiência. Com efeito:

[...] o acto tende a deixar de ser entendido como uma manifestação autoritária da vontade solitária da Administração para passar a exprimir o resultado de um processo de concertação e harmonização dos vários interesses que interagem em determinada situação concreta, orientado para suscitar a adesão e a colaboração dos particulares (BOBELA; KIRKBY, 2011, p. 24).

Em contrapartida, não se nega que existem objeções doutrinárias à adoção de acordos administrativos sobre o exercício de prerrogativas públicas, tais como: (a) o risco da administração pública, ao celebrar o acordo desvestir-se do poder discricionário de alterar as suas cláusulas ou de rescindi-lo unilateralmente, na circunstância de se modificarem as necessidades públicas originariamente perseguidas; (b) a propensão dos acordos de facilitarem o descumprimento dos princípios da impessoalidade, igualdade e legalidade da atuação administrativa, seja em detrimento dos direitos subjetivos dos particulares, seja em desfavor do próprio interesse público que se pretende realizar¹⁸ e, ainda e; (c) a possibilidade dos acordos

¹⁷ SUNDFELD assevera que: “A diversidade e a complexidade crescentes do direito administrativo – e mesmo suas oposições internas – vêm do fato de a Administração Pública ter, pouco a pouco, se expandido para todos os lados, especialmente a partir do início do século XX. Além disso, cada vez mais sua estrutura vai incorporando interesses distintos ou contraditórios, como reflexo das complexidades de toda a sociedade” (2017, p. 35).

¹⁸ Afirma-se que em um cenário no qual os acordos administrativos em relação ao exercício de prerrogativas públicas se elevam à categoria amplamente aceita por vários ordenamentos jurídicos é preciso fixar concretamente as margens negociais a serem observadas pelos sujeitos, afinal “é evidente por detrás dos aspectos habitualmente idealizados de uma política com esse carácter se esconde o

violarem o princípio da transparência, considerando que a adoção de tais formas atípicas de atuação administrativa, resultante de negociações travadas entre a Administração Pública e cada particular interessado, tem menor visibilidade do que atos administrativos realizados segundo uma conformação jurídica prefigurada na lei (BOBELA; KIRKBY, 2011, 52-59).

1.4 Evolução do direito administrativo brasileiro em relação à incorporação de práticas consensuais a partir da década de 1990

Em países como a Itália, Alemanha, Portugal e Espanha, a concepção de que a administração pública está autorizada a atuar por meio de instrumentos jurídicos consensuais ainda que se trate de dispor sobre prerrogativas públicas, é aceita pela maioria da doutrina e consagrada, em muitos casos, em diplomas normativos gerais, como a lei alemã de procedimento administrativo de 1976 que, no artigo 54 prevê, salvo exceções legais, a fungibilidade entre ato e contrato administrativos na consecução do interesse público, consagrando um princípio de autonomia pública contratual da administração, sendo exemplo, ainda, o código de procedimento administrativo português, cujo artigo 179 também dispõe genericamente sobre a autonomia negocial da Administração Pública (BOBELA; KIRKBY, 2011).

Entre nós, até a alteração da LINDB pela Lei n. 13.665/2018, não havia no ordenamento jurídico-administrativo previsão legal genérica que autorizasse o Poder Público, em quaisquer procedimentos, a optar entre agir de forma unilateral e imperativa, ou lançando mão de módulos consensuais para realizar o interesse público albergado na norma de competência. Porém, vários diplomas normativos previam tal possibilidade, desde que atendidos pressupostos e condicionamentos definidos pelo legislador, salvo no caso das agências reguladoras que estabeleceram tais pressupostos e requisitos internamente, em seus respectivos regulamentos.

Em que pese existirem diplomas legais anteriores, dispondo sobre a possibilidade de celebração de acordos pelo Poder Público, principalmente na área ambiental¹⁹ e, destacadamente, dentro do sistema normativo de tutela dos interesses

enorme risco de uma ruptura da objectividade, da igualdade e da justiça” (ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *apud* BOBELA/KIRKBY, 2011, p. 157).

¹⁹ O Decreto 94.764/87 alterou a Lei de Política Nacional (Lei n. 6.938/81) e a Lei de Estações Ecológicas e área de Proteção Ambiental (Lei 6.903/81) para que ambos passassem a prever a possibilidade de a autoridade ambiental competente para aplicar sanção de multa celebrar termo de

difusos (artigo 5º, p. 6º, LACP),²⁰ o movimento legislativo de acolhimento de técnicas de administração pública consensual ou concertada só ganhou força a partir da década de 1990, sendo produto de múltiplos fatores, especialmente, as desestatizações e privatizações e a conseqüente criação das agências reguladoras para fiscalizar a atuação dos agentes de mercado, tendo como pano de fundo a nova visão governamental em voga que passa a valorizar mais o resultado da ação administrativa do que o singelo respeito aos aspectos formais da atuação estatal (PEREIRA, 2006, p. 237-69), impondo à Administração o dever de agir de maneira mais célere, competente e produtiva, culminando com a inserção do princípio da eficiência no rol dos princípios administrativos da administração pública referidos pelo artigo 37 da Constituição Federal (EC N. 19/98).

Dessa forma, sob o influxo de tal movimento que pretendeu alterar o modelo de gestão burocrática da administração pública para o modelo gerencial, foi aprovada a Lei n. 8.884/94 contemplando a possibilidade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica firmar com o administrado medidas preventivas, termos de compromisso de cessação e compromissos de desempenho e, mais tarde, a Lei n. 10.149/00 introduziu o acordo de leniência na lei de defesa da concorrência, esta última revogada pela Lei n. 12.529/11 que instituiu nova estruturação para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência alterando os efeitos do acordo de leniência.

No mesmo mote, editou-se a Lei n. 9.457/97, que fez inserir o parágrafo 5º, no artigo 11 da Lei n. 6.385/76 (Mercado de Capitais), dispondo que a CVM poderia suspender o procedimento administrativo para imposição de sanções administrativas se o investigado celebrasse termo de compromisso concordando em “I – cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e II – corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos”.

compromisso com o infrator, por meio do qual a multa poderia ser reduzida em até 90% do seu valor original. Para tanto, este se comprometeria a *adotar medidas específicas para cessar e corrigir a degradação ambiental*” (PALMA, 2010, p.. 171). Mais recentemente, o Decreto n. 9.179/2017 passou a reger de forma mais minudente a matéria com vistas à aumentar a segurança jurídica, instituindo o denominado “Procedimento de conversão de multa simples em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente.

²⁰ O dispositivo legal introduzido pela Lei n. 8.078/90 autoriza a Administração Pública que é uma das legitimadas para a propositura da ação civil pública, a “*tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial*”, e é identificado como um permissivo legal genérico para à celebração de termos de ajustamento de conduta entre o administrado e o Poder Público (PALMA, 2010, p. 177).

Paralelamente, a criação das agências reguladoras com a atribuição de fiscalizar a atuação dos agentes econômicos a quem foram confiadas a prestação de serviços públicos e/ou a implantação da infraestrutura respectiva em múltiplos setores, como energia elétrica, telefonia, petróleo, transportes públicos, saúde, deslocou o eixo da regulação estatal para o plano horizontal, facilitando o acolhimento de formas consensuais de atuação do poder de polícia das agências sobre os setores regulados. Expedientes que passaram a cumprir várias funcionalidades: (a) exigência de que determinados atos administrativos só serão praticados pela agência se o regulado firmar um acordo administrativo conexo; (b) celebração de acordo para fazer cessar a atividade de fiscalização da agência reguladora sobre o regulado; (c) adoção de compromissos para substituir a sanção que seria aplicável pela agência sobre o regulado pela prática de infrações administrativas (PALMA, 2011, p. 182-183).

Mais recentemente, a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13) disciplinou acordos de leniência a serem celebrados entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública e as pessoas jurídicas que tenham praticado os atos punidos pela lei, desde que a infratora colabore efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que disso resulte a identificação dos demais infratores, se for o caso, e a obtenção rápida de documentos e informações comprobatórios da existência e materialidade do ato ilícito que se quer punir.

Para celebrar o acordo, a colaboradora deverá: (a) ser a primeira a se dispor a cooperar, (b) cessar seu envolvimento na prática infracional e (c) confessar ser responsável pelo ilícito e assumir o compromisso de cooperar com a apuração que será presidida pela autoridade pública.

A celebração do acordo terá o efeito de eximir a pessoa jurídica colaboradora e as demais integrantes do mesmo grupo econômico, se for o caso, das penalidades previstas no artigo 6º, II, e 19, IV, da lei, e reduzirá em até 2/3 (dois terços) a multa aplicada (LAC, artigo 16, I e II e parágrafos). Ainda, foi prevista uma modalidade autônoma de acordo de leniência, a ser celebrado entre a administração pública e a pessoa jurídica infratora, para isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos artigos 86 a 88 da Lei n. 8.666/93 (LAC, artigo 17).

Disso surge a indagação: a administração pública teria autonomia para, segundo critério de conveniência e oportunidade, optar por substituir um ato unilateral destinado a criar uma dada situação jurídica, por um acordo celebrado com o

administrador, para o mesmo fim, ou tal opção só poderia ocorrer com base na lei? (MENEZES, 2012, p. 297).

Tal questionamento parece ter sido respondido pelo legislador através da 13.665/2018, que fez inserir o artigo 26 na Lei Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), permitindo que a autoridade administrativa competente, na presença de *relevantes* razões de *interesse geral*, celebre *compromisso* com interessados para *eliminar* irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do *direito público*, mediante prévia oitiva do órgão jurídico e, se for o caso, consulta pública e respeito à legislação específica, desde que a solução eleita seja *proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais*, e não importe em renúncia permanente a direitos, ou a competências administrativas e só produza efeitos após a publicação oficial do compromisso.

Afirma-se que o dispositivo em destaque teria instituído uma verdadeira “competência consensual de ordem geral do Poder Público brasileiro”²¹ para, por meio de seus órgãos ou autoridades, firmar acordos com quaisquer interessados tendo por objeto prerrogativas públicas, desde que na situação concreta sejam preenchidos os pressupostos e requisitos elencados no artigo 26 da LINDB, salvo se, evidentemente, de outro modo dispuser a legislação específica que então incidirá sobre o caso por força do princípio da especialidade no conflito aparente de normas.²²

1.5 Os acordos na esfera do direito administrativo sancionador antitruste

Nosso ordenamento jurídico constitucional atribui às pessoas políticas das várias esferas de governo múltiplas funções consideradas pela sociedade brasileira como relevantes para a manutenção e desenvolvimento do Estado Democrático de

²¹ A tese é sustentada por GUERRA; PALMA, para quem: “A Lei n. 13.655/2018 consagra a dinâmica de atuação consensual ao estabelecer permissivo genérico para que toda a Administração Pública, independentemente de lei ou regulamento específico, celebre compromisso. Também confere importantes diretrizes para uma prática consensual com negociação mais pública e paritária, visando ao efetivo atendimento de interesses gerais. Assim, trabalha para o desenvolvimento da consensualidade com maior efetividade e segurança jurídica” (2018, p. 140),.

²² A alteração legislativa pode ser concebida como benéfica ao sistema jurídico-administrativo, afinal, “O recurso ao módulo convencional substitutivo de decisão unilateral tem, portanto, um sentido finalístico de aproveitarem-se os benefícios inerentes aos aspectos funcionais da essência contratual, propiciando a pacificação social a partir do respeito à confiança e à palavra consensualmente dada – além de potenciais vantagens pragmáticas ligadas à celeridade e eficiência das medidas almejadas” (MENEZES, 2012, p. 298).

Direito, voltadas à preservação de: (a) direitos a ações estatais negativas (de defesa) – interditam ações do Poder Público que embarquem a prática de determinadas atividades pelo indivíduo (locomoção, crença, expressão do pensamento, reunião, escolha da profissão, etc.), que violem a vida, a liberdade e/ou a saúde das pessoas, ou que eliminem posições jurídicas do titular de um direito (propriedade); e (b) direitos a prestações estatais positivas (sociais) – como é exemplo o direito subjetivo ao ensino fundamental gratuito previsto no artigo 208, I, e parágrafo único, da Constituição Federal (ALEXY, 2005, p. 193-217).

Também é atribuição constitucional do Estado zelar pela higidez do meio ambiente, pela liberdade dos agentes econômicos no âmbito do mercado interno brasileiro, pela defesa do consumidor, pela garantia da lei e da ordem, enfim, por todos os interesse difusos tutelados pelo Direito que possam ser colocados em risco²³ por práticas infrativas de terceiros.

E, os meios jurídicos que a administração pública irá utilizar para o desempenho de tantas tarefas é esmiuçado pela legislação de direito público através de normas de organização que estruturam os órgãos e entidades do Poder Público, definindo as competências de cada qual, de normas funcionais disciplinadoras do procedimento de atuação administrativa e de normas relacionais que estabelecem como as entidades administrativas das várias esferas de poder e das diversas pessoas políticas se relacionam entre si e com os demais atores sociais (CORREIA, *apud* BOBELA/KIRKBY, p. 213), normas que disciplinam a forma pela qual a administração pública irá desempenhar suas atividades típicas, notadamente, de fomento, polícia administrativa, serviço público e intervenção (DI PIETRO, 2018, p. 80).

Nesse cenário, para que se cumpra o objetivo traçado no presente capítulo – *conceituação dos acordos no âmbito do direito administrativo sancionador* - será preciso analisar, mais de perto, algumas atividades que são confiadas à Administração Pública, especialmente, no campo da limitação ao exercício de direitos

²³ Diz-se que “A substituição da produção artesanal pela atividade industrial em larga escala e o incentivo ao consumo demandam constante inovação tecnológica, que é acompanhada de riscos até então desconhecidos. [...] A complexidade da vida social e o elevado grau de desenvolvimento tecnológico das atividades econômicas conduziram a uma ampliação da necessidade de regulamentação específica e técnica. [...] A adequada proteção da saúde, do meio ambiente, da segurança etc., atualmente exige permanente vigilância estatal” (KLEIN, 2014, p. 25).

e liberdades dos administrados²⁴ e da conseqüente fiscalização de condutas e aplicação de sanções aos particulares infratores, atividades para cujo desempenho o ordenamento jurídico confere à autoridade prerrogativas públicas.

Diz-se que a administração pública limita imperativamente o exercício de direitos e liberdades dos administrados com fundamento em seu poder de polícia,²⁵ cuja atuação, de início, foi funcionalizada apenas à manutenção da ordem, segurança e salubridade públicas e, com a assunção de novas tarefas pelo Estado-providência, passou a ser preordenada também à defesa do meio ambiente, da ordem econômica e da ordem social,²⁶ passando a ter por objeto não só restrições, como intervenções, caracterizando-se o poder de polícia como “poder da Administração de limitar, de modo direto, com base legal, liberdades fundamentais em prol do bem comum” (MEDAUAR, 2018, p. 335).

O poder de polícia é, inclusive, objeto de definição jurídica expressa, dispondo o artigo 78 do Código Tributário Nacional que:

Poder de polícia [é] a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos.

Nesta dissertação, passa-se a adotar a expressão atividade de polícia para designar o que grande parte da doutrina denomina como poder de polícia, pois entende-se que o poder estatal emana da constituição e das leis que definem os

²⁴ Convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com *direito de liberdade* e *direito de propriedade*. Estes últimos são as expressões daquelas, porém, tal como admitidas em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há limitações administrativas ao *direito* de liberdade e ao *direito* de propriedade – é a brilhante observação de Alessi -, uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade (MELLO, 2016, p. 845).

²⁵ Como assevera KLEIN, “o conjunto das atividades públicas que implicam o manejo do poder de autoridade pela Administração é especialmente enquadrado, no direito nacional, na função estatal de polícia administrativa”, sendo certo que “o poder da Administração vincula-se estritamente ao ordenamento jurídico [...] cabe ao direito determinar o exercício do poder, estipulando os limites do seu exercício (2014, p. 32).

²⁶ Entre os inúmeros campos de atuação do poder de polícia podem ser lembrados os seguintes: “direito de construir; localização e funcionamento de atividades no território de um Município; condições sanitárias de alimentos, elaborados ou não, vendidos à população; medicamentos; exercício de profissões (quando regulamentadas, às vezes, o poder de polícia é delegado, por lei, às ordens profissionais); poluição sonora, visual, atmosférica, dos rios, mares, praias, lagoas, lagos, mananciais; preços; atividade bancária; atividade econômica; trânsito” (MEDAUAR, 2018, p. 338).

contornos das liberdades públicas e do direito de propriedade, com intuito de compatibilizar as liberdades e propriedades dos vários atores sociais e, a um só tempo, garantir a tutela de interesses gerais de toda a população. Evidenciando-se, assim, que, na verdade, o designado poder de polícia é conferido à autoridade pública pela lei formal para que o agente estatal desempenhe uma atividade voltada à consecução de finalidades públicas, caracterizando-se, assim, como poder-dever (KLEIN, 2014, p. 41).

Assim é que, no exercício da atividade de polícia, a administração pública exige que os administrados observem comandos legais vertidos por leis de direito público que acaso descumpridos ensejam a imposição de penalidades administrativas aos infratores. Observando-se que a medida de restrição à liberdade e à propriedade aplicada pela autoridade pública competente deve guardar conformidade com as razões e os fins que a justificaram (proporcionalidade/razoabilidade), e só pode ser imposta através de procedimento administrativo que viabilize o contraditório e a ampla defesa, afirmando-se que no “exercício do poder de polícia o Estado vai arbitrar e conciliar o choque entre direitos e liberdades de indivíduos ou grupo de indivíduos” (MEDAUAR, 2018, p. 335-337).

Em alguns casos, a administração pública exerce sua atividade de polícia valendo-se de competência vinculada, de maneira que a medida de limitação prevista na lei é infungível, devendo ser simplesmente aplicada pela autoridade através da técnica da subsunção.

Mas, na maioria das situações, a atividade de polícia traduz o exercício de uma competência discricionária da autoridade pública, de maneira que “a efetiva e concreta aplicação da limitação, prevista em lei – modeladora da esfera jurídica da liberdade e da propriedade -, é remetida à apreciação da Administração Pública, que a determina segundo as circunstâncias” (MELLO, 2016, p. 848-849).

A análise da atividade de polícia administrativa fundada em competência discricionária da autoridade pública que, de ordinário, se manifesta através de atos administrativos unilaterais, é importante para definir o que são os acordos na esfera do direito administrativo sancionador.

Deveras, na atividade de polícia, a administração pública faz atuar as prerrogativas que lhe são conferidas pelo legislador²⁷ através de atos administrativos de aplicação da lei e do direito ao caso concreto, os quais podem se revestir de caráter preventivo (atividade de fiscalização) para garantir que os comportamentos individuais se conformem à moldura normativa, ou possuir cunho repressivo (imposição de sanções), para assegurar que o infrator seja punido por não observar os comandos legais, hipóteses em que os atos administrativos veiculam determinações impositivas²⁸ da Administração Pública aos particulares, cujo conteúdo, em regra, são obrigações de não-fazer (DI PIETRO, 2018, p. 153).

Há, igualmente, manifestação da atividade de polícia administrativa por meio da prática de atos de consentimento emitidos pela autoridade pública após a verificação do preenchimento dos requisitos legais pelo administrado na hipótese, ilustrativamente, da concessão de licenças e autorizações (CARVALHO FILHO, 2007, p. 76).

Veja-se que, em ambos os casos a autoridade administrativa exerce sua prerrogativa pública, vinculada ou discricionária, por meio de atos administrativos unilaterais, sem que seja relevante para a solução jurídica alcançada o interesse do particular, pois, entende-se que “o **fundamento** do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados” (DI PIETRO, 2018, p. 149) Ou sob outro enfoque, a atividade de polícia administrativa tem lastro na:

[...] soberania que o Estado exerce sobre todas as pessoas e coisas no seu território, que faz com que toda atividade ou propriedade esteja observado o ordenamento jurídico-constitucional, condicionada ao bem-estar da coletividade e à conciliação com os demais direitos fundamentais (ARAGÃO, 2012, p. 187).

Mas o que interessa analisar nesse capítulo é a atividade de polícia administrativa, que é realizada pela administração pública por meio de módulos consensuais ou acordos, que alguns doutrinadores nominam como o exercício

²⁷ Jamais se pode descuidar que a atividade de polícia administrativa é subordinada ao princípio da legalidade, sendo indispensável que quaisquer restrições à liberdade e à propriedade dos administrados sejam contempladas na lei e no Direito (KLEIN, 2014, p. 40).

²⁸ Por isso diz-se que alguns atos de polícia administrativa são revestidos de **exigibilidade/imperatividade**, atributos pelos quais “os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância [...] constituindo-os, unilateralmente, em obrigações” (DI PIETRO, 2018, p. 233).

contratualizado da atividade de polícia administrativa por meio do qual “por comum acordo com a Administração, o particular compromete-se a cessar determinada conduta ou adotar determinada providência. Em contrapartida, a Administração restringe, condiciona ou afasta o exercício da competência administrativa no caso concreto” (KLEIN, 2014, p. 85).

Note-se que não se trata de renúncia de poder-dever administrativo por parte da autoridade pública, mas, singelamente, da circunstância de, em determinado caso concreto, a administração deixar de exercer seu poder-dever ou exercê-lo segundo certos condicionamentos, com o objetivo de alcançar, pela via do consenso, a colaboração do particular e, sempre pautada pelo objetivo de realizar o interesse público albergado pela norma de competência.

Dessa forma, desde que não haja renúncia ao poder-dever administrativo, e sendo a decisão obtida consensualmente voltada ao alcance do interesse público cuja consecução esteja compreendida na competência da autoridade, a doutrina admite a validade dos acordos firmados entre a administração pública e o administrado com o escopo de substituir ou moldar o conteúdo de atos unilaterais ínsitos à atividade de polícia administrativa, designando-os, amplamente, como “módulos contratuais substitutivos de decisão unilateral da Administração” (MENEZES, 2012, p. 297). Ou, estritamente, como “acordos substitutivos de sanção administrativa” (PALMA, 2015, p. 263) e, ainda, no âmbito do direito da concorrência, mais especificamente, como “ajustes integrativos ao processo administrativo sancionador” ou acordos “substitutivos” de tal processo (MARRARA, 2015, p. 336 e 378).

Deveras, há situações em que a administração pública, em que pese ser titular do poder jurídico de atuar unilateralmente para constituir o administrado em obrigações, por meio de um ato administrativo, opta por agir de forma consensual, celebrando um acordo com o administrado, cujo objeto será o exercício de uma prerrogativa pública inserida no quadro da atividade de polícia administrativa, podendo abranger, inclusive, o poder-dever de aplicar penalidades administrativas, desde que haja autorização legal prévia, sendo exemplos de tais acordos os “termos de ajustamento de conduta (TAC, como se usa dizer), ou figuras similares, com órgãos da Administração, no âmbito de processos administrativos, ou seja, não jurisdicionais” (MENEZES, 2012, p. 297 e 303).

Importa atentar, aqui, que o objeto da negociação a ser travada entre o particular e a autoridade pública no âmbito dos acordos em destaque é o poder

administrativo em si considerado, a própria prerrogativa de autoridade²⁹ do agente público, afinal a “consensualidade é compreendida como a negociação em torno do exercício do poder administrativo” (PALMA, 2015, p. 109).

Deveras, como esclarece PALMA, o objeto do acordo substitutivo da sanção administrativa é o próprio poder ou prerrogativa da autoridade pública, sendo certo que a finalidade deste acordo é concretizar o interesse público albergado na norma de competência, e seu principal efeito jurídico será substituir a decisão unilateral que seria lançada pela Administração Pública no final de um procedimento administrativo de apuração de infração administrativa, decisão cujo conteúdo seria provavelmente a aplicação de uma penalidade ao infrator que firmou o acordo substitutivo, pelo módulo consensual, de maneira que “a Administração Pública deixa de aplicar a sanção correspondente à infração apurada no processo administrativo, em prol de uma solução negociada” (PALMA, 2015, p. 252).

Por outro lado, conforme o pensamento da mesma doutrinadora, o acordo de abrandamento de sanção administrativa tem o mesmo objeto e função do precedente, porém, um efeito jurídico mais restrito, pois ele não substitui o ato unilateral da autoridade pública, mas, tão só, se integra ao processo administrativo e modela o provimento final a ser proferido pela autoridade julgadora que, verificando o cumprimento do acordado, reduzirá a sanção que seria aplicável ao infrator colaborador (PALMA, 2010, p. 197).

Resumidamente, em nosso ordenamento jurídico-administrativo, convivem, os acordos substitutivos de sanção administrativa (substitutivos) e os módulos consensuais de abrandamento de sanção administrativa (integrativos), constatando-se “a negociação da prerrogativa sancionatória entre Administração Pública e administrado quanto (I) ao exercício do poder sancionador ou (II) à medida do exercício deste poder” (PALMA, 2015, p. 277), fenômeno que se tem presente, essencialmente, nos termos de compromisso e termos de ajustamento de conduta.³⁰

²⁹ Para definir o que é consensualidade da ação administrativa adota-se a posição de PALMA para quem a consensualidade é “*técnica de gestão administrativa por meio da qual acordos são firmados entre Administração e administrado com vistas à terminação consensual do processo administrativo pela negociação do exercício do poder de autoridade estatal (prerrogativas públicas)*”. (2010, p. 128)

³⁰ Assim, ilustrativamente, o termo de compromisso celebrado entre a autoridade ambiental e o infrator, por meio do qual a multa pode ser reduzida em até 90% do seu valor original, desde que o infrator cesse a prática que degrada o meio ambiente e recomponha a área atingida (Decreto Federal n. 99.274/90); o termo de compromisso de cessação de prática anticompetitiva do direito antitruste (LDC, artigo 85), o termo de compromisso previsto pela Lei do Mercado de Capitais (Lei n. 6.385/76, artigo 11, p. 5º, incluído pela Lei n. 9457/97), o termo de compromisso previsto na Lei de Resíduo Sólidos

Nada obstante, há quem defenda que a apontada distinção entre os acordos substitutivos e os acordos integrativos seria irrelevante, porque ambos se caracterizam pelo fato de que “o conteúdo de uma decisão é posto de modo convencional, e não unilateral” (MENEZES, 2012, p. 300).

Assim, ilustrativamente, para assegurar o interesse público consistente na boa qualidade da prestação dos serviços de telecomunicação, a ANATEL pode celebrar com a empresa concessionária, permissionária ou autorizada, um termo de compromisso de ajustamento de conduta (TAC) a ser firmado pela empresa compromissária no curso de procedimento administrativo instaurado para apurar e punir infrações à lei, ao regulamento da ANATEL ou à cláusulas contratuais, termo pelo qual a compromissária assume uma série de obrigações destinadas a corrigir e evitar infrações e reparar danos causados a usuários, se for o caso, evitando, com isso, que a agência reguladora imponha à empresa sanções administrativas mais onerosas (Resolução n. 629/2013, ANATEL).

Ainda, para que o CADE tome conhecimento da existência de cartel em determinado setor relevante da atividade econômica – fato que seria muito difícil de constatar por força das limitações materiais da autarquia e da complexidade da dinâmica dos cartéis – e permitir a reunião de provas suficientes à condenação dos coautores da prática anticompetitiva, mediante o fornecimento de dados, documentos e informações pela empresa colaboradora em troca da extinção de sua punibilidade afirma-se que o acordo de leniência tem a função realizar o interesse público de prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica e, conseqüentemente, de tutelar o interesse difuso consistente na preservação de um ambiente de concorrência saudável no mercado interno brasileiro que, por seu turno, serve a outros interesses difusos como à defesa do consumidor, ao desenvolvimento econômico e tecnológico nacionais, etc.

Mas, neste ponto, cabe indagar se a substituição do ato unilateral da autoridade competente por um acordo que verse sobre a prerrogativa pública de punir particulares infratores, fruto de uma negociação entre os interessados, é admissível diante do princípio da indisponibilidade do interesse público.

(Lei n. 12.305/10, artigo 8º, XVIII), e, os vários mecanismos de regulação consensual celebrados entre agências reguladores e setores regulados.

Para tanto, importa fixar as funções que tais acordos substitutivos desempenham, ou seja, compreender a utilidade dos ditos instrumentos consensuais de atuação administrativa sendo certo que a resposta mais intuitiva ao questionamento posto é a de que os acordos devem servir à realização do interesse público albergado na norma de competência, da mesma maneira que o ato administrativo unilateral substituído.

Dessa maneira, infere-se que não haverá disposição do interesse público pela autoridade administrativa, pois a finalidade do acordo será a mesma que a do ato unilateral que ele substituiu: concretizar o interesse público.³¹ Deveras, como esclarece MENEZES, ao tratar sobre o que designa como módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral da administração:

[...] diferentemente do que muitas vezes se constata ser de senso comum entre agentes da Administração – a celebração de acordos em nada afeta o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Chegar-se a uma decisão mediante acordo não significa renunciar ao exercício de competências ou omitir o desempenho de poderes – que simultaneamente são deveres, dado seu sentido funcional. Significa, tão somente a adoção de certo procedimento de decisão.

O atentado ao interesse público há de se verificar pelo conteúdo da decisão, seja ela decorrente do exercício de poder unilateral da Administração, seja decorrente de acordo (MENEZES, 2012. p. 302).

E, parte da doutrina, inclusive, considera que a opção pelos acordos, em situações similares às acima elencadas, seria quase sempre mais vantajosa para a Administração Pública, em relação ao emprego de atos unilaterais, pois, os módulos consensuais tornariam mais célere a atuação do Poder Público e, a um só tempo, aperfeiçoariam a qualidade da decisão produzida pela autoridade estatal, concretizando o princípio da eficiência administrativa, sendo, pois, preferível que a administração pública atue através de meios consensuais para perseguir os interesses públicos legítimos em cada situação concreta, do que lançando mão de atos unilaterais (PALMA, 2015).

³¹ MARQUES NETO desenvolve interessante raciocínio ao obtemperar que “os acordos substitutivos ou de abrandamento de sanção administrativa não resultam na singela extinção da punibilidade ou na redução do montante da multa pecuniária aplicável ao infrator; tais acordos trazem severos ônus aos infratores, consistentes, v.g., na obrigação de reparar o dano, de adotar condutas destinadas à prevenir novas violações, de compensar a coletividade pelos transtornos advindos da conduta infracional, etc., e o cumprimento de tais obrigações pelo particular infrator costuma trazer maiores benefícios à coletividade do que o recolhimento do valor da multa ao erário” (MARQUES NETO, 2012, p 15).

De qualquer forma, é certo que os designados acordos substitutivos ou de abrandamento de sanções administrativa (PALMA, 2015), ou, simplesmente, os “módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral da administração” (MENEZES, 2012, p. 297), em muito se assemelham à figura dos “contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos” acolhidos pelo ordenamento jurídico português, com o escopo de substituir atos unilaterais da Administração Pública e, até mesmo, de modelar ou integrar o conteúdo de atos administrativos unilaterais, sendo fruto da negociação do próprio poder administrativo (BOBELA/KIRKBY, 2010, 248).

Ademais, há pontos de contato dos ditos acordos com aqueles identificados como acordos administrativos substitutivos ou integrativos da decisão administrativa do direito italiano, previstos na Lei de Procedimento Administrativo n. 241/90, com a função, respectivamente, de substituir a decisão administrativa unilateral (substitutivos) ou de moldar o conteúdo discricionário da decisão administrativa (integrativos) (MENEZES, 2012, p. 300). Outrossim, existem semelhanças dos referidos acordos com aqueles previstos no artigo 54 da lei de procedimento administrativo alemã de 1976, considerando que:

Os contratos com objeto público na Alemanha celebrados pela Administração, i.e., os contratos administrativos, foram desde o início entendidos (e ainda são) como verdadeiros instrumentos da tarefa de Administrar, que ora são utilizados em alternativa à actuação unilateral através de actos administrativos, ora se dirigem à modelação ou integração do conteúdo destes (BOBELA; KIRKBY, 2011, p. 138).

Como se denota, foi relevante o impacto do direito continental europeu na compreensão doutrinária do conteúdo e dos efeitos dos módulos consensuais empregados no direito administrativo sancionador brasileiro. Afinal, parece ser consenso entre os doutrinadores que os acordos têm por escopo, ora substituir, ora moldar o conteúdo da decisão administrativa final a ser editada pela autoridade pública competente, havendo que se reconhecer que a explicação da doutrina é capaz de abranger os vários termos de ajustamento de conduta (TACS) e figuras congêneres existentes na legislação administrativa pátria.

Entretanto, no que diz com o direito antitruste, o acordo de leniência disciplinado pelo artigo 86 da Lei de Defesa da Concorrência não foi inspirado no direito continental europeu, senão nos vários programas de leniência instituídos no direito estadunidense ao longo do tempo – “Amnesty Program” de 1978, “Corporate

Leniency Policy” de 1993 e “Individual Leniency Policy” de 1994³² – de maneira que ele não se encaixa, perfeitamente, na moldura doutrinária de módulo convencional substitutivo de decisão administrativa unilateral.

De fato, como se verá adiante, mesmo após celebrado o acordo de leniência, o processo administrativo prossegue, inclusive em relação ao colaborador que se espera seja apenado na decisão final a ser proferida pelo TADE, sendo beneficiado, singelamente, como a extinção da punibilidade, ou com o abrandamento da sanção que lhe for imposta. Por outras palavras, a celebração do acordo de leniência não põe termo à ação punitiva do estado relativamente ao colaborador e, assim, ele não pode ser concebido como módulo consensual substitutivo da decisão unilateral da autoridade antitruste.

Por tais razões, acredita-se assistir razão à MARRARA quando assevera que a celebração do termo de compromisso de cessação de prática anticompetitiva (LDC, artigo 85) substitui, mais propriamente, o próprio procedimento administrativo, cuja instauração ou continuidade de tramitação será dispensada, diante da substituição da prerrogativa administrativa unilateral de punir o agente, pelo cumprimento das obrigações que lhe são atribuídas no acordo, sendo, por isso concebido como acordo substitutivo do processo administrativo (e, a um só tempo, da sanção que seria aplicável ao infrator), enquanto que o acordo de leniência será sempre um acordo integrativo do procedimento administrativo que permanecerá em curso, já que o módulo consensual em destaque não impede a aplicação da penalidade ao administrado mas, diferentemente, o imuniza, total ou parcialmente, das consequências jurídicas da sanção imposta ao final da tramitação do procedimento, pois o acordo de leniência terá o efeito de extinguir ou abrandar a punibilidade do infrator, mas não o livra do apenamento que, inclusive, pode ser utilizado como argumento para a responsabilização civil do infrator (MARRARA, 2015, p. 378).

Portanto, conclusivamente, entende-se que o termo de compromisso de cessação de prática anticompetitiva (LDC, artigo 85), e o acordo de leniência (LDC, artigo 86) têm natureza jurídica de instrumentos pró-consensuais bilaterais de caráter negocial, cujo efeito jurídico é, respectivamente, a substituição da penalidade aplicável pelo cumprimento de outras obrigações instituídas pelo TCC e a extinção da punibilidade do infrator ou a redução da pena imposta a ele, uma vez cumprido o

³² NOTA TÉCNICA Nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE.

acordo de leniência pelo colaborador. Sendo ambos os acordos justificados pelo esperado aumento da eficiência da atuação do Poder Público, seja sob o enfoque da celeridade e economia de recursos, seja sob o prisma da maior probabilidade de cumprimento dos termos da avença pelo administrado, considerando sua participação na elaboração do conteúdo do acordo e, mais importante, como se exporá na sequência, considerando que o programa de leniência é fator, muitas vezes, indispensável à prevenção e/ou repressão da prática do cartel.

2 A REPRESSÃO ÀS PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS NA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – O PAPEL DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA DO CADE

2.1 A tutela da concorrência como instrumento

A partir da década de 90 houve um acelerado processo de liberalização na economia brasileira, com aumento do fluxo de investimentos estrangeiros diretos, a celebração de inúmeros acordos econômicos regionais ou bilaterais,³³ a abertura de indústrias nacionais para investimentos externos e as privatizações.

Por meio das agências reguladoras, o Estado passou de principal ator³⁴ a regulador de setores importantes da atividade econômica, extinguindo-se os órgãos de regulação de preços e tabelamentos e liberando-se importações de variados insumos e produtos.

Tudo isso fez crescer a participação de empresas transnacionais na economia brasileira, tornando mais provável a ocorrência de práticas anticompetitivas e, como efeito desse processo de integração econômica do país ao cenário internacional, foram editadas leis que aprimoraram, paulatinamente, nosso sistema antitruste (GHEVENTER, 2004, p. 341-5).

Foi nesse cenário que o Brasil editou a Lei n. 8.884/94, transformando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, com autonomia administrativa e orçamento próprio.

Na época, a lei conferia à Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça e à Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do

³³ “Dos 53 acordos bilaterais dos países do continente americano, 50 foram negociados nos anos 90; dessas alianças, 37 foram negociadas entre países latino-americanos, além do que, foram celebrados oito acordos de investimento no âmbito dos tratados regionais ou de integração, nos mesmos anos 90.” (GHEVENTER, 2004, p. 343).

³⁴ Os economistas afirmam que “[...] nas décadas de setenta e oitenta, havia sido consolidada uma economia essencialmente apoiada nas grandes empresas estatais. Esta situação permitiu que o Estado se transformasse num fornecedor privilegiado de bens e serviços para o consumidor ou na referência de garantia de produtos e serviços pela iniciativa privada. Dessa forma, o Estado empresário consolida-se e, em muitos casos, se sobrepõe à própria administração pública direta. Com a dificuldade de exercer um maior controle de preços, em decorrência da consolidação do fenômeno da formação dos conglomerados estatais, o Estado brasileiro passou a incentivar as formações empresariais cartelizadas. A reconhecida importância das decisões que eram adotadas pela Comissão Interministerial de Preços (CIP), nesse período, decorre dessas disfunções econômicas, que geraram uma degeneração no sistema concorrencial do país. Verifica-se, assim, que a economia brasileira se apoiava, no final da década de oitenta, nas grandes empresas estatais e nas estruturas cartelizadas (MATHIAS-PEREIRA, 2006, p. 53).

Ministério da Fazenda, as atribuições de instruir processos administrativos e de emitir pareceres técnicos não vinculantes, competindo ao CADE julgar os processos administrativos relativos a condutas anticompetitivas e apreciar atos de concentração submetidos à sua aprovação, proferindo decisões não mais passíveis de questionamento na via administrativa no âmbito do Poder Executivo Federal.

Posteriormente, a Lei 10.149/00 fez inserir os artigos 35-A e 35-B na Lei n. 8.884/94, conferindo ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência dois relevantes mecanismos de investigação, notadamente: a prerrogativa de realizar buscas e apreensões e a autoridade para instituir um programa de leniência.

Por fim, a Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, revogou a Lei n. 8.884/94, reestruturando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que passou a ser integrado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE)³⁵ e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ambos com a função de proteger o bom funcionamento do mercado, instituindo e mantendo as condições necessárias para que haja competição vigorosa entre os agentes econômicos em favor de múltiplos interesses difusos,³⁶ destacadamente: livre concorrência, liberdade de iniciativa, função social da propriedade, defesa do consumidor e prevenção e repressão ao abuso do poder econômico (LDC, artigos 1º, *caput* e 3º).

De fato, asseverando que o SBDC não tem como finalidade exclusiva a proteção da livre concorrência, entendida como a manutenção das boas condições de competição no mercado, mas estabelece um verdadeiro sistema de “concorrência instrumental”, MARRARA detalha os variados fins de interesse público primário tutelados pelo SBDC:

- (1) garantir a possibilidade de que os agentes econômicos inovem, criem novos segmentos de mercado ou ingressem em seguimentos preexistentes

³⁵ Compete à SEAE promover a concorrência perante órgãos governamentais e junto à sociedade civil, opinando sobre propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários de serviços regulados, avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica, de ofício ou por provação ou propondo revisão de leis, regulamentos e atos normativos que afetem ou possam afetar a concorrência (LDC, artigo 19, I a VII).

³⁶ A LDC dispõe, no artigo 1º, parágrafo único, que a coletividade é a titular dos bens jurídicos tutelados pelo SBDC de maneira que, como ensina ADA PELEGRINI GRINOVER “Estamos inquestionavelmente no campo dos direitos e interesses transindividuais, que transcendem os direitos meramente individuais, e de que são titulares pessoas não identificadas e frequentemente não identificáveis, que integram grupos, categorias ou classes cujos membros são ligados por um vínculo social e de solidariedade, não estando unidas por nenhuma relação- jurídica base, mas sim por circunstâncias de fato. Trata-se dos direitos difusos ou coletivos *latu sensu*” (2009, p. 188).

(“liberdade de iniciativa”); (2) permitir que os agentes econômicos disputem a ampliação de sua participação de mercado com base em diferenciais tecnológicos, bons produtos e outras estratégias consideradas saudáveis e compatíveis com o direito (“livre concorrência”); (3) estimular os concorrentes a utilizarem sua propriedade para fins econômicos legítimos e não para distorcer a livre concorrência ou criar barreiras impeditivas da livre-iniciativa (“função social da propriedade”); (4) proteger os direitos do consumidor, sobretudo nas situações em que os agentes econômicos, por sua força de mercado, tendam a colocar em segundo plano o respeito aos destinatários finais do ciclo produtivo (“defesa do consumidor”); (5) impedir os desvios ilícitos do poder econômico, não somente em detrimento do consumidor, mas igualmente contra outros agentes de mercado ou mesmo fornecedores e distribuidores (“repressão ao abuso do poder econômico”) (MARRARA, 2015, p. 25).

Veja-se, portanto, que a lei antitruste brasileira não constitui, singelamente, um “mero instrumento para eliminar os efeitos autodestrutíveis do mercado (função de preservação dos meios de reprodução do capital)” (FORGIONI, 2005, p. 164). Ou seja, não está focada apenas na obtenção de eficiência alocativa, mas opera como instrumento de política econômica³⁷ para tutela de múltiplos valores prestigiados pela Constituição Federal.

Por outro lado, o legislador expressamente dispõe que os bens jurídicos tutelados pela lei pertencem à coletividade,³⁸ evidenciando a distinção entre o direito administrativo da concorrência, que protege interesses difusos, e o direito privado dos concorrentes (art. 1º, parágrafo único), que se relaciona com a questão da concorrência desleal e os interesses privados dos particulares (MARRARA, 2015, p. 26). Com efeito, como ensina COELHO:

A concorrência desleal se diferencia da outra forma de ilicitude competitiva (a infração contra a ordem econômica), na medida em que as lesões produzidas pela primeira não alcançam outros interesses além dos do empresário diretamente vitimado pela prática irregular. Na infração da ordem econômica, a concorrência ilícita ameaça as estruturas da economia de mercado, e, portanto, um universo muito maior de interesses juridicamente relevantes é atingido. Em razão de tal diferença, a lei não se preocupou em estabelecer

³⁷ Nesse sentido, NUSDEO (1977, p. 121) ressalta que “A tutela da concorrência e a repressão aos abusos do poder econômico são objetivos de caráter múltiplo, inseridos no próprio conjunto da política econômica de cada país, com o qual devem guardar a necessária coerência. É por esse motivo que se tem observado, ao longo da história econômica dos vários países, posições e atitudes diversas frente aos mesmos. Tal diversidade tem refletido menos diferenças de cunho doutrinário e ideológico e mito mais as preocupações com as metas assinadas para a economia de cada país em determinados momentos históricos”.

³⁸ Isso significa que o objetivo do legislador é proteger “interesses difusos da sociedade nacional”, de maneira que “a ação do Estado sobre a concorrência fundamenta-se em interesses titularizados por um conjunto de indivíduos não identificáveis e para os quais, a princípio, não se mostra possível nem relevante valorar o benefício ou resultado concreto individualizado das ações adotadas pelo microsistema.” (MARRARA, 2015, p. 26).

mecanismos de repressão administrativa à concorrência desleal, contentando-se com as repressões civil e penal (COELHO, 2007, p. 90).

Assim é que o sistema brasileiro de defesa da concorrência, reestruturado pela Lei n. 12.529/2011, habilita o Estado a atuar sobre o domínio econômico, impondo “regras de conduta a serem observadas pelos agentes econômicos, de sorte a disciplinar sua atuação no mercado” (FORGINONI, 2005, p. 86), visando à consecução de políticas públicas destinadas a obter o equilíbrio entre vários interesses, especialmente, “a disputa das empresas pelo mercado, a defesa dos direitos do consumidor e a defesa das economias nacionais” de modo a “garantir um ambiente competitivo saudável” (Cartilha do CADE, 2016, p. 6).

Sinteticamente, pode-se afirmar que o SBDC não é simplesmente um instrumento de defesa irrestrita da concorrência, mas consubstancia verdadeiro mecanismo de promoção de finalidades públicas por meio da “regulação intersetorial da concorrência” (MARRARA, 2015, p. 25).

A evolução legislativa³⁹ e o amadurecimento institucional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, desde 1994 até hoje, são inegáveis e permitiram o fortalecimento de nosso Sistema de Defesa da Concorrência, como foi reconhecido, inclusive, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁴⁰, no último relatório da Revisão por Pares sobre nossa legislação e política de defesa da concorrência, de 2019, como parte do processo para que o Brasil se torne membro Associado ao Comitê de Concorrência da OCDE.

Deveras, no dito relatório foi consignado expressamente que a nova Lei de Defesa da Concorrência de 2011, ao centralizar em um único órgão, o CADE, as funções investigativas e decisórias, como se verá no item subsequente, aumentou a

³⁹ “À primeira vista, podemos supor existir íntima correlação entre a introdução de leis de concorrência, em países em desenvolvimento, e a substituição de um modelo econômico baseado em um alto grau de intervenção estatal por regimes de mercado. Evidentemente, a abertura da economia e os programas de privatização representam apenas uma das muitas facetas que caracterizariam um típico regime de mercado. De qualquer forma, parece razoável haver relação entre a intensidade e a abrangência de reformas econômicas pró-mercado, entre as quais se incluem a liberalização econômica e as privatizações, além de maior preocupação com a regulação eficiente desse próprio mercado, que se refletiria na elaboração e implementação de leis de concorrência” (GHEVENTER, 2004, P. 344/5).

⁴⁰ A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), fundada em 1958, em Paris, França, é composta por 36 (trinta e seis) Estados Membros que celebram entre si de acordos de cooperação comercial. O Brasil é parceiro-chave (mas não membro efetivo) da OCDE desde 2007 e, nessa qualidade, participa de órgãos técnicos, de reuniões de grupos de trabalho e de seminários de compartilhamento de informações, sem ter direito, porém, de integrar acordos de cooperação.

eficiência do sistema, em que pese a permissão legal de que o Tribunal Administrativo de Defesa da Concorrência exerça funções investigativas possa colocar em risco a imparcialidade das decisões.

Outro desafio a ser superado, segundo o relatório, é o fato do Presidente, Conselheiros e Superintendente-Geral serem nomeados pelo Governo, ao invés de selecionados por meios mais isentos, fazendo crer que “[...] se trata de um processo politizado, especialmente quando os nomeados têm experiência relevante limitada” (RELATÓRIO OCDE, p. 1), circunstância que pode comprometer a autonomia do órgão de defesa da concorrência.

E a autonomia do órgão de defesa da concorrência é imprescindível para a aplicação correta das normas concorrenciais, compreendendo-se como autonomia, aqui, a “capacidade institucional do órgão de tomar decisões e executá-las” (PRZEWORSKI, 1995, p. 27), sem intromissão política dos poderes do Estado, de partidos ou empresas privadas, de modo a preservar “o núcleo técnico do Estado contra interferências oriundas do público ou de outras organizações intermediárias” (GHEVENTER, 2004, p. 345). E não se pode desprezar a importância da autonomia institucional do CADE no cenário econômico concorrencial, considerando que:

É possível constatar que um dos graves problemas da atualidade é o agigantamento das empresas privadas diante de Estado, que resultam cada vez mais fracos, menores, politicamente dependentes dessas mesmas empresas. Estas montam seus negócios e seu poderes a partir de fusões e concentrações, resultando cada vez mais fortes e poderosas. Os Estados, ao contrário, vão ficando cada vez mais fracos, com orçamentos menores, verdadeiros “anões” perto das “gigantes” empresas da iniciativa privada, sobretudo nos processos de agressiva globalizações econômicas, onde o espaço global absorve os mercados frágeis, e frágeis são os que carecem de Estados fortes (OSÓRIO, 2019, p. 78).

2.2 Desenho Institucional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal⁴¹ vinculada ao Ministério da Justiça e da Segurança Pública, se qualifica como a

⁴¹ O CADE detém autonomia administrativa e orçamentária, competindo ao Presidente do CADE encaminhar ao Poder Executivo a proposta orçamentária anual (LDC, artigo 22), sendo que o produto da arrecadação das taxas processuais previstas nos artigos 23 e 26 da LDC constituem receitas próprias da autarquia, além de dotação que lhe for consignada no orçamento geral da União (LDC, artigo 28).

agência de guarda e promoção da concorrência (FERRAZ JR., 1997, p. 95-98) cuja autoproclamada missão institucional é “zelar pela manutenção de um ambiente competitivo saudável, prevenindo ou reprimindo atos contrários, ainda que potencialmente, à ordem econômica, com observância do devido processo legal em seus aspectos formal e material” (Cartilha do CADE, 2016, p. 28).

Ressalta-se que o CADE não é uma agência reguladora, mas uma entidade de defesa da concorrência e, assim sendo, não lhe compete editar normas para regular setores específicos da atividade econômica, formulando políticas públicas. Ainda, a autarquia não tem atribuições normativas, ou seja, não transmite comandos gerais para o mercado. Seu papel institucional é de fiscalizar a atuação dos agentes econômicos e punir condutas consideradas infrações pela Lei de Defesa da Concorrência (poder fiscalizatório e sancionatório), além de aprovar atos de concentração que possam afetar a concorrência (poder adjudicatório) (LIMA, 2009, p. 25-31).

A autarquia é composta pelos seguintes órgãos: (1) o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE), órgão de cúpula, com atribuições organizacionais, instrutórias, informáticas e decisórias; (2) a Superintendência-Geral (SG), com competências investigatórias e instrutórias, e de proposição de acordos e medidas preventivas, e (3) o Departamento de Estudos Econômicos (DEE), cuja função é assessorar a SG e o TADE por meio de notas técnicas⁴² e estudos econômicos, a fim de assegurar a atualização técnica e científica das decisões da autarquia, além de outras atribuições⁴³ (LDC, artigo 5º).

⁴² A emissão de notas técnicas tem o escopo de amparar decisões da SG e/ou do TADE em procedimentos investigatórios ou sancionatórios de condutas anticompetitivas, como, v.g., a Nota Técnica n. 34, emitida no processo administrativo n. 08012.010483/2011-94, cujo objeto foi a análise técnica de questões econômicas subjacentes à condutas anticompetitivas atribuídas pela E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. (Buscapé) à Google Brasil Internet Ltda (“Google”). Ainda, as notas técnicas do DEE também servem de subsídio à decisões do TADE sobre atos de concentração como, por exemplo, a Nota Técnica n. 20, no processo n. 08700.006345/2018-29, relativo à aquisição pelo Itaú Unibanco S.A (“Itaú”) de participação societária minoritária com direito a voto na Ticket Serviços S.A (“Ticket”).

⁴³ O mesmo relatório referido informa que “O DEE também produz análises de decisões do CADE, que sistematizam e consolidam a jurisprudência do CADE em mercados específicos, com o objetivo de aumentar a transparência e trazer maior conscientização pública sobre as decisões da autoridade” (relatório OCDE, p. 39). De fato, por meio da série de estudos intitulada “CADErnos do CADE” o DEE pretende consolidar, sistematizar e divulgar a jurisprudência da autarquia relativa a mercados específicos, em vista de dados econômicos e concorrenciais, com o objetivo de aumentar a transparência das decisões do CADE.

Há, ainda, como órgãos paralelos ou de cooperação, a Procuradoria Federal junto ao CADE (ProCade), dirigida por um procurador-chefe nomeado pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, para um mandato de 2 (dois) anos, com a função de prestar consultoria e assessoria jurídicas e de representar o órgão judicial e extrajudicialmente (LDC, artigos 15 e 16). Há ainda o membro do Ministério Público Federal junto ao CADE, designado pelo Procurador-Geral da República após oitiva do Conselho Superior, que é responsável pela emissão de pareceres⁴⁴ em processos administrativos de imposição de penalidades por infração à ordem econômica (LDC, artigo 20).

A Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, dentre suas várias atribuições, deve tomar medidas judiciais solicitadas pelo TADE ou pela SG para obtenção de meio de prova para instrução de processos administrativos de qualquer natureza e intervir nos processos judiciais que, direta ou indiretamente, envolverem o acesso aos documentos e às informações de acesso restrito referidos no artigo 2º da Resolução n. 21/208. Ainda, compete à ProCade, se o Tribunal assim determinar, requerer o sobrestamento de processos judiciais ou extrajudiciais que possam comprometer a política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, até a decisão final pelo Plenário do Tribunal do CADE (RiCade, artigo 8º, V, XXIII e XXIV).

Por seu turno, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE) é composto por 7 (sete) membros, com dedicação exclusiva, sendo um presidente e 6 (seis) conselheiros, todos escolhidos pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de 30 (trinta) anos, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, que são nomeados após aprovação pelo Senado Federal, para um mandato de 4 (quatro) anos, não coincidentes, vedada a recondução (LDC, artigo 6º, e parágrafo 1º).

A lei anterior previa um mandato de 2 (dois) anos para Presidente e Conselheiros, permitida a recondução, o que era criticado pela doutrina, já que “reduzia a independência do Presidente e dos Conselheiros, na medida em que seria possível a não recondução após uma decisão que fosse contrária aos interesses do

⁴⁴ Como assevera LIMA “embora a literalidade do art. 20 da Lei nº 12.529/2011 indique que o membro do MPF deve “emitir parecer”, a melhor interpretação do dispositivo é no sentido de “oficiar”, expressão mais ampla e condizente com o papel do *Parquet* na defesa da ordem jurídica, dos princípios constitucionais da ordem econômica e dos interesses da coletividade que devem prevalecer nas decisões do CADE.” (LIMA, 2018, p. 8).

governo ou que desagradasse segmentos do Senado” (PAGOTTO, 2012, p. 21). Portanto, o alongamento dos mandatos, instituído pela nova LDC, foi medida benéfica que, a um só tempo, fortaleceu a independência do órgão de defesa da concorrência e aumentou a previsibilidade das decisões do TADE.

O Presidente e Conselheiros devem ter dedicação exclusiva e ficam sujeitos a vedações legais destinadas a garantir sua imparcialidade (LDC, artigo 8º).

Dentre as diversas atribuições do TADE, destacam-se para o tema abordado as de decidir processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela SG, de aprovar os termos de compromisso de cessação de prática e de decidir sobre o cumprimento ou descumprimento de acordos e compromissos celebrados com o CADE (LDC, artigo 9º, II, III, IV, V e XIX).

As decisões do Tribunal são tomadas por maioria, exigindo-se o quórum mínimo de reunião de 4 (quatro) membros, e de deliberação de 3 (três) membros, não podendo ser revisadas no âmbito do Poder Executivo Federal (LDC, artigo 9º, parágrafos 1º e 2º). Caso não haja número de membros suficiente para atingir o quórum legal mínimo, a tramitação dos processos é automaticamente suspensa, até a recomposição do Tribunal.⁴⁵ O Conselheiro Relator será aquele ao qual o processo for distribuído, livremente ou por prevenção, entretanto, no caso de ser vencido no todo em questão de mérito, ou de preliminar que ponha fim ao julgamento, as funções de Relator passarão a ser exercidas pelo Conselheiro que proferiu o primeiro voto divergente (RiCade, artigo 21, parágrafo único).

Vê-se assim que o TADE qualifica-se como verdadeiro órgão judicante, adotando uma estrutura parecida com a de tribunais brasileiros, havendo “um número fixo de conselheiros, a quem cabe relatar os casos distribuídos periodicamente, e que se reúnem em plenário para tomar as decisões que lhe cabem na aplicação da lei ao caso concreto” (LIMA, 2009, p. 28). Porém, o TADE não exerce função jurisdicional, mas, administrativa porque, o fim de sua atividade não é pacificar com justiça, mas

⁴⁵ A exigência legal de quórum mínimo para reunião e deliberação do TADE afeta a eficiência do órgão julgador no desempenho de suas funções institucionais, pois, é comum que a existência de disputas políticas para definição dos nomes dos novos Conselheiros e, a consequente demora imposta para a solução das divergências entre o Presidente da República e o Senado para indicação de novos membros atrasa a tramitação dos procedimentos administrativos, como se vê pela notícia veiculada pelo Jornal Folha de São Paulo, em 07/08/2019 intitulada “*Sem indicações de novos membros, CADE trava negócios de R\$ 152 bilhões*” *Em meio a concessões entre Bolsonaro e Senado, órgão da concorrência tem 4 das 7 vagas abertas.*

conformar a liberdade de iniciativa dos agentes econômicos com o escopo de preservar a livre concorrência, fazendo atuar a legislação antitruste nos casos submetidos à sua apreciação.⁴⁶ Portanto, o TADE é um órgão administrativo que atua por um método judicante.

Destaca-se, ainda, que o Presidente do TADE tem atribuição executar e obter a cooperação mútua e o intercâmbio de informações com órgãos de defesa da concorrência de outros países ou com entidades internacionais, em matéria de defesa da concorrência e nas atividades relacionadas à proteção da livre concorrência, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, inclusive em relação à informações submetidas a sigilo, na forma da lei, desde que seja garantido o tratamento equivalente a tais informações pelo respectivo órgão ou entidade no exterior, bem como o uso conforme as demais condições estabelecidas pelo Presidente do Tribunal, sendo que as informações submetidas a sigilo somente poderão ser tornadas públicas ou fornecidas a terceiros pelo respectivo órgão ou entidade no exterior quando houver autorização expressa do CADE nesse sentido (RICADE, artigo 18, XV, e parágrafo 2º).

Os Conselheiros e o Presidente podem conceder audiências às partes e aos seus representantes ou advogados, ou ao público em geral, e os dados respectivos são divulgados no sítio da autarquia, salvo se lhes for conferido tratamento de acesso restrito, hipótese em que são divulgadas só as informações não sigilosas (RICADE, artigo 16 e parágrafo 2º).

Por outro lado, a SG é composta por um Superintendente-Geral e dois Superintendentes Adjuntos. O primeiro é escolhido pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de 30 (trinta) anos, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeado após aprovação do Senado Federal para um mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução subsequente, sendo-lhe impostas as mesmas vedações previstas para os membros do TADE (LDC, *caput* e artigo 12, p. 3º). Os Superintendentes Adjuntos são indicados pelo Superintendente Geral (LDC, artigo 12, p. 1º, 2º e 7º).

⁴⁶ Ainda, como aponta LIMA (2009, p. 57): “[...] as decisões do CADE não se confundem com o exercício de função judicial. Embora seja o órgão técnico da administração a dar a última palavra em matéria de direito da concorrência no âmbito administrativo, as decisões do Conselho não podem fazer coisa julgada”, diante do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF, 5º, XXXV).

Dentre as atribuições da SG, destacam-se: (1) promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica e, diante da insubsistência de indícios, arquivá-los; (2) instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; (3) no interesse da instrução dos vários tipos processuais, requerer ao Poder Judiciário, por meio da PRO-CADE, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse do inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções à ordem econômica; (4) recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; (5) remeter ao Tribunal para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica; (6) propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal e fiscalizar seu cumprimento (LDC, artigo 13, V, VI, “d”, VII e VIII).

Compete ao Superintendente-Geral participar, quando entender necessário, sem direito a voto, das reuniões do Tribunal e proferir sustentação oral, na forma estabelecida no Regimento Interno (RICADE, artigo 26, I).

O Presidente, os Conselheiros do CADE, o Superintendente-Geral, os Superintendentes-Gerais Adjuntos, os Coordenadores-Gerais e as demais autoridades competentes podem, no interesse e âmbito da instrução de qualquer das diversas espécies de procedimentos administrativos de sua competência, requisitar documentos, objetos e informações, por escrito ou oralmente, de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso (RICADE, artigo 69, I).

Aplicam-se ao Presidente, aos Conselheiros, ao Superintendente-Geral, ao Economista-Chefe e ao Procurador-Chefe as hipóteses de impedimento e suspeição previstas nos artigos 18 e 20 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e nos arts. 144, 145 e 147 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (RICADE, artigo 13).

2.3 Infração contra a ordem econômica

De início, ressalta-se que o objetivo deste subitem é apresentar explicações gerais sobre o tema destacado considerando se entender relevante a abordagem da matéria para aclarar algumas premissas que serão utilizadas na sequência da dissertação.

Compreensivelmente, o debate de questões polêmicas, apesar de muito interessante e profícuo, não será aprofundado, já que o estudo se insere no âmbito do direito administrativo, não do direito econômico. De qualquer forma, reafirma-se, é preciso apresentar noções básicas acerca da definição legal das denominadas infrações contra a ordem econômica, para compreensão subsequente da estrutura, justificativa e relevância do programa de leniência do CADE e do papel do sigilo em sua dinâmica de aplicação.

Como já assinalado, o objetivo da lei antitruste brasileira é a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, conforme os princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (LDC, artigo 1º), para a tutela de bens jurídicos da coletividade (LDC, artigo 1º, parágrafo único).

A livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e, também, da ordem econômica estruturada pela Constituição Federal (CF, artigos 1º, IV e 170, *caput*). Um dos aspectos da livre iniciativa é a liberdade de iniciativa econômica de titularidade das empresas e que se caracteriza como liberdade negativa “ilimitada no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes” (GRAU, 2002, p. 249), mas que tem contornos definidos pela ordem jurídica sob o pálio do princípio da legalidade estrita (FERRAZ JR., 1989, p. 78).

Por seu turno, a livre concorrência, erigida à princípio da ordem econômica (CF, artigo 170, IV) é um desdobramento da livre iniciativa, sendo concebida como comportamento competitivo dos agentes econômicos em variados graus, de maneira que a formação dos preços seja descentralizada o suficiente para provocar a distribuição dos bens e serviços a valores acessíveis ao consumidor, garantindo-se, paralelamente, a igualdade de oportunidade a agentes econômicos e, por

consequente, a criação de empresas de médio porte, entre as grandes e pequenas (FERRAZ JR., 1989, p. 76/86).

Com efeito, afirma-se que a preservação da concorrência saudável entre competidores em determinado mercado faz com que os produtores de bens e serviços mantenham seus preços em patamares razoáveis para que possam conquistar e manter clientes de maneira que o aumento dos lucros só advirá de formas de produção inovadoras que diminuam os custos em relação aos concorrentes. Ademais, neste tipo de mercado, as empresas se aproximam mais dos consumidores buscando atender aos seus desejos e expectativas, aprimorando a qualidade de produtos e serviços e, destarte, produzindo resultados socialmente desejáveis que não seriam alcançados se houvesse restrição artificial à livre concorrência provocada por agentes infratores com escopo exclusivo de obter lucros excepcionais (Cartilha do CADE, 2016, p. 7).

Por isso, uma das formas de proteção à livre concorrência é a repressão ao abuso do poder econômico (FERRAZ JR., 1995, p. 95/98) daí porque cabe à Lei Antitruste:

[...] reprimir os desvios no exercício do direito de concorrência, mas não lhe cabe reprimir práticas concorrenciais *per se*, não lhe cabe definir positivamente os limites do ato concorrencial, dizer o que se admite como ato concorrencial, o que caracterizaria uma intervenção indevida no domínio econômico. Por exemplo, não lhe cabe definir preços, margens de lucro, percentuais de participação no mercado, etc. Mas cabe-lhe reprimir o abuso, isto é, o desvio de finalidade no exercício de um direito por meio de práticas usuais, como cláusulas contratuais de exclusividade, contratos de distribuição, aquisição de participação acionária em concorrentes, etc. [...]

A infração contra a ordem econômica, em termos de uma legislação antitruste, é por abuso de um poder legítimo não por um ato ilícito *per se* ou por tipos ilícitos de ação concorrencial (FERRAZ JR., 1995, p. 23-30).

Realmente, a Constituição Federal manda o legislador punir o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros (CF, artigo 173, p. 4º).

Nesse contexto, a Lei Antitruste brasileira define como infração à ordem econômica qualquer ato cujo objeto ou efeito, real ou potencial, seja: (1) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (2) dominar

mercado relevante⁴⁷ de bens ou serviços; (3) aumentar arbitrariamente os lucros; e (4) exercer de forma abusiva posição dominante⁴⁸ (LDC, artigo. 36, I a IV).

Promovendo uma análise crítica do dispositivo legal destacado, TAUFICK (2017) assevera que o inciso I do artigo 36 contém fórmula genérica, que abrange as finalidades e efeitos previstos nos outros incisos e, por isso, teria sido melhor que o legislador houvesse previsto já no *caput* que “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados que possam prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, ainda que os efeitos não sejam alcançados” (2017, p. 4557).

Veja-se que o poder econômico de um agente é um dado estrutural do mercado pressuposto pelo legislador constituinte (CF, 173, p. 4º) e, por isso, em regra, para analisar a punibilidade do suposto infrator, ou infratores da ordem econômica, é preciso verificar, de início, se há poder de mercado detido individualmente, ou pela coletividade de agentes que atuam em conjunto, já que sem poder de mercado a prática, de ordinário, não produzirá efeitos anticompetitivos. A regra é excepcionada, entretanto, quando o dano, efetivo ou potencial, à livre concorrência, tenha origem em ações violentas do infrator (LDC, artigo 36, p. 3º, XIII e XIV) que, no caso, evidentemente, não precisará ser titular de poder de mercado para violar o bem jurídico tutelado pelo SBDC e, assim, receber a punição.

O que se extrai do exposto é que, em qualquer hipótese, para a responsabilização do agente econômico, é necessário que o ato sob qualquer forma manifestado tenha efetiva aptidão para produzir o resultado econômico almejado ou

⁴⁷ O mercado relevante é a unidade de análise para avaliação do poder de mercado. É o que define a fronteira da concorrência entre as firmas. A definição de mercado relevante leva em consideração duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão geográfica. A ideia por trás desse conceito é definir um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substitutos, seja porque não é possível obtê-lo. Assim, um mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região. Esse é o chamado teste do monopolista hipotético e o mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que tal critério é satisfeito (CADE. *Cartilha do CADE*, p. 08).

⁴⁸ Segundo a LDC ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa de tal forma que a empresa ou grupo de empresas seja capaz de, deliberada e unilateralmente, alterar as condições de mercado. A parcela substancial de mercado relevante que trata a lei é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% do mercado relevante em questão. Porém, dependendo do caso concreto, a lei autoriza o CADE a alterar esse percentual para setores específicos da economia (art. 36, §2º da Lei 12.529/11).

esperado pelo infrator e, assim, prejudicar a livre concorrência, afinal, as infrações concorrenciais são formais e não de mera conduta, exigindo-se, para sua configuração, a real potencialidade de lesar a ordem econômica (TAUFICK, 2017, p. 4294).

Ainda, parece ser consenso entre os doutrinadores que o inciso II do artigo 36 da LDC (“dominar mercado relevante de bens ou serviços”) contempla a situação em que o *player* adota prática abusiva para alcançar a posição dominante que ainda não detém, enquanto que o inciso IV (“exercer de forma abusiva posição dominante”) aplica-se quando o agente econômico abusa de posição dominante que já possui. E, por fim, o inciso III (“aumentar arbitrariamente os lucros”), à luz da jurisprudência do CADE, conteria apenas uma infração conexa (meio para a prática de outra), ou, simplesmente, configuraria o resultado da prática anticompetitiva, não consubstanciando, assim, um tipo autônomo (TAUFICK, 2017, p. 4572-4577).

Buscando esclarecer, didaticamente, quais tipos de “atos sob qualquer forma manifestados” (LDC, 36, *caput*) podem vir a configurar infração concorrencial, a lei enumera, ilustrativamente, uma série de condutas nos vários incisos do artigo 36, parágrafo 3º, que seriam aptas, em tese, a atender aos escopos ou a atingir os efeitos apontados no *caput* e nos incisos I a IV do mesmo dispositivo.⁴⁹ O rol da legislação é exemplificativo, porém, o legislador ressalva que o domínio de mercado relevante de bens e serviços derivado da maior eficiência competitiva do agente econômico não constitui infração à ordem econômica (LDC, artigo 36, parágrafo 1º).

Poder-se-ia contrapor que, na hipótese de ilicitude pelo objeto, a lei dispensaria a comprovação da potencialidade lesiva da conduta para ferir a ordem econômica, aplicando-se no julgamento a regra *per se*, como presunção absoluta, para logo condenar o(s) agente(s) mediante a singela constatação da prática da conduta imputada. Nada obstante, adota-se o posicionamento de que a regra *per se*⁵⁰

⁴⁹ Ao analisar criticamente a série de práticas potencialmente anticompetitivas apresentada pelo legislador no extenso rol do artigo 36, p. 3º, Marrara (2015) assevera que: Do ponto de vista técnico, a previsão de uma lista de condutas é questionável, dado que não existe ilícito *per se* no sistema concorrencial brasileiro, de sorte que a exemplificação legal arrisca confundir o intérprete quanto ao funcionamento da responsabilização administrativa, levando-o a crer ou que as condutas listadas na legislação constituam infrações *per se* ou que as condutas concorrencialmente danosas se resumam as listadas (MARRARA, 2015, p. 207-208).

⁵⁰ Sobre outro enfoque, porém alcançando a mesma conclusão aqui exposta, afirma-se que: A teoria da ilicitude pelo objeto, entendida como um standard interpretativo capaz de inverter o ônus probatório ao Administrado, não se confunde com a regra *per se* – que pode ser entendida como a ilicitude por sua própria essência. Assim, afasta-se a alegação de “condenação sem efeitos” no caso de condutas ilícitas pelo objeto, já que teria sido a própria empresa condenada que não foi capaz de demonstrar que

não constitui propriamente uma presunção absoluta de ilicitude, traduzindo, na verdade, uma forma de simplificar a instrução do processo com a inversão do ônus da prova (TAUFICK, 2017, p. 4353). E a compreensão aqui acolhida se justifica com base na justa explanação do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no voto de vista que proferiu no julgamento do PA 08012.006923/2002-18:

30. Mencionado trecho do Guia europeu deixa claro que a presunção de ilicitude que acompanha as condutas anticompetitivas pelo objeto é baseada na experiência, no conteúdo do acordo e na sua lata probabilidade de prejudicar o bem coletivo protegido pela lei. Contudo, trata-se apenas de uma presunção *iuris tantum*, e não significa que esteja adotando uma ficção absolutamente descolada da realidade, nem uma presunção irrefutável. Ao contrário, os elementos da realidade colaboram, por um lado, para o próprio julgamento de que dado acordo é ilícito pelo objeto. Por outro lado, a punição da conduta não independe, completamente, de uma análise concreta dos seus efeitos, ainda que esta seja feita, neste caso, a posteriori. O ponto, aqui, é apenas perceber que essa análise de efeitos não é necessária para que se presuma, em princípio, a ilicitude. A presunção dispensa, em outras palavras, que a autoridade administrativa se desencarregue da prova dos efeitos para a determinação da ilicitude, e transfere para o próprio Representado o ônus de provar que a restrição à concorrência é acessória em relação a outro objetivo distinto e lícito, e que os potenciais benefícios advindos da persecução desse objetivo principal superam os riscos detectados à concorrência. Este último ponto remete, no sistema nacional, ao regime do revogado artigo 54 da Lei nº 8.884/94 (atual artigo 88 da Lei nº 12.529/11), relativo ‘à defesa baseada em eficiências’ (que é, a meu ver, aplicável também em sede de controle de condutas).

Constata-se, assim, que, apesar da exagerada abertura do tipo legal, é perfeitamente possível ao agente econômico prever quais são as condutas que o ordenamento concorrencial considera ilícitas e, portanto, puníveis pela autoridade antitruste, pois, para que se constate a existência de uma infração da ordem econômica, é necessário considerar que o ato sob qualquer forma manifestado deve ser, ao menos potencialmente, apto a causar dano à livre concorrência (MARRARA, 2015, p. 206-207).

Disso se extrai que a pessoa física ou jurídica (LDC, artigo 31), ainda que atue no domínio econômico, praticando ações permitidas ou não proibidas pela lei, pode causar dano ao bem jurídico tutelado pela Lei de Defesa da Concorrência, a saber, o equilíbrio do mercado, se exercer abusivamente seu poder de mercado,⁵¹

o objeto da prática era dotado de uma racionalidade econômica lícita. Portanto, concorda-se com a perspectiva de que a ilicitude pelo objeto é uma espécie do gênero “regra da razão”, com legitimidade oriunda nos termos do artigo 36 da Lei 12.529/2011 (AMORIM, 2017, p. 97).

⁵¹Abuso de poder econômico é o comportamento de uma empresa ou grupo de empresas que utiliza seu poder de mercado para prejudicar a livre concorrência, por meio de condutas anticompetitivas. A existência de poder de mercado por si só não é considerada infração à ordem econômica”, ademais “para que seja caracterizada a existência de poder de mercado faz-se necessário proceder a uma

extrapolando a finalidade do seu direito individual à livre iniciativa garantido pela Lei Maior.

Nesse cenário, para que o agente econômico infrator seja responsabilizado, não será preciso comprovar sua intenção de produzir dano ao mercado (aspecto subjetivo),⁵² senão, apenas, evidenciar que a prática adotada teve por finalidade, ou efeito, real ou potencial, uma das situações contempladas no artigo 36, *caput*, da LDC (aspecto objetivo), sendo certo que responderão solidariamente pela infração a empresa, e seus dirigentes ou administradores (LDC, artigo 32), e todas as entidades integrantes do mesmo grupo econômico, ainda que apenas uma delas seja infratora (LDC, artigo 33). Entretanto, se o representado for o administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração atribuída à pessoa jurídica, sua responsabilização deve ser subjetiva (LDC, artigo 37, III) (MARRARA, 2015, p. 211).

2.4 Processos administrativos de apuração e repressão de infrações contra a ordem econômica

Para que o CADE possa exercer seu mister de prevenir, apurar e reprimir as infrações à ordem econômica, a Lei de Defesa da Concorrência coloca à disposição da autarquia ritos procedimentais destinados a viabilizar, praticamente, a instauração de duas espécies de processos administrativos: (a) os de imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (controle de infrações - repressivo); e (b) os de análise ou de apuração de atos de concentração (controle de concentrações econômicas - preventivo).

Esse segundo grupo de processos não será objeto de análise no presente trabalho por fugir do escopo da pesquisa, em que se pretende estudar, exclusivamente, o sigilo nos acordos de leniência e nos termos de compromisso de

análise complexa, que parte da existência de posição dominante, mas envolve ainda a investigação de outras variáveis, tais como existência de barreiras à entrada naquele mercado, a possibilidade de importações ou ainda a efetividade de competição entre a empresa que tem posição dominante e seus concorrentes. Se, mesmo tendo posição dominante em um mercado relevante, a decisão de elevação unilateral de preços por parte de uma empresa puder ser contestada pela reação de concorrentes efetivos ou potenciais, então essa empresa não possui poder de mercado (CADE. *Cartilha do CADE*. p. 09).

⁵² O artigo 36, *caput*, da LD afirma que a infração da ordem econômica independe de culpa e jurisprudência mais recente do CADE admite que a legislação de defesa da concorrência dispensa, realmente, a comprovação de culpa para a repressão de infração à ordem econômica (PA 08700.001591/2004-47 – voto da Conselheira Relatora Ana Frazão, DOU 04/08/2015, p. 232).

cessação de prática anticompetitiva, que não são utilizados na esfera do controle de concentrações.

Com efeito, o termo de compromisso de cessação só é admissível em (a) procedimentos preparatórios de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, em (b) inquéritos administrativos que tenham o mesmo escopo, e nos (c) processos instaurados para imposição de penalidades administrativas por práticas anticompetitivas (LDC, artigo 48, I, II e III, *c/c* 85, *caput*). Igualmente, o acordo de leniência somente pode ser celebrado com o objetivo de apurar ou reprimir a prática de cartel (Cartilha Leniência, CADE). Ambos os institutos legais, assim, só são utilizados no âmbito do controle de condutas infrativas que, a seguir, será objeto de análise.

Qualquer pessoa⁵³ pode apresentar ao CADE representação escrita, inteligível e bem instruída, para noticiar a ocorrência de infração contra a ordem econômica, caso em que competirá à Superintendência-Geral decidir pela instauração, em regra, de um procedimento preparatório de inquérito administrativo (LDC, artigo 48, I), cuja função é viabilizar a triagem simplificada das denúncias, a fim de fixar, inicialmente, se os fatos relatados estão abrangidos na competência do CADE, ou seja, se estão efetivamente relacionados a possíveis danos concorrenciais (RICADE, artigo 135, II *c/c* 137). O procedimento preparatório correrá em sigilo, salvo determinação em contrário da SG (RICADE, artigo 138, p. 1º).

Diversamente, se a denúncia partir de Comissão do Congresso Nacional, da Câmara, do Senado, da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, de agências reguladoras, do Ministério Público ou da PRO-CADE, instaurar-se-á, desde logo, um inquérito administrativo⁵⁴ para apurar infração à ordem econômica, ou, segundo o juízo discricionário do Superintendente-Geral, já um processo para aplicação de penalidade administrativa (RICADE, artigo 135, V e parágrafo único). Ainda, o próprio plenário do CADE tem atribuição de determinar a

⁵³ Com fundamento na Lei n. 13.608/18, que estabeleceu a proteção dos dados dos denunciante, e na Lei de Acesso à Informação e seu regulamento (Lei n. 12.527/11 e Decreto n. 7.724/12), o CADE, através da Superintendência-Geral, editou a Portaria CADE n. 292/2019, assegurando a preservação do sigilo da relação identidade do denunciante, sempre que solicitado (a informação será classificada como de acesso restrito pelo prazo de 100 (cem) anos), e passando a admitir, inclusive, denúncias anônimas sobre a ocorrência de infrações da ordem econômica, com vistas a garantir maior segurança às pessoas dispostas a relatar a prática de cartéis e outras condutas anticompetitivas à autarquia. Exige-se, entretanto, que o denunciante não esteja envolvido na prática ilícita denunciada (denunciante de boa-fé).

instauração de inquéritos ou processos administrativos, como também, a Superintendência-Geral, atuando de ofício com base em peças de informação ou estudos técnicos elaborados pela autarquia a partir da observância do comportamento dos agentes no mercado (RiCade, artigo 135, I, III e VI).

Confirmada a competência do CADE para tratar dos fatos narrados na representação, mas não havendo prova suficiente para a autorizar a instauração de processo administrativo para imposição de penalidade, instaurar-se-á o inquérito administrativo para colher indícios de autoria e/ou materialidade da prática supostamente infracional e, embora nessa fase haja instrução probatória, o(s) investigado(s) não participam,⁵⁵ já que o inquérito tem feição nitidamente inquisitorial podendo, inclusive, tramitar em sigilo.⁵⁶

Deveras, já na fase de inquérito administrativo, a SG exercerá amplos poderes instrutórios, estando, inclusive, autorizada a realizar busca e apreensão. E, ainda, poderá requerer o auxílio de autoridade policial ou do Ministério Público para realização de diligências.

Em vista de tal fato, a atividade de instrução no âmbito do inquérito deve se restringir à colheita das evidências suficientes para instaurar o subseqüente processo administrativo sancionador, não podendo a SG pretender esgotar a instrução probatória na fase inquisitorial, esvaziando o processo administrativo, sob pena de ofensa ao direito de contraditório e ampla defesa do representado e, conseqüente, nulidade processual (MARRARA, 2015, p. 224).

Registre-se que no âmbito dos inquéritos e, até mesmo, dos processos administrativos, tanto o TADE como a SG podem conferir tratamento sigiloso a documentos, informações e atos processuais com o objetivo de garantir a elucidação dos fatos apurados ou preservar outros interesses sociais relevantes. Ademais, as próprias partes investigadas ou representadas, ou terceiros interessados, podem requerer que seja conferido o dito tratamento sigiloso (LDC, artigo 49 e parágrafo único). Ao comentar o dispositivo legal, MARRARA obtempera que:

⁵⁵ Não se pode deslembrar do teor da 14ª Súmula Vinculante: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

⁵⁶ Nesse sentido, afirma-se que na fase de inquérito “faz-se somente um levantamento dos fatos, assemelhando-se à chamada sindicância administrativa, em que a Administração apura a existência de irregularidades”, o que “dispensa procedimento formal, não exige defesa do averiguado, nem publicidade [...]” (FONSECA, 2007, p. 294).

O uso abusivo do sigilo, fora das hipóteses legais, vicia o ato administrativo de restrição da publicidade, de modo a tornar nulas as atividades instrutórias subsequentes. Isso, porque a publicidade é regra formal básica e essencial, sendo o sigilo uma exceção – constitucionalmente consagrada, é verdade -, mas condicionada a motivos existentes, válidos e adequados. Daí que o afastamento indevidamente motivado da transparência e da publicidade processual causa um vício insanável no inquérito. [...]

O sigilo empregado como instrumento de garantia da efetividade do inquérito não autoriza a anulação de defesa dos acusados em relação a provas produzidas anteriormente à abertura do processo administrativo sancionador. [...]

Nesse sentido, o sigilo vale como capa de proteção sobre as provas somente enquanto durar a necessidade de aparelhar a Administração Pública – desde que respeitados os prazos máximos legais – com elementos para iniciar um eventual processo administrativo. Essa capa é retirada tão logo o processo acusatório seja aberto. A partir daí, o direito de defesa adquire sua plenitude, podendo ser exercitado inclusive contra elementos probatório anteriores. Não fosse assim, poderia a Administração Pública utilizar a figura do inquérito como forma de esvaziar a fase instrutória do processo sancionador e, por conseguinte, tornar inviável o direito de defesa do acusado (MARRARA, 2015, p. 224-225).

Caso a SG decida arquivar o inquérito administrativo, caberá recurso de qualquer interessado (tutela de interesses difusos) ao Superintendente-Geral ou, ainda, por provocação de um dos Conselheiros, o inquérito poderá ser motivadamente avocado pelo TADE, caso em que o Conselheiro-Relator confirmará a decisão de arquivamento ou, se entender cabível, converterá o inquérito em processo administrativo, devendo promover diligências complementares ou determinar que a SG as promova, porém, a atribuição instrutória será de responsabilidade do Conselheiro-Relator (RiCade, artigos 143 e 144).

Como anteriormente destacado, a competência do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica para presidir a instrução de inquéritos administrativos foi objeto de crítica no último relatório da Revisão por Pares sobre nossa legislação e política de defesa da concorrência, de 2019, publicado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).⁵⁷ Considerou-se que o desempenho de funções investigatórias pelo órgão de julgamento do futuro processo sancionador poderia comprometer a imparcialidade das decisões.

⁵⁷ A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), fundada em 1958, em Paris, França, é composta por 36 (trinta e seis) Estados Membros que celebram entre si de acordos de cooperação comercial. O Brasil é parceiro-chave (mas não membro efetivo) da OCDE desde 2007 e, nessa qualidade, participa de órgãos técnicos, de reuniões de grupos de trabalho e de seminários de compartilhamento de informações, sem ter direito, porém, de integrar acordos de cooperação.

A peça inaugural do processo administrativo sancionador é a nota técnica final do inquérito administrativo. Instaurado o processo, o representado será intimado para apresentar defesa em 30 (trinta) dias, sob pena de sofrer os efeitos da revelia (confissão quanto à matéria de fato e transcurso dos subsequentes prazos processuais sem prévia notificação). Apresentada a defesa, inicia-se a instrução probatória a cargo da SG que, sendo o caso, manterá o sigilo legal. Concluída a instrução, o representado poderá oferecer alegações complementares e, após, o processo, será encaminhado ao Presidente do TADE, com relatório circunstanciado elaborado pela SG, que se manifestará pelo arquivamento ou pela configuração da infração.

Então, o Presidente do TADE distribuirá o processo a um Conselheiro Relator, que poderá determinar à SG a realização de diligências complementares. Na sequência, o representado é intimado para apresentar alegações finais e, transcorrido o prazo legal, com ou sem as alegações finais, o Conselheiro-Relator incluirá o processo na pauta de julgamento. Se o TADE decidir pela existência de infração, deverá indicar as providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazer cessar a prática anticompetitiva.

2.5 Cartel. Efeitos nocivos para o mercado. Necessidade de repressão

O Cartel é concebido como uma coordenação horizontal de condutas entre empresas concorrentes, estabelecida por acordo expresso ou tácito, ou por comportamento paralelo intencional, cujo objetivo é dominar mercado relevante de bens ou serviços, aniquilando ou restringindo a concorrência, já que tais práticas “neutralizam a concorrência principalmente entre os agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante” (FORGIONI, 2005, p. 396), possuindo, destarte, aptidão para reproduzir condições monopolísticas que, indubitavelmente, são perniciosas para a ordem econômica.⁵⁸

⁵⁸ Um exemplo emblemático da prática anticompetitiva analisada é o caso do cartel internacional das vitaminas que atuou entre 1990 e 1999, com a participação das empresas BASF, AG, F. Hoffman-La Roche AG, Aventis S/A, Merck KgaA e Solvay Pharmaceuticals, as quais partilharam o mundo em várias regiões, eliminando a concorrência e forçando os consumidores a pagarem preços artificialmente elevados pela aquisição das vitaminas A, B2, B5, C, E e beta-caroteno. A colusão foi desvendada graças à confissão da Aventis S/A (então Rhone-Poulec) perante as autoridades antitruste estadunidense e europeia, em troca de imunidade, tendo a investigação resultado na aplicação de multas exorbitantes, prisão de executivos e desmantelamento do cartel. No Brasil, o CADE puniu as empresas BASF, F. Hoffman-La Roche AG e Aventis S/A em razão da restrição da oferta dos produtos

Por outras palavras, a finalidade do cartel é garantir a seus integrantes um significativo nível de controle da produção, venda ou da prestação de determinados bens ou serviços, de modo a “exercer influência preponderante sobre os respectivos preços” (Lei n. 4.137/62, artigo 5º), limitando ou eliminando a competitividade, e, por consequência, reduzindo a eficiência econômica e lesando os consumidores (FERRAZ JR., 2003, p. 5).

A prevenção e repressão de cartéis é considerada um dos pontos nevrálgicos da atuação dos órgãos de defesa da concorrência, em razão dos efeitos significativamente danosos à ordem econômica que deles podem advir, e, por isso, inclusive, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ainda sob o regramento legal anterior (Lei n. 8.884/94), houve por bem definir o que entende por cartel, por meio da Resolução CADE n. 20/99, segundo a qual os cartéis são:

Acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e demandas.

Veja-se que o conluio entre concorrentes acerca de preços, quotas de produção e distribuição e/ou divisão territorial busca garantir ao cartel uma posição equivalente à de monopólio, porque reduzir a produção/distribuição gera aumento de preços ao longo da mesma curva de demanda e, a divisão territorial do mercado, por seu turno, cria monopólios locais para os participantes do cartel; ademais, a mudança da estrutura do mercado que, de concorrencial passa a ser quase monopolista, causa a transferência de renda do consumidor para os integrantes do conluio e, ainda, a perda de renda líquida total do setor, pois os empresários ganham menos do que perdem os consumidores (MATTOS, 2015, p. 248249).

Isso porque a presença de agentes econômicos alinhados em cartel em determinado mercado relevante de bens e serviços impede o aprimoramento tecnológico, a inovação, a melhoria da qualidade de produtos e serviços e a redução

no mercado interno nacional na segunda metade da década de 90 que provocou aumento artificial de preços (CADE, Cartilha Leniência, p. 08).

dos preços de custo (ASCARELLI, 1952, p. 223), propiciando apenas o aumento excepcional do lucro dos integrantes do conluio (MAGGI, 2010, p. 25).

Por tais motivos, segundo a visão das autoridades antitruste, dentre as várias práticas anticompetitivas identificáveis, o cartel é a mais danosa à livre concorrência, considerando que o acordo firmado entre competidores para fixar preços, dividir mercados e restringir a produção de bens e serviços, limitando artificialmente a concorrência, causa grandes prejuízos aos consumidores, tornando alguns produtos e serviços desnecessariamente caros para uns, impedindo o acesso aos produtos e serviços por parte de outros e desestimulando a inovação benéfica para todos (OCDE, 2009). E dessa visão não destoa a doutrina especializada, que é praticamente uníssona em reconhecer os grandes malefícios dos cartéis para a saúde das economias de mercados, com notícia Rodriguez:

A natureza perniciosa dos cartéis para a sociedade foi conclusivamente estabelecida há muito tempo atrás e hoje há amplo consenso que os cartéis são “o câncer da economia aberta”, “a mais notória violação à legislação da concorrência, “o mal supremo do antitruste” e “o inimigo n. 1 da economia de mercado (RODRIGUEZ, 2018, p. 31 – tradução livre).

Inclusive, os infratores, buscando se acautelar diante da crescente percepção das autoridades de defesa da concorrência sobre a relevância de reprimir cartéis, têm adotado expedientes cada vez mais sofisticados para ocultar a existência da colusão, tais como acordos orais, ofertas e aceitações tácitas, uso de interpostas pessoas para encetar negociações e, até mesmo, inteligência artificial (RODRIGUEZ, 2018, p. 33).

Dito isso, retoma-se o estudo das condutas que podem caracterizar cartel no âmbito do SBDC. O artigo 36, p. 3º, I, da LDC, elenca condutas relacionadas a ajustes que contêm variáveis comerciais sensíveis e, por isso, costumam sinalizar a existência de cartel, tais como, dispor, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: (a) preços de bens ou serviços ofertados individualmente; e/ou (b) a restrição da produção ou comercialização de bens; e/ou (c) a divisão de partes de um mercado atual ou potencial; ou (d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública (*bid rigging*).⁵⁹

⁵⁹ Cartéis em licitação são aqueles ocorridos no bojo de licitações públicas ou privadas. Número relevante de jurisdições e organismos internacionais como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE e a International Competition Network - ICN dedicam atenção detida ao tema – especialmente aos cartéis em licitações públicas – em vista dos graves prejuízos causados pela conduta, que afeta diretamente o erário público. Estima-se que países desenvolvidos dediquem cerca de 15% a 20% de seu PIB adquirindo produtos e serviços – esse percentual é, em média, maior nos países em desenvolvimento não apenas porque estão potencialmente mais expostos

Na sequência, o artigo 36, p. 3º, II, da LDC descreve o comportamento de promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, contemplando a atuação de associações, que costumam agir como facilitadoras da formação de cartel entre seus associados. Outros comportamentos que podem ser enquadrados como prática de cartel vêm descritos nos incisos VIII e IX do mesmo dispositivo legal, notadamente, regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição.

Como se denota pela leitura dos vários incisos do artigo 36, p. 3º da LDC, há vários tipos de comportamentos que podem configurar a prática de cartel, sendo a mais comum os acordos de uniformização de preços (FORGIONI, 2007, p. 413).

Ocorre que a constatação de que os agentes econômicos praticam preços idênticos não é suficiente para comprovar a existência da colusão, já que o comportamento uniforme entre os competidores pode “decorrer de processo normal de concorrência que culmina, inclusive, com o paralelismo consciente” (FORGIONI, 2007, p. 411). De fato, a singela constatação da prática de preços idênticos ou semelhantes entre os competidores pode ser resultado do processo natural de concorrência, considerando que:

[...] se um conjunto de agentes são realmente concorrentes entre si, é de se esperar que o movimento de preços entre eles seja minimamente parecido. Afinal, se um dos oligopolistas reduz seus preços, é razoável esperar que os outros desejem evitar perder uma parcela substancial do mercado. Se ocorrer o movimento inverso, um dos agentes aumentar seu preço, os outros oligopolistas ganharão mais graus de liberdade em relação à restrição da concorrência e devem responder incrementando seus preços também, ainda que menos proporcionalmente. Tais movimentos não são nada mais, nada menos que o próprio processo de concorrência acontecendo, fim último da política antitruste (MATTOS, 2015, p. 280).

Consequentemente, para que a autoridade antitruste possa punir os infratores, de ordinário, não basta que se constate a ocorrência de efeitos de um possível comportamento paralelo coordenado (no caso, a identidade ou semelhança

a fenômenos de corrupção e cartelização, mas porque ainda estão em estágio de grandes gastos em projetos de infraestrutura. Considerando um sobrepreço médio de 20% em cartéis em licitações, grosso modo, o Estado paga em média de 3% a 4% a mais de seu PIB ao adquirir produtos e serviços na presença de cartéis (MARTINEZ, 2014, p. 01).

de preços praticados), sendo necessário demonstrar, conjuntamente, que existe algum tipo de acordo entre os competidores, cujo conteúdo seja aumentar ou combinar o preço de produtos ou serviços ofertados com vistas a reduzir ou eliminar a concorrência em dado mercado relevante (Cartilha do CADE). E, assim como ocorre no caso do cartel de preços, outros tipos de colusão pressupõem, para serem punidas, a geralmente penosa comprovação de que os agentes econômicos acordaram entre si a prática anticompetitiva, sendo, portanto, extremamente difícil a repressão aos cartéis, porque “raramente uma prática concertada é documentada pelos agentes econômicos” (FORGIONI, 2007, p. 413).

Por esse motivo, inclusive, é que se afirma que os programas de leniência são peças chave na política de combate aos cartéis, já que a prática em questão é muito difícil de ser detectada e desvendada pelo Estado, sendo necessário incentivar as empresas infratoras a cooperarem com o Poder Público para que seja viável dismantelar a estrutura do cartel e punir as demais empresas infratoras (OCDE, 2009). É nesse cenário que se encaixa o programa de leniência do CADE.

Na disciplina da Lei n. 12.529/11, há previsão de dois tipos de acordo que podem ser firmados por empresas coautoras de práticas anticompetitivas destinados a propiciar à autoridade antitruste subsídios para instaurar ou corroborar investigações e procedimentos administrativos de apuração de condutas infracionais coletivas (em regra cartéis): o termo de compromisso de cessação (LDC, 85) e o acordo de leniência (LDC, 86) a seguir analisados.

2.6 O acordo de leniência antitruste

O acordo de leniência disciplinado pelo artigo 86 da LDC se distingue do acordo de colaboração premiada previsto por vários diplomas legais que tratam de diversos tipos de crimes, como a extorsão mediante sequestro (Código Penal, 159, §. 4º), os delitos contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/86, artigo 25, § 2º), contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo (Lei n. 8.137/90, artigo 16, parágrafo único), os crimes hediondos (Lei nº 8.072/90, artigo 8º, parágrafo único), de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98, artigo 1º, p. 5ª), de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei n. 11.343/06, artigo 41) e os praticados por organizações criminosas (Lei n. 12.850/13, artigo 4º).

A delação premiada só pode ser celebrada por pessoa física que tenha cometido o crime em quadrilha ou coautoria e, confessando sua participação, aceite colaborar voluntária e eficazmente com as investigações, sendo contemplada, em contrapartida, a depender de cada legislação, com perdão judicial, redução da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direitos.

Igualmente, o Acordo de Leniência Antitruste não se confunde com o previsto na Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13), que beneficia apenas as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira, sendo celebrado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade, e, uma vez cumprido, assegura à beneficiária: (1) isenção da publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora; (2) isenção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicos e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público; (3) redução do valor final da multa aplicável, observado o disposto no artigo 23 da LAC; (4) isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos artigos 86 a 88, da Lei no 8.666/93, ou em outras normas de licitações e contratos. Conseqüentemente, as negociações de acordo de leniência previstas na Lei nº 12.529/11 (LDC) e na Lei nº 12.846/13 (LAC) ocorrem no âmbito de autoridades públicas distintas e, conseqüentemente, são independentes entre si.

O acordo de leniência antitruste é concebido doutrinariamente como um instrumento pró-consensual, que se acopla ao inquérito ou ao processo administrativo que tenha por objeto apurar a ocorrência de uma infração concorrencial coletiva (MARRARA, 2015, p. 333), sendo celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), através da Superintendência-Geral (SG), parte leniente, e o particular, parte colaboradora, coautor da prática anticoncorrencial, que se compromete a confessar a conduta infrativa e a colaborar eficazmente com seu desvendamento, delatando os coautores em troca de obter, após o cumprimento do acordo, a extinção ou o abrandamento da penalidade administrativa que lhe será imputada.

Em regra, as infrações à ordem econômica cuja repressão se pretende promover com recurso ao acordo de leniência são os cartéis, já que “embora a leniência não esteja restrita, apenas, a casos de cartel, o fato de o acordo ser baseado no fornecimento de informações privilegiadas leva a, em geral, só fazer sentido delatar conduta na qual o delator seja partícipe, ou coautor” (TAUFICK, 2017, p. 11601).

A proposta do acordo jamais pode ser formulada pelo Poder Público, devendo partir exclusivamente do particular (pessoa física ou jurídica), pois, do contrário, evidentemente, haveria risco de violação ao princípio da impessoalidade, considerando que, na prática, a autoridade antitruste teria a prerrogativa de escolher a empresa a ser agraciada com os efeitos da leniência, em detrimento dos demais agentes infratores, com franca afronta à isonomia.

Quando a proponente do acordo for pessoa jurídica, os benefícios podem ser estendidos aos seus dirigentes, administradores e empregados (atuais ou passados), bem como às empresas do mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, envolvidas na infração, desde que cooperem com as investigações e firmem o instrumento em conjunto com a empresa proponente (LDC, artigo 86, §6º c/c RICADE, artigo 238, §1º).

É possível a adesão posterior dos interessados ao acordo de leniência, desde que haja autorização do CADE segundo critério de conveniência e oportunidade (RICADE, artigo 238, p. 2º). Inversamente, se a signatária do acordo de leniência for uma pessoa física, os benefícios do acordo jamais se estenderão à pessoa jurídica que não poderá a ele aderir (art. 238, §3º do RICADE).

Afirma-se que

A não extensão automática dos benefícios é um fator que objetiva aumentar a instabilidade do cartel, de modo que todos os participantes envolvidos, sejam eles empresas ou pessoas físicas, permaneçam incentivados em denunciar a prática anticompetitiva ao CADE o mais cedo possível (Guia do Programa de Leniência do CADE, p. 18).

No caso da proposta ser apresentada por pessoa jurídica, ela deve ser a primeira a ofertar uma proposta admissível para ter direito à celebração do acordo, considerando que “a decisão quanto à admissibilidade de uma proposta de acordo, e a determinação da abertura de negociações perante a proposta válida é ato administrativo inegavelmente vinculado” (MARRARA, 2015, p. 346).

Compreende-se como proposta admissível aquela que preencher os requisitos legais, notadamente: (1) a proponente deve ser coautora de infração concorrencial coletiva; (2) o CADE não dispõe de provas suficientes para garantir a condenação dos infratores; (3) a colaboração ofertada deve ser apta a comprovar a ocorrência da infração noticiada ou investigada, especialmente, propiciando a identificação dos demais coautores da prática anticompetitiva; (4) a proponente deve cessar totalmente a prática infrativa quando da assinatura da proposta; e (5) a

empresa deve confessar sua participação no ilícito e comprometer-se a cooperar com as investigações e o processo administrativo.

Importa observar que a autoridade antitruste poderá desobrigar a proponente do dever de cessar de imediato sua ação delituosa, a fim de preservar o sigilo das investigações e garantir a colheita adicional de provas. De fato, é possível ao CADE autorizar, excepcionalmente, que o proponente do acordo de leniência continue atuando na estrutura do cartel para não levantar suspeitas entre os outros infratores e, assim, permitir a colheita de provas relevantes para a futura condenação dos demais participantes da colusão. Com efeito:

Não é raro que a participação em reuniões e a conduta infratora continuem a ocorrer como forma de não levantar suspeitas por parte dos demais membros do cartel e, assim, garantir à Administração a chance de um flagrante. Nesse caso, o leniente passa a estar comprometido com a ação estratégica da Administração. Trata-se de um *trade-off* entre (I) a cessação imediata da conduta pelo leniente sem a punição do cartel e (II) a prorrogação dos danos causados pelo leniente em prol da futura reparação e punição decorrentes dos danos causados. A leniência, quando descoberta pelos antigos parceiros de cartel, certamente provoca uma situação de constrangimento do leniente em face dos concorrentes (TAUFICK, 2017, p. 11725-117230).

Ressalta-se ser pressuposto essencial do acordo o fato da proponente ser a primeira pessoa a se candidatar à leniência e, para garantir à primeira empresa proponente seu lugar preferencial na fila, o CADE utiliza um sistema de senhas (*marker*) por meio do qual a interessada deve contatar, exclusivamente, o Chefe de Gabinete da SG, ou seu substituto legal, pessoalmente ou por telefone, manifestando, por escrito ou oralmente, sua intenção de apresentar uma proposta de acordo em relação a uma infração determinada, devendo informar sua qualificação completa, a identidade dos demais coautores, a área geográfica e os produtos ou serviços afetados pela prática anticompetitiva e, sendo possível, a duração estimada do conluio, a fim de que a autoridade competente possa definir se há senha disponível para a infração reportada.

Não é preciso instruir o pedido de senha com documentos comprobatórios da infração concorrencial. O deferimento ou indeferimento do pedido de senha será comunicado à solicitante no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis (Guia do Programa de Leniência do CADE, p. 25).

Isso porque, reafirma-se, a proponente só terá direito à celebrar o acordo de leniência e ser, assim, premiada com os benefícios legais daí advindos, se sua proposta for a primeira admitida pela autoridade antitruste ou, por outras palavras, se

a empresa for “a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação” (LDC, artigo 86, p. 1º, I).

Assim é que o sistema de senhas (*marker*) instala uma verdadeira corrida entre os coautores da prática anticompetitiva, explorando a instabilidade conatural aos cartéis em que os agentes econômicos envolvidos já possuem tendência ao desvio e, conseqüentemente, ficam mais propensos a delatarem os comparsas, ante a perspectiva de não serem apenados, razão pela qual o programa de leniência é considerado um incentivo à delação, sendo o sistema de senhas uma característica comum a vários ordenamentos jurídicos:

Os programas de leniência ainda objetivam levar a uma disputa entre os participantes do cartel para delatar primeiro: o primaz fará jus a uma imunidade condicionada à apresentação de provas substantivas, ainda que incompletas, acerca de ilícito desconhecido pela autoridade. Programas que contemplem a leniência por parte de membros do cartel interessados em fornecer subsídios adicionais a cartel já conhecido pela autoridade, pensando sob essa mesma ótica, contemplam, durante lapso limitado de tempo, descontos proporcionais ao momento do comparecimento do delator, descontos esses sempre condicionados à indisponibilidade, por parte do Estado, de provas suficientes para assegurar a condenação por ocasião da propositura do acordo. Esse sistema de filas é conhecido internacionalmente por *marker system* (TAUFICK, 2012, p. 11562/86).

Insta observar, porém, que, apesar de nossa legislação antitruste, por influência do direito estadunidense, ter acolhido o sistema de senhas que assegura o benefício da leniência apenas ao primeiro delator, a LDC permite que a empresa líder do cartel participe do programa de leniência, o que é expressamente vedado no ordenamento jurídico norte-americano.

Essa maior abertura legal para acolher, indistintamente, quaisquer tipos de delatores, costuma ser justificada pela suposta dificuldade de se apontar, precisamente, quem é a empresa líder, bem assim, porque tal empresa, de ordinário, possuiria maior capacidade de apresentar provas robustas sobre a prática anticompetitiva que se pretende sancionar, aumentando a probabilidade de punição dos demais coautores (MATTOS, 2009, p. 170).

Tais argumentos, entretanto, são questionáveis, máxime considerando que a empresa líder pode até mesmo haver coagido os demais agentes econômicos a participar do cartel e, ainda assim, estar apta a obter a extinção ou o abrandamento da sanção administrativa que lhe for imposta, o que parece desbordar dos limites éticos exigíveis.

Por outro lado, a proponente do acordo pode desistir da proposta, a qualquer momento, desde que previamente à assinatura da avença. Na circunstância da empresa desistir ou, ainda, se a proposta for rejeitada pela Superintendência-Geral, a confissão da proponente será tida como inexistente, todos os documentos por ela porventura apresentados lhe serão devolvidos, preservando-se, outrossim, o sigilo das informações fornecidas pela infratora que, em hipótese alguma, poderão ser utilizadas pelo CADE, ressalvando-se à autarquia, porém, a prerrogativa de investigar ou punir a mesma prática a partir de informações eventualmente obtidas por outras fontes. Havendo desistência ou rejeição da primeira proposta, a empresa que porventura houver recebido a segunda senha será contatada para abertura de novas negociações.

Após ser definido pela Superintendência-Geral qual empresa ocupa o primeiro lugar na fila de propostas, ela será instada a apresentar, no prazo assinalado pela autoridade, informações mais detalhadas sobre a colusão noticiada ou investigada e os respectivos documentos comprobatórios da prática anticoncorrencial, iniciando-se as tratativas prévias à negociação do acordo a fim de que a autoridade antitruste possa avaliar a consistência da proposta e sua admissibilidade.

Admitida a proposta, são aprofundadas as negociações entre as partes, o que pode demandar considerável lapso de tempo, a depender da complexidade da situação concreta apresentada.

Superada a fase de negociação, o acordo de leniência será finalmente celebrado, ressaltando-se que o órgão do Ministério Público interessado (Federal ou Estadual) poderá ser chamado a assinar o acordo como interveniente “a fim de conferir maior segurança jurídica aos signatários do Acordo de Leniência, além de facilitar a investigação criminal do cartel em face dos demais envolvidos” (guia do programa de leniência do CADE, p. 17).

Desde que a colaboradora cumpra as obrigações impostas na avença, a Superintendência-Geral comunicará o TADE sobre seu cumprimento, propondo a respectiva homologação, e o TADE, por seu turno, quando do julgamento da colaboradora e dos demais coautores da prática anticompetitiva, verificará se a colaboradora desempenhou corretamente suas obrigações para, subsequentemente, declarar cumprido o acordo de leniência e extinta ou reduzida a penalidade aplicada à colaboradora, conforme o caso.

Como se vê, apenas após o cumprimento integral das cláusulas do acordo de leniência por parte da colaboradora é que esta será favorecida com os efeitos jurídicos da leniência, a saber: (1) a extinção da punibilidade administrativa, caso o CADE não soubesse da existência da infração previamente ao recebimento da proposta do acordo; ou (2) a redução de um a dois terços da sanção imposta à colaboradora, quando o CADE já tiver conhecimento prévio da infração ao receber a proposta, mas não possuir elementos de prova suficientes para assegurar a condenação dos infratores.

O CADE entende que haverá conhecimento prévio impeditivo da extinção da punibilidade da colaboradora se, por ocasião da propositura do acordo de leniência, já existir inquérito ou processo administrativo em curso (artigos 66 e 69 da Lei nº 12.529/2011), com evidências razoáveis, destinado a apurar a mesma infração descrita na proposta (guia do programa de leniência do CADE, p. 20).

Não bastasse a circunstância da pessoa jurídica beneficiária do acordo livrar-se da penalidade administrativa ou tê-la reduzida de um a dois terços, seus dirigentes, administradores ou empregados, pessoas físicas, que aderirem ao acordo, serão contemplados com a extinção automática da punibilidade de eventuais crimes contra a ordem econômica (Lei n. 8.137/90), ou de outros delitos diretamente relacionados à prática de cartel, como, exemplificativamente, a fraude à licitação (Lei n. 8.666/93) e a formação de quadrilha (CP, artigo 288).

Ainda, acaso o particular não consiga se habilitar como colaborador em um acordo de leniência que esteja integrado a um processo administrativo sancionador já em curso, ele poderá socorrer-se da denominada leniência *plus*, pela qual a pessoa física ou jurídica investigada no âmbito do primeiro processo instaurado, poderá propor um acordo de leniência em relação a outro cartel de que também tenha participado e cuja existência seja desconhecida da autoridade antitruste e, assim, obter duplo benefício: a redução de um terço da penalidade que lhe for imposta no processo originário (primeiro cartel) e a extinção da punibilidade administrativa no novo processo instaurado a partir de sua delação (segundo cartel).

Finalmente, não conseguindo qualificar-se como colaborador em acordo de leniência, o infrator ainda poderá celebrar um termo de compromisso de cessação de prática (TCC) com a autoridade antitruste que, entretanto, só produzirá efeitos na esfera administrativa, não trazendo consequências benéficas automáticas na área penal, como o acordo de leniência.

Compete ao Plenário do CADE decidir sobre cumprimento dos acordos de leniência, bem como acerca de qualquer requerimento que importe em sua alteração (RICADE, artigo 17, XIX).

Se forem considerados descumpridos os efeitos administrativos e penais benéficos do acordo de leniência, estes são revertidos, o colaborador será impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos, a contar da data de seu julgamento e a confidencialidade de documentos e informações por ele apresentadas à autoridade antitruste será quebrada, salvo eventual sigilo determinado pela lei (MARRARA, 2015, p. 357).

O acordo de leniência tem conteúdo de transação,⁶⁰ pela qual o colaborador, de um lado, renuncia ao exercício de seus direitos à não-incriminação e de não produzir prova contra si mesmo, no caso concreto apresentado, já que ele deve confessar a prática infrativa e fornecer provas de sua ocorrência e lesividade social à Administração Pública que, em contrapartida, dispõe de sua prerrogativa pública (poder-dever) de punir o infrator, na situação específica objeto da avença.

Entretanto, em que pese a essência do acordo seja a negociação de direitos e prerrogativas, com concessões recíprocas de parte a parte, o acordo de leniência não é espécie do gênero contrato administrativo, porque a autonomia da vontade do colaborador é nitidamente comprometida pela ameaça de sanção que sobrepairá sobre ele,⁶¹ a qual, em última instância, é a causa que motiva o infrator a recorrer à leniência, ao passo que, para contratar, o sujeito de direitos deve manifestar com a mais ampla liberdade a vontade de vincular-se.

⁶⁰ Nesse sentido, ADA PELEGRINI GRINOVER afirma que “o TAC – assim como o TCP – tem natureza jurídica de transação” (GRINOVER, 2009, p. 193). A posição é corroborada por outros doutrinadores (FINK, 2002, p. 119/120; OZANI, 2004, p. 40; LOBÃO, 2001, p. 87-88). Ainda, reafirma e complementa a doutrinadora: “Tanto o CCP como o TAC – que agora nos interessa – são, portanto, modalidades de *transação, sujeita a condição resolutiva*: ou seja, se houver descumprimento do compromisso assumido pelo transator, a transação perderá eficácia, tendo como consequência a retomada do curso do processo administrativo (GRINOVER, 2009, p. 195).

⁶¹ Sob outro enfoque, afirma-se que o interesse jurídico do compromissário não deve ser o prevalente na celebração do TCC, afinal, “o compromisso de cessação de prática é um meio alternativo de solução de conflitos envolvendo direitos transindividuais em risco diante de determinadas práticas econômicas. Exatamente porque o compromisso de cessação é um instrumento de tutela de direitos transindividuais, não deve ser celebrado sob a perspectiva do compromissário ou segundo o seu exclusivo interesse.” (RODRIGUES, 2005, p. 122-123).

2.7 Termo de compromisso de cessação de prática anticompetitiva

O termo de compromisso de cessação da prática investigada ou de seus efeitos lesivos (TCC) é um acordo substitutivo do processo administrativo (e também da sanção impositiva),⁶² através do qual a empresa indigitada infratora se compromete perante o CADE a: (a) adotar providências para fazer cessar os efeitos do ilícito administrativo por ela supostamente perpetrado; (b) sendo o caso, fazer contribuição pecuniária destinada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, que será obrigatória quando a conduta anticompetitiva investigada for a prevista nos incisos I e II, do §3º, do artigo 36 da LDC (cartel) e; (c) assumir outras obrigações, como, por exemplo, colaborar com a investigação ou a instrução processual em caso de infrações coletivas (LDC, artigo 85).

Veja-se que, diferentemente do AL, no TCC, o compromissário não confessa a prática anticompetitiva investigada, tampouco admite sua ilicitude, assumindo, singelamente, o compromisso de fazer cessar a conduta supostamente infrativa e de cumprir as demais obrigações definidas após a negociação dos termos do acordo, em troca da suspensão do curso do processo administrativo sancionador e, após o cumprimento do compromisso, da extinção do processo administrativo sem julgamento de mérito, substituindo-se a sanção esperada pela declaração de cumprimento do TCC pelo TADE (MARRARA, 2015, p. 380).

Com efeito, entende-se, inclusive, que impor o reconhecimento de culpa pelo compromissário descaracterizaria o TCC, que é instrumento nitidamente conciliatório aplicável sempre que a autoridade antitruste considerar mais vantajoso à administração pública encerrar prematuramente o litígio pela via consensual e, assim, garantir a imediata cessação da prática que se imagina infrativa, ao invés de protelar

⁶² Como ensina Marrara o TCC distingue-se do acordo de leniência por várias características, como, v.g., o TCC cabe no caso de práticas anticompetitivas unilaterais, enquanto que o AL só se admite em infrações coletivas (cartéis), mas o aspecto distintivo mais marcante entre os institutos é o fato de que “os efeitos benéficos do AL pressupõem que o processo seja levado até o fim, daí por que ele configura um acordo integrativo. Diferentemente, o TCC é substitutivo e, como dito, incompatível com a continuação do processo quando houver um único acusado” (MARRARA, 2015, p. 378). Destarte, resumidamente, pode-se afirmar que o TCC bem sucedido substitui o processo administrativo sancionador e, conseqüentemente, a sanção que seria imposta ao compromissário no âmbito de tal processo, enquanto que o AL se integra ao processo administrativo sancionador e, sem impedir sua regular tramitação, inclusive, o julgamento, autoriza que seja declarada a automática extinção da punibilidade administrativa e criminal do colaborador ou, ao menos, a redução da pena administrativa imposta.

a solução do litígio na expectativa de impor sanção mais gravosa ao representado no final do processo administrativo sancionador.

Destarte, a opção pela via consensual com a celebração do TCC permitiria o pronto restabelecimento das condições saudáveis de concorrência no mercado atingido (ao menos no caso de infrações individuais), sendo mais indicado à tutela da concorrência que a Administração Pública deixe de exercer seu poder sancionatório unilateral em favor da solução negociada, já que se está diante de um cenário de incerteza jurídica, afinal “embora não haja explícita constatação de que o administrado praticou determinada atividade ilícita, não há, tampouco, seu inverso, que seria a absolvição da prática denunciada como ilícita”.⁶³

Nada obstante, a desnecessidade de confissão é requisito parcialmente excepcionado pelo CADE na hipótese de o objeto do acordo ser uma possível infração à ordem econômica praticada por vários agentes do mercado (cartel), caso em que se exige que o proponente admita sua participação na prática coletiva investigada (RiCade, artigo 183).

Nesse ponto, diante das disparidades de regimes jurídicos, é possível afirmar que existem duas modalidades de termos de cessação de prática: (1) o TCC genérico, celebrado em relação à infrações à ordem econômica, em tese perpetradas por ação unilateral do proponente, no âmbito do qual não é exigível, em regra, o reconhecimento de culpa pelo proponente, nem sua colaboração com a instrução probatória e tampouco o pagamento de contribuição pecuniária ao fundo de direitos difusos; e (2) o TCC cartel - cabível quando se investiga suposta prática anticoncorrencial coletiva (cartel), caso em o compromissário deverá necessariamente reconhecer sua participação na conduta investigada (RiCade, artigo 183) o que, embora não se equipare ao reconhecimento de culpa, pode alcançar os mesmos efeitos jurídicos, ao menos em futuras ações civis indenizatórias, máxime se os demais representados forem condenados pelo TADE.

Ademais, apesar não existir exigência legal expressa, o CADE imporá ao compromissário de TCC cartel a obrigação de colaborar com a instrução processual

⁶³ Voto do Conselheiro Luiz Carlos Prado no Requerimento n. 08700.005281/2007-96, em que foram requerentes Alcan Embalagens do Brasil Ltda. E Marco Antonio Ferraroli dos Santos.

(RiCade, artigo 185) de modo que, na hipótese, o compromissário deverá abrir mão do exercício do direito de não produzir provas contra si mesmo.

Ainda, quanto mais antecipadamente o indigitado infrator propuser o TCC cartel, relativamente a outros representados, maior será o desconto percentual na multa esperada, para efeito de cálculo da contribuição pecuniária,⁶⁴ que ele será instado a recolher ao fundo de direitos difusos (RiCade, artigo 186). Quer dizer, o representado que primeiro propuser o TCC será contemplado com um desconto percentual maior em relação à multa esperada do que o segundo proponente, e assim sucessivamente.

Por fim, se o TCC cartel for proposto na fase em que o processo administrativo sancionador esteja em tramitação perante o TADE, recomenda-se que o percentual máximo de redução da multa impositiva seja de 15% (quinze por cento) (RiCade, artigo 187).

Em suma, a autoridade antitruste, ao regulamentar o termo de compromisso de cessação de prática instituído pela LDC, houve por bem prestigiar o primeiro proponente, em detrimento dos demais, criando uma fila entre os potenciais compromissários na qual os melhores colocados receberão maiores descontos no montante da multa esperada, em relação aos seguintes.

O CADE também buscou incentivar a celebração do acordo na fase instrutória do processo administrativo autorizando, outrossim, maiores benefícios aos compromissários que colaborarem de maneira mais efetiva e ampla com a investigação. De qualquer modo, é certo que no caso de conduta anticoncorrencial coletiva, o TCC cartel, ao contrário do acordo de leniência, ao menos é acessível não só ao primeiro compromissário interessado, como a todos os demais investigados, embora só produza efeitos benéficos na seara administrativa, sem que se assegure aos compromissários o gozo automático de benefícios na esfera criminal (guia do programa de leniência do CADE, p. 20).

⁶⁴ Em qualquer caso, o valor da contribuição pecuniária fixada pelo CADE jamais poderá ser inferior aos montantes mínimos estipulados no artigo 37 da LDC, notadamente: (1) 0,1% (um décimo por cento) do faturamento bruto obtido pela pessoa jurídica, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração; (2) R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), na hipótese de não ser possível utilizar o critério do faturamento bruto em razão dos infratores não deterem personalidade jurídica ou serem pessoas físicas ou associações sem natureza empresarial; e (3) 1% (um por cento) do valor da multa que seria impositiva à pessoa jurídica, no caso do compromissário ser seu administrador direta ou indiretamente responsável pela infração.

A doutrina aponta como principal vantagem do instrumento pró-consensual em destaque “o restabelecimento imediato do funcionamento regular do mercado, por meio da cessação espontânea, pelo representado, da conduta investigada” (LOBÃO, 2001, p. 87) propiciando a realização do princípio constitucional da livre concorrência já que, pretensamente, a competitividade do mercado será restaurada de pronto com a celebração do TCC (SAMPAIO, 2008, p. 245-246).

Deveras, afirma-se que “a primeira grande vantagem relacionada ao TCC reside na paralisação de uma conduta vista como potencialmente ilícita pelo Poder Público” (MARRARA, 2015, p. 380), de maneira que a opção pela via consensual para fazer atuar a legislação antitruste tornará “possível dar uma resposta imediata à sociedade na proteção de seus direitos” (KATO, 2018, p. 122).

Adicionalmente, a opção por celebrar um TCC, desde que na fase preliminar das investigações, evita o desperdício de recursos públicos com a tramitação do processo administrativo, que será suspenso e, na sequência, extinto após o cumprimento do compromisso (LOBÃO, 2001, p. 91) e, em qualquer caso, o instrumento consensual em destaque torna mais eficiente a ação administrativa, já que “como o particular e a Administração dialogam e, conjuntamente, forjam soluções satisfatórias ao atendimento do desejo de ambos, é de interesse dos contratantes que o acordo seja cumprido” (MARRARA, 2015, p. 382), aumentando, assim, a probabilidade de cumprimento da avença e, conseqüentemente, da observância da legislação concorrencial.

O TCC pode ser apresentado em qualquer fase da investigação antitruste, desde o procedimento preparatório de inquérito administrativo até antes do julgamento da representação no âmbito do processo administrativo sancionador propriamente dito.⁶⁵ E sua celebração é vista por parte da doutrina como competência discricionária do CADE (TAUFICK, 2017, p. 10955).

⁶⁵ A ausência de marco temporal definido para a apresentação do TCC é vista com ressalvas pela doutrina especializada, afinal: A ausência de um limite temporal para a propositura do acordo implica elevar os custos de transação para o CADE. Mais do que isso, permite que o voto do Conselheiro-Relator seja irregularmente utilizado para chamar os particulares para a negociação. A flagrante ilicitude dessa estratégia está em o agente público tomar uma decisão sabidamente desproporcional com o objetivo de obrigar que o administrado recorra a um TCC ou ao Judiciário para que receba tratamento isento. Exemplo disso seria a irregular imposição de restrições desproporcionais aos representados pelo Conselheiro-Relator com o objetivo de que aqueles apresentassem nova proposta após a interrupção do julgamento por força de um pedido de vista. Em pelo menos um julgado, o caso Sadia-Perdigão, há suspeita de que esse expediente tenha sido utilizado (TAUFICK, 2017, p. 11182/86).

Há quem defenda, entretanto, que a autoridade antitruste não teria discricionariedade para indeferir, de plano, a negociação de proposta admissível (legítima, tempestiva e com conteúdo básico preenchido), sendo certo que o juízo de conveniência e oportunidade só seria exercitável pelo TADE quando da apreciação da minuta de celebração do TCC, ou seja, após o encerramento da fase de negociações, oportunidade em que o Tribunal irá analisar se a proposta atende aos interesses protegidos pelo SBDC (MARRARA, 2015, p. 431-434).

Qualquer representado interessado em celebrar o compromisso de cessação deverá apresentar requerimento ao CADE, dirigido ao Conselheiro-Relator, se os autos do processo administrativo já houverem sido remetidos ao Tribunal, ou ao Superintendente-Geral, se o procedimento preparatório de inquérito administrativo, o inquérito administrativo ou o processo administrativo ainda estiverem em curso na Superintendência-Geral (RiCade, artigo 178). Ainda, a própria SG (na fase instrutória) ou mesmo o Conselheiro-Relator (na fase de preparação do julgamento ou de diligências instrutórias complementares) estão legitimados a propor ao particular representado a celebração do TCC (LDC, artigo 11, IX e 13, IX).

A proposta de TCC ofertada pelo representado, porém, só pode ser feita uma única vez⁶⁶ (LDC, artigo 85, p. 4º), pois legislador pretendeu incentivar os proponentes a elaborarem a melhor proposta possível e, a um só tempo, prevenir a utilização do mecanismo como meio protelatório da tramitação do procedimento investigatório ou do processo administrativo (TAUFICK, 2017, p. 11203), em que pese o fato da lei já determinar, expressamente, que a proposta de TCC não suspende o curso do processo sancionador (LDC, artigo 85, p. 6º). Em qualquer caso, os autos do TCC serão autuados em apartado ao procedimento investigatório ou ao processo administrativo (RiCade, 178, p.2º).

A critério do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, poderá ser deferido tratamento de acesso restrito⁶⁷ à apresentação do requerimento, aos seus

⁶⁶ Nos termos do artigo 182 do RICADE: [...] §5º Em caso de desistência por parte dos requerentes, fica vedada uma nova apresentação de requerimento pelo requerente referente ao mesmo processo, e o procedimento deverá ser encerrado por meio de despacho do Superintendente-Geral ou do Conselheiro-Relator. §6º Encerrado o prazo de negociação e ausente apresentação da proposta final do termo de compromisso, ou apresentada intempestivamente, fica vedada uma nova apresentação de requerimento pelo Requerente no âmbito do mesmo processo, e o procedimento deverá ser encerrado por meio de despacho do Superintendente-Geral ou do Conselheiro-Relator [...].

⁶⁷ Adicionalmente, visando à preservar a confidencialidade da proposta de TCC, o regimento interno do CADE dispõe que se o acordo não for celebrado, todos os documentos serão devolvidos ao proponente, não permanecendo qualquer cópia no CADE, bem assim, todas as informações e

termos, ao andamento processual e ao processo de negociação (RiCade, artigo 178, p. 3º). Porém, após a assinatura do TCC, o documento será obrigatoriamente divulgado no sítio do CADE, no prazo de 5 (dias), tornando-se público (LDC, artigo 85, p. 7º), sendo assegurada, ademais, a participação de terceiros na negociação do TCC, a saber, dos titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pelo acordo e das pessoas políticas e suas autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista (LDC, artigo 85, p. 15 c/c artigo 50).

Se apresentada no âmbito da SG, a proposta final de termo de compromisso será encaminhada pelo Superintendente-Geral, acompanhada de parecer opinando pela homologação ou rejeição, ao Presidente do Tribunal, que determinará, em caráter de urgência, a inclusão do feito em pauta para julgamento (RiCade, artigo 180, p. 4º). Acaso apresentada perante o TADE, a proposta final de termo de compromisso será pautada em caráter de urgência pelo Conselheiro-Relator para julgamento pelo Plenário do Tribunal (RiCade, artigo 181, p. 5º).

A proposta final deverá ser julgada antes do processo principal ao qual se vincula e, caso seja aceita pelo Plenário do Tribunal, o compromisso deverá ser firmado individualmente, entre o CADE e cada representado (RICADE, artigo 182, p. 2º e 4º). Isso porque, como já mencionado, a proposta de TCC e suas negociações não suspendem o curso do procedimento administrativo sancionador.

Celebrado o TCC, a empresa é beneficiada com a suspensão do curso do processo administrativo de aplicação de sanções pela prática anticoncorrencial e este será extinto definitivamente em relação à beneficiária se ela cumprir todas as condições estipuladas pela autoridade antitruste (LDC, 85, parágrafo 9º). Compete ao Plenário do CADE decidir sobre cumprimento dos compromissos, bem como acerca de qualquer requerimento que importe em sua alteração (RiCade, artigo 17, XIX).

Do mesmo modo que o acordo de leniência antitruste, o termo de compromisso de cessação de prática anticompetitiva, segundo a maioria da doutrina,⁶⁸ tem natureza jurídica de transação, por meio da qual, de um lado, o

documentos apresentados pelo proponente durante a negociação do TCC subsequentemente frustrada não poderão ser utilizados para quaisquer fins pelas autoridades que a eles tiveram acesso, ressalvado o direito do CADE iniciar nova investigação a partir de provas autônomas (RICADE, artigo 178, p. 6º, 7º e 8º).

⁶⁸ Nesse sentido: FONSECA, 2007, p. 36; LOBÃO, 2001, p. 88; GRINOVER, 2009, p. 193.

representado dispõe de seu direito de comprovar sua inocência perante a autoridade administrativa que, em contrapartida, abre mão do seu poder de apurar e punir a infração que é objeto do processo administrativo sancionador.

Entretanto, entende-se que não se trata de uma espécie de contrato administrativo,⁶⁹ já que a manifestação de vontade do representado em firmar o compromisso se funda não em sua liberdade de contratar, senão, no risco calculado de receber sanção mais onerosa caso o processo sancionador siga seu curso regular.

Por outras palavras, o fundamento do ato é o temor da sanção por parte do compromissário que, por seu turno, deriva do poder de punir da administração pública, que será exercido de qualquer forma, apenas revestindo-se de caráter negocial. Dessa forma, embora o conteúdo do acordo sejam as concessões mútuas entre as partes, ele não se amolda perfeitamente à figura jurídica do contrato administrativo. Por isso, alguns doutrinadores classificam tais acordos como atos administrativos negociais,⁷⁰ o que se acolhe neste trabalho.

2.8 A importância da leniência para prevenção e repressão dos cartéis

O principal argumento que justifica a criação e manutenção de um programa de leniência pela autoridade antitruste é o fato de ser extremamente difícil e oneroso comprovar a existência de cartéis e punir seus integrantes, já que os infratores utilizam táticas complexas para ocultar seus atos por qualquer forma manifestados e que causam lesão ou ameaça de lesão à livre concorrência.

Assim é que, como já assinalado, os infratores têm adotado expedientes cada vez mais sofisticados para dissimular a existência da colusão, tais como, acordos orais, ofertas e aceitações tácitas, uso de interpostas pessoas para encetar negociações e, até mesmo, inteligência artificial (RODRIGUEZ, 2018, p. 33).

Com efeito, a doutrina alerta que a ocultação e o informalismo são típicos das condutas cartelizadas que, para serem desvendadas, “exigem novas estratégias investigativas, tais como escutas, acompanhamento permanente dos investigados e

⁶⁹ Em tal esteira, afirma-se que “a definição da natureza jurídica dos acordos substitutivos suscita controvérsias na doutrina pelo fato de esses não se enquadrarem integralmente em nenhuma das figuras administrativas já consolidadas no direito administrativo, pois não é evidente sua unilateralidade (típica dos atos administrativos) ou bilateralidade (típica dos contratos administrativos)” (KATO, 2018, p. 104).

⁷⁰ Nesse sentido: KATO, 2018, p. 105; BAGATIN, 2010, p. 212-213.

outras ferramentas extremamente custosas ou juridicamente polêmicas” (MARRARA, 2015, p. 337).

Ademais, especialmente no Brasil, é notória a fragilidade institucional do CADE para exercer o relevante mister de prevenir e reprimir o abuso do poder econômico derivado da prática de cartel, seja porque não há capilaridade no SBDC para viabilizar a ciência sobre práticas anticompetitivas em atuação nos vários mercados relevantes existentes no vasto território nacional (MARRARA, 2015, p. 336), seja porque a agência de defesa da concorrência brasileira não possui estrutura e recursos humanos suficientes para exercer plenamente seu mister institucional, como apontado no relatório de “Revisões por pares da OCDE sobre a legislação e política de concorrência: Brasil – 2019” em cujas conclusões foi destacado que:

São necessários mais economistas, especialmente economistas altamente qualificados, a nível de doutorado. Isto melhoraria a capacidade do CADE de conduzir avaliações quantitativas detalhadas, necessárias em casos envolvendo abuso de posição dominante. Um maior conhecimento econômico também permitiria à autoridade conduzir mais avaliações *ex post* de suas atividades, para auxiliar na avaliação futura de casos.

Como ocorre com muitas autoridades concorrenciais, o CADE possui um alto nível de rotatividade de pessoal, especialmente entre os níveis mais juniores. A razão para este fenômeno é, supostamente, a maior atratividade dos salários no setor privado, bem como o fato de não haver carreira específica para os servidores no CADE. O quadro permanente de funcionários do CADE é composto por servidores requisitados de outros órgãos públicos. Eles podem ser requisitados de volta para seus órgãos de origem a qualquer momento e a falta de uma carreira específica torna as vagas no CADE menos atrativas. Isto dificulta o desenvolvimento de uma política de recursos humanos efetiva e previsível, bem como de um planejamento a longo prazo.

Justifica-se, ainda, a adoção dos programas de leniência por força de sua aptidão natural de dismantelar um número crescente de cartéis, já que a possibilidade de que um dos integrantes da colusão delate os demais coautores e se livre da punição incentiva a desconfiança entre os agentes infratores, contribuindo para aumentar a instabilidade do cartel, razão pela qual

O Programa de Leniência é considerado um dos instrumentos de política pública mais efetivos na repressão a cartéis e tem sido incorporado em ordenamentos jurídicos por um número crescente de jurisdições – mais de 30 países já adotaram o instituto em seus ordenamentos, após sua concepção em 1978 pelos Estados Unidos. Entre os diferentes países, podemos diferenciar dois modelos principais: o dos Estados Unidos, que apenas garante benefícios ao primeiro delator, e o da Comissão Europeia, que acolhe em seu programa mais de um delator, concedendo imunidade para o primeiro e níveis decrescentes de desconto para os demais que decidam colaborar e pôr fim à prática (MARTINEZ, 2013, p. 258).

Nossa autoridade de defesa da concorrência tem utilizado, amplamente, o programa de leniência para obter provas e condenar coautores de cartéis.

Deveras, entre 2003 e 2019 foram assinados 97 (noventa e sete) acordos de leniência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e pessoas físicas e/ou jurídicas colaboradoras, sendo certo que 29 (vinte e nove) destes acordos foram celebrados no âmbito da operação Lava Jato e, até 30/10/2019, foram julgados 35 (trinta e cinco) procedimentos administrativos originários de 28 (vinte e oito) acordos de leniência (CADE).

Por outro lado, em que pese o TCC não estar inserido no programa de leniência do CADE, o instituto tem sido empregado pela autarquia no campo das infrações concorrenciais coletivas, ao lado da leniência “plus”, como uma opção franqueada às empresas que não obtiveram a senha necessária a permitir-lhes celebração do acordo de leniência, constando expressamente no guia de programa de leniência do CADE que, sendo aceita a primeira proposta de AL, outras empresas que estiverem na fila de espera de senha terão suas propostas convertidas em pedidos para negociação de TCC-cartel, de modo que elas poderão conseguir benefícios dele resultantes, especialmente, “a redução da contribuição pecuniária devida, conforme o artigo 85 da Lei n. 12.529/2011 e artigos 224 e 229 do RICADE (guia do programa de leniência do CADE, p. 29).

Deveras, considerando que na negociação do TCC cartel o proponente terá que (1) reconhecer sua participação na prática concertada, e (2) colaborar eficazmente com a investigações e a instrução probatória, evidencia-se que o compromisso de cessação de prática tem sido empregado pelo CADE não apenas para impedir a continuação da conduta infrativa pelo compromissário, como também com o escopo de reforçar o quadro probatório necessário à condenação dos demais coautores da colusão investigada, extraindo, assim, do TCC-cartel uma funcionalidade similar à do acordo de leniência, tendo, inclusive, sido observado pela OCDE no já multicitado relatório de Revisão de Pares Brasil 2019 que “o CADE recorre extensivamente ao uso de TCCs para concluir suas investigações. Em casos envolvendo a prática de cartel, os TCCs servem como um instrumento complementar ao Programa de Leniência”.

Inclusive, no período de 2012 a 2017, foram homologados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica 276 (duzentos e setenta e seis) termos de compromisso de cessação de prática, sendo aplicadas contribuições pecuniárias no

total de R\$ 2.423.386.119,00 (dois bilhões, quatrocentos e vinte e três milhões, trezentos e oitenta e seis mil, cento e dezenove reais) (CADE, 2017).

Não se pode olvidar, entretanto, que o recurso a acordos não deve ser o único instrumento utilizado pela autoridade antitruste para detectar e punir práticas anticoncorrenciais coletivas, pois é intuitivo que os agentes de mercado só terão estímulo para celebrar acordos se houver efetivo temor da punição (MARRARA, 2015, p. 339). Inclusive, nos destaques das Revisões Por Pares da OCDE⁷¹ sobre legislação e política de concorrência, Brasil 2019, observou-se que, embora o aumento de incentivos às empresas para celebração de acordos tenha melhorado a eficiência da autarquia:

Há, todavia, desvantagens. As intervenções do CADE podem não ter efeitos suficientemente dissuasivos, dado que os descontos são generosos e as empresas sabem que podem celebrar um acordo até o momento anterior à decisão final do Tribunal. A possibilidade de que um acordo seja celebrado após a conclusão da instrução da Superintendência Geral impacta na eficiência administrativa e na economia de recursos que geralmente justificam uma política de acordo.

E foi proposto ao CADE:

Aumentar o número de investigações de potenciais práticas de abuso de posição dominante priorizando casos dessa natureza, criando uma equipe exclusiva para lidar com esses casos e recorrendo menos ao uso de acordos.

Melhorar o escopo e a aplicação da política de acordos do CADE negociando penas durante a investigação na SG e antes de o caso ser remetido ao Tribunal, reduzindo os níveis de descontos fornecidos em casos de cartel, em linha com os níveis observados em outras jurisdições, e não admitindo acordos em casos envolvendo questões inéditas ou jurídicas complexas.

Por fim, para o sucesso de um programa de leniência, ainda é preciso que as sanções impostas aos coautores sobejem, em muito, o lucro obtido com a colusão, devendo existir, outrossim, transparência nas regras do programa, de modo a garantir que “o candidato à leniência deve estar apto a prever, com um elevado grau de certeza, como ele será tratado caso delate o cartel e quais as consequências a que estará sujeito caso não o delate” (TAUFICK, 2017, p. 11572).

⁷¹ A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), fundada em 1958, em Paris, França, é composta por 36 (trinta e seis) Estados Membros que celebram entre si de acordos de cooperação comercial. O Brasil é parceiro-chave (mas não membro efetivo) da OCDE desde 2007 e, nessa qualidade, participa de órgãos técnicos, de reuniões de grupos de trabalho e de seminários de compartilhamento de informações, sem ter direito, porém, de integrar acordos de cooperação.

3 A DISCIPLINA JURÍDICA DO SIGILO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE E DOS TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA ANTICOMPETITIVA

3.1 Breves considerações sobre o princípio da publicidade

O princípio da publicidade da administração pública impõe a mais vasta e profunda divulgação dos atos e contratos administrativos, excepcionando-se, apenas, as situações cobertas por sigilo legal (DI PIETRO, 2018, p. 98). Afirma-se que a publicidade é funcionalizada a viabilizar a averiguação da observância dos demais princípios constitucionais da administração pública (CF, artigo 37, *caput*) e, a um só tempo, a imprimir legitimidade à atuação estatal e garantir a obediência ao devido processo legal (PAIVA, 2012, p. 234), consistindo, ainda, em pressuposto de segurança jurídica (MARRARA, 2012, p. 280).

Muitos autores consideram o termo publicidade equivalente à transparência e, por conseguinte, qualificam o princípio da publicidade como um dos corolários da democracia (MEDAUAR, 2018, p. 125) que interdita a ocultação ou a dissimulação da ação administrativa (BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 117). Com efeito, o direito de acesso à informação é elemento indispensável ao regime democrático, na medida em que assegura “uma participação adequada, livre e igualitária dos indivíduos na esfera pública” (BENTO, 2015, p. 62) por meio do exercício da liberdade de expressão, afinal, a democracia “pressupõe decisões livres de coação, legitimadas sobre um diálogo racional entre sujeitos iguais, no que prevalece unicamente a força do melhor argumento” (BENTO, 2015, p. 62).

Nesse cenário, importa destacar a afirmação de Bobbio, no sentido de que a melhor definição de democracia é aquela que a concebe singelamente como “poder em público” (2000, p. 386), desde que se trate de um público “ativo, informado, consciente de seus direitos” (2000, p. 388), devendo a ação do governante ser praticada à luz do dia, sob os olhos atentos dos governados, pois, o poder tende a ocultar-se para tornar a atuação de seu titular invisível, impermeável, opaca, distorcida, e, conseqüentemente, arbitrária, de modo que o controle efetivo dos poderes públicos só é viável se houver transparência.

Logo, como fundamento da legitimidade da atividade estatal, “o cidadão deve saber, ou pelo menos deve ser colocado em condição de saber” (BOBBIO, 2000, p.

392), todas as causas, justificativas e objetivos dos atos da autoridade, ressaltando-se, ademais, que a transparência é essencial para assegurar a moralidade pública, afinal, "manter segredo de um propósito, e mantê-lo secreto porque não se pode declará-lo em público, é já, por si só, a prova cabal de sua imoralidade" (BOBBIO, 2000, p. 407).

Deveras, como assevera Paiva, a transparência "é a mais elementar regra da Administração Pública no Estado Democrático de Direito, na medida em que os poderes e as funções do aparelho estatal são utilizados para gestão do interesse público, coisa alheia que a todos pertence" (2010, p. 55). Entretanto, embora o autor compartilhe da opinião de que a transparência deriva dos princípios constitucionais estruturantes da democracia e da república, diversamente da maioria da doutrina, ele considera que as expressões "transparência" e "publicidade" designam realidades diferentes, sendo a transparência um princípio geral que compreende os subprincípios da publicidade, da motivação e da participação popular na tomada de decisões administrativas (PAIVA, 2012, p. 234-236).

Nesse contexto, a publicidade erige-se a subprincípio instrumental com múltiplas funcionalidades: (1) viabiliza o controle institucional e social da observância dos demais princípios da administração pública (legalidade, moralidade, impessoalidade, etc.); (2) legitima a ação administrativa; (3) assegura o cumprimento do devido processo legal; e (4) aproxima a administração pública do administrado, propiciando maior eficiência à ação estatal (PAIVA, 2002, p. 234).

Enfim, para que o indivíduo e a sociedade possam avaliar a legalidade e a eficiência da ação administrativa, é preciso haver a aplicação prática do princípio da publicidade (CARVALHO FILHO, 2007, p. 21), que se dá de múltiplas formas, como, por exemplo, por meio do processo administrativo, do exercício do direito de acesso à informação pública e à obtenção de certidões, da participação em audiências e consultas públicas, em plebiscitos e referendos, etc.

Destarte, para o indivíduo, a publicidade administrativa é um direito subjetivo de ter ciência de todos os aspectos da ação estatal, seja no que concerne a interesses individuais, ou no que diz com interesses coletivos em sentido amplo, ressalvadas as hipóteses de sigilo legalmente justificadas. Já para a administração pública o princípio da publicidade consiste no dever de informar completa e eficazmente os interessados sobre o teor dos atos e contratos administrativos, com vistas a garantir o exercício dos

demais direitos subjetivos públicos previstos constitucionalmente (PAIVA, 2012, p. 238).

Impende destacar, outrossim, que segundo a visão tradicional, o conteúdo do princípio da publicidade se circunscreve à "divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos" (MEIRELLES, 2005, p. 94) ou "a notificação pessoal ao interessado no ato ou a quem o ato beneficia ou prejudica" (SILVA, 2002, p. 650), consistindo a publicidade "*grosso modo* na divulgação oficial os atos do poder público" (PAIVA, 2012, p. 234), isto é, na "obrigação de tornar públicos – geralmente mediante editais ou meios oficiais – alguns atos ou decisões administrativas para cumprir requisito formal" (MARRARA, 2012, p. 282).

Entretanto, sem prejuízo dos aspectos referidos, é certo que, em nossos tempos, o conteúdo do princípio da publicidade administrativa foi amplificado para abranger o que a Lei de Acesso à Informação designa como dever da autoridade administrativa de divulgar informações de interesse público, independentemente de solicitação e, por todos os meios de comunicação, incluindo os disponibilizados pela tecnologia da informação (LAI, artigo 3º, II e III). Isso porque, "o divulgar simbolicamente - sem preocupação com os destinatários - está aquém do que a Administração Pública está obrigada a fazer nos dias atuais" (MARRARA, 2012, p. 283) para concretizar os princípios constitucionais que orientam sua atuação e, conseqüentemente, o cidadão tem "direito de exigir do Estado ações positivas para possibilitar a visibilidade, cognoscibilidade e controle das ações administrativas" (MOTTA, 2012, p. 244).

Nesse cenário, impõe-se ao Estado a implementação de políticas públicas de transparência, dirigidas a aumentar, paulatinamente, a visibilidade da atuação estatal e, assim, assegurar o exercício da *accountability*, concebida aqui como o "processo proativo pelo qual as autoridades públicas são chamadas a justificar as suas ações e são responsabilizadas, punidas ou recompensadas por elas" (BENTO, 2015, p. 66), seja por força da ação de mecanismos institucionais há muito arraigados, como o controle externo entre os Poderes (freios e contrapesos) e o controle interno de cada Poder, que constituem o sistema de *accountability* horizontal; seja pela participação dos cidadãos na formulação de políticas públicas, ou em protestos, reivindicações, denúncias, por meio de uma série de iniciativas da sociedade civil organizada (ONGS, imprensa, movimentos sociais) destinadas a fiscalizar a ação governamental e pressionar os órgãos de controle institucionalizados para punir a malversação das

verbas públicas, a corrupção, a captura e o clientelismo – que consubstanciam o sistema de *accountability* vertical ou social (BENTO, 2015, p. 65-73).

Insta observar, finalmente, que a publicidade pode ser compreendida em seu aspecto externo ao processo administrativo, caso em que os dados e informações nele contidos são acessíveis ao público em geral para viabilizar a *accountability* vertical, como também pode ser vista da perspectiva interna ao processo administrativo, designando então o direito de acesso a dados e informações nele contidos pelas partes, procuradores e autoridade julgadora, com vistas a assegurar o exercício do contraditório, da ampla defesa e a tomada de decisões administrativas mais eficientes (SILVEIRA, 2010, p. 42-44).

Sob a perspectiva externa, admite-se a restrição de acesso a dados e informações contidos no processo administrativo se sua divulgação puder prejudicar outros interesses jurídicos passíveis de tutela, como o direito à intimidade ou o interesse social na apuração de determinadas infrações penais e/ou administrativas. Já sob o prisma interno ao processo administrativo, o direito de acesso a dados e informações deve ser, em princípio, irrestrito (SILVEIRA, 2010, p. 42-44).

3.2 A Lei de Acesso à Informação

Segundo MEDAUAR (2018, p. 126), constituem desdobramentos constitucionais do princípio da publicidade administrativa o direito de receber dos poderes públicos informações de interesse particular, de interesse coletivo ou geral (CF, 5º, XXXIII), o direito de obter certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (CF, 5º, XXXVI), o direito de impetrar *habeas data* para o conhecimento e/ou retificação de dados do interessado, armazenados em registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público (CF, 5º, LXXII) e o direito de acessar o conteúdo dos atos processuais administrativos e judiciais (CF, 5º, LX).

As normas constitucionais em destaque conferem aos indivíduos o ***direito subjetivo*** de acesso à informação detida e/ou produzida pelo Poder Público. Em contrapartida, as exceções constitucionais à publicidade asseguram aos titulares da informação sigilosa o ***direito subjetivo*** à não divulgação.

Por outro lado, nos termos do artigo 37, *caput*, da Lei Maior, a administração pública é regida, dentre outros, pelo princípio da publicidade e, segundo o parágrafo

3º do mesmo artigo, a lei deve regular o acesso dos administrados a registros e informações sobre atos do governo, de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, respeitados o sigilo da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas (CF, artigo 5º, X e LX) e das informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado (CF, artigo 5º, XXXIII e LX), pois, compete à administração pública gerir os documentos governamentais e adotar as medidas necessárias para "franquear sua consulta a quantos dela necessitem" (CF, artigo 216, p. 2º).

Os dispositivos constitucionais referidos designam o **dever** de a Administração Pública informar a sociedade e o indivíduo sobre todos os aspectos da atuação estatal,⁷² bem como, de proteger informações sigilosas cuja posse detenha.

Buscando sistematizar a disciplina legal da matéria do acesso à informação e, especialmente, concretizar o comando emergente do artigo 5º, XXXIII da Lei Maior, foi editada a Lei Federal n. 12.527/11, denominada Lei de Acesso à Informação (LAI), cujas prescrições deverão ser aplicadas seguindo diretrizes previamente traçadas pelo legislador (LAI, artigo 3º), a maioria das quais constituem objetivos a serem perseguidos por uma boa política pública de transparência capaz de assegurar que as informações públicas sejam divulgadas, independentemente de solicitação, mediante todos os meios disponíveis de comunicação, com vistas à criação e consolidação de uma cultura de lisura, clareza e colaboração dos órgãos e agentes públicos que estimule o desenvolvimento do controle social da administração pública (LAI, artigos 3º, II a V e 8º, parágrafos 1º a 3º).

Aqui, a lei objetiva claramente a promoção do que se denomina **transparência ativa** (Decreto n. 7.724/12, artigos 7º e 8º), ou publicidade educativa, abrangente do treinamento e capacitação de agentes públicos sobre a importância do cumprimento da Lei de Acesso à Informação e da criação de múltiplos canais de "divulgação direta (pessoal) ou indireta (de modo indireto e mediante o uso de mídias diversas) de orientações à população para que essa possa participar das políticas ou programas propostos" (MARRARA, 2012, p. 284).

A promoção da publicidade educativa é também uma meta do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. De fato, a Lei n. 12.529/11 atribui, tanto ao

⁷² Antes da edição da LAI já havia sido implementado entre nós o princípio da transparência da gestão fiscal por força do qual devem ser amplamente divulgados, inclusive por meio da rede mundial de computadores, "os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos" (LRF, artigo 48).

Plenário do TADE como à SG, a tarefa de instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão (LDC, artigos XIV e 13, XV). O legislador também impõe à SG a função de orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento da LDC (artigo 13, XIII) e, ainda, manda a Secretaria de Acompanhamento Econômico divulgar anualmente relatório de suas ações voltadas à promoção da concorrência, bem como lhe confere a prerrogativa de celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, em todas as esferas de governo, para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência (LDC, artigo 19, p. 1º, II e p. 2º).

De todo modo, relativamente ao escopo de viabilizar diretamente o exercício do direito público subjetivo à informação, na forma preconizada pelo artigo 5º, XXXIII,⁷³ da Constituição Federal, a norma geral que deve orientar a aplicação da LAI é a de que **a publicidade é a regra e o sigilo é a exceção** (LAI, artigo 3º, I), de maneira que qualquer restrição de acesso deve ser fundamentada em lei e legitimada por valores democráticos.

Deveras, defende-se que a negativa de acesso à informação ou sua classificação prévia como sigilosa, deve ser justificada pela autoridade pública com amparo na lei e por meio de manifestação fundamentada que explicita os motivos concretos pelos quais “o sigilo da informação solicitada é uma medida necessária à proteção de um interesse legítimo, que sofreria provavelmente um dano grave e de difícil reparação, caso ela fosse divulgada” (BENTO, 2015. p. 95). Em suma, como decidiu recentemente o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 129:

Os tratados internacionais e a própria Constituição Federal convergem no sentido de se reconhecer não apenas a ampla liberdade de acesso às informações públicas, corolário, como visto, do direito à liberdade de expressão, mas também a possibilidade de restringir o acesso, desde que: (I) haja previsão legal; (II) destine-se a proteger a intimidade e a segurança nacional; e (III) seja necessária e proporcional (ADPF 129, Relator Ministro Edson Fachin, j. 5-11-2019, DJE de 9-12/2019).

⁷³ Como ensina PAIVA: O direito de acesso à informação pública decorre da publicidade administrativa realizada mediante provocação do interessado. Trata-se da expressão mais ampla do reconhecimento da publicidade de informações em poder da Administração Pública contidas em atos, documentos e processos administrativos. É um direito de estatura constitucional (arts. 5º, XIV, XXXIII, LX e LXXII, 37 da Constituição Federal), consagrado no nível infraconstitucional (arts. 2º, V e X, 3º, II e 46 da Lei n. 9.784/99) (PAIVA, 2010, p. 106).

O princípio da máxima divulgação impõe, ainda, que mesmo em hipóteses nas quais a restrição à publicidade estiver materialmente justificada pela necessidade de tutela da intimidade ou de interesses de relevância social indiscutível, deva ser autorizado o acesso à versão pública do documento, mediante a supressão de trechos que contenham as informações consideradas sigilosas (BENTO, 2015, p. 94). Nesse sentido, a LAI é expressa ao consignar que “quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão ou cópia com ocultação da parte sob sigilo” (artigo 7º, p. 2º).

Neste ponto, insta ressaltar que, para a LAI, informação é um dado contido em qualquer documento produzido ou custodiado pelo Poder Público, que tem o dever de manter a informação íntegra, disponível e autêntica e, caso seja sigilosa, também de impedir sua divulgação, adotando medidas de restrição de acesso previstas na LAI ou em outros diplomas legais específicos. Logo, verifica-se que “um mesmo documento pode conter (normalmente contém) várias informações” e, igualmente “uma mesma informação pode ser obtida da combinação de diversos documentos (ou de informação contida nesses documentos)” (BENTO, 2015, p. 165).

Assim é que, ressalvadas as hipóteses de sigilo legal, o direito de acesso compreende, dentre outras, as informações contidas em “registros ou documentos, produzidos ou acumulados” (LAI, artigo 7º, II) por órgãos ou entidades públicas, bem assim, qualquer dado relativo às atividades por eles exercidas “inclusive as relativas à sua política, organização e serviços” (LAI, artigo 7º, V) como também as relacionadas à “implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações” (LAI, artigo 7º, VII, a) do Poder Público. Sublinha-se, outrossim, que o acesso a documento que tenha servido de prova fundamentadora de decisão administrativa deve ser autorizado com a divulgação do ato decisório pertinente (LAI, artigo 7º, p. 3º).

Para facilitar o acesso às informações de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, a LAI impõe aos órgãos e entidades públicas a manutenção de sítios oficiais na internet onde deve ser disponibilizada ferramenta para formulação de requerimento eletrônico de acesso à informação, sendo exigível do requerente, apenas, que se identifique singelamente e indique a informação que pretende obter, dispensando-se a exposição dos motivos do pedido de acesso e, assim sendo, o Regulamento da LAI disciplina os mecanismos de **transparência passiva** (artigos 9º

a 24), detalhando o procedimento que o interessado na informação deve seguir para tomar conhecimento dos dados que deseja obter.

Entretanto, não serão acessíveis a terceiros: (1) as informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, salvo nas hipóteses excepcionadas pela lei (LAI, artigo 55); e (2) as informações imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, assim consideradas as descritas nos vários incisos do artigo 23 da LAI, dentre as quais importam, ao presente estudo, as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações (LAI, artigo 23, VIII).

Aqui, temos o rol de informações ditas sigilosas, expressão, entretanto, cujo uso é criticado pela doutrina especializada, a qual defende a substituição do termo sigilo pela noção de publicidade, restrita para identificar o “círculo reduzido e excepcional do sigilo administrativo” (PAIVA, 2010, p. 196) traçado segundo as balizas constitucionais e que pode ser disciplinado pela legislação subalterna segundo variadas fórmulas jurídicas, notadamente:

a) publicidade ulterior, b) exclusividade ou limitação objetiva (parcial ou temporária: momentos, fases, atos) ou subjetiva (pessoas determinadas) do sigilo.; c) condicionamento do acesso (ordem de autoridade competente, requerimento motivado, finalidades específicas, anuência do titular de direitos); d) imposição de tratamento responsável pelo proibição de uso indevido e restrição ao atendimento de fins legalmente previstos, bem como pela preservação do sigilo (Lei Complementar n. 105/2001, arts. 2º, 5º, 6º, 10 e 11; Lei Complementar n. 75/96, art. 8º, p. 2º e 4º, Código Tributário Nacional, arts. 198 e 199, etc.), sob pena de desvalia jurídica (prova ilícita) (PAIVA, 2010, p. 197).

Os ditos expedientes jurídicos são, de fato, empregados pela Lei de Acesso à Informação, cujo artigo 24 disciplina 3 (três) graus distintos de informações sigilosas **segundo a extensão do prazo de restrição de acesso (limitação temporal objetiva)**: (1) ultrassecretas (25 anos); (2) secretas (15 anos) e (3) reservadas (5 anos).

Ainda, segundo a LAI, é possível vincular à acessibilidade da informação, alternativamente, a ocorrência de determinado **evento (limitação temporal objetiva)**, desde que ele aconteça antes do decurso do prazo máximo de classificação. Portanto, toda a restrição de acesso à informação sigilosa deve ser temporária. Outrossim, para realizar a classificação da informação, a autoridade administrativa deve orientar-se

pelo postulado da proporcionalidade, como consagrado pela LAI (artigo 24, p. 5º) e pela doutrina especializada:

Noutras palavras, o Poder Público deve demonstrar que a informação, se divulgada, tem probabilidade de causar um dano a um interesse legítimo (adequação); que o sigilo é necessário à proteção desse interesse, não havendo outra medida menos restritiva que pudesse protegê-lo suficientemente (necessidade); e que os danos provocados pela divulgação da informação são mais significativos, no caso concreto, do que o interesse público na transparência (proporcionalidade) (BENTO, 2015, p. 95).

Percebe-se que a LAI enumera expressamente as situações em que será justificável a restrição de acesso a informações e documentos pela autoridade pública, de maneira que o sigilo é “circunscrito a um núcleo de matérias ou assuntos relacionados restritiva e taxativamente como imperativo de proteção de outros valores públicos e privados de dignidade qualificada cuja dignidade da tutela reclama trato especial” (PAIVA, 2010, p. 157).

Nesse ponto, caberia indagar se a prescrição do artigo 21 da LAI, que veda a negativa de acesso a informações “necessárias à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais”, excepcionaria a incidência das regras de sigilo traçadas pela própria no artigo 24. Interpretação que parece se confirmar pelo disposto no parágrafo único do citado artigo 21, no sentido de que “as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso” (LAI, artigo 21, parágrafo único). Em tal hipótese, apesar de se admitir o levantamento do sigilo relativamente ao terceiro interessado juridicamente, é certo que “o requerente deverá apresentar razões que demonstrem a existência de nexos entre as informações requeridas e o direito que se pretende proteger” (Regulamento da LAI, artigo 42, parágrafo único) – **limitação formal e finalística**.

Também são consideradas sigilosas as informações relativas às atividades empresariais de pessoas físicas ou jurídicas sujeitas à regulação econômica, cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (artigo 5º, p. 2º, Regulamento da LAI). Ficam ressalvadas, ainda, as hipóteses de sigilo previstas na legislação específica, como o fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça (LAI, artigo 22 e Regulamento da LAI, artigo 6º, I).

A Lei de Acesso à Informação garante a proteção à informação sigilosa e estende a obrigação de manter o segredo às pessoas que porventura sejam

autorizadas a acessar os dados e informações assim classificados (LAI, artigos 25 e 26). Disposições normativas semelhantes também existem no âmbito do SBDC, assegurando que tanto o CADE como a SEAE preservem sigilo legal de informações que porventura receberem de terceiros (LDC, artigos 9º, XVIII, 10, p. 1º, I, 11, III, 13 II e VI, “a”).

O CADE, como autarquia federal, está sujeito à observância da Lei de Acesso à Informação (LAI, artigo 1, parágrafo único, II) e, para tanto, foi editada a Portaria CADE n. 351/2016, instituindo o Serviço Eletrônico de Informações ao Cidadão (SIC/CADE). A autoridade de monitoramento do cumprimento da LAI junto ao CADE é a chefia de Gabinete da Presidência (RICADE, artigo 3º, V) à qual compete julgar recursos de decisões dos chefes das unidades que neguem pedidos de acesso. Da decisão da chefia de Gabinete da Presidência que confirmar a negativa de acesso caberá recurso ao Presidente do CADE.

3.3 A classificação das informações no âmbito do CADE

Com fundamento no artigo 49 da LDC,⁷⁴ o CADE confere tratamento diferenciado⁷⁵ aos autos, informações, dados, correspondências, objetos e documentos, classificando-os, segundo o critério da **limitação subjetiva**, nas seguintes categorias: (1) **públicos**: podem ser acessados por qualquer pessoa; (2) **de acesso restrito**: só podem ser acessados pela parte que os apresentou, pelo representado (conforme o caso), e por pessoas autorizadas pelo CADE; (3) **sigilosos**: só podem ser acessados por pessoas autorizadas pelo CADE e por autoridades públicas responsáveis por proferir parecer ou decisão; e (4) **segredo de justiça**, com

⁷⁴ Nos termos do artigo 49 da LDC, o TADE ou a SG podem conferir tratamento sigiloso aos documentos, informações e atos processuais referentes à inquéritos administrativos para apuração de infrações concorrenciais e à processos administrativos para aplicação de sanções por infrações da ordem econômica, se isto for imprescindível à elucidação dos fatos ou ao interesse da sociedade.

⁷⁵ “O direito do cidadão à informação pública primária, íntegra, autêntica e atualizada remete a outro dever dos órgãos e entidades públicas: o de criar e manter arquivos públicos devidamente organizados, isto é, de fazer a gestão da informação, garantindo seu correto tratamento” (BENTO, 2015, p. 167), tratamento que é concebido pelo legislador como “o conjunto de ações referentes à produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transporte, transmissão, distribuição, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle da informação” (LAI, artigo 4º, V). Nada obstante, o termo “tratamento diferenciado” é empregado no texto para se referir, estritamente, à classificação da informação como sigilosa ou de acesso restrito pela autoridade da concorrência.

acesso limitado nos termos de decisão judicial que definirá o tratamento a ser dado (RICADE, artigos 48 e 49).

O **tratamento sigiloso**, que interdita o acesso por terceiros, por investigados ou por representados, deve ser conferido **de ofício** pela autoridade competente sempre que for necessário para assegurar a eficiente apuração, investigação ou aplicação de penalidades administrativas pela prática de infrações à ordem econômica (RICADE, artigo 50).

Já o **acesso restrito** pode ser conferido **de ofício** pela autoridade competente, no interesse da investigação ou da instrução processual, **ou por provocação do interessado**, no caso de sigilo fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial (Regulamento da LAI, artigo 6º, I). Ou também de informações relativas à atividade empresarial cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (Regulamento da LAI, artigo 5º, p. 2º),⁷⁶ salvo se as ditas informações já houverem sido divulgadas previamente pelo requerente ou forem necessárias ao exercício do direito de defesa de representados em processo administrativo de imposição de sanção por prática anticompetitiva (RICADE, artigo 52, I e II) – critério.

Ainda, o pedido de restrição de acesso a documentos e atos praticados pelo requerente será indeferido se o conteúdo das informações referir-se à: a) composição acionária e identificação do respectivo controlador; b) organização societária do grupo econômico de que façam parte; c) estudos, pesquisas ou dados compilados por instituto, associação, sindicato ou qualquer outra entidade que congregue concorrentes, ressalvados aqueles encomendados individualmente ou com cláusula de sigilo; d) linhas de produtos ou serviços ofertados; e) dados de mercado relativos a terceiros; f) quaisquer contratos celebrados por escritura pública ou arquivados perante notário público ou em junta comercial, no País ou no exterior; e g) informações

⁷⁶ Assim ilustrativamente, pode ser conferido tratamento de acesso restrito às informações relativas a: escrituração mercantil; situação econômico-financeira de empresa; sigilo fiscal ou bancário; segredos de empresa; processo produtivo e segredos de indústria, notadamente processos industriais e fórmulas relativas à fabricação de produtos; faturamento do interessado; data, valor da operação e forma de pagamento; documentos que formalizam o ato de concentração notificado; último relatório anual elaborado para os acionistas ou quotistas, exceto quando o documento tiver caráter público; valor e quantidade das vendas e demonstrações financeiras; clientes e fornecedores; capacidade instalada; custos de produção e despesas com pesquisa e desenvolvimento de novos produtos ou serviços; etc. (RICADE, artigo 51).

que a empresa deva publicar ou divulgar em virtude da norma legal ou regulamentar a que esteja sujeita no Brasil ou em outra jurisdição (RICADE, artigo 52, III).

Veja-se que o requerimento de acesso restrito pode se referir a um documento que instrui uma manifestação do requerente, ou a partes da própria manifestação do requerente apresentada ao CADE no âmbito de inquéritos ou processos administrativos para apuração, investigação e aplicação de sanções por práticas anticompetitivas. Nessa última hipótese, o requerente deverá exhibir:

I - uma versão integral, identificada na primeira página com o termo “VERSÃO DE ACESSO RESTRITO”, que será autuada em apartado dos autos principais, após deferimento pela autoridade competente, e mantida como de acesso restrito até ulterior decisão; e

II - uma versão identificada na primeira página com o termo “VERSÃO PÚBLICA”, que será, desde logo, juntada aos autos principais, devendo conter elementos suficientes para o exercício do contraditório e da ampla defesa, incluindo, no caso de informações relativas a participação de mercado, faixas com intervalos de 10 pontos percentuais, podendo-se utilizar de marcas, rasuras ou supressões, de modo a omitirem-se estritamente os números, as palavras, ou quaisquer outros elementos reputados de acesso restrito (RICADE, artigo 53).

No que concerne a expedientes finalísticos que tramitam perante o CADE, a autoridade antitruste utiliza o critério da limitação objetiva por fases: (1) durante o procedimento preparatório de inquérito administrativo, o sigilo dos autos é cogente (LDC, artigo 66, p. 10 e RICADE, 138, p. 1º) ; (2) diversamente, no curso do inquérito administrativo, a SG ou o Conselheiro Relator terão poder discricionário para decidir sobre a necessidade de tratamento sigiloso ou de acesso restrito aos autos (LDC, artigos 66, p. 10 e 67, p. 3º c/c RiCade, artigos 140, § 1º e 144, p. 6º), e, (3) com a instauração do procedimento administrativo, os autos se tornam públicos, em que pese algumas informações ou documentos continuem classificados como de acesso restrito.

Observe-se que, nessa última fase, alguns documentos instrutórios podem ser classificados como de acesso restrito e, assim, não poderão ser revelados a terceiros. Ademais, as informações contidas nestes documentos de acesso restrito, acaso sejam mencionadas no decorrer do processo administrativo, deverão ser omitidas mediante a aposição da expressão “Acesso Restrito” no respectivo ato processual, que terá, assim, duas versões: a de acesso restrito (integral) e a de acesso público (com trechos suprimidos) – Resolução CADE n. 21/18, artigo 10 e parágrafos 1º e 2º.

Tais disposições regulamentares estão em sintonia com os preceitos da Lei Federal de Processo Administrativo, aplicável subsidiariamente ao SBDC, diploma legal que, embora admita a participação de terceiros interessados no processo administrativo, inclusive para obtenção de certidões e cópias de documentos e informações (Lei n. 9.784/99, artigos 3º, II e 46), interdita seu acesso a dados sigilosos.

A sistemática de tutela a informações sensíveis, adotada pelo CADE, confirma a percepção de que, dentre a imensa quantidade de informações produzidas ou recebidas pelo Poder Público, há aquelas cuja divulgação deve ser modulada, a fim de prevenir danos à privacidade ou a interesse público relevante, igualmente prestigiados por nosso ordenamento jurídico constitucional. E, para designar tal fenômeno, não se deve falar em sigilo de informações, senão de restrição à publicidade segundo diversos modos e formas eleitos pelo legislador, afinal:

[...] de acordo com um ordenamento jurídico reflexivo do modelo democrático-jurídico de Estado que prestigia a transparência administrativa, mais apropriada a denominação da existência de círculos de publicidade restrita e não de sigilo, informada pelo interesse público e pelo interesse individual. O regime jurídico das restrições à publicidade dos atos da Administração Pública garante o princípio da transparência e protege outros valores constitucionais (PAIVA, 2010, p. 156).

Destaca-se, por outro lado, que na hipótese de cooperação internacional que implique no compartilhamento de informações sigilosas com autoridades de defesa da concorrência de outros países, o CADE exige o tratamento sigiloso das informações que ofertar e que a respectiva utilização obedeça aos parâmetros definidos pelo Presidente da autarquia, sendo vedado à entidade internacional divulgá-las ou franquear seu acesso a terceiros, salvo autorização expressa do CADE (RICADE, artigo 18, parágrafos 1º a 3º).

Ainda, há previsão regimental expressa no sentido de que as audiências concedidas por Conselheiros do CADE às partes ou a terceiros devem ser divulgadas no sítio da autarquia, salvo se o assunto se refira à informações sujeitas à restrição de acesso, caso em que será divulgada apenas a versão pública da audiência (RICADE, artigo 16).

Infere-se, assim, que o CADE emprega duas **técnicas** diferenciadas **para preservar o sigilo de informações e documentos**: (1) a autuação em autos apartados, classificados como de acesso restrito; e (2) a supressão de trechos relacionados às informações sigilosas que constem de atos processuais produzidos

pelo CADE e/ou pelos investigados ou representados, mediante a substituição dos dados pela expressão “Acesso Restrito” (RICADE, artigo 53, p. 2º e 3º).

Cabe ressaltar, ainda, que o Presidente do CADE, ou a autoridade competente, na forma da LAI, poderá classificar informações não cobertas por sigilo legal específico, após conclusão do inquérito ou do processo administrativo instaurados para apuração e/ou punição de infração contra a ordem econômica (RICADE, artigo 54). Em que pese tal norma aparentemente contrarie o comando da LAI, no sentido de que o acesso a documento que tenha servido de prova fundamentadora de decisão administrativa deve ser autorizado com a divulgação do ato decisório pertinente (LAI, artigo 7º, p. 3º).

Por fim, o fato de competir exclusivamente à SG a negociação, celebração e fiscalização da execução de acordos de leniência⁷⁷ e TCCS,⁷⁸ assegura, mais eficazmente, a preservação do sigilo das informações ofertadas por colaboradores e compromissários, garantindo que “a investigação levada a cabo pela SG seja confidencial, embasada em aspectos técnicos e não seja influenciada por quaisquer interesses, sejam eles políticos, econômicos ou de qualquer outra natureza” (RELATÓRIO OCDE, p. 34).

3.4 O sigilo nas várias fases da leniência

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica publica em seu sítio eletrônico na internet os denominados “Guia de TCC para o caso de Cartel” e “Guia do Programa de Leniência do CADE”, cujas versões são paulatinamente atualizadas, sendo ambos elaborados com base nas disposições normativas da LDC, do RICADE, na Resolução n. 21/18 e nas práticas usualmente adotadas pela autarquia na celebração dos acordos.

⁷⁷ Compete privativamente à SG a negociação, celebração e fiscalização do cumprimento de acordos de leniência (LDC, artigo 86, *caput*), sendo função do TADE, apenas, constatar seu cumprimento e declarar os efeitos dele decorrentes quando do julgamento do processo administrativo respectivo (LDC, artigos 9º, XIX e 86, p. 4º).

⁷⁸ O TADE tem atribuição legal para aprovar a celebração dos termos de compromisso de cessação de prática (LDC, artigo 9º, V) e declarar seu cumprimento (LDC, artigo 9º, XIX). Ademais, os Conselheiros do TADE podem, excepcionalmente, propor a celebração do TCC (LDC, artigo 10, IX). Entretanto, a SG, além de possuir competência concorrente para propor o TCC, será sempre incumbida de negociar seus termos e fiscalizar seu cumprimento (LDC, artigo 9º, V).

O objetivo dos guias institucionais é orientar os servidores da autarquia e os agentes de mercado, sobre a dinâmica de negociação de acordos de leniência e termos de compromisso de cessação de prática anticompetitiva (cartel), para facilitar a compreensão da matéria pelos interessados e garantir a segurança jurídica de eventuais colaboradores ou compromissários.

O conteúdo das ditas publicações institucionais do CADE será analisado neste subitem com o objetivo de demonstrar exaustivamente quais são as informações consideradas sigilosas no âmbito dos Acordos de Leniência e TCCS, em caso de Cartel, e em que medida seu sigilo é tutelado pelo SBDC.

Insta observar, ainda, que a circunstância de existir um “Guia de TCC para o caso de cartel” confirma a constatação, apresentada no capítulo precedente, de que o CADE tem utilizado o Termo de Compromisso de Cessação (LDC, artigo 85) para complementar seu programa de leniência, admitindo amplamente o TCC cartel como alternativa às empresas investigadas ou representadas que não tenham se qualificado para celebrar o AL.

3.4.1 O pedido de senha

Como já visto, a LDC adotou um sistema de pedidos de senha para definir qual sujeito terá analisada, primeiramente, sua proposta de **acordo de leniência**.

Para obter a senha, o interessado deve contatar a Superintendência-Geral do CADE externando sua vontade de propor AL no que respeita a uma prática anticoncorrencial coletiva definida. O pedido de senha deve ser dirigido exclusivamente ao Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral, ou, na sua ausência, ao Superintendente Adjunto da Superintendência-Geral, por meio dos telefones de contato indicados no guia do programa de leniência do CADE ou por requerimento escrito a ser protocolado pessoalmente na autarquia.

Tal exigência tem o fim de assegurar a confidencialidade da proposta de AL e seu descumprimento é seriamente apenado, já que se o pedido de senha for dirigido a qualquer outro servidor do CADE ele será tido por inválido e não produzirá o efeito de marcar o lugar na fila de propostas, exatamente para que se garanta que nenhuma pessoa, salvo o Superintendente-Geral ou seu substituto, receberá as informações relatadas pelo solicitante.

Após a SG constatar a disponibilidade da senha, o solicitante receberá o “Termo de Marker”, consistente numa declaração comprobatória de seu comparecimento naquela data para apresentar informações referentes à prática anticompetitiva de determinada empresa e/ou pessoa física no mercado, na área geográfica e no período noticiados e que o solicitante está qualificado para apresentar a proposta de AL correspondente.

Não havendo disponibilidade de senha para a propositura do acordo de leniência relativamente à conduta reportada, o solicitante será informado e, caso queira, receberá uma certidão de que ocupa um lugar determinado na fila de espera. Nessa hipótese, a certidão emitida pela SG conterá os dados referentes à infração relatada, à data e horário do comparecimento do proponente, omitindo informações sobre a qualificação dos outros proponentes e a ordem de apresentação das demais propostas (RICADE, artigo 240, §1º).

Dessa forma, se houverem múltiplas propostas de acordo de leniência para a mesma infração, excetuando o primeiro proponente qualificado, que será instado a celebrar o acordo de leniência, os demais não saberão seu lugar na fila de espera, o que causará maior instabilidade entre os coautores da colusão.

E é importante figurar na fila de espera, pois, caso não celebrado o acordo de leniência pelo primeiro requerente, o subsequente terá direito ao acordo, e assim sucessivamente. Em contrapartida, ainda que celebrado o acordo, os demais pedidos de senha serão automaticamente convertidos em pedidos para negociação de Termo de Compromisso de Cessação (RICADE, artigo 240, §4º).

Veja-se que a sistemática de pedido de senha serve não apenas para designar o postulante que primeiro se qualificará para celebrar o acordo de leniência com o CADE, como também, para dispor, segundo a ordem cronológica de pedidos de senha, sobre a posição dos interessados em firmar um **TCC cartel** com o CADE, definindo, assim, quem será habilitado a receber o maior desconto na penalidade cuja imposição é esperada pela prática anticompetitiva investigada, já que o primeiro compromissário que se habilitar terá direito de obter maiores descontos em relação às multas aplicáveis (RICADE, artigo 186, I a III).

Nessa fase inicial de pedido de senha, a SG adota uma série de cuidados para assegurar o sigilo das informações, dados e documentos:

- I. o acesso à informação sobre o pedido de senha é restrito ao Superintendente-Geral, ao Superintendente Adjunto, ao Chefe de Gabinete

da Superintendência-Geral e aos servidores da Chefia de Gabinete da SG/CADE, responsáveis pela condução da negociação do Acordo de Leniência;

II. os dados anotados no controle interno da Chefia de Gabinete da SG/CADE para a análise do pedido de senha são acessados apenas por servidores dessa unidade;

III. os documentos eventualmente apresentados para o pedido de senha são guardados em sala-cofre, que apenas são acessados por servidores da Chefia de Gabinete da SG/CADE;

IV. a apresentação e guarda dos documentos e/ou evidências para análise da SG/CADE poderá ser combinada caso a caso entre os proponentes e a SG/CADE; e

V. a comunicação com os proponentes do Acordo de Leniência é realizada, sobretudo, de modo oral (Guia do Programa de Leniência do CADE, p. 32).

3.4.2 Proposta e negociação

Por ocasião da emissão do “Termo de Marker” o primeiro proponente da fila é convidado a reunir-se em data previamente agendada com integrantes da SG para apresentação da proposta inicial de **acordo de leniência** (artigo 239, §3º do RICADE) por via oral ou por escrito.

Na dita reunião, o proponente deverá detalhar a infração, identificando a si e aos coautores, bem como o papel de cada qual na organização do cartel, os produtos, serviços e a área geográfica atingidos pelo conluio. Também, sua duração, escopo e dinâmica, devendo descrever, ainda, as informações e documentos que corroboram suas declarações e, ademais, esclarecer se é proponente de outro acordo semelhante em país estrangeiro, declarando, por fim, ter ciência do direito de estar assistido por advogado e de que, se descumprir as determinações da SG, sua desídia será interpretada como desistência tácita da proposta de acordo.

No caso do **Termos de Compromisso de Cessação de Prática**, após o solicitante haver recebido a certidão que define seu lugar na fila de propostas, ele deverá declarar formalmente sua intenção de negociar o TCC, no prazo de 5 (cinco) dias, caso em que serão iniciadas as negociações perante a SG ou o TADE, conforme o procedimento e a fase processual em curso, para a celebração do TCC. A proposta de TCC poderá ter caráter confidencial (LDC, artigo 85, § 5º e RICADE, artigo 178, p. 3º).

Em qualquer caso, deverão ser apresentados todos os documentos disponíveis, notadamente:

- I. troca de e-mails entre concorrentes;
- II. troca de e-mails entre pessoas da mesma empresa, relatando os ajustes entre concorrentes;
- III. troca de correspondências entre concorrentes;
- IV. troca de correspondências entre pessoas da mesma empresa, relatando ajustes entre concorrentes;
- V. troca de mensagens de texto e/ou voz eletrônicas (SMS, WhatsApp, Skype, etc.);
- VI. agendas, anotações manuscritas, cadernos; VII. gravações; VIII. tabelas e planilhas Excel;
- IX. comprovantes de reuniões (atas, compromisso de Outlook, agendamento de salas, reservas de hotéis, extrato de cartão de crédito, comprovantes de viagens etc.);
- X. extratos telefônicos;
- XI. cartões de visita;
- XII. editais e atas de julgamento de certames, etc. (Guia do Programa de Leniência do CADE, p. 33-34).

Na dinâmica da negociação do **acordo de leniência**, são adotadas uma série de medidas destinadas a assegurar o sigilo do procedimento: (1) o contato entre o proponente e/ou seus procuradores e a SG é travado preferencialmente de forma oral; (2) eventual troca de e-mails não identificará o nome e a qualificação do proponente e/ou de seus procuradores, nem o mercado afetado pela prática anticompetitiva; (3) as informações e documentos são apresentados em *pendrive*, fisicamente ou por outro meio acordado entre as partes, sendo possível, inclusive, proteger as informações por criptografia;⁷⁹ (4) todos os documentos são guardados em sala-cofre acessível apenas a servidores integrantes da Chefia de Gabinete da SG;⁸⁰ (5) com exceção do Superintendente-Geral, do Superintendente Adjunto, do Chefe de Gabinete da SG e dos servidores a ele vinculados, que irão negociar diretamente os

⁷⁹ Recurso criptográfico é qualquer “sistema, programa, processo, equipamento isolado ou em rede que utiliza algoritmo simétrico ou assimétrico para realizar cifração ou decifração” (Decreto n. 7845/12, artigo 2º, XVII).

⁸⁰ Compete à SG definir as áreas e instalações que “contêm documento com informação classificada em qualquer grau de sigilo, que sejam de sigilo legal ou judicial ou que, por sua utilização ou finalidade, demandem proteção, nos termos dos arts. 42 a 47 do Decreto nº 7.845/2012 (RICADE, artigo 9º, XVIII).

termos do acordo de leniência, sendo que nenhum outro servidor do CADE terá acesso às informações e documentos; (6) os servidores da Chefia de Gabinete da SG/CADE mantêm atualizado um relatório de custódia interno, que registra passo a passo as pessoas que têm acesso às informações e documentos.

A celebração do acordo de leniência ou do TCC cartel deságua na elaboração do denominado “Histórico da Conduta”, que é um relato escrito, confeccionado pela Superintendência-Geral, com base em documentos e informações de caráter auto acusatório, apresentados voluntariamente pelos proponentes, descrevendo detalhadamente a conduta infracional perpetrada.

Para assegurar o sigilo no “Histórico da Conduta”, a empresa colaboradora ou compromissária não assina o documento, tampouco é nele identificada na condição de proponente, mas, apenas, na qualidade de infratora, ao lado das demais empresas coautoras da conduta colusiva, sendo certo que o nome das pessoas físicas que tenham aderido ao acordo é substituído por siglas. Ademais, no texto modelo de acordo de leniência disponibilizado pelo CADE em seu sítio na internet consta expressamente que o detalhamento da conduta anticoncorrencial será feito apenas no “Histórico da Conduta”, evidenciando que será apenas neste último documento que se poderá extrair informações comprobatórias de que a colaboradora confessou a prática infrativa.

Ressalta-se que, em caso de desistência da proposta de acordo de leniência ou de TCC, ou sendo ela rejeitada pela SG ou pelo TADE, todos os documentos apresentados pelo proponente lhe serão devolvidos ou destruídos, sendo vedado ao CADE utilizar as informações das quais tomou conhecimento ou compartilhar-las, de modo que eventual investigação posterior deverá ser fundada em provas autônomas, como por exemplo, as apresentadas pela segunda proponente que estiver na fila de espera (RICADE, artigos 178, § 6º a 8º e 204, § 2º a 4º).

3.4.3 Celebração

Encerrada com êxito a fase de negociação do **acordo de leniência**, mediante a regular apresentação de informações e documentos sobre a prática noticiada ou sob investigação, a empresa proponente, incluindo as pessoas físicas que aderiram ao acordo ou seus representantes com poderes específicos, devem comparecer ao CADE para assinatura.

Antes de celebrado o acordo de leniência, a SG remeterá ofício ao Ministério Público Federal, ou ao Estadual, conforme o caso, relatando que recebeu proposta de acordo de leniência relativa à prática infracional que pode caracterizar crime contra a ordem econômica. Assim, um membro do *parquet* será designado para reunir-se com o SG e discutir eventuais ajustes no acordo a ser celebrado, oportunidade em que tomará ciência de que deve guardar sigilo sobre os dados de que tiver conhecimento.

Ressalta-se que a SG não remeterá ao Ministério Público quaisquer documentos ou informações que tenham sido apresentados pelo proponente do AL. O membro do Ministério Público subscreverá o acordo de leniência como interveniente. Ainda, os documentos que comprovam a infração só serão entregues definitivamente pelo proponente à SG e ao Ministério Público quando da assinatura conjunta do acordo de leniência.

Com fundamento no acordo de leniência e seus documentos, o CADE poderá instaurar inquérito ou processo administrativo para apurar e punir os demais coautores da prática anticompetitiva e, ainda, poderá adotar outras medidas de investigação, como a busca e apreensão e/ou inspeção, a requisição de informações e o emprego de medidas de inteligência destinadas a identificar cartel em licitação.

Sendo necessário o ajuizamento de ação judicial de busca e apreensão de documentos relacionados à prática anticoncorrencial, com base nas informações contidas no acordo de leniência, a PROCADE não mencionará na petição inicial quaisquer dados sobre a condição de colaboradora da empresa que subscrever o acordo. Já as pessoas físicas envolvidas terão suas qualificações substituídas por siglas, sendo requerido, ainda, que o processo tramite em segredo de justiça.

A confidencialidade do acordo de leniência perdura durante toda a tramitação do inquérito ou do processo administrativo, salvo: (1) se houver autorização expressa dos signatários do acordo em sentido contrário; (2) por determinação judicial; ou (3) no âmbito do processo administrativo, para o exercício do contraditório pelos demais representados pela prática infracional e nos limites estritos do necessário para assegurar a ampla defesa.

Diversamente, após sua celebração, o **TCC** deve ser publicado (LDC, artigo 85, § 7º), em que pese, na prática do CADE, o Histórico da Conduta e os documentos a ele vinculados sejam sempre classificados como de acesso restrito, integrando, assim, autos apartados ao inquérito ou processo administrativo inacessíveis à terceiros.

Com efeito, a leitura do teor dos TCCS publicados no sítio do CADE na internet revela que no corpo dos acordos, em regra, há identificação da empresa signatária, do mercado atingido pela prática anticoncorrencial e do valor das contribuições pecuniárias recolhidas ao FDD. Em contrapartida, são sempre omitidos o Histórico da Conduta e os documentos que o fundamentam, a fórmula pela qual foram calculadas as contribuições pecuniárias e a identificação das demais pessoas físicas (administradores, executivos, funcionários e ex-funcionários) que aderiram ao acordo.

Essa prática do CADE é questionável diante do comando emergente do artigo 85, § 7º da LDC, que manda a autoridade concorrencial publicar o TCC, após a respectiva celebração, no sítio do CADE, no prazo de até 5 (cinco) dias. Nesse contexto, diante do comando legal expresso, ao menos o Histórico da Conduta tido como elemento integrante do TCC, deveria ser publicado. Nada obstante, a postura da autarquia talvez se justifique pelo fato de que o sigilo das informações fornecidas pelo compromissário sejam importantes para assegurar a efetividade das investigações relativamente às demais coautoras.

A proteção do sigilo do acordo de leniência e do TCC também é um dever dos signatários, que não podem comprometer o sigilo das investigações (art. 247, § 1º, VIII, “d”, e art. 248, § 2º, II do RICADE, c/c art. 86, § 9º da Lei nº 12.529/2011). Obrigação esta que é estendida aos demais representados no processo administrativo para aplicação das sanções por infrações à ordem econômica, para que seja instaurado com fundamento nos acordos.

3.4.4 Execução e extinção

A Superintendência-Geral do CADE segue um conjunto de procedimentos visando à garantia de confidencialidade após a assinatura do acordo de leniência, tais como:

I. possibilidade de não ser publicada sequer a informação de que o caso é oriundo da celebração de um Acordo de Leniência;

II. o despacho de instauração do processo administrativo, ao ser publicado no Diário Oficial da União, via de regra, não contém o nome das pessoas físicas e dos advogados do caso, mas apenas das pessoas jurídicas envolvidas em ordem alfabética;

III. as informações e os documentos confidenciais do Acordo de Leniência permanecem em autos de acesso restritos no sistema eletrônico do CADE (SEI) e existe um único apartado público;

IV. as informações referentes ao Acordo de Leniência são tarjadas e/ou destacadas como sendo de acesso restrito nas Notas Técnicas; e

V. na interação com órgãos externos, são apresentadas versões de documentos passíveis de rastreamento (Guia do Programa de Leniência do CADE, p. 54).

Porém, o julgamento do processo administrativo para imposição de sanção por infração à ordem econômica torna pública a identidade da empresa beneficiária do acordo de leniência, oportunidade em que também poderão ser divulgadas informações essenciais para a compreensão e deslinde do caso, por meio da publicação do voto do Conselheiro Relator, que pode conter informações e imagens dos documentos utilizados para formar a convicção do julgador, não importando se os ditos documentos envolvam signatários do acordo de leniência ou de TCCS.

Entretanto, as informações e documentos relativos ao acordo de leniência e TCCs, após o encerramento dos respectivos processos, poderão ser classificadas por ato do Presidente do CADE ou da autoridade competente, conforme o disposto na LAI (RICADE, artigo 54, parágrafo único), sendo certo que os respectivos “Históricos das Condutas” serão, em qualquer caso, mantidos como de acesso restrito (Resolução CADE n. 21/18, artigo 2º, I).

3.5 Da publicidade dos acordos de leniência e TCCS

Como anteriormente salientado, a publicidade pode ser compreendida em seu aspecto externo ao processo administrativo, caso em que os dados e informações nele contidos são acessíveis ao público em geral para defesa de interesses particulares ou de interesses coletivos e gerais. Também, a publicidade pode ser vista da perspectiva interna ao processo administrativo, designando então o direito de acesso a dados e informações nele contidos pelas partes, procuradores e autoridade julgadora, com vistas a assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como a tomada de decisões administrativas mais eficientes (SILVEIRA, 2010, p. 42-44).

Sob a perspectiva externa, admite-se a restrição de acesso a dados e informações contidos no processo administrativo se sua divulgação puder prejudicar

outros interesses jurídicos passíveis de tutela, como o direito à intimidade ou o interesse social, na apuração de determinadas infrações penais e/ou administrativas. Já sob o prisma interno ao processo administrativo, o direito de acesso a dados e informações deve ser, em princípio, irrestrito (SILVEIRA, 2010, p. 42/4).

Fixadas tais premissas, cumpre verificar qual a prática adotada pelo CADE no que diz respeito à publicidade dos acordos de leniência e TCCS e dos respectivos documentos que os instruem.

3.5.1 Da publicidade interna

Em relação aos demais investigados ou representados no âmbito de inquéritos ou processos administrativos para apuração ou aplicação de sanção por infração à ordem econômica, **a proposta** de TCC ou de acordo de leniência receberá tratamento de acesso restrito ou sigiloso pelo CADE (RICADE, artigo 178, § 3º e 200, § 1º a 4º c/c Resolução CADE n. 21/18, artigos 8º e 9º).

Inclusive, assegura-se ao proponente, no caso de restar frustrada a celebração do AL ou TCC, que as informações porventura fornecidas não poderão ser utilizadas pelo CADE e que os documentos eventualmente apresentados serão devolvidos ou descartados pela autarquia (RICADE, artigos 178, § 6º e 7º e 205, § 2º e 3º c/c Resolução CADE n. 21/18, artigo 2º, II, “g”).

Após **a celebração** do acordo de leniência, seu teor e o conteúdo dos documentos a ele relacionados poderão ser acessados pelos demais representados durante a fase instrutória do inquérito ou do processo administrativo, mas apenas para o estrito exercício do direito de defesa, sendo certo que as partes serão notificadas expressamente de que é vedada a divulgação das informações assim obtidas (RICADE, artigo 207, § 2º, I e II e).

Em relação ao TCC, como a lei manda o CADE publicá-lo em seu sítio eletrônico na internet após celebrado (LDC, artigo 85, § 7º), o acesso por parte dos demais investigados ou representados à versão pública será irrestrito mas, claramente, insuficiente, afinal, na versão pública do TCC, são omitidas, de ordinário, as informações relativas ao Histórico da Conduta e seus aditivos e aos demais documentos que o instruíram.

Não há, porém, disposição regimental expressa quanto ao acesso ao histórico da conduta e documentos que instruem o TCC pelos demais representados.

Entretanto, é possível aplicar por analogia o comando do RICADE que disciplina a questão em relação ao acordo de leniência (artigo 207, I e II) para concluir que o acesso às referidas informações e documentos deve ser franqueado aos investigados ou representados, desde que se destine estritamente ao exercício do direito de defesa e eles sejam cientificados da obrigação de preservar o sigilo.

Foi o que ocorreu, na prática, no processo administrativo do cartel dos compressores,⁸¹ em que o Conselheiro-Relator franqueou aos representados o acesso à totalidade dos documentos probatórios da leniência com base na Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal, que assim preceitua: “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Em relação à possibilidade de acesso dos demais investigados ao acordo de leniência e/ou ao termo de compromisso de cessação, na fase de inquérito⁸² administrativo instaurado para apuração de infração à ordem econômica, a LDC (artigo 49) e o Regimento Interno do CADE (artigo 50) admitem que a SG ou o Conselheiro Relator decretem o sigilo de informações.

Apenas em data próxima ao encerramento da instrução do processo administrativo é que se assegura genericamente aos representados o acesso integral aos “documentos utilizados para a formação da convicção do CADE” (artigo 50, § 1º), de maneira que no curso do inquérito administrativo, ou mesmo na fase inicial do processo administrativo, a SG ou o Conselheiro Relator podem denegar aos demais

⁸¹ Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11. Acordo de Leniência celebrado em 30 de janeiro de 2009 entre a SDE e o Grupo Tecumseh. Julgado em 16 de março de 2016.

⁸² Admitindo-se que seja possível equiparar o inquérito administrativo ao policial, o direito de acesso aos investigados pelo CADE ao material da leniência poderia ser fundamentado na Súmula Vinculante n. 14, do STF, pois, conforme assevera Bodart que: embora o inquérito deva ser sigiloso em relação ao público (sigilosidade externa), para proteger a imagem do investigado, este tem o direito de consulta aos autos, até porque sem isto estaria impedido de participar da formação da opinião delicti do Ministério Público. Vigem no inquérito policial, desta feita, a publicidade interna, de modo que o suspeito ou seu advogado só poderão ser impedidos de conhecer do constante nas peças do procedimento ou de participar das diligências quando isto se mostrar absolutamente incompatível com a efetividade das investigações, em uma ponderação legítima entre os valores liberdade e segurança (ex parte populi e ex parte princeps), cabendo sempre a impetração de habeas corpus ou mandado de segurança, conforme o caso, para corrigir abusos. (BODART, 2009, p. 134/5), pois, afirma-se que “a democracia participativa espalhada por todo o texto constitucional, exige que todo o indivíduo tenha a possibilidade de influir na formação de um provimento estatal que lhe seja particularmente gravoso, no caso a denúncia. (trecho do Voto do Ministro Luiz Fux, na ADIN 4414/AL).

representados o acesso aos termos do AL e/ou TCCS, se entenderem que isso possa prejudicar as investigações.

Do mesmo modo, a Resolução CADE n. 21/18 dispõe que na fase de celebração de AL ou TCC, será assegurado o tratamento sigiloso e/ou restrito “dos documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos sob investigação” (artigo 8º) os quais “somente poderão ser acessados pelas pessoas autorizadas pelo CADE” (artigo 9º) em vista da necessidade de preservar: (1) a investigação e a identidade do colaborador; (2) o programa de leniência e TCC do CADE; e (3) a participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica.

As disposições regimentais sobre a questão da publicidade interna das informações que integram o acordo de leniência ou o TCC cartel, e seus respectivos anexos, revela a preocupação do CADE em conciliar vários interesses prestigiados pelo ordenamento jurídico, porém, conflitantes. A saber, garantir o resultado prático da investigação, preservar a atratividade do programa de leniência da autarquia e, a um só tempo, assegurar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa pelos investigados ou representados.

Tal preocupação é compartilhada por outras autoridades da concorrência, importando destacar que a União Europeia, na busca pela solução do mesmo conflito, também se vale de técnicas de ponderação e valoração dos interesses colidentes, como relata BURINI:

No âmbito da Comunidade Europeia, a Comissão faz a distinção entre documentos não comunicáveis (que contêm segredos ou informações reservadas) e documentos que, não subsumíveis à categoria, devem ser disponibilizados às partes. De qualquer forma, a Comissão concilia o interesse à tutela das informações sensíveis, o interesse público em impedir o prosseguimento da violação à concorrência e o direito de defesa. Usa como parâmetro a pertinência das informações em relação à infração, a sua força probatória, sua indispensabilidade, seu nível de sensibilidade (o quão prejudicial será a divulgação aos interesses da empresa) e a gravidade da infração (BURINI, 2010, p. 197198).

3.5.2 Da publicidade externa

O acesso de terceiros ao material da leniência e/ou TCC cartel pode ser relevante para fundamentar ações civis de reparação de danos advindos da prática anticompetitiva investigada ou punida pelo CADE, ajuizadas por consumidores,

empresas ou pessoas jurídicas de direito público lesados, caso em que o tipo de interesse do terceiro que se busca tutelar será individual (LDC, artigo 47). Ou, diversamente, o acesso pode ser destinado, simplesmente, à satisfação do interesse coletivo ou geral de fiscalizar a atuação da autoridade antitruste e, assim, possibilitar o exercício da *accountability* vertical ou social (BENTO, 2015, p. 65-73).

Em qualquer caso, é certo que o acesso de terceiros a informações e documentos contidos em **propostas** de acordos de leniência e/ou TCCS é vedado por expressa disposição da lei de defesa da concorrência.

Do mesmo modo, na fase de **negociação e celebração** dos ditos acordos, os terceiros eventualmente interessados serão impedidos de acessar o material da leniência, porque, de ordinário, a autoridade antitruste qualifica os autos, documentos e informações respectivos como sigilosos e/ou de acesso restrito.

Inclusive, no que respeita ao acordo de leniência, os terceiros eventualmente interessados não terão acesso, seja ao seu teor, seja ao Histórico da Conduta e documentos que o instruem. Isso porque, o tratamento conferido ao acordo de leniência celebrado será o de acesso restrito por disposição regimental expressa (RICADE, artigo 206) e, inclusive, a identidade de seu signatário só pode ser revelada após o julgamento do processo administrativo pelo TADE (RICADE, artigo 207).

Entretanto, o Ministério Público, na qualidade de parte interveniente no acordo de leniência, terá acesso ao seu conteúdo e documentos, inclusive aos detalhes da conduta anticompetitiva relatados pela colaboradora por ocasião da celebração do acordo e no decorrer de seu cumprimento. E poderá utilizar tais informações para instruir ações penais ou de improbidade administrativa eventualmente ajuizadas em face dos envolvidos.

Fica ressalvado expressamente no texto modelo de acordo de leniência publicado no sítio eletrônico do CADE, porém, que a colaboradora não poderá ser denunciada criminalmente pelo *Parquet* pela prática dos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei n. 8.137/90, ou delitos a eles diretamente relacionados e que, na circunstância do Ministério Público ajuizar ação de improbidade em face de todos os envolvidos, o órgão ministerial se comprometerá a postular ao Juiz a aplicação de penalidades mais brandas à colaboradora.

No caso do TCC cartel, é certo que, por força do disposto no artigo 85, § 15, da LDC, as disposições regimentais do CADE autorizam a intervenção de terceiros na fase final de negociação da proposta de TCC (RICADE, artigo 194), desde que os

terceiros sejam titulares de interesses que possam ser afetados pela celebração do acordo, ou tenham legitimidade para propor ação civil pública para defesa do interesse dos consumidores, nos termos do artigo 82, III e IV, do CDC.

Porém, logicamente, a intervenção de terceiros em destaque será inviável no caso do processo de negociação do TCC ser classificado como de acesso restrito, segundo o juízo de conveniência e oportunidade do Superintendente-Geral ou do Conselheiro-Relator, conforme o tipo de procedimento e a fase processual em que for proposto o acordo (LDC, artigo 49 c/c RICADE, artigo 178, § 3º).

Por outro lado, a leitura apressada da Resolução CADE n. 21/18 poderia levar à conclusão de que, **após o julgamento** dos responsáveis pela prática anticoncorrencial **pelo Plenário do TADE**, todos os documentos e informações porventura classificados como sigilosos ou de acesso restrito seriam disponibilizados ao público em geral (artigo 1º, c/c artigo 11), dentre os quais informações e documentos oriundos de acordos de leniência e TCCS.

Entretanto, o fato é que, mesmo após a decisão final do Plenário do TADE sobre o processo administrativo que estiver vinculado ao acordo de leniência ou ao TCC cartel, o Histórico da Conduta e seus aditivos não poderão ser disponibilizados a terceiros, em razão do risco à efetividade dos Programas de Leniência e TCC do CADE (Resolução n. 21/18, artigo 2º, I).

Ainda, os documentos e informações colhidos em inquéritos administrativos ou processos administrativos para imposição de sanções por condutas anticompetitivas, como os referentes à AL e/ou TCCS, poderão ter mantido o tratamento de acesso restrito, mesmo após a conclusão do julgamento pelo TADE, caso isso seja exigido pelo interesse da sociedade (LDC, artigo 49 c/c Resolução CADE n. 21/18, artigo 2º, II).

As referidas disposições regulamentares se chocam com o disposto no artigo 7º, parágrafo 3º, da Lei de Acesso à informação, nos termos do qual “O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo”, mas, em contrapartida, podem ser fundamentadas no comando genérico do artigo 49 da LDC, que confere ao TADE e à SG a prerrogativa de garantir “tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos ou exigidos pelo interesse da sociedade”.

Neste ponto, todavia, há que se distinguir duas situações: (1) se o processo administrativo de imposição de sanção por infração da ordem econômica estiver em curso, em sua fase instrutória, a autoridade antitruste poderá fundamentar a restrição de acesso a informações e documentos oriundos de leniência e TCC cartel, no interesse da investigação, com fulcro no artigo 23, da LAI, e no transcrito artigo 49 da LDC; (2) se já houver findado o processo administrativo, porém, a classificação da informação como sigilosa só seria justificável se a autoridade antitruste demonstrasse, no caso concreto, a existência de interesse social relevante impediendo a divulgação (LDC, artigo 49), aplicando o postulado da proporcionalidade em sentido amplo, pois:

[...] a decretação de sigilo da informação deve fundamentar-se nos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade. Noutras palavras, o Poder Público deve demonstrar que a informação, se divulgada, tem probabilidade de causar um dano a um interesse legítimo (adequação); que o sigilo é necessário à proteção desse interesse, não havendo outra medida menos restritiva que pudesse protegê-lo suficientemente (necessidade); e que os danos provocados pela divulgação da informação são mais significativos, no caso concreto, do que o interesse público na transparência (proporcionalidade) (BENTO, 2015, p. 96).

Observa-se, entretanto, que, na prática administrativa do CADE, a concessão de acesso por terceiros interessados às informações relativas a AL e TCCs é sempre obstada pela autoridade antitruste, muitas vezes sob a justificativa genérica de que a divulgação comprometeria a atratividade do programa de leniência antitruste. Já houve situação em que o requerente foi obrigado a recorrer ao Poder Judiciário para conseguir ter conhecimento do teor do material da leniência, como se constatará a partir da análise de um caso concreto, o que será abordado no capítulo subsequente.

O CADE, entretanto, sinaliza que passará a adotar entendimento diverso no que concerne a acordos de leniência e TCCs firmados após a entrada em vigor da Resolução CADE n. 21, de 11 de setembro de 2018, cujo artigo 11 autoriza o acesso a todos os documentos e informações que houverem sido utilizados para formar a convicção do TADE, após o julgamento do processo administrativo para imposição de sanções por práticas anticompetitivas.

Com efeito, conforme o Despacho Decisório n. 44/2019/GAB4/CADE, proferido no processo administrativo n. 08700.004073-2016-61, referendado pelo Plenário do TADE, que acolheu pedido de manutenção da confidencialidade de trechos do voto-vogal condutor do julgamento do processo que fazia referência a documentos e informações contidos em acordo de leniência firmado em outro processo administrativo, o acesso a materiais da leniência após a conclusão do

processo administrativo no TADE, desde que utilizado para fundamentar o julgamento, será admissível, porém, apenas em relação a acordos firmados após a edição da Resolução CADE n. 21/18, pois é necessário garantir a segurança jurídica das empresas colaboradoras ou compromissárias de acordos firmados anteriormente:

De fato, considerando que a Resolução CADE nº 21/18 entrou em vigor em período posterior aos acordos consensuais celebrados no presente processo, entendo que a sua aplicação não deve ser adotada de maneira retroativa, sob pena de, dentre outras questões, desincentivar o bem-sucedido Programa de Leniência implementado por este Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Nesse sentido, muito embora a referida Resolução tenha como principal objetivo fomentar as ações civis de reparação por danos concorrenciais, é preciso, por outro lado, respeitar os termos dos acordos celebrados anteriormente à sua entrada em vigor, em atenção ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Despacho Decisório n. 44/2019/GAB4/CADE).

Nada obstante, como já ressaltado, o Histórico da Conduta e seus aditivos permanecerão classificados pelo CADE como de acesso restrito, mesmo após o julgamento administrativo, por força da disposição expressa do artigo 2º, I, da Resolução CADE n. 21/18.

Assim sendo, no que concerne ao acesso por terceiros ao material disponibilizado pela empresa colaboradora no acordo de leniência, ou compromissária de TCC cartel, a autoridade antitruste adota o seguinte posicionamento:

(1) para acordos firmados antes da edição da Resolução CADE n. 21, de 11 de setembro de 2018, os documentos e informações respectivos permanecerão classificados como de acesso restrito;

(2) para acordos firmados após a entrada em vigor da Resolução n. 21, de 11 de setembro de 2018, as informações e documentos respectivos poderão ser acessados por terceiros desde que tenham servido de fundamento para a decisão proferida pelo TADE no julgamento do processo administrativo correspondente;

(3) em qualquer caso, o Histórico da Conduta e seus aditivos permanecerão classificados como de acesso restrito, mesmo após o julgamento do TADE.

Ressalta-se, ademais, que a preocupação do CADE em manter o sigilo do material da leniência é tamanha que, diante de eventual judicialização da discussão sobre o acesso às informações e documentos a ela relativos, a ProCade deverá intervir obrigatoriamente na ação respectiva com o escopo de: (1) se não estiver concluído o inquérito ou processo administrativo, assegurar o sigilo de informações e

documentos relevantes para a apuração da prática anticompetitiva e/ou a punição dos infratores; ou (2), findo o processo administrativo, garantir que o acesso ao material da leniência seja razoável, proporcional e legítimo à compreensão do caso.

Por fim, vale referir que o CADE exige que os signatários de acordo de leniência e/ou compromissários de TCC informem o mais brevemente possível à autarquia sobre a existência de quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais que tenham como objetivo viabilizar o acesso de terceiros aos citados documentos (Resolução CADE n. 21/18, artigo 5º).

4 SOLUÇÕES PARA CONCILIAR OS INTERESSES COLIDENTES

4.1 As justificavas para preservar o sigilo

As informações cujo sigilo é assegurado pelo CADE às colaboradoras em acordos de leniência e às compromissárias de TCCS têm natureza jurídica distinta e, conseqüentemente, são protegidas com fundamento em razões normativas diferentes.

Há informações protegidas por força de sigilo legal específico, como o bancário (LC n. 105/01), o fiscal (CTN, 198), da correspondência, dados e comunicações telefônicas (CF, artigo 5º, XII) e o profissional (CF, artigo 5º XIV).

Existem outras informações cuja divulgação é interdita por serem concorrencialmente sensíveis,⁸³ ou seja, relativas às atividades empresariais das colaboradoras ou compromissárias cuja difusão possa propiciar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (artigo 5º, § 2º, Regulamento da LAI). O direito ao sigilo de tais informações é justificável, afinal:

[...] um agente cria seu modelo de negócio calculando os possíveis diferenciais capazes de superar a concorrência. São, v.g., informações ordinariamente não divulgadas e de divulgação não obrigatória, segredos empresariais frutos de conquistas licitamente alcançadas por meio de evolução tecnológica, estratégias de negócio bem sucedidas, e até mesmo informações protegidas pelo direito, dados contábeis, fiscais, comerciais e bancários, listas de clientes e de fornecedores, etc. Alguma assimetria de informações é considerada por alguns até mesmo fundamental à concorrência. Para o *disclosure* dessas informações, o agente precisa encontrar um ambiente seguro para que se sinta instado a contribuir para o esclarecimento da verdade sem que *free-riders* se valham dessas informações *facilmente conquistadas* para alavancar seus negócios sem o mérito do esforço concorrencial (BURINI, 2010, p. 197).

E, finalmente, há informações de caráter auto acusatório cuja divulgação pode facilitar a responsabilização civil⁸⁴ das colaboradoras ou compromissárias por danos

⁸³ Nos termos do Guia de para análise de atos de concentração prévia do CADE, informações concorrencialmente sensíveis são “informações específicas (por exemplo, não agregadas) e que versam diretamente sobre o desempenho das atividades-fim dos agentes econômicos, tais como: a) custos das empresas envolvidas; b) nível de capacidade e planos de expansão; c) estratégias de marketing; d) precificação de produtos (preços e descontos); e) principais clientes e descontos assegurados; f) salários de funcionários; g) principais fornecedores e termos de contratos com eles celebrados; h) informações não públicas sobre marcas e patentes e Pesquisa e Desenvolvimento (P&D); i) planos de aquisições futuras; j) estratégias competitivas, etc”.

⁸⁴ A reparação civil dos danos causados a terceiros pela prática anticompetitiva não é requisito legal indispensável à celebração de acordo de leniência ou de termo de compromisso de cessação de prática anticompetitiva, porém, a LDC dispõe expressamente que os prejudicados “poderão ingressar em juízo

causados a terceiros em decorrência das práticas infrativas reportadas ao CADE, as quais são minuciosamente descritas no Histórico da Conduta e seus aditivos, por conta da celebração dos acordos.

Aqui importa reafirmar que, embora a exigência de confissão quanto à participação da empresa no cartel exista apenas em relação à colaboradora que firma acordo de leniência (LDC, artigo 86, § 1º, IV), o CADE também impõe à compromissária do TCC cartel a obrigação de reconhecer sua participação na conduta investigada (RICADE, artigo 184), de maneira que em ambos os casos os respectivos Históricos da Conduta contêm informações auto acusatórias.

Durante a tramitação de procedimentos preparatórios de inquéritos administrativos e de inquéritos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica, bem como, no decorrer da fase instrutória de procedimentos administrativos para aplicação de penalidades por práticas anticompetitivas, as informações de caráter auto acusatório só podem ser acessadas pelas autoridades competentes do CADE e, excepcionalmente, pelos demais representados para o estrito exercício do direito de defesa.

Nesse caso, a preservação do sigilo é importante para garantir a punição administrativa dos infratores não colaboradores e, até mesmo, para estimular os demais investigados ou representados a firmarem TCCS cartel com o CADE, ampliando o universo probatório disponibilizado à autarquia para assegurar a condenação daqueles que se negaram a colaborar e, a um só tempo, tornando certo o pagamento de contribuição pecuniária pelos compromissários dos TCCS para compor o fundo de direitos difusos (LDC, artigo 85, § 2º), resultados práticos que, inegavelmente, representam a concretização do princípio da eficiência no âmbito da atividade finalística do CADE.

Após a conclusão do processo administrativo, porém, as ditas informações deveriam ser divulgadas pelo CADE ao público em geral, por força do disposto no artigo 7º, § 3º, da LAI.

para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação (LDC, artigo 47).

Porém, como anteriormente explicitado, o CADE, com fulcro no artigo 49, *in fine*, da LDC, editou a Resolução n. 21/18, cujo artigo 2º expressamente impede a divulgação do Histórico da Conduta e seus aditivos, seja ao público em geral ou a terceiros eventualmente interessados, mesmo após o julgamento definitivo dos representados pelo TADE, sob o argumento de que o acesso às ditas informações poderia prejudicar a efetividade do programa de leniência da autarquia.

E, de fato, a doutrina especializada é uníssona em afirmar que a divulgação das informações referidas representa um sério risco à manutenção da atratividade do Programa de Leniência do CADE (SOUZA, 2014; CASELTA, 2015; MOTTA, 2016; GONDIM, 2016; DRAGO e PEIXOTO, 2018; MARTINS, 2018; ROCHA, 2018).

Os estudiosos objetam que a empresa que propõe ou celebra um acordo de leniência junto à autoridade antitruste brasileira produz prova robusta contra si em troca de benefícios administrativos (extinção ou redução de penalidades, suspensão do processo administrativo sancionador) e criminais (extinção da punibilidade), de modo que a quebra da confidencialidade do programa de leniência, através da transferência de provas produzidas pelo colaborador à justiça comum, para instrução de ações reparatórias civis, pode desestimular a cooperação dos infratores, prejudicando a repressão administrativa das condutas anticompetitivas.

Tal perspectiva pode funcionar como desincentivo à celebração de acordos de leniência ou de TCCs por parte das empresas integrantes de cartéis.

Argumenta-se, ainda, que, para garantia da efetividade do programa de leniência a confidencialidade, é essencial para que a empresa colaboradora possa antever, com segurança, as vantagens que irá obter em contrapartida à colaboração que irá prestar, de forma que não se poderia admitir que os efeitos civis de tal acordo possam levar a colaboradora a uma posição de maior desvantagem do que as demais autoras da conduta anticoncorrencial.

De fato, o acesso das vítimas aos documentos ofertados à autoridade antitruste, por força do acordo de leniência ou de TCC, facilita a condenação da empresa colaboradora ou compromissária ao ressarcimento, tornando a posição da colaboradora mais frágil do que a das demais empresas que praticaram a conduta anticompetitiva em coautoria.

Assim é que a empresa signatária do acordo de leniência ou do TCC fica mais vulnerável a ser acionada judicialmente pelas vítimas, porque as provas que é instada a apresentar contra si mesma perante a autoridade antitruste, assim como a confissão

da prática anticoncorrencial, tornam praticamente certa sua condenação à reparação civil das vítimas.

Entretanto, é questionável impedir administrativamente o acesso às informações auto acusatórias fornecidas voluntariamente pelas colaboradoras e compromissárias de acordos de leniência e TCCS, após encerrado o julgamento do caso pelo TADE, já que a única base legal que fundamenta a negativa de acesso é o artigo 49, da LDC, que, entretanto, colide com o comando do artigo 7º, § 3º, da LAI, nos termos do qual o sigilo das informações utilizadas para embasar o julgamento deve ser levantado pela autoridade competente.

Nesse cenário, surge uma série de indagações:

É possível sustentar que o artigo 49 da LDC excepciona a aplicação do artigo 7º, § 3º, da LAI, por força do postulado *lex specialis derogat generali*? E, em caso positivo, a simples afirmação genérica de que a divulgação do material da leniência compromete a efetividade do programa de leniência do CADE é suficiente para impedir o acesso?

Como se pode conciliar os interesses conflitantes na situação que se apresenta, notadamente, o interesse público em preservar a atratividade do programa de leniência do CADE, o interesse particular das colaboradoras e compromissárias de manter o sigilo do material da leniência, especialmente das informações auto acusatórias, o interesse dos particulares atingidos pela prática anticompetitiva de se valerem das ditas informações para facilitar a instrução de ações de ressarcimento por danos anticoncorreciais?

Em que medida as disposições normativas em vigor no direito brasileiro asseguram a satisfatória convivência harmônica de tais interesses?

A seguir, a atenção será voltada a identificar as soluções jurídicas adotadas pelas autoridades antitruste brasileira, estadunidense e da União Europeia para compatibilizar os interesses em conflito. E, ainda, objetiva-se fixar como o Poder Judiciário brasileiro tem se posicionado sobre a matéria, para, assim, procurar responder os questionamentos apresentados.

4.2 As possíveis soluções para conciliar os interesses colidentes

A Lei n. 12.259/2011 prevê expressamente que a tutela de direitos individuais ou individuais homogêneos de particulares, que tenham sido violados por conduta

anticompetitiva descrita no artigo 36, da LDC, pode ser postulada ao Poder Judiciário, independentemente da instauração de inquérito ou de procedimento administrativo destinado a responsabilizar empresas infratoras (LDC, 47).

Por outro lado, a LDC dispõe que, na aplicação das penas administrativas, a autoridade, dentre outros fatores, deve considerar os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado e o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros (LDC, 45, V e VI).

Nesse cenário, surge a Resolução n. 21/18, do CADE, definindo que pode ser considerada como circunstância atenuante, no momento do cálculo da contribuição pecuniária em sede de negociação de TCC, ou no momento da aplicação administrativa das penas previstas nos artigos 37 e 38, da Lei n. 12.529/11, o ressarcimento extrajudicial ou judicial, devidamente comprovado, no âmbito das ações de reparação por danos concorrenciais, já que o artigo 45, da LDC, considera que o julgador deve levar em conta o grau de lesão ou perigo de lesão da prática constatada em relação aos consumidores ou terceiros e os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado (Resolução CADE n. 21/18, 12).

Justificou-se a adoção de tal medida sob o argumento de que ela seria benéfica aos consumidores, já que estimularia o efetivo ressarcimento dos danos incorridos, com menores custos aos lesados pela infração da ordem econômica, ao mesmo tempo em que endereçaria de forma eficaz o potencial conflito de incentivos enfrentado pelos signatários de Acordo de Leniência ou de Termo de Compromisso de Cessação de Prática que, ao confessarem a prática ilícita, se expõem à reparação civil.

Vê-se que, ao editar a Resolução n. 21/18, o CADE procurou conciliar o sistema estatal de prevenção e repressão às infrações à ordem econômica (*public enforcement*) com o sistema privado de responsabilização civil por prática anticompetitiva das empresas infratoras (*private enforcement*), a fim de estabelecer um diálogo entre ambos com vistas a melhor preservar a higidez do mercado concorrencial brasileiro.

Entretanto, a postura da autarquia é a de vedar o acesso ao conteúdo do Histórico da Conduta e seus aditivos, mesmo após a conclusão do processo administrativo para aplicação de sanção por infração à ordem econômica (Resolução CADE n. 21/18, artigo 2º), sendo que a publicidade dos demais documentos da

leniência só serão acessíveis em relação a acordos firmados após a edição da Resolução CADE n. 21/18 (Despacho Decisório n. 44/2019/GAB4/CADE).

E, a opção do CADE em proteger o acesso aos documentos auto acusatórios da leniência, ainda que sem amparo legal específico, se justifica por vários motivos.

Em primeiro lugar, nosso ordenamento jurídico não confere especial valor probatório ao julgamento do TADE, de maneira que em ações de ressarcimento por danos anticoncorrenciais ajuizadas após a decisão administrativa condenatória, os coautores do cartel podem exigir nova dilação probatória para demonstrar se eles participaram de fato do cartel. Nesse cenário, autorizar o acesso às informações auto acusatórias fornecidas por compromissárias e colaboradoras as colocaria em situação processual de maior desvantagem em relação aos demais coautores que não colaboraram com a autoridade antitruste, já que a confissão é prova inequívoca da participação das beneficiárias da leniência no cartel.

Ademais, como entre nós a responsabilidade extracontratual é solidária entre os agentes, a ação de ressarcimento por danos anticoncorrenciais certamente seria ajuizada apenas em face das colaboradoras e/ou compromissárias que, assim, arcariam sozinhas com a reparação da integralidade dos danos causados pelo cartel, ainda que não os tenham provocado, passando a deter mero direito de regresso em face dos demais coautores, de modo que permitir a divulgação de materiais da leniência representaria um desincentivo à colaboração.

Sobre a matéria, o grupo de trabalho em Cartéis da *International Competition Network* (ICA), organização não governamental integrada por várias autoridades antitruste do mundo (Estados Unidos, Canadá, Brasil, Chile, União Europeia, etc.), desenvolveu estudo comparativo entre as legislações dos vários países membros para descobrir como cada qual lida com o desafio de fomentar o *private enforcement* e, a um só tempo, preservar o *public enforcement*, integrando ambos para reforçar a repressão e prevenção de cartéis e, com isso, garantir a observância da legislação anticoncorrencial.

O trabalho demonstrou que o maior obstáculo para alcançar o ressarcimento das vítimas é a excessiva onerosidade para que elas provem judicialmente a existência do cartel, a dimensão do dano dele advindo e o nexo de causalidade entre a conduta infracional e o resultado danoso.

Os especialistas apuraram que, ressalvado o caso dos Estados Unidos da América do Norte, na maioria dos países, as vítimas aguardam o julgamento do

processo administrativo pela autoridade antitruste antes de ajuizar a ação civil de reparação de danos anticoncorrenciais (*follow-on cases*), exatamente em razão da facilidade da obtenção de provas para instruir a demanda reparatória (*private enforcement*) a partir dos dados colhidos administrativamente (*public enforcement*).

Identificou-se, ainda, muitas discrepâncias nas legislações antitruste dos países ocidentais quanto à disciplina do *private enforcement*, cujo principal objetivo é garantir a compensação dos prejuízos havidos pelas vítimas de cartéis e seu relacionamento com o *public enforcement*.

O estudo destacou, de um lado, o sistema estadunidense nos termos do qual as pessoas prejudicadas pelo cartel podem postular judicialmente, de quaisquer dos infratores (responsabilidade solidária), ressarcimento no valor do triplo do prejuízo global havido (*treble damages*), resultando em indenizações que sobejam os montantes das multas administrativas aplicadas pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) às empresas infratoras. Ainda, a decisão condenatória da autoridade antitruste funciona como presunção *iuris tantum* da existência da infração na eventual ação civil posteriormente ajuizada pelas vítimas em face das demais infratoras (*follow-on action*).

Por outro lado, foi explanado que a empresa que celebra acordo de leniência com a autoridade antitruste estadunidense fica livre da obrigação do ressarcimento em triplo e da responsabilidade solidária pelos danos causados pelo cartel. Porém, um dos requisitos para a homologação do acordo de leniência é a prova da reparação dos prejuízos causados às vítimas da infração pela colaboradora, de maneira que não haverá necessidade de os terceiros postularem *disclosure* de informações da leniência para serem ressarcidos.

Como contraponto, o estudo fez referência ao sistema da União Europeia, em que a decisão da autoridade antitruste da Comissão Europeia ou de qualquer país membro, reconhecendo a existência do cartel e a participação dos coautores na infração, é prova irrefutável nas ações civis de ressarcimento pela prática anticompetitiva (*follow-on cases*).

Porém, em contrapartida, a *EU Damages Directive* proíbe que as Cortes de Justiça dos países membros da União Europeia requisitem às autoridades antitruste europeias informações auto acusatórias originárias da leniência para instruir ações civis de ressarcimento por prática anticoncorrencial, sob o argumento de que:

26) Os programas de clemência e os procedimentos de transação são ferramentas importantes para a aplicação pública do direito da concorrência da União, uma vez que contribuem para a detecção e investigação eficiente das infrações mais graves ao direito da concorrência, e para a imposição de sanções contra tais infrações. Além disso, como muitas decisões das autoridades da concorrência em processos de cartéis se baseiam numa declaração de clemência e as ações de indemnização nos processos de cartéis decorrem, de um modo geral dessas decisões, os programas de clemência são igualmente importantes para a efetividade de ações de indemnização em processos de cartéis. As empresas poderão ser dissuadidas de cooperar com as autoridades da concorrência no âmbito de programas de clemência e procedimentos de transação, se forem divulgadas declarações autoincriminatórias, como sejam declarações de clemência e propostas de transação produzidas unicamente para efeitos dessa cooperação com as autoridades da concorrência. Tal divulgação implicaria o risco de expor as empresas cooperantes ou o seu pessoal de gestão à responsabilidade civil ou penal em condições mais desfavoráveis do que os coinfratores que não cooperam com as autoridades da concorrência. Para assegurar que as empresas continuem dispostas a apresentar voluntariamente às autoridades da concorrência declarações de clemência ou propostas de transação, esses documentos deverão ser excluídos da divulgação de elementos de prova. Tal isenção deverá aplicar-se também às citações literais de uma declaração de clemência ou de uma proposta de transação incluídas noutros documentos. Essas limitações em matéria de divulgação de elementos de prova não deverão impedir as autoridades da concorrência de publicarem as suas decisões em conformidade com o direito da União ou nacional aplicável. A fim de assegurar que esta isenção relativamente à divulgação não afete indevidamente o direito dos lesados à reparação, esta deverá limitar-se a tais declarações de clemência e propostas de transação voluntárias e autoincriminatórias (grifamos e destacamos).

Ainda, a *EU Damages Directive* define um conjunto de regras a serem observadas pelos Tribunais Judiciais dos países membros para o deferimento de *disclosure* de outros documentos e informações fornecidos no âmbito de acordos de leniência: (1) a alegação do demandante deve ser plausível; (2) a informação deve ser relevante para a tutela do afirmado direito ao ressarcimento; (3) a quebra da confidencialidade deve ser proporcional, não sendo passíveis de deferimento pedidos genéricos para acesso indiscriminado a informações e documentos, com vistas a prevenir a *fishing expedition*,⁸⁵ e (4) o juízo deve garantir que apenas as partes da ação civil de ressarcimento por danos anticoncorrenciais tenham acesso às informações confidenciais, ou seja, a ação deverá tramitar em segredo de justiça.

⁸⁵ Conforme relato de Rechter: “[...] a *fishing expedition* seria um tipo de intrusão especulativa indiscriminada, que sem declarar seu objetivo de maneira explícita, lançaria suas redes com a esperança de pescar qualquer prova, para subsidiar futura acusação. Em outras palavras, e aplicando-se a expressão ao presente tema, se traduziria em uma investigação prévia da viabilidade processual e material, realizada de maneira aventureira para buscar evidências sobre a prática de ilícitos ou de nexos de causalidade que poderiam por ventura aparecer em documento obtidos ou produzidos pela autoridade concorrencial, por exemplo em uma busca e apreensão” (RECHTER, 2018, p. 39).

4.3 A decisão do STJ no Recurso Especial n. 1.554.986/SP

Em meados de 2016, no julgamento do Recurso Especial n. 1.554.986/SP, o Superior Tribunal de Justiça proferiu relevante decisão sobre a confidencialidade de informações fornecidas por empresa colaboradora em acordo de leniência.

A ELETROLUX DO BRASIL S/A ajuizou ação de reparação de danos em face de empresas integrantes do cartel dos compressores herméticos para refrigeração (WHIRPOOL E OUTRAS), a fim de obter provas e ser ressarcida por danos patrimoniais decorrentes da prática anticompetitiva que havia sido desvendada a partir de um acordo de leniência celebrado entre a WHIRPOOL S/A e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (PA n. 08012.000820/2009-11).

Assim é que a ELETROLUX, durante a instrução probatória, postulou ao Juízo de primeira instância que este requisitasse ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica cópia do AL referido, incluindo os documentos auto acusatórios subscritos pela demandada. Porém, o pedido foi indeferido porque o Juiz considerou que, entre a tutela do direito à defesa da concorrência (interesse difuso) e a tutela do direito individual da ELETROLUX, deveria prevalecer a primeira.

De tal decisão, a ELETROLUX interpôs agravo de instrumento e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo inverteu o julgamento, determinando que o CADE fornecesse ao juízo cópias do AL e demais documentos que o instruíram, a fim de viabilizar a comprovação da prática anticompetitiva e da extensão dos danos dela advindos.

As demandadas, WHIRPOL S/A e BRASMOTOR S/A, interpuseram Recurso Especial do acórdão proferido pelo TJSP, mas o Superior Tribunal de Justiça, contrariando manifestação da Procuradoria Federal junto ao CADE, negou provimento ao recurso especial, mantendo a quebra do sigilo das informações, sob o fundamento de que a Lei de Defesa da Concorrência só assegura o sigilo da proposta do acordo de leniência, mas não a confidencialidade do acordo efetivamente celebrado.

O Ministro Relator do Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça asseverou, ainda, que o CADE é pessoa jurídica integrante da administração pública indireta e, como tal, ao celebrar AL, age no exercício de poder de polícia, de maneira que as informações que obtêm nesse mister devem ser tornadas públicas, para que haja controle social da atuação administrativa, sendo certo, ainda que, para o Ministro Relator, a Lei de Defesa da Concorrência só prevê a isenção da responsabilidade

administrativa e criminal em favor da empresa colaboradora no acordo de leniência, ressalvando expressamente, a manutenção da responsabilidade civil da colaboradora.

Entretanto, ao dar provimento parcial a embargos de declaração interpostos pela Procuradoria do CADE, no julgamento do RESP em questão, o Superior Tribunal de Justiça ressaltou que deve ser preservada a confidencialidade do acordo de leniência até o julgamento do procedimento administrativo de apuração da prática anticompetitiva pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica - TADE.

No voto condutor nos embargos de declaração em destaque, o Ministro Marco Aurélio Belizze, Relator, reconheceu que:

[...] Contudo, parece relevante o argumento do CADE de que não seria adequada a utilização do envio do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo como marco temporal do termo ad quem do sigilo. Isso porque, além da possibilidade de novas diligências, o termo estaria em dissonância ao concerto mundial acerca do tratamento de condutas anticompetitivas, o que, no entendimento do CADE, teria ainda o efeito adverso de desincentivo aos acordos de leniência.

De fato, as regulamentações recentes e a ampla utilização dos acordos de leniência têm surtido efeitos relevantes na proteção do mercado, especialmente na apuração de condutas anticompetitivas, e indicam a necessidade de um maior elastecimento do sigilo, a fim de abarcar o julgamento pelo órgão administrativo. Enfatize-se que não se trata de deixar a descoberto o direito do prejudicado, mas tão somente de assegurar o efetivo funcionamento do instituto, sem o qual o programa de proteção antitruste tem séria dificuldade e efetividade. Outrossim, vale acrescentar que não há alteração no resultado prático do presente processo, porque, logo após o julgamento do recurso especial embargado, houve a conclusão do julgamento administrativo pelo Tribunal do CADE. [...].

Como se denota, um dos argumentos utilizados para liberar o acesso às informações foi o de que a publicidade é a regra e o sigilo é a exceção, exceção esta que, no caso, só existe em relação à proposta de acordo de leniência, ante o comando expresso do artigo 86, § 9º, da LDC.

Entendeu-se que, na inexistência de fundamento legal inequívoco sobre o sigilo da informação, deve prevalecer o princípio da publicidade da administração pública, embora tenha sido ressalvado, posteriormente, que a restrição de acesso pode ser imposta na fase investigatória, se isso for necessário à preservação do resultado útil do processo administrativo, fundamento que, inclusive, tem base legal expressa (LDC, artigo 49, *caput*).

Não se debateu, porém, sobre a aplicabilidade do artigo 49 da LDC⁸⁶ como fundamento da manutenção do sigilo, mesmo após a conclusão do processo administrativo, já que a norma destacada autoriza o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários não apenas à elucidação dos fatos como também ao “interesse da sociedade”.

É certo que se pode objetar que a norma do artigo 49 da LDC seria aplicável, singelamente, na pendência de inquérito ou processo administrativo, devendo sua incidência cessar após o julgamento do TADE, até para que ela se harmonize com o disposto no artigo 7º, § 3º, da LAI: “O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo”.

Tal conclusão, inclusive, é reforçada pela leitura do artigo 23, da LAI, que, ao definir taxativamente as situações em que é possível classificar a informação como sigilosa, menciona apenas os dados que possam “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas à prevenção ou repressão de infrações” (LAI, artigo 23, VII), sem empregar qualquer fórmula genérica como “interesse da sociedade” para justificar a restrição de acesso.

Nesse cenário, seria correto concluir que, por força do postulado *lex specialis derogat generalis* deve ser afastada a aplicação da LAI, em favor da incidência exclusiva da LDC? A doutrina especializada responde a indagação no seguinte sentido:

Em caso de um conflito de normas, a legislação sobre acesso à informação deve ter precedência sobre qualquer outra legislação, geral ou especial, que verse sobre sigilo. Esta precedência é reconhecida pela Relatoria Especial sobre Liberdade de Expressão da OEA, desde seu informe anual de 2009. [...]

O objetivo desta exigência consiste em estimular os governos a regulamentar em um único diploma legal o direito de acesso à informação e o regime de exceções, de maneira a revogar, expressa ou tacitamente, todas as leis anteriores que estabeleciam hipóteses de sigilo (BENTO, 2015, p. 9697).

Porém, o princípio de que “a divulgação tem precedência em caso de conflito de normas” (BENTO, 2015, p. 96) foi expressamente afastado pela norma do artigo

⁸⁶ “Art. 49. O Tribunal e a Superintendência-Geral assegurarão nos procedimentos previstos nos incisos II, III, IV e VI do caput do art. 48 desta Lei o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos ou exigidos pelo interesse da sociedade”.

22 da LAI, nos termos do qual “o disposto nesta lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça” em que pese fosse preferível que a LAI “disciplinasse de forma compreensiva todas as situações em que o sigilo é permitido, abolindo todas as demais situações” (BENTO, 2015, p. 97).

Destarte, a LDC prevalece sobre a LAI se houver conflito entre as disposições normativas de cada qual. Logo, a aplicação do artigo 7º, parágrafo 3º, da LAI, pode ser excepcionada pelo comando emergente do artigo 49, in fine, da LDC, que confere ao TADE e à SG o poder discricionário para garantir “o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos ou exigidos pelo interesse da sociedade”

Mas, ainda caberia indagar se a disposição genérica do artigo 49 da LDC (“interesse da sociedade”) pode ser utilizada como fundamento para interditar o acesso de terceiros ao teor do histórico da conduta e seus aditivos produzidos a partir do acordo de leniência ou do TCC cartel, mesmo após a conclusão do processo administrativo, na forma definida pelo artigo 2º, da Resolução CADE n. 21/18.

Isso porque, como preconiza a doutrina especializada, ao regular o disposto no artigo 5º, XXXIII, da Lei Maior, o legislador não pode utilizar expressões vagas para definir as hipóteses em que o direito à informação será excepcionado. Ao contrário, a lei deve ser “acessível, inequívoca e redigida com elevada especificidade e precisão, de forma a permitir aos indivíduos prever se uma determinada ação é ilegal” (BENTO, 2015, p. 107). Senão, na prática, a autoridade antitruste teria o poder discricionário de definir em cada caso concreto, o conteúdo da expressão utilizada pelo legislador constituinte: “sigilo indispensável à segurança da sociedade e do Estado”, tarefa que foi confiada pela Constituição Federal, exclusivamente, ao legislador ordinário⁸⁷.

Deveras, como ensina PAIVA

Como limitação de direito e expediente impeditivo do arbítrio, a restrição da publicidade requer o princípio da legalidade estrita. A produção normativa deve ser o reflexo concreto e particular dos pressupostos constitucionais da exceção da publicidade (imprescindibilidade à segurança social ou estatal,

⁸⁷ Aqui é bom lembrar a sempre válida lição de BANDEIRA DE MELLO, segundo a qual em nosso Direito não se admite a delegação legislativa disfarçada, sendo vedado à autoridade administrativa “incluir no sistema positivo qualquer norma geradora de direito ou obrigação novos. Nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregados pelo regulamento. [...] É dizer: se à lei fosse dado dispor que o Executivo disciplinaria, por regulamento, tal ou qual liberdade, o ditame assecuratório de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei perderia o caráter de garantia constitucional, pois, o administrado seria obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa ora em virtude de regulamento, ora de lei, ao libito do Legislativo [...]” (2018, p. 367/8).

exigência do interesse social). [...] A construção normativa subalterna não é livre, exigindo razoabilidade na instituição de núcleos de sigilo administrativo animado pelos pressupostos constitucionais, evitando sacrifício desnecessário de outros direitos. [...] E na aplicação ou na interpretação a subsunção da situação fática à hipótese normativa reclama suficiente motivação para, entre outros fins, facilitar o controle judiciário e circunscrever a aplicação estrita do direito excepcional (PAIVA, 2010, p. 169).

Conclusivamente, adota-se o posicionamento de que não existe fundamento legal válido para autorizar a manutenção do sigilo dos documentos e informações auto acusatórias oriundos do acordo de leniência e/ou TCC Cartel, após o término do processo administrativo de imposição de sanção por infração à ordem econômica no âmbito do CADE, já que a fórmula empregada pela parte final do artigo 49 da LDC (“interesse da sociedade”) é excessivamente vaga, limitando-se a praticamente reproduzir as expressões “interesse da sociedade e do Estado” e “interesse social” empregadas pela Lei Maior (CF, 5º, XXXIII e LX), sendo, portanto, correta a solução do conflito em favor da publicidade, conforme decidiu o STJ no julgamento do Recurso Especial n. 1.554.986/SP.

4.4 A ação civil pública n. 1051058-75.2014.8.26.0053

Em maio de 2013, com base em acordo de leniência celebrado entre a SG e a SIEMENS LTDA, SIEMENS AG e outros, a SG instaurou o inquérito administrativo sigiloso n. 08700.004617/2013-41, para investigar a prática de cartel em licitações públicas referentes a 15 (quinze) projetos de implantação e/ou manutenção de linhas de metrô e/ou aquisição de trens, em vários Municípios brasileiros (São Paulo, DF, Porto Alegre, Belo Horizonte, Rio de Janeiro), no período de 1998 e 2012.

Apurou-se que as investigadas adotavam estratégias combinadas para fixar preços, dividir mercado e ajustar condições, vantagens ou abstenção nos diversos procedimentos licitatórios.⁸⁸

⁸⁸ Conforme consta da respectiva Nota Técnica de instauração do Inquérito Administrativo, as participantes do cartel tinham por escopo dividir o mercado entre si e exigir o pagamento de preços abusivos dos clientes “por meio da coordenação para definição de participantes e do ganhador de um processo licitatório ou dos lotes de uma mesma licitação; combinação dos valores das propostas a serem apresentadas pelos participantes da licitação e apresentação de propostas de cobertura com vistas à viabilizar o combinado; formação de consórcios com vistas a eliminar a disputa entre concorrentes e/ou implementar a divisão de mercado previamente acordada e subcontratação de concorrentes como forma de recompensa pela colaboração na implementação das estratégias combinadas” (Autos n. 08700.004617/2013-41, p. 26).

Com base nas investigações, em março de 2014, a SG instaurou o processo administrativo para aplicação de sanções aos representados pela prática de infração coletiva contra a ordem econômica e, em agosto de 2014, o METRÔ e a CPTM foram admitidos nos autos como terceiros intervenientes (LDC artigo 50, p. 1º). Assim, também em dezembro de 2015, o Estado de São Paulo foi admitido a intervir no processo, mas todos com autorização de acesso apenas aos autos públicos n. 08700.004617/2013-41, sendo-lhe vedada a consulta aos autos de acesso restrito.

Curiosamente, em 09 de dezembro de 2014, fundado nos fatos apurados em 3 (três) inquéritos civis, e no Acordo de Leniência n. 01/2013 celebrado entre a SIEMENS LTDA e o CADE,⁸⁹ o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública em face da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM, Siemens Ltda., Alstom Brasil Ltda., Construciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S/A, CAF Brasil Indústria e Comércio Ltda, Trans Sistemas de Transportes S/A, Bombardier Transportation Brasil Ltda, Termoinsa do Brasil Ltda, Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda, e Montagens e Projetos Especiais.

O órgão ministerial postula: (1) a declaração de nulidade de 3 (três) procedimentos licitatórios afetados pelo cartel; e (2) a condenação das demandadas, excluindo a CPTM, ao pagamento de danos materiais equivalentes aos valores integrais pagos pela contratante, além de danos morais difusos, no total de 487.416.045,85 (quatrocentos e oitenta e sete milhões, quatrocentos e dezesseis mil, quarenta e cinco reais e oitenta e cinco centavos).

A petição inicial da ação em destaque, que não corre em segredo de justiça, foi instruída com cópia do Acordo de Leniência firmado pela SIEMENS e do respectivo Histórico da Conduta, em que pese, quando do ajuizamento da ação, o caso do cartel do metrô no CADE ainda estivesse na fase instrutória do processo administrativo n. 08700.004617/2013-41.

No final de 2019, o TADE conclui o julgamento das representadas aplicando multas às pessoas jurídicas envolvidas que alcançaram R\$ 969.000,00 (novecentos e sessenta e nove milhões de reais), tendo constado no voto do Conselheiro Relator que “os danos estimados segundo a presente metodologia, para cada contratante,

⁸⁹ A NOTA TÉCNICA Nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE noticia que o MP/SP ajuizou outras duas ações civis públicas para a condenação das empresas que participaram do cartel do metrô ao ressarcimento dos danos advindos da colusão, bem como, que há uma ação civil de ressarcimento por danos causados pelo mesmo cartel que foi ajuizada pelo Estado de São Paulo em face das infratoras. Não foi possível, porém, identificar o número dos processos.

teriam sido de: CPTM/Estado de São Paulo: R\$ 2.269 milhões; União (Trensurb e CBTU); R\$ 132 milhões; GDF: 39 milhões”.

Atualmente, a ação civil pública n. 1051058-75.2014.8.26.0053 está na fase postulatória e, na recente réplica às contestações das várias empresas demandadas, o Ministério Público invocou o disposto no artigo 7º, da Resolução CADE n. 21/18, para afirmar que não existe qualquer impedimento legal ao uso do material da leniência para corroborar as alegações feitas na exordial, já que as provas foram obtidas pelo *Parquet* na condição de interveniente do acordo de leniência,⁹⁰ onde ficou expresso que as ditas informações poderiam ser empregadas pelo órgão ministerial para instruir quaisquer ações civis cujo ajuizamento entendesse ser cabível.

O caso evidencia que, na circunstância do acordo de leniência se referir a cartel em licitação, o órgão do Ministério Público que atuou como interveniente no acordo de leniência terá a liberdade de, a qualquer tempo, ajuizar ação de ressarcimento por danos causados por prática anticompetitiva com fulcro no material da leniência, inclusive em face da colaboradora, já que entre as funções institucionais do *Parquet* figura a defesa do patrimônio público (CF, artigo 129, III).

Entretanto, a brecha que viabiliza a divulgação ampla do material da leniência no âmbito de ações civis públicas intentadas pelo *Parquet*, mesmo antes do julgamento do caso pelo TADE, pode vir a comprometer, substancialmente, a atratividade do Programa de Leniência antitruste.

4.5 A Resolução CADE n. 21/18

Especialmente diante da decisão do STJ proferida no RESP n. 1.554.986, o CADE, visando articular de forma mais equilibrada a persecução pública e a persecução privada no campo da repressão à prática de infrações coletivas à ordem econômica, conferindo maior segurança jurídica às colaboradoras e compromissárias, editou a Resolução n. 21/18 para regulamentar o acesso de terceiros interessados aos documentos e informações colhidas durante a tramitação de inquéritos e

⁹⁰ Inclusive, no modelo padrão de acordo de leniência divulgado pelo CADE em seu sítio eletrônico na internet há cláusula específica definindo ser obrigação do colaborador “8.6. Cooperar plena e permanentemente com a com as investigações e o processo administrativo relacionado à infração relatada a ser conduzido pela SG-Cade e com o (MPF ou MPE) nos procedimentos que poderão ser instaurados ou propostos por estes órgãos”, o que certamente abrange o inquérito civil para embasar futuro ajuizamento de ação civil pública.

processos administrativos, especialmente os colhidos e produzidos a partir de acordo de leniência e TCC cartel.

Para subsidiar a elaboração da Resolução CADE n. 21/18, a Superintendência-Geral da autarquia produziu a Nota Técnica n. 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE que contém um estudo sobre a solução implementada por outros países no que respeita ao relacionamento entre a persecução pública e a privada no campo do direito antitruste, produzindo-se quadros resumos sobre as normas em vigor nos Estados Unidos da América do Norte, União Europeia, Reino Unido, Alemanha, Holanda, Austrália e Canada.

A Nota Técnica também analisou a experiência brasileira sobre a matéria, especialmente, o posicionamento do TADE e do Poder Judiciário no que concerne ao acesso a documentos e informações oriundos de AL e TCC, notadamente, no caso do cartel internacional dos compressores e do cartel dos trens do metrô. E, com base nisso, endereçou propostas para regulamentação administrativa da questão no âmbito do CADE que culminaram com a edição da Resolução n. 21/18.

Pelo teor dessa norma regulamentar verifica-se que as regras adotadas pela autarquia foram inspiradas no sistema previsto pela Diretiva sobre Ações de Ressarcimento de Danos Concorrenciais do Parlamento Europeu e do Conselho de 2014 cujo escopo foi harmonizar o direito dos consumidores obterem ressarcimento no âmbito das ACRDC com a proteção do programa de leniência da União Europeia.

A *EU Damages Directive* classifica, segundo a amplitude do acesso, os documentos e informações originários da leniência em 3 (três) categorias: (1) proteção total (*black list*) – declarações (*leniency statements*) e propostas (*settlement submissions*) de acordos de leniência – não podem ser divulgados, nem mesmo por ordem judicial; (2) proteção temporária (*grey list*) – documentos preparados no âmbito a investigação da prática anticoncorrencial – só podem ser divulgados por ordem judicial e após o julgamento final do processo pela autoridade da concorrência; (3) sem proteção (*white list*) – documentos pré-existentes à investigação – podem ser divulgados a qualquer tempo por ordem judicial.

E, por seu turno, a Resolução CADE n. 21/18 confere tratamento de acesso restrito, mesmo após o julgamento do caso pelo TADE, ao histórico da conduta e seus aditivos e aos documentos apresentados pela infratora durante negociação de acordos que seja subseqüentemente frustrada, reproduzindo, claramente, a

disposição contida na Diretiva da União Europeia relativa aos documentos passíveis de proteção total (*black list*).

Ocorre que, entre nós, diante do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, artigo 5º, XXXV), e considerando que, como já visto, não há norma legal expressa que preveja o sigilo dos documentos e informações derivados da leniência após a conclusão do processo administrativo no CADE, o Poder Judiciário poderá determinar a quebra do sigilo respectivo no âmbito de ACRDC. Tal fato, inclusive, é claramente reconhecido pela Resolução CADE n. 21/18 (artigo 2º, I e II, “g” c/c artigo 3º, II).

Vê-se, portanto, que a autoridade antitruste cumpre fielmente as cláusulas relativas ao regime de confidencialidade do AL e TCC Cartel previstas nos respectivos “modelos” que disponibiliza em seu sítio eletrônico, nos quais consta, expressamente que pode ser determinada a quebra de sigilo das informações da leniência, ainda que auto acusatórias, por ordem judicial, de maneira que as signatárias de AL e TCCS ficam cientes do risco da divulgação do material da leniência a terceiros, por força de determinação judicial, no âmbito de ACRDC. Essa postura do CADE é louvável e representa a aplicação prática do princípio da proteção da confiança⁹¹ das empresas colaboradoras ou compromissárias.

Sem prejuízo, e mesmo diante de tal cenário, por meio da Resolução n. 21/18 o CADE procurou garantir a preservação do sigilo dos referidos documentos e informações na circunstância de haver judicialização, ao impor aos signatários dos acordos a obrigação de noticiar à autarquia a existência de ações judiciais que tenham por objeto a quebra do sigilo correspondente (artigo 5º) e, ao determinar à ProCade que intervenha nas ações respectivas (artigo 6º, I e II), com vistas a assegurar que o acesso de terceiros interessados ao material da leniência seja autorizado pelo Poder Judiciário com observância da razoabilidade e proporcionalidade (artigo 3º).

Assim é que, a ProCade irá atuar nas ARDC a fim de que, o Poder Judiciário, ao deferir a quebra do sigilo de informações e documentos originários da leniência, exija, ao menos, a observância dos seguintes requisitos: (1) plausibilidade da alegação do demandante; (2) relevância da informação para a tutela do afirmado

⁹¹ O princípio da proteção da confiança é o aspecto subjetivo do postulado da segurança jurídica e consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida” (VANOSSI, *apud* SILVA, 2005, p. 133).

direito ao ressarcimento; (3) proporcionalidade da medida requerida, vedando-se o deferimento de pedidos genéricos, para que se previna a *fishing expedition*⁹²; e (4) tramitação da ação em segredo de justiça.

4.6 O Projeto de Lei n. 283/16 do Senado Federal

Diante da constatada insuficiência de nosso ordenamento jurídico para assegurar claramente as regras acerca do sigilo do material da leniência após a conclusão do processo administrativo pelo TADE, foi proposto o Projeto de Lei n. 283/2016 com o escopo, dentre outros, de resolver o conflito entre a preservação da segurança do Programa de Leniência do CADE (manutenção da confidencialidade) e a permissão de que os prejudicados pela infração anticompetitiva tenham acesso a documentos sigilosos em poder do CADE, necessários à comprovação da prática anticompetitiva e à evidenciação dos danos dela advindos.

O projeto já foi aprovado pelo Senado Federal e atualmente tramita na Câmara dos Deputados sob o n. 11.275/2018, aguardando o parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça.⁹³ Ele contém proposta de alteração de dispositivos da Lei nº 12.529, de 30 de dezembro de 2011, para que tenham a seguinte redação:

Art. 46-A. Quando a ação de indenização por perdas e danos se originar do direito previsto no art. 47 desta Lei, não correrá a prescrição durante o curso do inquérito ou do processo administrativo no âmbito do Cade.

§ 1º Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 desta Lei, iniciando-se sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito.

§ 2º Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito quando da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade.”

“Art. 47.

⁹² Conforme relato de RECHTER: “[...] a *fishing expedition* seria um tipo de intrusão especulativa indiscriminada, que sem declarar seu objetivo de maneira explícita, lançaria suas redes com a esperança de pescar qualquer prova, para subsidiar futura acusação. Em outras palavras, e aplicando-se a expressão ao presente tema, se traduziria em uma investigação prévia da viabilidade processual e material, realizada de maneira aventureira para buscar evidências sobre a prática de ilícitos ou de nexos de causalidade que poderiam por ventura aparecer em documento obtidos ou produzidos pela autoridade concorrencial, por exemplo em uma busca e apreensão.” (RECHTER, 2018, p. 39).

⁹³ Situação do PL n. 11.275/2018, segundo a Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190209>. Acesso em 31/07/2020.

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

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

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

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

Art. 47-A. A decisão do Plenário do Tribunal referida no art. 93 é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente nas ações previstas no art. 47 desta Lei.

“Art. 85.
.....

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

Na justificativa do Projeto de Lei, foi consignado que seu objetivo é aprimorar o caráter dissuasório da multa imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em condenações de empresas por infrações à ordem econômica e estimular o ajuizamento de ações privadas para cessação das infrações, bem como ressarcimento dos danos dela decorrentes.

Obtemperou-se, em relação à previsão de ressarcimento em dobro pelos danos causados, que não se trata de medida inédita na legislação brasileira, já que tanto o Código Civil, quanto o Código de Defesa do Consumidor preveem o ressarcimento em dobro de danos em caso de repetição de indébito, em seus artigos 940 e 7º, respectivamente.

Acrescentou-se, ainda, que a inovação trazida pelo projeto, com o acréscimo do §1º do artigo 47, da Lei n. 12.529/2011, visa instituir uma sanção civil ao agente econômico que por má-fé (naturalmente decorrente da formação do cartel) cobra e recebe quantia indevida do prejudicado. A criação de tal sanção teria dupla finalidade:

estimular os prejudicados a ajuizarem ações civis reparatórias e prevenir a prática de cartel.

Considerou-se o atual teto da multa administrativa (20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado, obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo – artigo 37, LDC) e a incipiência das ações privadas, como incentivos à prática de infrações à ordem econômica, pois, no atual cenário normativo, os efetivos dos ganhos de uma infração bem-sucedida e duradoura, muitas vezes, são maiores que a sanção administrativa impositiva aos autores da infração.

Afirmou-se, ainda, que as ações privadas para cessação de infrações à ordem econômica e ressarcimento dos danos delas decorrentes são pouco utilizadas pelos prejudicados no Brasil, especialmente quando comparado com outras jurisdições, como a norte-americana, em que as ações privadas desempenham papel fundamental na dissuasão das infrações à ordem econômica.

Segundo a exposição de motivos do projeto de lei, os demais parágrafos acrescentados ao artigo 47 visam resguardar o bem-sucedido programa de leniência do CADE, evitando expor excessivamente os signatários de acordo de leniência e termos de compromisso de cessação de prática, isentando-os da novel sanção civil de ressarcimento em dobro dos prejuízos causados e da responsabilidade pelos danos produzidos pelos demais autores da infração à ordem econômica, restringindo a responsabilidade dos colaboradores apenas aos danos que efetivamente causaram.

Isso porque, na legislação atual, não existe tal proteção ao agente que colabora com a investigação do CADE através do acordo de leniência ou TCC, havendo o risco de ele ser demandado por todo o dano causado a terceiros pelo cartel, em razão da solidariedade que muitos consideram albergada pelos artigos 275 e 942 do Código Civil e 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que esse risco potencial desestimularia a composição com a autoridade antitruste.

Deveras, atualmente, a regra geral no Brasil (CC, 275 e 942 e CDC, 7º, parágrafo único) é a da responsabilidade solidária pelo ato ilícito entre os coautores. Aplicado ao cenário antitruste, cada participante do cartel, inclusive o signatário de um Acordo de Leniência ou o compromissário do TCC, poderia em tese ser demandado no âmbito da Ação Civil de Reparação de Danos Concorrenciais (ACRDC) pela totalidade dos danos causados pelo cartel, ressalvado o direito de regresso. Assim,

as regras gerais de responsabilidade civil, incluindo a responsabilidade solidária, poderiam ser interpretadas como aplicáveis do mesmo modo a todos os participantes do cartel.

Ocorre que esse cenário não se coaduna com o fomento das ACRDC. Sem limitação à responsabilidade civil do signatário da leniência, prejudica-se o *public enforcement*, já que o impacto financeiro decorrente do ajuizamento das ações de ressarcimento, tanto em nível nacional quanto internacional, pode ser desestimular a atratividade de signatários ao Programa de Leniência do Brasil.

A proposta legislativa estaria alinhada com a experiência internacional norte-americana, instituída pela Lei de Aprimoramento e Reforma das Sanções Penais Antitrustes de 2004, que prevê a possibilidade de o signatário do acordo de leniência cooperar com os autores no âmbito da ação indenizatória em troca da limitação de sua responsabilidade, e da Comunidade Europeia, onde a Diretiva de 2014 instituiu tratamento mais favorável ao signatário do Acordo de Leniência, que só responderá civilmente perante os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos e, relativamente a outros consumidores lesados, quando a reparação integral não puder ser obtida das outras empresas implicadas na mesma infração.

CONCLUSÕES

A doutrina de direito administrativo nacional prevalente até o início da década de 1990 prestigiava a teoria estruturada por Bandeira De Mello (2008, p. 53-59), no sentido de que, revestida de seu poder de império, a administração pública deveria sujeitar-se a um regime jurídico próprio, distinto do direito privado, denominado de regime jurídico administrativo, fincado em dois postulados básicos: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público pela administração.

Entretanto, no decorrer da década de 1990, o cenário jurídico-administrativo brasileiro sofreu imensa transformação com as privatizações, a criação de agências reguladoras dotadas de autonomia e poder normativo, a implementação, ainda que parcial, do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (BRESSER, 2006, p. 33-36), tudo isso com escopo de reduzir o tamanho da máquina pública, poupar recursos e aumentar a eficiência administrativa.

Dessa forma, vários diplomas normativos foram editados para conformar a implantação da denominada administração pública gerencial, fenômeno que culminou com a inclusão da eficiência no rol dos princípios constitucionais que devem pautar a atuação administrativa (Emenda Constitucional n. 19/98).

Nesse ambiente inovador, muitas vezes doutrinárias⁹⁴ passaram a defender a denominada administração pública consensual, sob o argumento de que o modelo clássico de atuação unilateral e imperativa da Administração Pública não mais bastava para assegurar uma atuação administrativa eficiente, máxime, considerando o

⁹⁴ São exemplos: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. O Princípio da Eficiência. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 4, jan./fev. 2004. ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular” in **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, v. 24, 1998. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, jan./mar. 2006. BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução? **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 3, jul./set. 2006. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v 231, jan./mar. 2003.

aumento da complexidade das relações travadas entre os administrados e o Poder Público.

E, com efeito, por meio de diplomas legais esparsos, foram, paulatinamente, incorporados em nosso sistema normativo vários tipos de acordos de direito público cujo objeto é a própria prerrogativa da autoridade administrativa no exercício da atividade de polícia, culminando com a previsão normativa genérica contida no artigo 26 da LINDB.

E, nesse cenário, os acordos de leniência e os termos de compromisso de cessação de prática anticompetitiva do CADE são exemplos de instrumentos pró-consensuais bilaterais de caráter negocial, cuja função é aumentar a eficiência da atividade de polícia administrativa exercida pela autoridade antitruste, na medida em que eles facilitam a detecção, apuração e punição de cartéis que tanto prejudicam a concorrência saudável entre os agentes do mercado, favorecendo, assim, o sucesso do *public enforcement*.

Para evidenciar a importância de tais instrumentos, revelou-se que entre 2003 e 2019 foram assinados 97 (noventa e sete) acordos de leniência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e pessoas físicas e/ou jurídicas colaboradoras, sendo certo que 29 (vinte e nove) destes acordos foram celebrados no âmbito da operação Lava Jato. E até 30/10/2019 foram julgados 35 (trinta e cinco) procedimentos administrativos originários de 28 (vinte e oito) acordos de leniência (CADE), a maior parte dos quais resultou na aplicação de penalidades por infração à ordem econômica às empresas representadas participantes de cartéis.

Ademais, no período de 2012 a 2017, foram homologados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica 276 (duzentos e setenta e seis) termos de compromisso de cessação de prática, sendo aplicadas contribuições pecuniárias no total de R\$ 2.423.386.119,00 (dois bilhões, quatrocentos e vinte e três milhões, trezentos e oitenta e seis mil, cento e dezenove reais) (CADE).

E, a partir da análise das práticas usualmente adotadas pelo CADE na negociação, celebração, cumprimento e extinção dos acordos de leniência e TCCS, constatou-se a intensa preocupação da autoridade antitruste brasileira em preservar o sigilo das informações e documentos, fornecidos pelas empresas colaboradoras em acordos de leniência e compromissárias de TCCS, principalmente os auto acusatórios, com vistas à preservação da atratividade do Programa de Leniência da autarquia, postura que é defendida de maneira uníssona por vários doutrinadores que

já se debruçaram sobre o tema (SOUZA, 2014; CASELTA, 2015; MOTTA, 2016; GONDIM, 2016; DRAGO e PEIXOTO, 2018; MARTINS, 2018; ROCHA, 2018).

Verificou-se, em resumo, que, para o CADE:

(1) durante as fases de proposta e negociação de AL ou TCC, o material da leniência é sigiloso;

(2) na celebração do AL, o Ministério Público atua como interveniente e, nessa condição, tem acesso à integralidade do material da leniência;

(3) durante o cumprimento dos acordos, os representados, mediante requerimento específico, são autorizados a tomar conhecimento do material da leniência, mas, singelamente, para o estrito exercício do direito de defesa, vedada a divulgação das informações a terceiros, sob as penas da lei;

(4) após o julgamento da prática anticompetitiva pelo TADE, ocasião em que é declarado o cumprimento do AL e/ou TCC, o Histórico da Conduta e seus aditivos permanecerão classificados como de acesso restrito (inacessíveis a terceiros). E os demais documentos apresentados pelas colaboradoras e/ou compromissárias só poderão ser consultados por terceiros em relação aos acordos celebrados após a edição da Resolução CADE n. 21/18.

Entretanto, interditar o acesso ao material da leniência àqueles que não participaram do processo administrativo na condição de representados, mesmo após o julgamento do TADE, malfez o princípio da publicidade administrativa, consagrado pelo artigo 5º, XXXIII, da Lei Maior, afinal, o artigo 49 da LDC não pode conferir à autoridade antitruste o poder discricionário de decidir, em cada caso concreto, o que é o “interesse da sociedade”, a justificar a restrição de acesso, impedindo o exercício do direito dos administrados exercerem a *accountability* social. E, ainda, desincentivando os terceiros prejudicados a postularem perante o Poder Judiciário o ressarcimento dos danos causados pelo cartel.

Esse choque entre vários interesses juridicamente defensáveis (preservação da atratividade do programa de leniência do CADE + proteção da confiança das colaboradoras em AL e compromissárias de TCC x garantia de ressarcimento dos terceiros prejudicados + *accountability* social) já foi submetido à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, por meio do RESP n. 1.554.986/SP, tendo a Corte decidido pelo *disclosure* em favor dos lesados, posição da qual se compartilha.

Ainda, o Ministério Público, sob o fundamento de que teve acesso legítimo ao material da leniência na condição de interveniente do AL, também se serviu das

informações classificadas pelo CADE como de acesso restrito aos representados para fundamentar o ajuizamento de ação civil pública de ressarcimento ao erário, mesmo antes da conclusão do julgamento do TADE.

Inspirada pela *EU Damages Directive*⁹⁵, a Resolução CADE n. 21/18, editada após a decisão do STJ e, provavelmente, motivada por tal decisão, buscou proteger o programa de leniência da autarquia estabelecendo medidas destinadas a: (1) impedir o acesso de terceiros interessados ao histórico da conduta e seus aditivos, mesmo após a conclusão do julgamento do caso pelo TADE; (3) assegurar a participação da ProCade em ACRDC para que se tutele o sigilo de informações e documentos eventualmente oriundos de acordos de leniência e TCCS cartel.

Tais previsões regulamentares, porém, não impedem que o Poder Judiciário determine ao CADE o compartilhamento de informações e documentos originários de acordos de leniência e Termos de Cessação de Prática, no âmbito de ACRDC, inclusive os de caráter auto acusatório, pois, como se viu, não há norma legal expressa que assegure a manutenção do sigilo de tais informações e documentos após o julgamento do processo administrativo de imposição de sanção pela infração concorrencial pelo TADE.

O projeto de lei n. 283/16, do Senado Federal, busca facilitar a persecução privada aumentando a probabilidade das vítimas da prática anticompetitiva obterem compensação pelos danos sofridos por meio das ACRDC e, a um só tempo, manter a integridade da persecução pública a cargo do CADE, de maneira que seja alcançado o objetivo maior de instar as empresas ao cumprimento da legislação antitruste, permitindo a incidência conjunta das normas compensatórias e punitivas vigentes em nosso sistema jurídico no que respeita à repressão dos cartéis.

Para tanto, a proposta legislativa apresenta as seguintes medidas:

(1) vincular o termo inicial do prazo prescricional para ajuizamento das ACRDC à publicação do julgamento definitivo do TADE proferido no processo administrativo de imposição de sanção pela prática de cartel;

(2) conferir à decisão do TADE o efeito de autorizar o Juiz da ACRDC a conceder tutela de evidência aos autores da demanda;

95

(3) impor aos infratores não colaboradores em AL e não compromissários de TCC, o ressarcimento em dobro pelos prejuízos causados às vítimas da prática anticompetitiva;

(4) limitar a responsabilidade civil dos colaboradores em AL e compromissários de TCC ao ressarcimento do efetivo dano por eles causados às vítimas, livrando-os da responsabilidade solidária;

(5) tornar obrigatória a previsão no texto do TCC cartel que, caso haja concordância das vítimas, a compromissária se submeta ao Juízo Arbitral para definição do valor a ser ressarcido.

A proposta legislativa, porém, nada dispõe sobre a manutenção do sigilo do material da leniência após o julgamento do caso pelo TADE, aspecto que merece ser disciplinado pelo legislador ordinário, para evitar a judicialização, aumentando a segurança jurídica na celebração e acordos e, assim, preservando a atratividade do programa de leniência do CADE.

Deveras, como apontado no relatório “Desenvolvimento da persecução privada do direito antitruste em Jurisdições abrangidas pela ICN”⁹⁶ (2019, p. 6/8), é importante limitar o acesso de terceiros prejudicados a informações auto acusatórias fornecidas por empresas que celebraram acordos de leniência com agências antitruste, seja para garantir a efetividade das investigações em curso, seja para proteger os programas de leniência que são importantes ferramentas de detecção de cartéis, seja, finalmente, para assegurar a efetividade da cooperação internacional entre as autoridades da concorrência.

Destarte, sendo a persecução pública a cargo do CADE o instrumento mais efetivo de combate a cartéis no Brasil e, considerando que a autoridade antitruste brasileira utiliza com significativa frequência, informações fornecidas por colaboradoras em AL e compromissárias de TCC, para identificar, processar e punir a prática do cartel, é preciso que a lei defina com clareza as regras de acesso ao material da leniência, impedindo, especialmente, a divulgação das informações auto acusatórias.

Isto é importante, até mesmo para garantir a efetividade da persecução privada no âmbito das ACRDC, porque, se não houver disposição dos infratores em colaborar com a autoridade da concorrência por meio de acordos, descortinando ou

⁹⁶ “Development of Private Enforcement of Competition Law in ICN Jurisdictions – Cartel Working Group – 2019”

comprovando a existência do cartel, não será possível aos prejudicados provar que houve colusão perante o Poder Judiciário, diante da reconhecida assimetria de informações existente entre infratores e vítimas da ação anticompetitiva.

REFERÊNCIAS

ADAMI, Mateus Piva. **A discricionariedade administrativa em face do princípio da eficiência**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ALMEIDA, Fenando Dias Menezes. Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ALMEIDA, Mario Aroso. **Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares**. São Paulo: Almedina, 2012.

ALEXY, Robert **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDERSEN, Gosta Espining. As três economias políticas do *welfare state*. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 24, p. 85-116, set. 1991.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 167, p. 293-309, jul./set. 2005.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. O Princípio da Eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 1-6, jan./fev. 2004.

ASCARELLI, Tullio. **Os contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro**. Ensaios e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1952.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, v. 4, p. 1-25, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 10 dez. 2019.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, v. 24, p. 99-127, 1998.

BAGATIN, Andreia Cristina. A natureza jurídica dos “Acordos” previstos pela Lei n. 8.884/94. *In*: MOREIRA, E. B., MATTOS, P. T. L. **Direito Concorrencial e Regulação Econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA JR., Onofre Alves. **Transações administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de Uma Administração Pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *In*: BINENBOJM, Gustavo. (coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 1-32, jan. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Novos Estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Inquérito Policial, Democracia e Constituição – modificando paradigmas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/22179/16017>. Acesso em: 19 set. 2019.

BORGES, Alice Gonzalez. G. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução? **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, v. 3. jul./set. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=587>. Acesso em: 19 set. 2019.

BOSON, Daniel Silveira; SILVA JR., Gilson Geraldino. Termo de Compromisso de Cessação (TCC): CADE, Empresas Cart eis e Jogos. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 4, n. 2, p. 99-120, 2016.

BRASIL. [Constitui o (1988)]. **Constitui o da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 21 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em 21 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 21 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 7.724, de 16 de maio de 2012.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm. Acesso em: 21 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/12529.htm. Acesso em: 21 abr. 2019.

BURINI, Bruno Corrêa. **Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial:** perspectiva instrumentalista. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CADE. **CADE em números.** Disponível em: <file:///C:/Users/SUPORTE/Downloads/Apresenta%C3%A7%C3%A3o-Balan%C3%A7o%20-%202017.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2019.

CADE. **Cartilha do CADE.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2019.

CADE. **Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE.** Disponível em: <http://www.CADE.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>. Acesso em: 25 nov. 2018.

CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de Cartel.** Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf. Acesso em: 03 abr. 2020.

CADE. **Nota Técnica n. 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG-CADE.** Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-. Acesso em 19 set. 2019.

CADE. **Regimento Interno do CADE.** Disponível em: www.CADE.gov.br/assuntos/normas-e-legisla%C3%A7%C3%A3o/regimentointerno. Acesso em: 21 abr. 2019.

CADE. **Resolução n. 21/18.** Disponível em: www.CADE.gov.br/assuntos/normas-e-legisla%C3%A7%C3%A3o/resolu%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 21 abr. 2019.

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARVALHO, Livia Cristina Lanvandeira Gândara de. C. L. G. D. **Responsabilidade Civil Concorrencial:** a busca pela efetiva reparação de danos. São Paulo: FGV, 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10470>. Acesso em 03 dez. 2018.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra. 18. ed., 2017.

CAUFFMAN, Caroline. The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages. **The Competition Law Review**. v. 7, n. 2, p. 181-221, jul. 2011.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 11. ed., 2007.

CYMBALISTA, Tatiana Matiello; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, ago./out., 2011. Disponível em: <https://fliphtml5.com/fdns/hidden/basic>. Acesso em 19 set. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. *In*: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Forense, 2018.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Congelamento de preços: tabelamentos oficiais. **Revista de Direito Público**, v. 22, n. 91, p. 76-86, 1989.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. **Revista de Direito Econômico – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE**, n. 21, out./dez., p. 23-30, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A Regulamentação da Ordem Econômica. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência**. São Paulo, n. 18, p. 95-98, jan./mar., 1997.

FINK, Daniel Roberto. Alternativas à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). *In*: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GABARDO, Emerson. A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro: uma questão política e administrativa. *In*: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

GHEVENTER, Alexandre. Política Antitruste e Credibilidade Regulatória na América Latina. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 2, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582004000200005&lng=en&nrm=iso, Acesso em 19 set. 2019.

GONDIM, Cláudia Gama. As fragilidades do programa de leniência brasileiro em comparação com o adotado na União Europeia. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 22, n. 2, p. 343-373, n. 2., 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 16, p. 187-197, 2009.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: 2018.

GUSTIN, Miracy B. S. et al. **(Re)pensando a Pesquisa Jurídica**. São Paulo: Del Rey, 2015.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Development of Private Enforcement of Competition Law in ICN Jurisdictions**. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/07/CWG_Privateenforcement-2019.pdf. Acesso em 30 jul. 2019.

KIRBY, Mark; BOBELA, Mota. **Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

KLEIN, Ana Lícia. **Exercício de atividades de polícia administrativa por entidades privadas**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

LAKATOS, Eva Maria et al. **Fundamentos da Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2010.

LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. **O processo administrativo no CADE e os problemas da regulação concorrencial brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

KATO, Mariana Almeida. Os acordos substitutivos e o termo de ajustamento de conduta (Lei n. 7.347/1985). **Revista de Direito Administrativo**, v. 277, n. 1, p. 101-125, jan./abr. 2018.

LOBÃO, Carla. Compromisso de cessação de prática – uma abordagem crítica sobre o instituto. **Revista do IBRAC**, v. 8, n. 8, p. 87-98, 2001.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paul, São Paulo, 2010.

MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Atlas, 2015.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.

MARRARA, Thiago. **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

MARRARA, Thiago. Princípio da Publicidade: uma proposta de renovação. *In*: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARRARA, Thiago. Regulação Consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. vol. 4, n. 1, p. 274-293, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses Públicos e Privados na atividade estatal de regulação. *In*: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis**: interface entre direito administrativo e direito penal. São Paulo: Singular, 2013.

MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. Private Enforcement de Cartéis o Brasil: O problema do acesso à prova. **Revista Brasileira de Defesa da Concorrência**. v. 6, n. 1, p. 55-87, maio 2018.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da Publicidade. *In*: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MATIAS-PEREIRA, José. Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. **Rev. adm. contemp.** Curitiba, v. 10, n. 2, p. 51-73, jun. 2016.

MATTOS, César. Evolução Institucional da Defesa da Concorrência no Brasil: A Reforma do CADE. **Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório**. Anvisa/Casa Civil da Presidência. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/divulga/public/Regulacao.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

MATTOS, Cesar Costa Alves de. de. Introdução à teoria econômica dos Cartéis. *In*: SHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonardo (coord.). **Direito Econômico Concorrencial**. São Paulo: FGV, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. São Paulo: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

MOTTA, Lucas Griebeler. Acesso a informações e provas relacionadas a acordos de leniência do âmbito de ações indenizatórias privadas à luz do Recurso Especial n. 1.554.986: uma ameaça aos cartéis ou ao programa de leniência brasileiro? **Revista do IBRAC**, São Paulo, v.22, P. 219-238, n. 2, 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. Ensaio sobre a ambivalência da segurança jurídica nas relações do Estado: da realização de justiça à faceta perversa do argumento. *In*: **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012.

NUSDEO, Fabio. Abuso do poder econômico. **Enciclopédia Saraiva do Direito**, v. 2. São Paulo: Saraiva: 1977.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHAWANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a nova face da administração pública do século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.

ORZANI, Octavio Augusto da Silva. **Compromisso de ajustamento de conduta: eficácia na proteção de interesses transindividuais**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PAGOTTO, Leopoldo. Artigo 6º, artigo 8º, artigo 15, artigo 16. *In*: Anders et al. (org.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**. São Paulo: Método, 2012.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PAULA, Ana Paula Paes de. Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. **Rev. adm. empres.**, São Paulo, v. 45, n. 1, p. 36-49, mar. 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. *In*: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

PEREIRA FILHO, Venício Branquinho. Programa de leniência no direito concorrencial brasileiro: uma análise de seus escopos e desafios. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 3, n. 2., p. 87/113, nov. 2015.

PINTO JR., Mario Engler. **Empresa Estatal: Função Econômica e Dilemas Societários**. São Paulo: Atlas, 2013.

ROCHA, Daniel Favoretto. Análise Institucional da Aplicação Cível da Lei Antitruste: Impactos sobre a atuação do CADE. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 24, n. 1, p. 174-191, 2018.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Breves considerações sobre o compromisso de cessação de prática. *In*: ROCHA, João Carlos de Carvalho (coord.). **Lei antitruste – 10 anos de combate ao abuso do poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RODRIGUEZ, Federico Rossi. Cornerstones of effective Leniency Programmes: the Latin American experience. **Revista do IBRACC**, São Paulo, v. 24, n. 1, p. 30-69, 2018.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A utilização do termo de compromisso de cessação no combate a cartéis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 249, p. 245-265, set. 2008.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n. 283/2016**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>. Acesso em: 02 dez. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Rodrigo Mansur Magalhães da. **A publicidade e suas limitações: a tutela da intimidade e do interesse social na persecução penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. **Mecanismos de Proteção ao programa de Leniência Brasileiro: um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil à luz do direito europeu**. Belo Horizonte: ESAF, 2014. Disponível em: <http://esaf.fazenda.gov.br/assuntos/pesquisas-e-premios/premio-seae/9o-premio-seae-2014/9o-premio-seae-2014/monografias-premiadas-seae-2014/tema-1-mencao-honrosa-nayara-mendonca>. Acesso em: 03 dez. 2018.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle da Regulação no Brasil: nova perspectivas com ênfase em resultados. *In*: MARRARA, Thiago.; González, Jorge Agudo (org.). **Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas**. São Paulo: Almedina, 2016.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira: Avaliação Crítica, Jurisprudência, Doutrina e Estudo Comparado** (Coleção Legislação Anotada). São Paulo: Almedina, 2017. Edição do Kindle.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WIZIACK, Júlio. “Sem indicações de novos membros, CADE trava negócios de R\$ 152 bilhões”. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 7 ago. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/08/sem-indicacoes-de-novos-membros-CADE-trava-negocios-de-r-152-bilhoes.shtml>? Acesso em: 27 maio 2020.