KAREN CALDEIRA RUBACK

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

Tese de Doutorado.

Orientador: Professor Dr. Balmes Vega Garcia.

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

KAREN CALDEIRA RUBACK

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

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

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

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

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

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

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

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

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

Aprovada em:

Banca Examinadora

Professor(a) Doutor(a): _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a): _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a): _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a): _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a): _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Aos meus pais e irmãos.

AGRADECIMENTOS

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

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

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

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

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

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

RESUMO

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

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

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

ABSTRACT

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

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

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

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

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

SUMÁRIO

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

4.4.1 Alguns destaques acerca de normas estabelecidas na Diretiva e contraposição com a situação brasileira 127

4.4.2 Das regras acerca da divulgação de elementos de prova 134

4.4.3 Comentários finais acerca da Diretiva 142

4.5 Da Comunicação sobre a proteção das informações confidenciais para a aplicação privada do direito da concorrência da UE pelos tribunais nacionais 144

5 DO ACESSO A DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES CONSTANTES DOS PROCESSOS INSTAURADOS PELO CADE 147

5.1 Das regras acerca do acesso aos processos segundo a LDC 149

5.2 Das regras gerais acerca do acesso segundo o Regimento Interno do Cade 151

5.3 Direito de acesso à informação – a Constituição Federal e a Lei de Acesso à Informação 155

5.4 Do Programa de Leniência 161

5.4.1 Da importância da proteção do programa de leniência 162

5.4.2 Do Programa de Leniência Brasileiro 163

5.4.3 Das regras de confidencialidade relacionadas ao acordo de leniência no Regimento Interno do Cade 167

5.5 Do Compromisso de Cessação de Conduta e das regras relativas à confidencialidade no Regimento Interno do Cade 169

5.6 Pedidos judiciais de acesso a documentos confidenciais dos processos do Cade 174

5.6.1 Relacionado à investigação de cartel no mercado de trens e metrôs 174

5.6.2 Relacionado à investigação de cartel no mercado de compressores herméticos 180

5.7 Divulgação de documentos pelo Cade nos votos e nos autos públicos dos processos administrativos após julgamento 188

5.7.1 Processos instaurados em decorrência de celebração de acordos de leniência 189

5.7.2 Processos sem decisão condenatória, mas com reconhecimento da existência de infração, nos quais foram firmados acordos de leniência ou TCC 196

5.7.3 Casos nos quais foram firmados apenas TCCs 199

5.7.4 Casos nos quais não houve acordo de leniência ou TCC, mas instruídos com documentos de busca e apreensão ou interceptação telefônica 204

5.8 Padrão de confidencialidade das decisões públicas da Comissão Europeia em casos de cartel internacional também julgados pelo Cade 205

5.9 A Resolução n. 21, de 11 de setembro de 2018, do Cade 208

5.9.1 Fomento às ARDC e proteção do enforcement público 210

5.9.2 Procedimentos aos quais a Resolução 21/2018 se aplica 212

5.9.3 Dos diferentes tratamentos conforme as fases do processo administrativo 213

5.9.4 Publicidade como regra 220

5.9.5 Exceções à regra geral de publicidade 221

5.9.5.1 Documentos e informações apresentados por meio de acordo de leniência e TCC 222

5.9.5.2 Histórico da Conduta e documentos comprobatórios da infração reportada 223

5.9.5.3 Tratamento do acordo de leniência..... 229

5.9.5.4 Tratamento de outras informações e declarações auto-acusatórias 231

5.9.5.5 Restrições previstas nos artigos 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011 232

5.9.5.6 Segredo industrial..... 234

5.9.5.7 Vantagem competitiva a outros agentes econômicos 234

5.9.5.8 Sigilo fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial, dentre outros, e segredo de justiça..... 235

5.9.5.9 Hipóteses dos artigos 91 a 94 e 219 do RiCade 235

5.9.5.10 Sigilo definido por decisão judicial 235

5.9.5.11 Apresentados durante negociação de acordo de leniência ou de TCC subsequentemente frustrada..... 236

5.9.6 Ressalva acerca da concessão de acesso aos documentos referidos no artigo 2º da Resolução 21/2018 e da atuação da ProCade 237

5.9.7 Problema de aplicação temporal 240

5.9.8 Das sanções para divulgação indevida de informações e documentos de acesso restrito e do tratamento de acesso quando da utilização por terceiros 243

5.10 Da Portaria Cade n. 869, de 01 de novembro de 2019 244

6 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACESSO A DOCUMENTOS DE OUTROS PROCESSOS SEGUNDO O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA..... 247

6.1 Da prova emprestada 248

6.1.1 Requisitos para utilização de prova emprestada..... 249

6.1.2 Riscos relacionados ao uso de prova emprestada..... 255

6.2 Da exibição de documento..... 258

6.3 Ônus Probatório..... 259

6.3.1 Distribuição dinâmica do encargo probatório 262

6.3.2 Considerações acerca da distribuição dinâmica do encargo probatório..... 266

7 DO REFLEXO DO TRATAMENTO DE PUBLICIDADE DE DOCUMENTOS DAS INVESTIGAÇÕES DO CADE EM OUTRAS JURISDIÇÕES 269

8 CONCLUSÃO – PROPOSTAS RELATIVAS A PROCEDIMENTOS E REGRAS DE TRATAMENTO DE ACESSO A INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS DOS PROCEDIMENTOS DO CADE PARA FUNDAMENTAR ARDC..... 275

8.1 Sobre a divulgação pelo Cade, de informações e documentos que tenham sido classificados como de acesso restrito – potenciais riscos 282

8.2 Sobre a divulgação de informações e documentos antes classificados como de acesso restrito de forma automática a partir da decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade 286

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

1 INTRODUÇÃO

A criação de uma autoridade com competência para investigar condutas anticoncorrenciais ocorreu no Brasil por meio da Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962[1]. Embora a eficácia das decisões desta autoridade, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade ou Conselho) tenha sido limitada[2] durante a vigência desta lei, ela se fortaleceu a partir da publicação da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994 – que transformou o Cade em uma autarquia – e, especialmente, a partir da Lei que a revogou e substituiu, a Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência, ou LDC).

Nos termos da LDC, a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela lei, a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico[3]. O escopo de atuação do Cade é, portanto, o de aplicação da legislação de proteção da concorrência sob o aspecto do interesse público – normalmente referido como "*enforcement* público" do direito da concorrência.

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

---

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

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

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

quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, dentre outras ações voltadas à instrução dos processos instaurados pelo Cade[4]. E, somados à tais poderes, o Cade possui outro relevante instrumento capaz de lhe dar acesso a informações e documentos relevantes para sua investigação, qual seja, o acordo de leniência – e, à semelhança, o compromisso de cessação de prática sob investigação.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

De fato, a assimetria de informação é uma característica marcante nas ações privadas em matéria concorrencial. O conjunto probatório necessário para comprovar a infração que deu causa ao dano e permitir a sua quantificação, usualmente, estão em posse da autoridade concorrencial no âmbito de uma investigação, ou em posse das empresas e indivíduos que praticaram a infração – sendo que mesmo estes últimos, em caso de conduta colusiva[7], dificilmente terão posse de documentos suficientes para comprovar a infração em toda a sua extensão, em relação a todos os infratores.

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

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

sua cessação (visto que os benefícios são maiores, ou únicos, para o primeiro a denunciar[8]).

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

Como resultado dos amplos debates, promovidos ao longo de alguns anos, a Comissão Europeia publicou a Diretiva 2014/104/EU[9] (Diretiva), que estabelece regras a serem implementadas por todos os Estados-Membros da União Europa a respeito de ações de reparação relativas a danos causados por infrações concorrenciais. Desde a publicação desta Diretiva – e mesmo pouco tempo antes de sua publicação –, diversas ARDC têm sido propostas nos Estados-Membros da União Europa – notadamente, na Alemanha, Reino Unido e Países Baixos. Tais ações são propostas por milhares de prejudicados e pleiteiam valores milionários.

---

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

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

O Brasil não ficou fora destes debates, e ações buscando a remoção de entraves para propositura de ações de reparação por danos concorrenciais já vêm sendo adotadas há alguns anos. Em 2016 foi proposto o Projeto de Lei do Senado n. 283, com o objetivo de "estimular o ajuizamento de ações privadas para cessação das infrações, bem como ressarcimento dos danos dela decorrentes"[10] – que atualmente tramita na Câmara dos Deputados sob o número Projeto de Lei n. 11.275/2018[11]. Tal projeto visa não apenas remover alguns dos obstáculos – por exemplo, ao dispor de regra clara sobre o prazo prescricional aplicável e sobre sua contagem – como também incentivar tais ações, ao estabelecer o direito de indenização em dobro para a reparação por dano concorrencial (exceto em relação aos signatários de acordo de leniência e de compromisso de cessação de conduta).

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

A aplicação da Resolução 21/2018, entretanto, tem sido tímida. Até a presente data, tem-se conhecimento de apenas duas decisões que abordam diretamente a aplicação da Resolução 21/2018[12]. Diversas dúvidas ainda existem

---

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

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

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

acerca desta Resolução, notadamente, em que medida a norma altera os procedimentos já adotados pelo Cade até o momento de sua publicação. Por exemplo, há dúvidas sobre a exata extensão dos documentos cujo tratamento confidencial será mantido mesmo após decisão do Tribunal do Cade; ou o critério de aplicação temporal da Resolução, ou seja, se, e como, ela seria aplicada para casos já julgados[13], ou casos já iniciados mas não julgados até a publicação da norma; dentre outros que serão detalhados neste trabalho. Dada a relevância do tema, mostra-se pertinente avaliar as diretrizes apresentadas pela Resolução 21/2018, as dúvidas e controvérsias existentes, e ponderar a melhor forma de aplicação de tal Resolução. Neste sentido, a análise da experiência estrangeira se mostra relevante – notadamente, a experiência da União Europeia no contexto da Diretiva, dadas as diversas similaridades com o contexto brasileiro que deu origem à Resolução 21/2018.

Relevante observar que, à semelhança do que ocorreu na Europa, a publicação desta norma regulando procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos processos administrativos ocorreu em meio a um crescente interesse acerca das ações reparatórias em matéria concorrencial no Brasil, e também a discussões ocorridas em âmbito judicial. Uma decisão judicial merece particular atenção, qual seja, a proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.554.986/SP[14]. Decidindo de forma diversa do quanto defendido pelo Cade em juízo (na qualidade de assistente), o STJ decidiu que o sigilo do procedimento administrativo do Cade não poderia ser oposto ao Poder Judiciário, e que as razões para manutenção de confidencialidade de tal procedimento administrativo – notadamente, proteção da investigação do Cade,

---

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

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

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

ainda em curso porque não proferida ainda a decisão[15]; e proteção da confidencialidade relacionada a acordos de leniência firmados com o Cade – não seriam justificáveis. Tal decisão trouxe à tona um risco iminente de que o Poder Judiciário poderia decidir de forma contrária ao entendimento do Cade. E, no entender da autoridade concorrencial – que, neste ponto, alinha-se com o entendimento adotado em outras jurisdições – poderia trazer riscos à investigação do Cade, incluindo os incentivos aos programas de leniência.

Portanto, a análise da Resolução 21/2018 deve ser feita num contexto mais amplo, qual seja, o de como as regras ali dispostas podem trazer repercussões também em outras esferas. E tal fato não é irrelevante, mas pelo contrário. Veja-se, por exemplo, que a Comissão Europeia recentemente abriu consulta pública para um Guia com orientações para o Poder Judiciário acerca de classificação e tratamento de informações e documentos confidenciais que tenham sido obtidos, originariamente, de suas investigações[16]. O alinhamento da política adotada pelas autoridades de concorrência com as decisões a serem proferidas pelo Poder Judiciário que possam afetar, direta ou indiretamente, as atividades das autoridades de concorrência são fundamentais para uma política sólida de defesa da concorrência.

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

---

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

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

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

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

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

2 DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

No contexto deste trabalho importa analisar os principais conceitos relativos ao direito da concorrência por duas razões principais. A primeira se relaciona à consideração do papel do Cade no exercício de suas atribuições para defesa da concorrência – e em relação a este ponto analisaremos o histórico da legislação de defesa da concorrência e os objetivos deste ramo do direito. E a segunda concerne a definição de infração concorrencial, dado que tal infração pode ensejar o direito de reparação por danos concorrenciais causados – e em relação a este ponto, buscaremos diferenciar as infrações concorrenciais (que se relacionam às investigações do Cade) da infração de concorrência desleal (que foge da competência do Cade e não se enquadra no escopo das ARDC).

2.1 Histórico do direito da concorrência brasileiro

Há estudos sobre as origens do direito da concorrência brasileiro que analisam a política de intervenção e regulação econômica adotada desde a época em que o Brasil ainda era uma colônia de Portugal[17]. Na fase fiscalista, anterior à transferência da Corte portuguesa para o Brasil com a vinda de D. João VI para este país, não teria sido adotada qualquer política que se pudesse considerar como protetora da livre concorrência. Isto porque não havia concorrência significativa entre os agentes econômicos (além de que a produção local de diversos produtos sequer era permitida[18]), e não havia um mercado consumidor significativo no Brasil – de fato, mesmo fora do Brasil o comércio era limitado, dadas as restrições para comercializar com outros países que não Portugal.

---

[17] Cf. FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 88 ss.

[18] Por exemplo, o Alvará de 5 de janeiro de 1785 proibiu o estabelecimento de fábricas e manufaturas no Brasil, sob o argumento de que os colonos deixariam de cultivar e explorar as riquezas da terra, e de fazer prosperar a agricultura, conforme haviam prometido àqueles que receberam as sesmarias. Ademais, havia o receio de que faltasse mão de obra para a extração de ouro e diamantes. Algumas exceções se aplicavam, como, por exemplo, a manufatura têxtil para produção de tecidos que servissem de vestuário para negros ou empacotamento nas fazendas. O documento, na íntegra, está disponível em: <http://historiacolonial.arquivonacional.gov.br/images/media/Junt%20da%20fazend%20COD439%20f27f27vf28.pdf>. Acesso em 10 out. 2019.

A vinda de D. João VI para o Brasil foi acompanhada de uma política de estímulo ao desenvolvimento econômico brasileiro, com adoção de princípios econômicos liberais. Tais princípios acabariam por ser refletidos, mais de um século depois, na Constituição da República de 1934, ao dispor em seu artigo 115 que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os "princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica". Esta mesma Constituição dispôs sobre a faculdade do Estado de intervir na e sobre a economia, nos termos dos artigos 116 e 117.

É na Constituição seguinte, a de 1937, que se identifica o primeiro dispositivo que teria dado origem à legislação de defesa da concorrência brasileira. O Decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938, regulamentou o artigo 141[19] da Constituição da República de 1937, e teve como objetivo a proteção da economia popular. Em outras palavras, tal Decreto-lei visava reprimir o abuso de poder econômico no interesse dos consumidores. Interessante notar que este Decreto-lei detalhava algumas práticas consideradas ilícitas, as quais, até os dias atuais, são consideradas infrações concorrenciais, tais como a manipulação de oferta e procura e fixação de preços mediante acordo entre empresas (cartel), a proibição de açambarcamento, e exclusividade.

O Decreto-lei 7.666, de 22 de junho de 1945, conhecido como "Lei Malaia", originado do Projeto de Agamemnon Magalhães, procurou trazer sistematização e efetividade na repressão ao abuso de poder econômico, tratando especificamente sobre o tema. O direito da concorrência moderno encontra relação com este Decreto-lei, por exemplo, pelo fato de ela tratar de infrações de caráter administrativo, e não penal – não dispõe de "crimes" contra a ordem econômica, mas de "atos contrários aos interesses da economia nacional". Mas a relação mais forte se deve ao fato de este Decreto-lei ter criado a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, a origem do atual Conselho Administrativo de Defesa Econômica, também ligado ao Poder Executivo. Por ter sido revogado[20] em 9 de

[19] Esta é a redação do artigo 141: "A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição."

[20] Tal revogação estaria relacionada à queda de Getúlio Vargas e à visão de que tal Decreto-lei teria cunho exageradamente nacionalista e protecionista.

novembro do mesmo ano de sua publicação, o Decreto-Lei 7.666/1945 não teve efetividade plena.

No ano seguinte foi promulgada a Constituição da República de 1946, trazendo expressamente, e pela primeira vez, dispositivo dispondo sobre a repressão ao abuso do poder econômico[21] – o qual traz, ainda, elementos específicos do direito da concorrência, tais como menção à dominação de mercados, eliminação de concorrência e aumento arbitrário de lucros[22]. Esta inovação é interpretada por alguns como indicativo de uma nova fase do que é hoje classificado como direito da concorrência, em que a proteção da economia popular deixa de ser o foco, para dar lugar à proteção contra o abuso do poder econômico e defesa da concorrência[23]. Entretanto, a regulamentação desse dispositivo somente[24] surgiu no ano de 1962.

Em 10 de setembro de 1962 é então promulgada a Lei n. 4.137, cuja ementa indica o propósito de repressão ao abuso do poder econômico. Esta lei criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – cujos poderes teriam sido considerados excessivos e motivos de severas críticas, à época. Tal como indicado anteriormente, a eficácia das decisões do Cade foi limitada neste período, notadamente, como resultado de decisões judiciais suspendendo e anulando decisões condenatórias proferidas pelo órgão antitruste. Deve-se reconhecer, contudo, que durante a vigência desta lei alguns conceitos foram desenvolvidos[25], configurando o início dos debates e discussões acerca da interpretação da legislação de defesa da concorrência no Brasil[26]. Em 8 de janeiro

---

[21] Assim dispõe seu artigo 148: "A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros."

[22] A terminologia de aumento arbitrário de *lucros* merece uma ressalva. A terminologia mais apropriada possivelmente seria a de aumento arbitrário de *preços* (preços praticados aos consumidores), e não de lucros, especialmente no contexto de liberdade de iniciativa e livre concorrência.

[23] Cf. VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

[24] Consideramos que, embora a Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951 contivesse dispositivos sobre crimes contra a economia popular, ela não configurava efetiva regulação da política de defesa da concorrência ou similar.

[25] Por exemplo, acerca da interpretação de que a simples aquisição de ativos, ou operações de fusão e aquisição não seria suficiente para reconhecimento do abuso do poder econômico. Cf. FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Poder econômico: exercício de abuso. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

[26] Segundo entendimento de PAULA A. FORGIONI, apesar de alguns "surtos" ou "ondas" de aplicabilidade da lei, esta "não encontrou maior efetividade na realidade brasileira, sendo impossível identificar qualquer atuação linear e constante de diretriz econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência". Op. cit., p. 120.

de 1991, foi promulgada a Lei n. 8.158, cuja ementa dispõe: “Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências”. Tal lei não revogou a Lei n. 4.137/1962, de forma que o Cade manteve sua atuação, agora junto à Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), criada pela mencionada lei posterior. Em termos práticos, a efetividade da política de defesa da concorrência não sofreu, entretanto, alterações significativas.

Embora a Constituição da República de 1967, a emenda constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, e a Constituição da República de 1988 tenham trazido algumas alterações nos dispositivos referentes à repressão ao abuso do poder econômico e assuntos relacionados, estas alterações não refletiram movimento específico ou alteraram a política de defesa da concorrência. A alteração realmente significativa desde a Lei n. 4.137/1962 foi feita com a promulgação de nova lei de defesa da concorrência. A efetividade da política de defesa da concorrência e aplicação consistente da lei e dos poderes conferidos à autoridade de defesa da concorrência teve início, de fato, com a promulgação da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994.

Por meio da nova lei, o Cade foi transformado em autarquia federal, com destinação orçamentária própria, e foi criado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), formado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) vinculada ao Ministério da Fazenda, e a Secretaria de Direito Econômico (SDE) que, como o Cade, era vinculada ao Ministério da Justiça. A instauração dos processos, as investigações conduzidas e julgamentos proferidos passaram a ocorrer com maior consistência desde então. Pode-se considerar que muitas das decisões do Cade tenham sido tímidas[27] nos anos iniciais da nova lei (particularmente, em relação aos percentuais de multa em casos de condenação por condutas anticoncorrenciais) – talvez como estratégia para evitar a posterior anulação pelo Poder Judiciário, o que inviabilizaria o fortalecimento do Cade. Mas este cenário mudou alguns anos após a aplicação da Lei n. 8.884/1994. A atuação consistente do Cade e SDE, aliada as políticas dos órgãos do SBDC para conscientização da sociedade acerca das condutas que possam configurar

[27] Embora algumas exceções possam ser aplicáveis. Por exemplo, em relação à decretação de prisão preventiva de acionista de uma rede atacadista e do gerente-geral de uma empresa e executivos de lojas de departamentos no âmbito de uma investigação de aumento abusivo de preços, referenciado por FORGIONI, Op. cit., p. 122.

infrações concorrenciais[28], tornou a política de defesa da concorrência uma realidade no Brasil. Verificou-se a consolidação do controle de concentrações empresariais no Brasil, e do combate às condutas anticoncorrenciais – notadamente, o combate aos cartéis, ao qual foi dada prioridade máxima pelo SBDC. Tal como descrito por PAULA FORGIONI, "o progresso dos últimos 15 anos autoriza o Brasil a afirmar sua própria política antitruste."[29]

A consolidação da política de defesa da concorrência e alinhamento das políticas brasileiras às melhores práticas internacionais foi refletida também na implementação do Programa de Leniência brasileiro, que se deu por meio de alteração da lei no ano 2000[30]. A Lei n. 8.884/1994 vigorou plenamente até sua revogação pela atual lei de defesa da concorrência.

A Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011 – referida como a Lei de Defesa da Concorrência (LDC) –, entrou em vigor em 29 de maio de 2012. As principais alterações que esta lei trouxe foram a reestruturação do SBDC, o estabelecimento do controle prévio dos atos de concentração (em contraposição ao controle *a posteriori* adotado na lei anterior)[31], e a alteração dos critérios de aplicação de multa por infrações concorrenciais[32]. A antiga SDE foi extinta, e suas

---

[28] No website do Cade é possível encontrar diversas cartilhas elaboradas na vigência da Lei n. 8.448/1994, dentre os quais se encontra o "Guia prático do Cade", um guia bilíngue (nas línguas Portuguesa e Inglesa) com informações sobre a estrutura dos órgãos de defesa da concorrência, um resumo da legislação concorrencial, e menção a alguns casos paradigmáticos já julgados pelo Cade. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei>. Acesso em 20 nov. 2019.

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

[30] A Medida Provisória n. 2.055/2000 incluiu na Lei n. 8.884/1994 dispositivo regulando o Programa de Leniência em matéria concorrencial.

[31] Em relação ao controle prévio de atos de concentração, vide manifestação do Cade em seu sítio eletrônico: "A principal mudança introduzida pela Lei 12.529/2011 consistiu na exigência de submissão prévia ao Cade de fusões e aquisições de empresas que possam ter efeitos anticompetitivos. Pela legislação anterior, essas operações podiam ser comunicadas ao Cade depois de serem consumadas, o que fazia do Brasil um dos únicos países do mundo a adotar um controle de estruturas *a posteriori* . A análise prévia trouxe mais segurança jurídica às empresas e maior agilidade à análise dos atos de concentração, sendo que o Cade passou a ter prazo máximo de 240 dias para analisar as fusões, prorrogáveis por mais 90 dias em caso de operações complexas". Disponível em: < http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>. Acesso em 20 nov. 2019.

[32] As multas aplicáveis por infração à ordem econômica, segundo a lei anterior, variavam entre 1% a 30% do faturamento bruto da empresa no *mercado relevante*. A nova lei estabeleceu o patamar de 0,1% a 20% do faturamento da empresa no *ramo de atividade* em que ocorreu a infração. A nova sistemática teria criado flexibilidade para o Cade estabelecer penalidades adequadas e proporcionais para a efetivação da política de combate a condutas anticompetitiva. Em 29 de maio de 2019, o Cade publicou a Resolução n. 3, com uma lista dos ramos de atividade. Esta Resolução, entretanto, tem sido duramente criticada por inconsistências verificadas na definição dos ramos de atividade – em relação a alguns mercados/indústrias, o ramo de atividade corresponde à definição

atribuições foram transferidas para a então criada Superintendência-Geral, que passou a compor o Cade. A instrução dos processos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica e para análise de atos de concentração (que antes eram de competência da SDE e SEAE) passou a ser de competência do Cade. A SEAE deixou de atuar na instrução processual e passou a ter função de promover a advocacia da concorrência perante órgãos do governo e sociedade. No âmbito do Cade, foi criado o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – cujas funções se assemelham as que antes eram de atribuição do Cade – e o Departamento de Estudos Econômicos, com a função de assessorar o Cade em estudos e pareceres econômicos. Em relação à atribuição do Cade, relevante esclarecimento é apresentado pelo órgão:

> Vale ressaltar que, apesar de ser uma autarquia em regime especial, o Cade não é uma agência reguladora da concorrência, e sim uma autoridade de defesa da concorrência. Sua responsabilidade é julgar e punir administrativamente, em instância única, pessoas físicas e jurídicas que pratiquem infrações à ordem econômica, não havendo recurso para outro órgão. Além disso, o Conselho também analisa atos de concentração, de modo a minimizar possíveis efeitos negativos no ambiente concorrencial de determinado mercado. Não estão entre as atribuições da autarquia regular preços e analisar os aspectos criminais das condutas que investiga. Suas competências também não se confundem, por exemplo, com as de órgãos e entidades de defesa do consumidor (Instituto de Defesa do Consumidor – Procon, Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON/MJ etc.) ou dos trabalhadores.[33]

Este breve histórico[34] da introdução da defesa da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro procurou mostrar que já há várias décadas ações tem sido adotadas para regulamentar e tornar efetiva a política de defesa da concorrência no país, e que a legislação vigente atualmente e as instituições com competência para aplicá-la já estão consolidadas. A autoridade de concorrência brasileira, o Cade, vem recebendo diversos prêmios e reconhecimentos internacionais de sua atuação – os quais estão indicados no sítio eletrônico da autarquia[35]. No tópico seguinte apresentaremos, em linhas gerais, os tipos de

---

de mercado relevante, em outros é muito mais amplo do que o mercado relevante. Por tal razão, o Tribunal do Cade tem adotado entendimento diverso do estabelecido nesta Resolução n. 3/2012 em alguns casos – por exemplo, em investigações no mercado de autopeças.

[33] Disponível em: < http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>. Acesso em 20 nov. 2019.

[34] O Cade preparou uma publicação sobre os 50 anos da "Defesa da concorrência no Brasil", que está disponível em: < http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos.pdf>. Acesso em 16 nov. 2019.

[35] Disponível em: <http://www.cade.gov.br/premiacoes>. Acesso em 16 nov. 2019.

conduta anticoncorrencial e critérios gerais de sua caracterização, segundo intepretação do Cade, a fim de delinear o tipo de infração que pode ensejar a propositura de ação de reparação por dano concorrencial.

Em relação à efetividade das decisões do Cade, uma questão que vem à tona diz respeito à manutenção das decisões condenatórias do Cade que sejam levadas à revisão pelo Poder Judiciário. Embora o tema desvie do foco do presente trabalho, uma breve consideração deve ser feita em vista de eventuais considerações acerca da possibilidade de se considerar que a decisão condenatória do Cade possa ser utilizada para presunção da existência da infração em ações de reparação por danos concorrenciais.

Em cartilha publicada pela SEAE em 2010 intitulada “Defesa da Concorrência no Judiciário”, reporta-se que enquanto no ano de 1995 apenas duas ações teriam sido propostas perante o Poder Judiciário contra decisões do Cade, em 2008 o número teria se elevado para 105 ações[36]. Esta cartilha busca demonstrar a importância da política de defesa da concorrência e explicar os princípios básicos da LDC. Nela consta referência expressa à importância de conhecimento da matéria pelo Judiciário, nestes termos: “A compreensão pelos magistrados do funcionamento dos órgãos do SBDC e das peculiaridades afetas à dinâmica da concorrência tem sido de fundamental importância.” E vai além, ao advogar os prejuízos advindos de suspensão de decisões do Cade pelo Judiciário: “Muitas vezes o Judiciário suspende a decisão do CADE sem considerar que isso pode causar um grande prejuízo à coletividade.” E então apresenta o dado de que aproximadamente 83% das decisões do Cade são mantidas após a sentença judicial, o que demonstraria “o cuidado do Conselho em atuar nos estritos limites da lei.”

A metodologia para o cálculo deste percentual não é apresentada, bem como a relação dos casos considerados ou qualquer parâmetro indicativo, tais como os tipos de processo, a data de análise, as instâncias consideradas (por exemplo, se a decisão de 1ª instância é considerada no cálculo mesmo após revisão em 2ª instância), se considera apenas hipóteses de revisão de decisões do

[36] Disponível em: < http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_defesa_-concorrencia-no-judiciario.pdf/view >. Acesso em 19 nov. 2019.

Cade ou também casos nos quais o Cade apenas figure como parte ou *amicus curiae*, etc.

A fim de produzir estatísticas mais claras e identificar o posicionamento do Judiciário em relação às decisões do Cade, o Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (Ibrac) realizou extensa pesquisa dos processos judiciais nos quais o Cade figura como parte. Após a identificação dos processos judiciais, estes foram classificados em diversas categorias, de forma a permitir identificar especificamente o posicionamento do Judiciário nas ações que versem sobre pedidos de anulação de decisão do Cade. As categorias são: ações *stand alone* (ou seja, desconectadas de uma decisão proferida pelo Cade, mas relativas à legislação de defesa da concorrência); ações penais (igualmente, desconectadas de uma decisão proferida pelo Cade, relativas a processos criminais referente à conduta de cartel); ações indenizatórias; ações que tratem do devido processo legal; e revisão de decisões do Cade. A lista completa dos processos identificados, separados por categoria, está disponível no site do Ibrac[37], onde se pode também identificar (nos casos em que a informação é disponível) se, e qual efeito a decisão judicial produziu na decisão do Cade. A análise destes processos, considerando o critério das decisões que tratam especificamente de revisões de decisões do Cade ou do devido processo legal em relação a processos do Cade, indica que o percentual de manutenção dessas decisões após revisão judicial é bastante inferior à divulgada pela SEAE na cartilha acima mencionada ou em manifestações do Cade.

2.2 O conceito do direito da concorrência

Alguns conceitos e critérios acerca da configuração de condutas anticoncorrenciais constantes na LDC, à semelhança daqueles constantes nas legislações de jurisdições que antecederam à brasileira, são razoavelmente amplos. Tal fato não caracteriza falha no processo legislativo, mas uma particularidade do direito da concorrência, qual seja, o fato de que as características de cada caso alteram a análise dos impactos pro- ou anticompetitivos de cada ato, e é impossível prever todas as situações. Determinada conduta pode gerar efeitos

[37] Disponível em: < https://ibrac.org.br/planilha.htm>. Acesso em 19 nov. 2019.

diversos em diferentes cenários, em razão dos diversos fatores que influenciam os mercados, tais como características típicas de cada indústria, produto ou serviço, grau de concentração do mercado; o momento econômico (de crise ou de desenvolvimento); as características do mercado consumidor; dentre outros.

Interessante notar que Aristóteles já afirmava a necessidade de que algumas leis adotassem certos conceitos abstratos. O filósofo defendia que nas hipóteses em que determinada situação fosse indefinida, a regra correspondente deveria ser, igualmente, indefinida. A fim de exemplificar a adequação de sua afirmação, Aristóteles apresenta comparação da indefinição da regra com a régua de chumbo utilizada pelos construtores de Lesbos:

> É por isso que nem todas as coisas são determinadas pela lei: é impossível estabelecer uma lei acerca de algumas delas, de tal modo que se faz necessário um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida, a regra também é indefinida, tal qual ocorre com a régua de chumbo usada pelos construtores de Lesbos para ajustar as molduras; a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, da mesma forma como o decreto se adapta aos fatos.[38]

Para além dos conceitos trazidos na legislação acerca de condutas que possam configurar infração concorrencial, a clareza acerca do propósito da legislação antitruste para fins de sua correta aplicação é de grande importância, tal como ressaltado por ROBERT BORK, estudioso que exerceu grande relevância no desenvolvimento do direito antitruste:

> A política antitruste não será racional até que possamos dar uma resposta firme a uma pergunta: Qual é o propósito da lei – e quais são seus objetivos? Todo o resto deriva da resposta que dermos. [...] Apenas quando a questão dos objetivos estiver firmada será possível estabelecer um conjunto coerente de regras.[39]

Analisaremos, a seguir, brevemente, o histórico e desenvolvimento do conceito de infração concorrencial nas principais jurisdições que antecederam a brasileira na regulação do direito concorrencial, quais sejam, os Estados Unidos da

---

[38] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Trad.: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 124.
[39] Tradução livre do original: “Antitrust policy cannot be made rational until we are able to give a firm answer to one question: What is the point of the law – what are its goals? Everything else follows from the answer we give. (…) Only when the issue of goals has been settled is it possible to frame a coherent body of substantive rules”. BORK, Robert. H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. The Free Press: New York, 1993, p. 50.

América (EUA) e a União Europeia. Em seguida, faremos a mesma análise em relação ao direito brasileiro.

2.2.1 O conceito nos EUA

Embora o *Sherman Act* (Lei Sherman)[40] não tenha sido a primeira lei a dispor sobre direito antitruste[41] é amplamente reconhecido que esta foi a lei que não apenas tratou do tema de forma mais abrangente, mas teve efetiva aplicação. De fato, a aplicação desta lei, embora com algumas emendas e complementação por outras normas[42], mantém-se vigente até os dias atuais.

Promulgada em 1890, a Lei Sherman foi uma resposta a problemas contemporâneos à época em que foi elaborada, notadamente, a segunda metade do século XIX, após a guerra civil norte-americana. Durante e na sequência do período de reconstrução, houve um significativo desenvolvimento das indústrias de manufaturas e de produção de óleo. Como a ferrovia era o principal meio de transporte de todos os produtos, os agricultores e industriais concorriam pelo mesmo serviço de transporte, e o preço do frete para agricultores passou a sofrer significativos aumentos. Há relatos de que uma das principais empresas da época, Standard Oil Company, forçava as empresas ferroviárias a aceitar preços baixos para esta empresa e até mesmo as impedia de transportar produtos de concorrentes[43].

Em defesa da agricultura, alguns movimentos se formaram e leis estaduais foram criadas[44]. Entretanto, o desenvolvimento de novas formas de gerenciamento de empresas, notadamente, de constituição de trustes (e abusos

---

[40] O *Department of Justice* (Departamento de Justiça dos EUA, ou DOJ) disponibiliza acesso, por weblinks, para toda a legislação e guias relacionados ao direito antitruste norte-americano, disponível em: < https://www.justice.gov/atr/file/761131/download>. Acesso em 18 nov. 2019.

[41] Considera-se como primeira lei dispondo especificamente sobre o direito antitruste, ou direito da concorrência, a promulgada no Canadá, em 1889, denominada “Act for the Preservation and Suppression of Combinations formed on Restraint of Trade”.

[42] Em 1914, o Congresso norte-americano aprovou outras duas leis antitruste, a *Federal Trade Comission Act* (que criou a *Federal Trade Commission*, ou FTC – autoridade de defesa da concorrência), e o Clayton Act. Algumas revisões foram feitas posteriormente, mas estas três leis vigoram até os dias atuais e constituem o cerne do direito antitruste norte-americano. Vide mais informações no website da FTC, disponível em: < https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>.

[43] Veja referências na decisão do caso Standard Oil Co. *v.* United States, 221 U.S. 1 (1911).

[44] Vide referências em REARDON, James F. Consumer Collective Redress Mechanisms in Competition Law – Comparative analysis of Swiss, American and European Union Laws & Proposals for Switzerland. Schulthess Médias Juridiques: Zurich, 2014, p. 9.

em sua utilização), tornavam inócuas aquelas iniciativas. Este modelo permitia às empresas afastarem a jurisdição de determinado Estado Federativo ao separar a propriedade efetiva da empresa de seu controle efetivo[45]. Isto é, era possível mover uma empresa do estado no qual fora constituída para um outro estado no qual tenha sido criado um truste para operar a empresa, sem necessidade de mudança física dos ativos.

No final do século XIX, várias das indústrias básicas, tais como açúcar, aço, petróleo, tabaco e uísque operavam numa estrutura de truste. Este cenário teria, aos poucos, criado uma aversão generalizada na sociedade contra as grandes corporações que operavam por meio de trustes. A solução para o problema, diante daqueles fatos, deveria ocorrer em nível nacional, ante a impossibilidade de endereçá-lo por meio de legislação estadual. E tal solução foi realizada por meio da Lei Sherman.

A identificação dos propósitos específicos que a Lei Sherman buscava endereçar, entretanto, não é facilmente realizada pela leitura de seus dispositivos. Alguns entendem que o Congresso não apresentou, de fato, uma agenda detalhada acerca das ações a serem adotadas para combater os problemas identificados – especificamente, abusos por parte de grandes corporações, aumento de preços, criação de dificuldade para concorrentes, fechamento de mercado, dentre outros. Ao contrário, o Congresso teria optado por deixar a cargo dos advogados da União e dos Tribunais determinarem as ações a serem adotadas para solucionar tais problemas. Tal como manifestado por DEWEY:

> *A close reading of the debates and committee hearings that preceded passage of the Sherman Act can convey a good idea of the fears that inspired it. The Congress of 1890 had quite a few growing out of the appearance of cartels, the plight of farmers, railroad rates, and, above all, the activities of the Standard Oil Company. The debates and committee hearings do not indicate that Congress in 1890 meant to lay out any detailed agenda for dealing with its worries. The most we can assume is that Congress wanted some sort of action from the Attorney general and the courts*.[46]

---

[45] GIFFORD, Daniel J., e RASKIND, Leo J. Federal Antitrust Law Cases and Materials, 2a ed. Cincinati: Ohio, 2002, pp. 4-5, *apud* REARDON, James F. *Op. cit.,* p 10.
[46] DEWEL, Donald. Economists and Antitrust – the circular road. Antitrust Bull, vol. 35. 349, 1990. A*pud* REARDON, James F. *Op. cit.,* p 10.

Um julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos do ano de 1904 é particularmente interessante a este respeito. Ao endereçar argumentos de que a Lei Sherman seria um estatuto voltado à proteção dos concorrentes, o Juiz Oliver Wendell Holmes, ao proferir seu voto no caso *Northern Securities*[47], aduziu que como a palavra "concorrência" não teria sido usada na lei aplicável, o Sherman Act, a concorrência não deveria ser um conceito importante na interpretação da lei. Em suas palavras:

> O tribunal inferior decidiu como se a manutenção da concorrência fosse o objeto expresso da lei. A lei não diz nada sobre concorrência. Limito-me às exatas palavras usadas. Estas palavras alcançam dois tipos de casos, e apenas dois – contratos de restrição do comércio e combinações ou conspirações para restrição do comércio […].
> Mas a decisão não foi decidida, e parece-me que não poderia ser decidida, sem perverter a linguagem, para se aplicar a um acordo pelo qual se põe um fim à concorrência através de uma comunhão de interesses."[48]

A análise da jurisprudência norte-americana indica que este entendimento foi alterado com o tempo, incorporando-se a ideia de que a Lei Sherman seria sim um estatuto voltado para a proteção da concorrência. Veja-se, por exemplo, decisão proferida também pela Suprema Corte dos Estados Unidos, já no ano de 1958, em trecho que explica o propósito da elaboração da Lei Sherman:

> *The Sherman Act was designed to be a comprehensive charter of economic liberty aimed at preserving free and unfettered competition as the rule of trade. It rests on the premise that the unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality, and the greatest conductive to the preservation of our democratic political and social institutions*.[49]

Dada a escolha por uma legislação relativamente abstrata, que não contém pormenorizadamente as situações e hipóteses de aplicação, os dispositivos da Lei Sherman, de fato, permitem ao aplicador da lei uma margem significativa de

---

[47] *Northern Securities Co. v. United States*, 193 US 197, julgado em 1904.
[48] Tradução livre do original: "*The court below argued as if maintaining competition were the expressed object of the act. The act says nothing about competition. I stick to the exact words used. The words hit two classes of cases, and only two, - contracts in restraint of trade and combinations or conspiracies in restraint of trade […].But the provision has not been decided, and, it seems to me, could not be decided without a perversion of plain language, to apply to an arrangement by which competition is ended through community of interest […]."* Parágrafos 404 e 406 do voto (193 U.S. 197).
[49] N. Pac. Ry. *v.* United States, 356 U.S. 1, 4 (1958).

interpretação. Embora tal fato seja próprio da legislação de países que adotam o *common law*, como os Estados Unidos, destaca-se que o modelo foi seguido, de forma geral, também pela União Europeia e mesmo pelo Brasil.

2.2.2 O conceito na União Europeia

A necessidade de uma política comum sobre direito da concorrência na Europa já era reconhecida desde o início da formação do que viria a ser a União Europeia. Tanto o Tratado estabelecendo a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço[50], assinado em 18 de abril de 1951 quanto o Tratado estabelecendo a Comunidade Econômica Europeia, assinado em 25 de março de 1957, contém um capítulo sobre o tema.

Tratando sobre a abordagem do direito da concorrência na União Europeia, DORIS HILDEBRAND[51] esclarece que o TFUE assume que a União Europeia é baseada numa econômica de mercado aberta[52]. Isto é, um regime econômico que, de forma geral, deixa a cargo das forças competitivas do mercado a determinação de quais produtos e em que local e a qual preço serão comprados e vendidos. E observa que o mercado livre aparenta ser uma garantia de riqueza e progresso, embora possa também oferecer riscos, os quais são explicados da seguinte forma:

> *The inherent and unavoidable tendency of private business to restrict competition for the sake of monopoly profits induces companies to agree on cartels, tie-in agreements, exclusive dealership clauses and other restrictive practices. They make use of their liberty in order to narrow their own and their competitors' freedom to contract. This spontaneous decomposition of the market economy had to be prevented by legislation designed to protect competition. [….]*
> *In Europe, 'competition policy serves as an instrument to achieve the optimal allocation of resources, technical process and the flexibility to adjust to a changing environment*.'[53] [54]

[50] Cf. artigos 65 e 66.
[51] HILDEBRAND, DORIS. The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules. 2nd ed. The Hague: Kluwer, 1998, p. 8-9.
[52] Com exceção da esfera da agricultura.
[53] XXV Report on Competition Policy, 1996, p. 15.
[54] HILDEBRAND, DORIS., Op. cit., p. 9.

Uma explicação concisa acerca dos conceitos básicos sobre o significado de proteção à concorrência no âmbito da União Europeia é apresentada por DAVID GERBER, nos seguintes termos:

> Uma concepção é centrada na eficiência econômica – a ideia de que a concorrência deveria ser governada, primordialmente, pelos princípios de alocação ótima de recursos e maximização de bem-estar. […]
> A segunda concepção de defesa da concorrência baseia-se na liberdade econômica. Nesta, a questão é em que medida as restrições da concorrência limitam as oportunidades de decisão dos agentes econômicos. […]
> Uma terceira perspectiva aborda a questão do poder econômico. Nesta perspectiva, a função da legislação de concorrência é evitar que empresas usem seu poder econômico para debilitar as estruturas competitivas (e, às vezes, também as políticas e sociais). […]
> Finalmente, proteger a concorrência é frequentemente compreendido como um meio para reduzir ou eliminar barreiras as mudanças econômicas e ao desenvolvimento.[55]

Atualmente, as principais regras acerca do direito da concorrência estão dispostas nos artigos 101 e 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE)[56]. O artigo 101 trata da proibição de condutas concertadas – condutas adotadas por dois ou mais agentes, com o objetivo de impedir, restringir, ou distorcer a concorrência no mercado da União Europeia. Já o artigo 102 trata da proibição do exercício abusivo de posição dominante por um ou mais agentes no mercado da União Europeia, caso possa distorcer a concorrência entre os Estados-Membros. O TFUE também contém dispositivos tratando de subsídios governamentais – especificamente, proibindo tais subsídios quando estes puderem ameaçar ou distorcer a concorrência nos Estados-Membros. O regime de notificação prévia de atos de concentração foi introduzido pelo Regulamento n. 4064/89, de dezembro de 1989[57].

---

[55] Tradução livre do original: "*One centers on economic efficiency – the idea that competition law should be governed primarily by principles of optimum resource allocation and wealth-maximization. […] A second conception of competition protection centers on economic freedom. Here, the issue is the extent to which restraints on competition restrict the decisional opportunities of economic actors.* […] *A third view addresses the issue of economic power. In this conception, the function of competition law is to prevent firms from using their economic power to undermine competitive (and sometimes political or social) structures.* […] *Finally, protecting competition is often understood as a means of reducing or eliminating obstacles to economic change and development. […].*" GERBER, DAVID J. *Law and Competition in Twentieth Century Europe.* Nova Iorque: Oxford University Press, 2001, pp x-xi.

[56] O acesso ao documento, em diversas línguas, pode ser feito pelo website da EUR-Lex, em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>. Acesso em 18 nov. 2019.

[57] O Regulamento sofreu emendas pelo Regulamento n. 1310/97, de junho de 1997.

As regras se aplicam genericamente a todos os setores econômicos, com algumas poucas exceções[58] para setores específicos, ou exceções em bloco ou regras processuais[59].

2.2.3 Divergências nos conceitos adotados em diferentes jurisdições

Alguns estudiosos argumentam acerca de eventual diferença entre o conceito de proteção da concorrência no direito norte-americano e no europeu. ELEANOR FOX, acadêmica norte-americana, por exemplo, publicou um artigo intitulado "Nós protegemos a concorrência, vocês protegem os concorrentes"[60] – em que "nós" se refere aos EUA e "vocês" a União Europeia. Embora estas e outras considerações acerca de definição de direito da concorrência devam ser ponderadas em razão do contexto em que tenham sido realizadas – pois levam em consideração apenas algumas decisões de maior repercussão, proferidas em determinado período de tempo – são úteis para indicar os diversos tipos de interpretação possíveis.

Com base em informações apresentadas em dois artigos de FOX[61], elaboramos o quadro abaixo. Não temos aqui o propósito de tecer em detalhes as hipóteses de configuração de conduta concorrencial, ou mesmo de ponderar qual seria a melhor interpretação possível. Nosso objetivo é apenas o de ressaltar que pode haver divergência quanto às razões que permitam caracterizar uma conduta como anticoncorrencial.

---

[58] Por exemplo, exceções para o setor da agricultura, estabelecidas por meio do Regulamento do Conselho n. 26/62.
[59] Por exemplo, aplicadas ao setor de transporte, tais como o Regulamento do Conselho n. 870/95. n. 906/2009.
[60] Tradução livre do original "*We protect competition, you protect competitors",* publicado na Revista de Direito da Concorrência, nº 9, jan. a mar. de 2006, pp. 11-32.
[61] Além da obra citada na nota anterior, cf. FOX, Eleanor. *What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect.* Antitrust Law Journal, v. 70, 2002-2003, pp. 371-384.

Quadro 1. Configuração de conduta anticoncorrencial – efeitos e objeto de proteção

Quanto aos efeitos	Quanto ao objeto da proteção
Ato[62] que possa artificialmente reduzir a quantidade ofertada, com consequente aumento de preço. Cartel é um exemplo.	A repressão a esse tipo de ato é hipótese clássica e aceita como de proteção à concorrência. Os consumidores também seriam diretamente protegidos.
Ato que possa afetar a integridade dos mercados (degradando o mecanismo de funcionamento normal do mercado). Por exemplo, práticas excludentes injustificadas.	A repressão a esse tipo de ato é normalmente aceita como protetora da concorrência. Os consumidores seriam protegidos indiretamente.
Concorrência agressiva que possa destruir as empresas pequenas ou fracas; caracteriza-se por atos tais como a redução de preço ou outras estratégias eficientes que beneficiam diretamente os consumidores.	A repressão a esse tipo de ato seria hipótese que se caracterizaria pela proteção dos concorrentes.

Discussões acerca dos critérios de configuração de conduta anticoncorrencial emergem de tempos em tempos, usualmente motivadas por decisões diversas, sobre casos semelhantes (que lidem sobre a mesma ou similar conduta, em relação aos mesmos agentes) nos EUA e na União Europeia. Algumas divergências surgem, especialmente, em relação à categoria intermediária do quadro acima, qual seja, condutas que possam afetar a integridade dos mercados, degradando o mecanismo de funcionamento normal do mercado. Esta hipótese se relaciona de alguma forma, ao "*level playing field*"[63], que representa uma situação ideal de mercado onde todos têm a mesma chance de concorrer e de serem bem-sucedidos. Condutas relacionadas ao abuso de poder de mercado, por exemplo, que levem ao fechamento do mercado ou criação de dificuldades ao funcionamento dos concorrentes, podem caracterizar condutas que afetam e distorcem o ideal do *level playing field.* A caracterização de determinadas condutas como anticoncorrenciais, contudo, podem variar não apenas em vista das particularidades de cada caso, mas do conceito de defesa da concorrência, ou da política econômica, isto é, dos objetivos buscados pela execução da política de defesa da concorrência.

[62] Ato engloba tanto as condutas (atos que possam caracterizar infração concorrencial) como os atos de concentração (hipóteses de aquisição, fusão, e outras que caracterizam o controle de estruturas e submete-se à aprovação da autoridade de defesa da concorrência - no Brasil, regula-se pelo art. 88 e seguintes da Lei n. 12.529/2011).

[63] Ver a respeito, por exemplo, apresentação da Conselheira da Comissão Europeia Karel Van Miert

As diferentes decisões adotadas pelas autoridades de concorrência norte-americana e europeia, em casos semelhantes, por exemplo, poderiam ser explicadas pela adoção de conceitos relativamente diferentes quanto ao direito da concorrência e seu objeto de proteção e formas de assegurar os objetivos da lei. Diversos artigos a respeito foram publicados, por exemplo, após decisões proferidas no caso General Electric/ Honeyewell – relativa à aquisição da Honeywell International Inc. pela General Electric Company, ambas empresas norte-americanas, no ano de 2001. A respeito, a Comissão Europeia[64] concluiu pela incompatibilidade da operação tal como proposta, impondo severas restrições para sua aprovação, enquanto que a autoridade concorrencial norte-americana, DOJ, aprovou a operação com restrições simples[65].

O mesmo ocorreu em relação à investigação de possível conduta anticoncorrencial pela Microsoft – nos EUA, em relação à abuso de posição dominante no mercado de software (através do Sistema Operacional para computadores pessoais, o Windows) e venda casada do navegador Internet Explorer com o Windows; e na União Europeia, também em relação ao mercado de software (alegação de não compartilhamento das informações sobre sua plataforma de software, Windows) mas, quanto à venda casada, em relação à venda do Media Player, um aplicativo para execução de músicas, vídeo, dentre outras funcionalidades, juntamente com o Windows. A União Europeia, em decisão proferida em 2004, concluiu pela existência de conduta anticoncorrencial e impôs restrições consideradas severas[66]. Já nos Estados Unidos, embora decisões

---

[64] Processo nº COMP/M.2220 – General Electric/ Honeywell. A versão em português está disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2220_en.pdf>. Acesso em 18 nov. 2019.

[65] As restrições foram a venda do negócio de motores para helicópteros da Honeywell e a admissão de uma terceira parte como provedora de serviços de manutenção, reparação e revisão para alguns modelos de motores de aviões e unidades auxiliares de produção de energia.

[66] A Comissão Europeia decidiu que a Microsoft teria abusado de sua posição dominante no mercado do Sistema Operacional Windows e praticado venda casada. Determinou que a empresa oferecesse o Windows sem o Media Player e fornecesse os códigos e ferramentas sobre sua plataforma de software para que outras empresas pudessem desenvolver aplicativos com melhor interoperabilidade com seu Sistema Operacional, além de aplicar uma multa significativa. Destaca-se que, diferentemente do acordo firmado nos Estados Unidos com o DOJ, as informações que deveriam ser fornecidas sobre a plataforma de software seriam muito mais abrangentes, motivo pelo qual a Microsoft ofereceu resistência quanto ao fornecimento desses dados, descumprindo os prazos estabelecidos na decisão (gerando imposição de multa de 899 milhões de Euros). Segundo nota publicada pela Comissão Europeia, a Microsoft teria sido a primeira empresa, em 50 anos de vigência da legislação de concorrência, que teria exigido a imposição de penalidade por descumprimento de decisão proferida pela autoridade de concorrência. Cf. nota, disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_08_318>. Acesso em 18 nov. 2019.

judiciais reconhecessem a caracterização de conduta ilícita, uma penalidade bem mais branda foi adotada[67].

Tratando sobre o caráter político do antitruste, PAULA A. FORGIONI faz breve referência à divergência apontada nos casos acima, nos seguintes termos:

> A análise das recentes divergências entre União Europeia e Estados Unidos nos casos *General Electric/Honeywell* e *Boeing/MacDonnel Douglas,* deixa claro os problemas derivados do caráter político do antitruste. Ou haveria outra forma de explicar as diferentes posturas sobre a ilicitude das práticas comerciais da *Microsoft*, ou, ainda, sobre o dever de empresas dominantes se comportarem de forma a não aniquilar a concorrência por conta de seu poder econômico?[68]

Mais recentemente, debates semelhantes têm surgido em meio a diferentes decisões e comentários sobre política a ser adotada em relação, por exemplo, a empresas do setor de tecnologia, tais como Google e Facebook.

As divergências são menores, entretanto, em relação a condutas que possam caracterizar cartel. De forma geral, a definição da conduta de cartel é objetiva. Denomina-se como cartel *hardcore* o acordo entre dois ou mais agentes econômicos voltados à definição artificial de preços, ou descontos ou outras condições de venda; de quantidades ofertadas; de território ou base de clientes (divisão de mercado), que afasta ou restringe diretamente a concorrência no mercado. Já o *soft* cartel (ou cartel *softcore*) refere-se a outras condutas praticadas por dois ou mais agentes econômicos que arrefeça, afaste ou restrinja a concorrência no mercado, por exemplo, quando há troca de informações concorrencialmente sensíveis entre concorrentes. A ilicitude de tais condutas (e antijuridicidade) pode ser questionada caso se considere necessário que, além da

---

[67] A primeira decisão judicial condenatória foi revertida em sede de apelação em vários termos (o tribunal afastou a ordem de dividir a empresa em duas, bem como a condenação por venda casada – por entender que os consumidores se beneficiavam com a integração – e a condenação por tentativa de monopolização do mercado de navegadores. A única conduta anticoncorrencial que teria sido praticada pela Microsoft, segundo a decisão da Corte de Apelação, seria a de adotar atos anticoncorrenciais com o objetivo de manter sua posição de monopolista). Após tal decisão, um acordo foi firmado entre a Microsoft e o DOJ para finalizar o processo judicial. Tal acordo, aprovado pelo judiciário, estabeleceu que a Microsoft deveria se abster de punir fabricantes de computadores pessoais que instalassem produtos de concorrentes e também deveria licenciar seus protocolos de comunicação para outros fornecedores de tecnologia interessados em desenvolver softwares para servidores que interagissem com o sistema operacional Windows.

[68] FORGIONI, Paula Andrea. O que esperar do antitruste brasileiro no século XXI? *In* NUSDEO, Fábio (coord.). O Direito Econômico na atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 347-366, p.349.

caracterização da conduta como cartel, esta deve produzir efeitos negativos líquidos no mercado.

2.2.4 O conceito no Brasil

Embora usualmente referida como Lei de Defesa da Concorrência, a Lei n. 12.529/2011, assim como a lei que lhe antecedeu, a Lei n. 8.884/1994, não adotam a terminologia "concorrência" como objeto de proteção, de defesa, ou de algo a ser promovido por meio da lei. Ao contrário, utilizam o termo "ordem econômica".

Considerando o disposto no artigo 170 da Constituição da República, poder-se-ia arguir que "ordem econômica" possui um significado mais abrangente e sua proteção dar-se-ia não apenas por meio da promoção da livre concorrência e repressão aos atos contrários à livre concorrência. O *caput* do mencionado artigo 170 dispõe que a ordem econômica é "fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", observados os princípios citados em incisos – dentre os quais constam "livre concorrência", "defesa do consumidor", "propriedade privada"[69], dentre outros. E seu parágrafo único assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo previsão legal.

Independente de ilações adicionais acerca do conceito de ordem econômica[70] que fogem ao escopo deste trabalho, é indubitável que o propósito da Lei 12.529/2011 é a defesa da concorrência. O conteúdo de seus dispositivos – notadamente, do artigo 36, que enumera as infrações à ordem econômica, e do artigo 88, que contém os parâmetros para o controle de concentrações empresariais – são claramente voltados à proteção da concorrência, na acepção do termo desenvolvida nas jurisdições que antecederam a brasileira nesta seara do direito, tal como apresentado anteriormente neste trabalho. De fato, a análise do

[69] Observa-se que o artigo 1º da lei de defesa da concorrência faz referência a alguns princípios expressamente: "Esta Lei (...) e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico."
[70] Sobre interpretação da expressão "ordem econômica", vide a obra, e particularmente o capítulo 2 de: GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 2006.

histórico das leis e dispositivos constitucionais que antecederam a criação da LDC mostra a escolha do legislador brasileiro quanto ao uso do termo “ordem econômica” para tratar do mercado, amplamente considerado, a ser regulado. Diante desse histórico, a escolha da terminologia “infrações à ordem econômica” para referir-se às infrações que afetam a concorrência no mercado, ou seja, que configurem *infrações à concorrência*, ou *infrações concorrenciais*, teve coerência. Considerando que as duas últimas terminologias são as mais utilizadas correntemente, especialmente no âmbito do Cade, iremos utilizá-las neste trabalho de forma mais acentuada do que “infrações à ordem econômica”, embora todas se referiam ao mesmo tipo de infração.

A propósito, interessante notar a relação direta da redação do artigo 1º da LDC com o artigo 170 da Constituição da República de 1988. O artigo 1º da LDC determina que a lei:

> dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Já o artigo 170 da Constituição da República dispõe a respeito dos princípios e valores da ordem econômica, nos seguintes termos:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> I - soberania nacional;
> II - propriedade privada;
> III - função social da propriedade;
> IV - livre concorrência;
> V - defesa do consumidor;
> [...].

FÁBIO NUSDEO comenta que a incorporação de um título sobre a ordem econômica nas constituições teve como escopo básico assegurar a viabilidade jurídica “de um novo sistema econômico que pretendeu e pretende realizar uma síntese entra a tese liberal individualista e a antítese coletivista centralizadora”[71].

[71] NUSDEO, Fábio (coord.). O Direito Econômico na atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 44.

A respeito dos interesses tutelados pelo direito concorrencial, CALIXTO SALOMÃO enumera serem estes os interesses dos consumidores, o dos participantes do mercado (concorrentes) e o interesse institucional da ordem concorrencial brasileira – sendo os dois primeiros tutelados indiretamente. O autor enfatiza que a ordem concorrencial brasileira constitui um interesse institucional, definindo *garantias institucionais*[72] da seguinte forma:

> As garantias institucionais têm características bem distintivas. Em primeiro lugar, todas elas são a um tempo destinadas à proteção do interesse de cada indivíduo e de sua coletividade, seja ela numericamente determinável ou não.
> Mais ainda, em todas elas o interesse institucional é jurídica e economicamente destacável do interesse individual. Juridicamente, na medida em que a lei, ou a doutrina se encarregam de estabelecer instrumentos protetores especiais e diversos dos instrumentos protetores dos interesses privados para esses especiais interesses (demandas voltadas à proteção do interesse 'difuso'). Economicamente, porque a proteção da referida garantia institucional deve representar uma utilidade para a coletividade que não se confunda com a utilidade individual e também inconfundível com a utilidade pública.[73]

2.2.4.1 A definição de condutas anticoncorrenciais

A capitulação das condutas que configuraram infração concorrencial é apresentada na LDC, especificamente em seu artigo 36. O *caput* deste dispositivo estabelece que os atos, manifestados sob qualquer forma, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos indicados nos incisos I a IV, ainda que tais efeitos não alcançados, constituem infração à ordem econômica. Tais incisos assim estão redigidos:

> I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
> II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
> III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
> IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

O parágrafo 1º do citado artigo 36 esclarece que a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus concorrentes não caracteriza o ilícito de dominação

---

[72] O autor explica a origem das chamadas garantias institucionais, relacionadas à teoria das chamadas *Schutzgesetze,* do direito alemão – as normas qualificadas como *Schutzgesetze* são aquelas cujo descumprimento era ao mesmo tempo lesivo ao interesse coletivo e ao interesse individual. SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – as condutas. São Paulo: Malheiros, 2007.

[73] Vide SALOMÃO FILHO. *Op. cit.,* pp. 69-70.

de mercado relevante de bens ou serviços. Trata-se de uma ressalva de que o simples fato de uma empresa obter posição dominante, se esta foi conquistada por fatores endógenos, por crescimento interno da empresa, não implica em infração concorrencial. Pelo contrário, o que a lei de defesa da concorrência busca é exatamente assegurar que as empresas que ofereçam melhores produtos e serviços – por exemplo, por ofertar produtos inovadores, produtos e serviços com qualidade maior que a dos concorrentes, ou preços mais competitivos, dentre outros atributos – tenham oportunidade de conquistar espaço no mercado.

O parágrafo 2º dispõe que a posição dominante será presumida sempre que (i) uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar, unilateral ou coordenadamente, as condições de mercado; ou (ii) quando sua participação for igual ou superior a 20% do mercado relevante[74]. O conceito de posição dominante não é apresentado na LDC, e é usualmente referido como sinônimo de poder de mercado, o qual é definido pelo Cade da seguinte forma:

> Uma empresa ou grupo de empresas possui poder de mercado se for capaz de manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes. Em um ambiente em que nenhuma firma tem poder de mercado não é possível que uma empresa fixe seu preço em um nível superior ao do mercado, pois se assim o fizesse os consumidores naturalmente procurariam outra empresa para lhe fornecer o produto que desejam ao preço competitivo de mercado.[75]

A presunção de posição dominante foi incorporada à lei porque a prática de uma conduta anticoncorrencial exige que o agente, ou grupo de agentes, detenham posição dominante. Este conceito considera que a prática de uma conduta anticoncorrencial somente pode ser executada caso o agente tenha condições de influenciar a conduta dos demais agentes ou impor determinada situação por determinado tempo (por exemplo, preços acima do nível competitivo). Ao adotar a presunção com base em participação de mercado, a LDC afasta a

---

[74] Este percentual pode ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia, conforme determinado no mesmo dispositivo.

[75] Cf. seção “Perguntas gerais sobre defesa da concorrência” no sítio eletrônico do Cade, disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrencia>.

necessidade de a autoridade concorrencial comprovar a existência de posição dominante, sendo suficiente comprovar a participação de mercado do agente[76].

Já o parágrafo 3º apresenta, em vinte e nove incisos, exemplos de condutas que caracterizam conduta anticoncorrencial na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* do artigo respectivo. Alguns dos exemplos são as condutas de cartel, açambarcamento de mercadorias[77], fechamento de mercado a concorrentes[78], venda casada[79], exigência de exclusividade[80], discriminação de preços, dentre outros.

É entendimento pacífico que a lista de condutas apresentada neste dispositivo é exemplificativa. Conforme manifestado em voto proferido pelo Conselheiro Maurício Bandeira Maia, transcrevendo trecho da Nota Técnica emitida pela Superintendência-Geral do Cade, o enquadramento exato da conduta em um dos incisos deste dispositivo sequer é necessário para dar início à investigação e punição:

---

[76] A comprovação da participação de mercado, contudo, pode não ser tão simples. Para calcular tal participação, é necessário delimitar o mercado relevante relacionado à conduta, e divergências podem haver em relação a esta definição. Observa-se que em casos recentes o Cade tem adotado o entendimento de que a comprovação de posição dominante e definição do mercado relevante não é necessária em casos de cartel. O entendimento pressupõe que o mercado relevante é definido pelo próprio escopo do cartel, e a posição dominante é comprovada pela própria existência do cartel (isto é, se não houvesse posição dominante, o cartel não seria possível). Ou seja, os aspectos caracterizadores da conduta de cartel como anticoncorrencial seriam comprovados pela própria existência de uma conduta de cartel. Salvo melhor juízo, embora se possa reconhecer que é provável que a existência de uma conduta de cartel, que tenha sido executado, envolva agentes com posição dominante conjunta e que o mercado relevante seja o escopo do cartel, não nos parece possível deduzir que tal fato ocorre em todos os casos.

[77] Açambarcamento consiste na retenção de matéria-prima, produto intermediário ou acabado, com o propósito de impedir seu acesso por concorrente. A destruição e inutilização também podem constituir condutas anticoncorrenciais, se voltados também à vedação de seu acesso por concorrentes. Semelhante conduta consiste em impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia.

[78] Refere-se a conduta voltada à eliminação ou arrefecimento da concorrência por meio de restrições ao funcionamento de concorrentes, que pode ocorrer, por exemplo, quando empresa com posição dominante, verticalizada no mercado, veda acesso do concorrente a suprimentos necessários para sua atividade econômica, sem justificativa razoável. O escopo da LDC é amplo, não se restringindo a concorrentes. Vide, por ex., o inciso IV do § 3º do art. 36: “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”.

[79] Ocorre quando há subordinação da venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinação de prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem.

[80] A exigência de exclusividade pode configurar uma conduta anticoncorrencial se for imposta, por exemplo, por um agente com posição dominante, a uma parcela significativa de seus clientes, ou de seus melhores clientes. Dessa forma, eliminaria a concorrência com outros agentes não por ofertar um produto ou serviço mais atrativo aos clientes, mas pela exigência de exclusividade (que seria atendida pelos clientes pela necessidade ou importância de adquirir os produtos ou serviço daquele agente detentor de posição dominante).

> 309. O tratamento diferenciado foi descrito na Nota Técnica da SG no bojo da descaracterização da alegada "venda casada", mas com a configuração de possível tratamento discriminatório, esclarecendo também, que não seria necessário enquadramento exato em nenhum inciso do § 3º do artigo 36 da Lei 12.529/2011 para a caracterização de ilícito concorrencial, e sim de possíveis efeitos anticompetitivos:
> "Destaca-se que, na nota de instauração do processo, foi ressaltado que **'o enquadramento exato da conduta em um dos incisos do art. 36, §3º, da Lei 12.529 não é necessário para sua investigação e punição, nos termos do *caput* do artigo 36 da Lei (…), dado que se trata de rol exemplificativo'.** Nesse sentido, não é relevante que a conduta (ii) da citação acima tenha sido apontada inicialmente pela E-Commerce como "venda casada" e esta SG já tenha consignado que não se trata de "condicionamento da venda de um produto à aquisição de outro". Como ressaltado pela SG: "não se trata, assim, a priori, de venda casada, não obstante trate-se de conduta potencialmente enquadrável nos incisos citados acima (...) caso se comprove a existência de efeitos anticompetitivos potenciais derivados da prática". Assim, no entender desta SG, a prática de recusa na comercialização de espaços publicitários com fotos (PLAs) para comparadores de preços não será tratada como uma venda casada, mas sim como possível tratamento discriminatório."
> 310. Então, o tratamento discriminatório investigado foi definido de forma ampla para abarcar qualquer conduta que possa trazer prejuízos à concorrência. Após a instrução processual foram apontadas duas práticas possivelmente discriminatórias capazes de causar danos à concorrência: (i) submeter resultados de concorrentes a algoritmo diferente daquele utilizado nos produtos próprios; e (ii) incompatibilização do serviço oferecido pela plataforma com o modelo adotado por concorrentes comparadores de preço.[81] (Destaques nossos)

De forma geral, pode-se classificar as condutas anticoncorrenciais em duas espécies: as de caráter coordenado e as condutas unilaterais. As condutas de caráter coordenado envolvem a participação de mais de um agente econômico, e são exemplificadas no inciso I do parágrafo 3º do artigo 36 da LDC [82]. Genericamente, essas condutas são classificadas como cartel. Já as condutas unilaterais são praticadas por um agente isoladamente, e decorrem do exercício abusivo de posição dominante – exemplos são a discriminação de adquirentes ou fornecedores por meio da fixação diferenciada de preços ou condições de venda

[81] Voto proferido pelo Conselheiro Maurício Bandeira Maia no processo administrativo n. 08012.010483/2011-94.

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

ou prestação de serviços; ou a venda casada, consistente na subordinação de venda de um bem ou prestação de serviço à aquisição de outro bem ou serviço.

Embora ambos os tipos de conduta possam causar danos concorrenciais e, em decorrência, gerar responsabilidade de reparação aos prejudicados, atualmente, a maioria das ações de reparação por danos concorrenciais referem-se a condutas de cartel[83].

Usualmente, a maioria das investigações das autoridades concorrenciais e, notadamente, das condenações proferidas por estas autoridades, é referente à conduta de cartel. Acordos de colaboração tais como acordo de leniência e termo de cessação de conduta (ou equivalentes) tornaram mais fácil a descoberta de infrações de cartel pelas autoridades de concorrência e a obtenção de provas da infração para viabilizar a condenação dos infratores. Ainda, a caracterização de cartel é bastante objetiva: refere-se a um acordo, combinação, ajuste com concorrente em relação a preços ou quantidades produzidas ou comercializadas de bens ou serviços, ou divisão de mercado (clientes ou território), ou preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública. E, em caso de cartel, usualmente é suficiente para proferir decisão condenatória a comprovação deste tipo de acordo, sem necessidade de analisar e comprovar se tal acordo produziu, efetivamente, efeitos anticompetitivos no mercado – visto que, conforme apresentado acima, o Cade e outras autoridades concorrenciais adotam a regra de ilícito *per se*, ou por objeto, referente a investigações de cartel *hard core*, o que afasta o ônus da autoridade de comprovar os efeitos anticoncorrenciais da conduta investigada no mercado.

Já as condutas unilaterais são, de forma geral, mais difíceis de serem descobertas – acordos de leniência somente fazem sentido em condutas de caráter coordenado, como cartel[84], e termos de cessação de conduta são aplicáveis

---

[83] Em sua dissertação de mestrado, FREDERICO MARTINS apresenta como anexo uma tabela com relação de ações privadas analisadas para a elaboração do trabalho. Tal tabela representa todas as ações sobre as quais o autor teve conhecimento. Cf. MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis. Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2017, pp. 118-128.

[84] O acordo de leniência, em resumo, é um instrumento através do qual o proponente reporta à autoridade uma conduta anticoncorrencial da qual tenha participado e colabora para a "identificação dos demais envolvidos na infração", dentre outras obrigações (vide art. 86 da LDC). Dada a exigência de identificação dos demais envolvidos na infração, entende-se que condutas praticadas por um agente isoladamente (abuso de posição dominante) não viabilizariam a negociação de acordo de leniência. Ressalva-se, contudo, que acordo de leniência não é exclusivo para infrações de cartel. Vide mais informações sobre este tipo de acordo em capítulo próprio neste trabalho.

somente após início de investigação pela autoridade concorrencial[85]. E a caracterização da conduta é, usualmente, mais complexa. A autoridade concorrencial deve comprovar que a conduta provocou efeitos negativos no mercado (incisos I a IV do artigo 36 da LDC), visto que se aplica a regra da razão, e não a de ilícito *per se* ou por objeto, às condutas unilaterais.

Sendo mais abundantes as investigações e decisões condenatórias referentes a cartel (dando conhecimento acerca de uma infração concorrencial), é natural que as ações de reparação por danos concorrenciais também sejam mais abundantes em relação à mesma conduta anticoncorrencial. Aliado ao volume mais reduzido, a maior dificuldade de comprovação de condutas unilaterais, de modo geral, também explica o menor número de ações de reparação por danos concorrenciais decorrentes de abuso de poder de mercado.

2.2.4.2 Configuração de cartel – ilícito *per se* e por objeto

Uma definição simples de cartel é uma conduta adotada por dois ou mais agentes econômicos com o objetivo de falsear a concorrência entre eles. Mais especificamente, utilizando a terminologia da LDC para descrever condutas denominadas como cartel, essa conduta se caracteriza por acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, (i) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente por cada agente; ou (ii) a produção ou comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou, em relação a serviços, a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada; ou (iii) a divisão de partes ou segmentos do mercado, atual ou potencial, de bens e serviços, mediante, por exemplo, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; ou (iv) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

Várias jurisdições adotam entendimento de que a ilicitude da conduta de cartel independe da comprovação de efeitos negativos líquidos (isto é, os prejuízos superam os eventuais benefícios decorrentes da conduta), pois poder-

[85] Segundo disposto no art. 85 da LDC, que trata dos acordos de compromisso de cessação, estes poderão ser tomados pelo Cade “nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei”. Vide mais informações sobre este tipo de acordo em capítulo próprio neste trabalho.

se-ia presumir que o efeito negativo desse tipo de conduta será líquido. Tal entendimento é manifestado, por exemplo, na classificação de cartel como um ilícito *per se*, no direito norte-americano. Esta terminologia teria surgido em voto proferido no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *United States v. Socony-Vacuum Oil*, em 1940, quando o Juiz William O. Douglas aduziu que:

> *Under the Sherman Act a combination formed for the purpose and with the effect of raising, depressing, fixing, pegging, or stabilizing the price of a commodity in* ***interstate*** *or* ***foreign commerce*** *is* ***illegal per se***. [86] (Destaques constam no original)

Trata-se de uma presunção *iuris tantum*, uma modalidade de inversão do ônus probatório. Aos acusados da prática de cartel cabe comprovar a inexistência de tais efeitos negativos líquidos – comprovando, por exemplo, que os ganhos de eficiência são compartilhados com consumidores, que a conduta teria sido necessária para evitar danos maiores ao mercado. A definição dos tipos de conduta que caracterizam ilícito *per se* é feita por meio da regra de experiência, ou seja após o julgamento de diversos casos que permitam concluir, com alto grau de certeza, que a aplicação da regra da razão (que exige a comprovação do efeito pela autoridade concorrencial) acabaria por levar ao mesmo resultado[87]. A jurisprudência norte-americana das últimas décadas tem adotado entendimento de que cartéis do tipo *hard core* configuram ilícito *per se.*

Já no âmbito do direito europeu, entendimento semelhante é adotado em relação à classificação de cartel como uma conduta ilícita por objeto. Também nesta hipótese é permitido ao acusado comprovar que alguma das hipóteses de isenção de ilicitude se aplica ao caso[88] - especificamente, que ao menos uma das hipóteses do artigo 101(3)[89] do TFUE está presente no caso, ou

---

[86] United States v. Socony-Vacuum Oil, caso 310 **U.S.** 150 (1940).
[87] Cf. HOVENKAMP, Hebert. The Antitrust Enterprise. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
[88] Cf. guia produzido pela Comissão Europeia com orientações sobre ilícitos concorrenciais 'por objeto', intitulado "Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice". Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf>. Acesso em 01 nov. 2019.
[89] O artigo 101(3) do TFUE dispõe que: "As disposições no n. 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:
- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,

outra hipótese excludente de ilicitude, tal como a necessidade de proteção de um objetivo lícito e válido, tal como saúde e segurança que afastaria a tipificação da conduta como uma das hipóteses do artigo 101(1)[90] do TFUE. A definição das condutas que constituem ilícito por objeto também é feita com base na experiência. Em adição às decisões proferidas pela Comissão Europeia e outras instituições que aplicam o TFUE, a Comissão Europeia divulga guias e orientações acerca do assunto, com o objetivo de trazer mais clareza, conhecimento e segurança jurídica[91].

E no direito brasileiro a presunção de efeitos líquidos negativos em condutas de cartel tem sido adotada pelo Cade, embora não haja uniformidade na referência ao cartel como um ilícito *per se* ou ilícito por objeto.

Diversas decisões proferidas pelo Cade adotam o conceito de cartel como ilícito *per se*, dispensando a comprovação de efeitos negativos líquidos no mercado pela autoridade. Por exemplo, em voto seguido por unanimidade pelo Plenário do Cade, recentemente proferido, o Conselheiro Paulo Burnier faz referência aos precedentes do Cade adotando o entendimento de cartel como ilícito *per se*:

---

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:
a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;
b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa."

[90] O artigo 101(3) do TFUE dispõe que: "São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:
a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos."

[91] Cf., por exemplo, além do "Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice" referido acima, as Orientações relativas à aplicação do n.° 3 do artigo 81.° do Tratado (atualmente, art. 101(3) do Tratado), disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=EN>. Acesso em 19 de nov. 2019.

> 43. Melhor sorte não assiste à Embargante quanto à segunda alegação de omissão. Isso porque o voto-relator considerou que a apreciação de argumentos de cunho econômico seria irrelevante para resolução do caso em tela, **uma vez que a jurisprudência do CADE tradicionalmente valora cartéis como ilícitos per se**.[92] (Destaques nossos).

Outra referência destaca a adoção da regra *per se* para investigações de cartel, mas apenas para este tipo de infração.

> 50. O resultado que esse tipo de cartel gera, assim, é a supressão (total ou parcial) da concorrência, resultando em aumento do preço e/ou diminuição da quantidade, na transferência do excedente do consumidor para o produtor e na consequente criação do deadweight loss (DWL), que representam os consumidores que tiveram que sair deste mercado porque o preço ficou muito acima do que eles poderiam ou desejariam pagar. Essa, aliás, é a razão econômica para justificar que cartel seja analisado pela regra per se. Na verdade, **esta é a única conduta anticompetitiva que, diante da literatura econômica, pode ser compreendida como per se. Não há qualquer outra conduta (discriminação de preço, fixação de preço de revenda, etc.), portanto, que justifique uma análise per se**.[93] (Destaques nossos).

Ainda, destacamos trecho de voto que explica as consequências da adoção da regra *per se* nas investigações de cartel:

> 31. É importante destacar que o cartel é a mais grave infração concorrencial, configurando um ilícito per se, ou seja, independe até mesmo da comprovação de seus efeitos. Desse modo, um cartel pode ser configurado com uma colusão para alterar o propósito concorrencial de uma licitação sem haver sequer a efetiva participação no certame. Não faz sentido, assim, vincular o cálculo da multa à quantidade de procedimentos em que há a comprovação de participação.
>
> 40. Ademais, como já foi exposto, o cartel é ilícito *per se*, de forma que poderia ter sido configurado ainda que a Embargante, por qualquer motivo, nem participasse da licitação privada. A conduta punida aqui é o acordo entre concorrentes, independentemente de seu efetivo cumprimento ou, nesse caso, da propositura, no certame, dos preços previamente acordados entre os concorrentes.[94]

---

[92] Voto proferido pelo Conselheiro Paulo Burnier, no julgamento de embargos de declaração, processo administrativo n. 08012.004674/2006-50.

[93] Voto proferido pela Conselheira Cristiane Alkmin no processo administrativo n. 08012.002812/2010-42 (o voto foi vencido apenas em relação à multa imposta aos representados).

[94] Voto proferido pelo Conselheiro Paulo Burnier no julgamento de embargos de declaração referente ao processo administrativo n. 08012.006130/2006-22. Observar que no voto proferido pelo mesmo Conselheiro (julgamento principal), são apresentadas ponderações entre a análise da conduta com aplicação da regra de ilícito *per se* em comparação com a regra da razão.

Há votos e manifestações[95], contudo, adotando a terminologia de ilícito por objeto. Destaca-se, como exemplo, voto recentemente proferido pelo Conselheiro Maurício Bandeira Maia, no qual indica que cartéis em licitação devem ser analisados como sendo um ilícito por objeto:

> 13. O cartel em licitação é um conluio anticompetitivo com efeitos negativos presumidos, por isso a jurisprudência e a doutrina o definem como ilícito por objeto, ou seja, nos quais não é necessária a demonstração de efeitos para a comprovação de resultados prejudiciais ao mercado. Desse modo, para a condenação de cartel tem se entendido ser suficiente apenas a confirmação da prática do ilícito, sem se perquirir efeitos.[96]

Do voto proferido pelo Conselheiro João Paulo de Resende é possível deduzir que os conceitos de ilícito *per se* e ilícito por objeto são tomados como sinônimos, dada a referência à jurisprudência assentada do Cade acerca do entendimento de que cartel é um ilícito por objeto – enquanto que outros votos, tais como transcritos acima, fazem a mesma observação, mas utilizando a terminologia de ilícito *per se.*

> 514. A esse respeito, destaco que **há assentada jurisprudência neste Cade no sentido de entender a conduta de cartel como ilícito por objeto**. Nesse sentido, basta a comprovação de sua materialidade para a imputação de infração. Isto porque não é natural nem razoável que concorrentes discutam estratégias comerciais e não há qualquer ponderação possível de racionalidade econômica que venha a justificar tal conduta, sendo os efeitos negativos presumidos. Tampouco é necessário definir mercado relevante nem poder de mercado, pois os incentivos para as empresas participarem de tais acordos transcendem seus efeitos nos mercados específicos em que operam. Por exemplo, uma empresa pode participar de reunião de fixação de preços em um mercado à jusante, ou seja, a quem fornece, para que, com o preço maior, possa também cobrar mais de seus clientes. É o caso de distribuidoras de combustíveis coordenando cartéis de postos de gasolina, por exemplo. Ou é possível que uma empresa apoie um cartel em um mercado correlato em troca de evitar a entrada das cartelistas em seu próprio mercado.
>
> 516. Também consequência de considerarmos o cartel como ilícito por objeto é que não apenas seus efeitos negativos são presumidos, como eventual ausência desses efeitos, ou não aferição de vantagem pelo membro do cartel não são prova da inexistência de conduta. Fazendo um paralelo com o direito penal, estamos diante de um "crime de mera

[95] Cf. apresentação da Conselheira do Cade Paula Farani de Azevedo Silveira, no evento promovido pelo IBRAC, "Ilícitos por objeto na jurisprudência do Cade", realizada em 26 de abril de 2018. Disponível em: < http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/394/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20Conselheira%20Paula%20Azevedo.pdf>. Acesso em 03 de jun. 2019.

[96] Voto proferido pelo Conselheiro Maurício Bandeira Maia no processo administrativo n. 08012.006667/2009-35.

> conduta" em oposição a um "crime de resultado", ou seja, estamos diante de uma conduta que é punível em si independentemente dos resultados que produz.[97] (Destaques nossos).

A aplicação de um ou outro destes conceitos no direito brasileiro fundamentar-se-ia, no entender dos defensores da tese, na redação do *caput* do artigo 36 da LDC, por dispor que constituem infração da ordem econômica "independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que *tenham por objeto* ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados" (destaques nossos). Ambos conceitos, entretanto, caso considerada a origem de tais terminologias (*per se*, no direito norte-americano e "por objeto" no direito da União Europeia), não são propriamente sinônimos. A doutrina, em geral, diferencia a aplicação da regra do ilícito *per se* da infração por objeto pela rigidez quanto à possibilidade de os representados poderem comprovar que o resultado líquido da conduta não é negativo. Tal distinção, contudo, não é clara quando se analisa as manifestações das autoridades norte-americanas e da União Europeia (apresentadas acima), visto que ambas informam que o critério *per se* e por objeto, respectivamente, implica em inversão do ônus da prova em desfavor dos representados os quais, contudo, podem fazer prova do contrário. Talvez a distinção esteja mais relacionada à cultura e interpretações adotadas naquelas jurisdições acerca do que configura infração concorrencial e o que seriam justificativas aceitáveis para determinadas restrições à concorrência do que uma distinção rígida em relação ao conceito em si.

De toda forma, considerando a jurisprudência do Cade, pode-se entender que ambos os conceitos são aplicados com o mesmo significado, qual seja, o de permitir à autoridade presumir que a conduta sob investigação produziu efeitos negativos sob o mercado. Dessa forma, o Cade estaria isento de comprovar os efeitos anticompetitivos, devendo comprovar, tão somente, para fins de proferir decisão condenatória, que os representados praticaram a conduta de cartel.

Como consequência, não tendo o ônus de comprovar os efeitos negativos sob o mercado, a investigação realizada pelo Cade terá como foco a obtenção de provas de que um acordo anticompetitivo, um cartel, foi adotado pelos representados. Não haverá, como usualmente não há, investigação acerca dos

---

[97] Voto proferido pelo Conselheiro João Paulo de Resende no processo administrativo n. 08700.004617/2013-41.

reais efeitos ocorridos no mercado, tais como a adoção de preço acima dos níveis competitivos como resultado do cartel, ou a mensuração deste sobrepreço – pois este é presumido.

Tal fato é relevante no contexto de análise de possível interesse de terceiros a documentos constantes dos autos confidenciais do Cade. Os autores de uma ação de reparação por danos concorrenciais, tal como será visto em outro capítulo, tem o ônus de comprovar a infração, o dano sofrido, e o nexo causal entre eles. A mensuração do dano sofrido implica na quantificação do sobrepreço causado pelo cartel, por exemplo. Considerado o que foi exposto acima, observa-se que, nos autos dos processos administrativos do Cade, é baixa a probabilidade de haver documentos e informações que auxiliem o cálculo do sobrepreço, ou de outra medida do dano causado como consequência do cartel. Dessa forma, o acesso a documentos dos processos administrativos do Cade pode, eventualmente, fornecer apenas parte das informações e documentos necessários para fundamentar o pleito de tais potenciais autores.

Há, contudo, quem defenda que nem o conceito de ilícito *per se*, nem o de ilícito por objeto seriam permitidos no direito brasileiro, em vista do disposto no § 4º do artigo da Constituição da República, o qual dispõe que a "lei reprimirá o abuso do poder econômico que *vise à* dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (destaques nossos). Os defensores desta tese argumentam que o termo "vise à" se relaciona à intenção de obtenção de determinados efeitos, razão pela qual não se poderia presumir a existência de efeitos sem a comprovação de que o agente teria tido a intenção de produzir os efeitos anticompetitivos.

2.3 Concorrência desleal - a distinção em relação às condutas anticoncorrenciais

Conforme disposto no parágrafo único do artigo 1º da LDC, a coletividade é titular dos bens jurídicos protegidos por aquela lei. E, tal como brevemente exposto nos itens anteriores, o objetivo do direito da concorrência foi sempre voltado à tutela do ambiente competitivo do mercado, numa perspectiva macroeconômica. Nenhum agente econômico tem um direito específico, individual,

único; o direito existe para todos os agentes econômicos em situações semelhantes.

Já a conduta de concorrência desleal refere-se à tutela de direitos individuais no âmbito dos direitos de propriedade industrial[98]. Refere-se à ofensa a um direito individualmente detido por um agente econômico, mesmo que não assegurado por um título garantidor de exclusividade.

A origem da terminologia concorrência *desleal* é apresentada por CELSO DELMANTO na clássica obra acerca dos crimes de concorrência desleal:

> Do início da licença de concorrer ao aparecimento da primeira deslealdade praticada por um dos contendores, muito não se levou, e logo eram os juízes chamados a dar solução às questões que surgiam. Matéria nova, sem princípios estabelecidos nem regras jurídicas próprias, viram-se os então julgadores desarmados para entrar, como árbitros, no campo da luta que irrompia. A liberdade sem restrições, infelizmente, é utopia, e, na falta de normas disciplinadoras da competição, tinham os tribunais de "criá-las", sob pena da nascente permissão transformar-se em caos e anarquia. buscaram, então, os primeiros juízes, socorro em princípios como os da *boa-fé e da lealdade*, lembrados por cortes francesas em 1852, ou uma adaptação à *law of torts,* como feito por ingleses e americanos. Firmava-se, já, o nome dado àquela combatida forma de concorrência: *desleal, déloyale, sleale, unfair.* [99]

O conceito deste ilícito foi inicialmente formulado na Convenção da União de Paris. Segundo disposto em seu artigo 10-bis, "Constitui ato de concorrência desleal todo ato de concorrência contrário às práticas honestas em matéria industrial ou comercial."[100]

O item e do mencionado artigo 10 bis apresenta, com mais detalhes, atos que podem configurar concorrência desleal e devem ser proibidos. São eles (i) todos os atos que possam, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos, ou a atividade industrial ou comercial de um

---

[98] A Lei de Propriedade Industrial compreende duas classes de direitos, as criações individuais (pertencentes originariamente aos autores) e os sinais distintivos (pertencentes aos empresários individuais ou sociedades empresárias). Segundo exposto por Newton Silveira, o "fundamento de proteção às criações industriais é o estímulo a novas criações por meio da concessão, pelo Estado, de um monopólio temporário", ao passo que o "fundamento da proteção aos sinais distintivos é diverso: tem por objetivo evitar a concorrência desleal praticada por meio de atos confusórios." Op. cit., p. 84 e 85.

[99] DELMANTO, Celso. **Crimes de concorrência desleal**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1975, p. 6.

[100] Vide Convenção de Haia, de 1925 – introduzida no ordenamento jurídico como Decreto n. 19.056, de 31 de dezembro de 1929 (notar que o Decreto n. 1.263, de 10 de outubro de 1994, ratificou a Convenção de Paris na forma da alteração de Haia). Disponível em: < http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/cup.pdf>. Acesso em 08 jan. 2020.

concorrente; (ii) as falsas acusações no exercício do comércio que possam desacreditar o estabelecimento, os produtos, ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; e (iii) as indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio possam induzir o público em erro acerca da natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade de mercadorias.[101]

Ao tratar da definição de concorrência desleal, CELSO DELMANTO apresenta explicação simples, mas cheia de significado:

> E o que é a *concorrência desleal*, senão o *uso de meios ou métodos incorretos para modificar a normal relação de competição?* Para os atos menos graves, dá a lei aos prejudicados o direito de civilmente reclamar seus prejuízos; aos mais graves e desleais, ainda os tipifica como *crimes* e assim os pune.[102]

Um julgado antigo do Supremo Tribunal Federal, ainda citado em casos recentes, descreve o que constitui a concorrência desleal:

> A livre concorrência, com toda liberdade, não é irrestrita, o seu direito encontra limites nos preceitos dos outros concorrentes pressupondo um exercício legal e honesto do direito próprio, expresso da probidade profissional. Excedidos esses limites surge a concorrência desleal.
> Procura-se no âmbito da concorrência desleal os atos de concorrência fraudulenta ou desonesta, que atentam contra o que se tem como correto ou normal no mundo dos negócios, ainda que não infrinjam diretamente patentes ou sinais distintivos registrados.[103]

---

[101] Cf. a Convenção de Paris para a proteção da propriedade industrial, de 20 de março de 1883, incluídas as revisões realizadas até Estocolmo, em 14 de julho de 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf>. Acesso em 08 de jan. 2020.

[102] Op. cit., p. 12. O parágrafo seguinte ao transcrito esclarece que "É uma intervenção que o Estado estabelece para poder fazer válida a permissão de iniciativa que ele próprio assegura a todos e, ao mesmo tempo, receber os benefícios que espera lhe advenham dessa livre disputa. Não pode – já se viu – dar completa autonomia à competição, pois esta se deformará e se acabará extinguindo. No jogo dos interesses, faz-se precisa a atuação do Estado. Aqui, impondo um mínimo de regras à luta dos rivais, do mesmo modo que, em vista desse e de outros motivos superiores, ordena mais restrições à liverdade de competir (monopólios estatais, tabelamento de preços, licenças de funcionamento, prescrições higiênicas especiais, registros para o exercício profissional, etc.). É para que possa surgir o embate livre que a lei também procura obstar a formação de *truste*, que correspondem à própria negação da competição.

[103] Trecho de decisão do STF citado no Processo: nº 0490011-84.2013.4.02.5101. Juiz Federal Dr. Eduardo André Brandão de Brito Fernandes. Publicado no Caderno Judicial do Diário da Justiça Federal da 2ª Região de 25/09/2013. O original da decisão do STF está disponível na RTJ 56/454, disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/056_2.pdf>. Acesso em 10 dez. 2019.

O aspecto da proteção de direito individual e escopo da repressão à concorrência desleal – englobando também direitos não registrados por título garantidor da exclusividade – são apresentados por Newton Silveira nos seguintes termos:

> Além da tutela do direito autoral e da exclusividade conferida pelo registro de desenho industrial, poderá o empresário amparar-se nas normas de repressão à concorrência desleal, quando não possuir outro título que lhe garanta exclusividade sobre a forma dos produtos da sua indústria. Os chamados atos confusórios encontram reparação no âmbito penal e civil, em decorrência das normas de repressão à concorrência desleal.
> Entre os atos confusórios, inclui a doutrina a imitação servil, que somente incide sobre a forma externa do produto. Nessa hipótese, não será lícita a cópia servil que enseje confusão, visto terem os concorrentes uma obrigação de diferenciação. A fim de evitar a confusão, devem os concorrentes, ao fabricar modelo de domínio público, introduzir pequenas modificações, desde que estas não impliquem a diminuição da utilidade do produto.
> O fundamento de tal proteção repousa no fato de que não se deve confundir a tutela dos modelos com a tutela contra a concorrência desleal, podendo esta subsistir mesmo na ausência da primeira.[104]

A penalidade para o crime de concorrência desleal é privativa de liberdade, de três meses a um ano, ou multa. Os crimes de concorrência desleal são especificados no artigo 195[105] da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei de Propriedade Industrial, ou LPI):

> Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:
> I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;
> II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;
> III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;
> IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;
> V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;
> VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;
> VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;
> VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

---

[104] SILVEIRA, Newton. Propriedade Intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares. 3ª ed. Barueri: Manole, 2005, p. 10.
[105] Este dispositivo reproduz quase que integralmente o artigo 178 do Decreto-lei n. 7.903/1945 (o antigo Código de Propriedade Industrial).

> IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;
> X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;
> XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;
> XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou
> XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;
> XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Os crimes de concorrência desleal afetam direitos individuais de determinado agente. Embora o proveito obtido ou pretendido pelo infrator seja derivado de uma vantagem competitiva viabilizada pelo ato ilícito, esta vantagem competitiva é obtida, diretamente, às custas de um outro agente, de um concorrente, individualmente identificado.

Retornando à comparação entre o escopo de proteção do direito da concorrência e o da proteção contra concorrência desleal, observamos que esta última é voltada à proteção dos concorrentes, ao passo que a primeira é voltada à proteção da concorrência.

Apenas a título de exemplo, consideremos a possibilidade de configuração de crime de concorrência desleal a utilização de marca, por um agente, com pronúncia idêntica à de marca já estabelecida e regularmente registrada, por outro agente, perante o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI). Esta nova marca, ao imitar, no plano fonético, marca já consagrada, teria como objetivo e, de fato teria provocado, o desvio de clientela da marca já consagrada para a nova marca, dada a confusão criada para o consumidor. Um julgado do Supremo Tribunal Federal de 1971 já destacava a relação entre a conduta de concorrência desleal e o objetivo de desviar (e absorver) cliente do

concorrente, nos seguintes termos “o desvio de clientela, *que é* a vantagem procurada na concorrência desleal” [106] (destaques nossos).

Nesta hipótese, é possível identificar o prejuízo específico e individualizado aos proprietários da marca já consagrada – a clientela destes proprietários teria sido desviada para os proprietários da nova marca. O efeito da conduta se verifica, pois, entre estes dois agentes, sendo que o benefício de um é diretamente derivado e proporcional ao prejuízo do outro. Esta poderia ser uma hipótese de concorrência desleal.

E a concorrência desleal pode também ensejar a responsabilidade civil em relação aos prejudicados pela prática ilícita – assim, como, por exemplo, os atos de contrafação, outro ilícito fundamentado na LPI, também ensejam responsabilidade civil, tal como sumarizado por BALMES VEGA GARCIA:

> No Brasil, todos os atos de contrafação, entendidos como *diretos* ou *indiretos,* indistintamente, engajam a responsabilidade civil de seus autores unicamente em razão da sua materialidade, sem indagar de qualquer aspecto subjetivo destes, como o elemento intencional de seus autores, vinculado ao conhecimento de causa. Evidentemente, quem alega tem o ônus da prova, militando contra o acusado a presunção de que conhecia a patente contrafeita no caso de ter sido notificado pelo titular, pelo licenciado, ou no limite no caso de divulgação em publicação oficial, como a Revista da Propriedade Industrial, do Instituto Nacional da Propriedade Industrial.[107]

Embora infrações a direitos de propriedade industrial, incluindo aqui os crimes de concorrência desleal, possam gerar obrigação de reparação dos danos causados em decorrência do ato ilícito, o fundamento de tal ação de reparação é diverso da ação de reparação por danos decorrentes de infração concorrencial como tal delineada pela LDC. No mesmo sentido, as infrações aos direitos de propriedade industrial, ou crimes de concorrência desleal estão fora da competência do Cade, visto que seu escopo de atuação está delimitado pela LDC. Portanto, por decorrência lógica, os processos instaurados pelo Cade não contêm informações ou documentos que poderiam fundamentar ações de reparação por danos causados por outros tipos de infração que não os previstos na LDC.

As ações de reparação por danos concorrenciais citada ao longo deste trabalho referem-se às ações de reparação por danos derivados das

---

[106] Recurso Extraordinário n. 67.809. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. Relator
[107] GARCIA, Balmes Veja. Contrafação de Patentes. São Paulo: LTR, 2004, p. 107.

infrações concorrenciais como tal definidas na LDC, dada a delimitação do tema a questões envolvendo a possibilidade de acesso a informações e documentos de procedimentos administrativos do Cade.

3 DO DIREITO DE REPARAÇÃO POR DANOS CONCORRENCIAIS

O direito de reparação pode ser considerado como uma das garantias fundamentais previstas na Constituição da República de 1988 (CR/88 ou Constituição da República), considerando que, nos termos do inciso XXXV do artigo 5º, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A LDC contém dispositivo específico sobre o direito de ação dos prejudicados por infração concorrencial. Assim dispõe seu artigo 47:

> Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 , poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Questionamentos surgiram acerca da função, ou efeito, da inclusão do mencionado artigo na LDC, especificamente quanto a sua necessidade para confirmar a legitimidade dos prejudicados para ingressar com ação de reparação por danos concorrenciais (ARDC). De fato, parece entendimento uniforme que os dispositivos constantes no Código Civil acerca do direito de reparação por danos já seriam suficientes para conferir a legitimidade dos prejudicados para pleitear reparação por danos derivados de conduta anticoncorrencial. De toda forma, a menção ao direito de reparação civil, pela LDC, afasta qualquer possibilidade de se cogitar restrições ao exercício de tal direito pelos prejudicados por danos causados por infração concorrencial. Mesmo que o ato viole e enseje sanções previstas na legislação penal, administrativa, ou outras, é cabível também, cumulativamente, a aplicação da legislação civil para buscar o ressarcimento dos prejudicados e recomposição do *status* existente anteriormente, ou na ausência, da infração concorrencial.

Ademais, o dispositivo constante na LDC cumpre também o propósito de ressaltar a importância da reparação civil por danos concorrenciais no contexto da política de defesa da concorrência. Contudo, a LDC não contém qualquer outro dispositivo a respeito das ações de reparação, devendo-se aplicar as normas do Código Civil para identificar os critérios para caracterização da

responsabilidade civil. Observa-se, notadamente, que o Cade não detém qualquer competência relacionada às ARDCs.

No *caput* do artigo 927 do Código Civil encontramos a regra de que "aquele que, por ato lícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". E em seu parágrafo único identificamos que tal obrigação exige comprovação de culpa, exceto nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo causador do dano implicar risco para direitos de outrem por sua própria natureza.

Da norma se extrai, portanto, os critérios para caracterização de responsabilidade civil que são (i) ato ilícito; (ii) dano; (iii) nexo; e (iii) culpa – salvo exceções. O nexo é um elemento que se extrai da redação do *caput*, que relaciona o dano causado por um ato ilícito, ou seja, deve haver nexo entre o ato e o dano.

A definição de ato ilícito é encontrada nos artigos 186 e 187 do Código Civil[108]. O ato ilícito é aquele cometido por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viola direito e causa dano a terceiros, mesmo que exclusivamente moral. O ato ilícito também é praticado pelo titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O ato ilícito, em ARDC, existe quando configurada a prática de uma conduta anticoncorrencial[109]. O conhecimento acerca da prática uma infração concorrencial, contudo, não é trivial. Os programas de leniência são considerados um dos principais instrumentos para o combate a condutas anticoncorrenciais não apenas em razão da relevante colaboração para coleta de provas da infração, mas especialmente porque dão conhecimento, à autoridade, de uma infração cuja existência era desconhecida da autoridade[110]. Por tal razão, as investigações das autoridades de concorrência têm um papel relevante também no âmbito das ARDCs, especialmente na medida em que puderem trazer conhecimento, aos

[108] O artigo 188 do Código Civil apresenta exceções à configuração de atos ilícitos: "Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo."

[109] Cf. definições e considerações mais detalhadas acerca de atos ilícitos em MAGGI, Bruno. Cartel – Responsabilidade civil concorrencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 166 e ss.

[110] Conferir os itens deste trabalho que tratam sobre os acordos de leniência e as hipóteses de sua utilização também no caso de a autoridade já ter conhecimento da suposta infração.

prejudicados, da existência de uma infração concorrencial que possa ter-lhes causado dano.

Com o objetivo de dar amplo conhecimento aos potenciais prejudicados de eventual direito de reparação por dano concorrencial, tem se tornado prática usual do Cade determinação de envio de cópia da decisão condenatória para entidades que possam ter sido afetadas, ou representar aqueles que possam ter sido afetados, pela conduta anticoncorrencial em questão.

Uma das primeiras, se não a primeira decisão contendo tal determinação, contém um capítulo específico acerca da "ação privada e ação civil pública". Nele consta esclarecimento de que a condenação imposta pelo Cade endereça apenas o dano causado à concorrência, e não eventuais danos causados a particulares. Veja-se trecho do voto a respeito:

> Como argumentado anteriormente neste voto, a sanção imposta pelo CADE dedica-se essencialmente a abordar o dano causado à concorrência como instrumento orientador da atividade econômica no Brasil. A multa imposta pelo Conselho não repara os danos patrimoniais e morais causados a pessoas específicas. A indenização por tais danos deve ser o engendrada pelas vias judiciais cabíveis.[111]

Consta ainda, no voto, considerações acerca do número reduzido de ações privadas de reparação por danos causados por cartéis, e que tais ações poderiam ser um fator de desestímulo à prática desta conduta anticoncorrencial.

Conforme visto acima, os dispositivos do Código Civil se aplicam e regulam a ação de reparação por danos concorrenciais. Entretanto, o Código Civil não contém qualquer dispositivo relacionado à caracterização do fato ilícito originário do dano por infração concorrencial. A definição deste fato ilícito é feita na LDC – a qual, tal como explanado anteriormente, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e confere ao Cade a competência para investigar e proferir decisão condenatória e impor penalidades em caso de infração à ordem econômica.

A responsabilidade civil, contudo, é independente da administrativa, e, portanto, uma decisão condenatória do Cade não constitui prova do ilícito no âmbito do processo judicial ou possui qualquer efeito vinculativo no

[111] Processo Administrativo n. 08012.009888/2003-70. Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan. Publicado no DOU em 03 set. 2010.

âmbito civil. A responsabilidade civil também é independente da responsabilidade criminal, embora tal independência seja relativa, visto ser vedado o questionamento sobre a existência do fato, ou sobre seu autor, no âmbito civil, se tais questões já tiverem sido decididas no juízo criminal[112]. Observa-se, acerca da possibilidade de haver processo criminal tratando da mesma conduta investigada pelo Cade, que a responsabilidade criminal pela conduta de cartel (a única infração concorrencial também tipificada como crime) existe apenas em relação às pessoas naturais.

3.1 *Enforcement* privado complementar ao *enforcement* público

Grande parte dos textos que tratam do recente crescimento de políticas voltadas ao incentivo à propositura de ações de reparação por danos concorrenciais fazem referência ao objetivo de se utilizar destas ações privadas como uma forma adicional de buscar o combate, repressão, e também, indiretamente, prevenção, de condutas anticoncorrenciais. Ou seja, uma forma de complementar à política já efetuada por autoridades de defesa da concorrência. Vide, por exemplo, trecho do discurso proferido pelo Comissário Kroes, da Diretoria-Geral da Comissão Europeia (quem apresentou uma primeira proposta de Diretiva para uniformização de regras sobre ações de reparação de danos concorrenciais), cujo tema era “ações de reparação de danos por infração à legislação de concorrência da União Europeia”:

> *Let me make it clear from the outset that I am convinced that there is great potential in advancing damages cases for breach of the European Competition Rules. Not because I think any of us want to go down the track of litigation culture for its own sake. but rater I think Europe and its businesses and citizens would profit from a stronger competition culture, and an appropriate degree of private enforcement can promote this. a competition culture helps create a fertile environment for business. it contributes to sustainable growth and economic and social welfare for our citizens. And, in other words, it contributes directly to Europe’s top priorities.*[113]

AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA e BRUNO BRAZ DE CASTRO comentam sobre os desafios do *enforcement* privado da lei de defesa da

[112] Vide art. 935 do Código Civil.
[113] ASHTON, David. *Op. cit.*, p. 5.

concorrência e importância da participação dos consumidores na execução da LDC:

> Sabe-se que o *enforcement* privado da lei de defesa da concorrência constitui ainda um grande desafio ao ordenamento jurídico brasileiro. Os estudiosos do antitruste reconhecem nas ações de reparação civil um dado relevantíssimo para a plena consecução dos objetivos da lei. O próprio Cade, sensível ao tópico, fez publicar, recentemente, consulta pública a respeito, buscando produzir instrumental – inclusive com soluções de lege ferenda – para fomentar essas demandas judiciais no Brasil. A medida merece aplausos, uma vez que se acredita que o consumidor possa representar um guardião muito eficaz das normas concorrenciais.[114]

O tema da relação entre *enforcement* público e privado é apresentado, notadamente, na Nota Técnica publicada pela Superintendência-Geral do Cade juntamente com a primeira proposta de Resolução acerca do compartilhamento de informações e documentos dos processos do Cade.

Embora a possibilidade de complementar o *enforcement* público da legislação de defesa da concorrência com o *enforcement* privado seja, de fato, uma das principais razões que fundamentam as recentes ações voltadas ao incentivo à propositura de ações de reparação por danos concorrenciais (além do objetivo de viabilizar a reparação àqueles que efetivamente sofreram dano), a ideia de obter efetiva repressão às condutas anticoncorrenciais por meio de ações a serem propostas por agentes privados já é uma ideia divulgada há algum tempo.

Nos Estados Unidos da América (Estados Unidos) o papel dos agentes privados como parte da política de repressão a condutas anticoncorrenciais é o mais evidente dentre todas as jurisdições que possuem legislação para defesa da concorrência. A Lei Clayton, publicada em 1914 e objeto de emendas posteriores, estabelece em sua seção 4 que qualquer pessoa afetada em seu negócio ou propriedade tem direito a requerer compensação de danos[115]. A mesma lei dispõe que os prejudicados têm direito a indenização em triplo (*treble*

---

[114] Oliveira, Amanda Flávio; CASTRO, Bruno Braz de. Política concorrencial e política consumerista no Brasil: possíveis sugestões para a agenda normativa do Cade. *In* CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). Evolução do antitruste no Brasil. São Paulo: Singular, 2018, p. 335-348, p. 341.

[115] Vide *15 U.S. Code*, *§ 15*, item sobre ações a serem propostas por pessoas prejudicadas. Mais informações sobre o escopo de cada lei relacionada ao direito antitruste está disponível no site da *Federal Trade Commission*, em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>. Acesso em 19.08.2019.

damages)[116] por infrações à Lei Sherman ou Lei Clayton, bem como o de buscar judicialmente a proibição e cessação de prática anticompetitiva.

De fato, o *enforcement* privado nos Estados Unidos tem sido uma alternativa ao *enforcement* público desde o início da aplicação da legislação de defesa da concorrência, como explica IONANNIS LIANOS:

> Indeed, Congress contemplated from the very outset that private parties would play a central role in the enforcement of the Sherman Act of 1890, with Senator Sherman himself arguing that individuals should act as 'private attorneys general' and that the antitrust laws should encourage such enforcement[117]. Section 4 of the Clayton Act now allows 'any person… injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws' to 'recover threefold the damages by him sustained'. This provision directly descends from the original Sherman Act, which included the same treble damages provision. At the time of the passage of the Sherman Act, congressional debate focused on whether to provide for double or treble damages; single damages were not seriously considered as an alternative.[118]

Dentre os fatores normalmente apresentados como razões para o significativo *enforcement* privado nos Estados Unidos estão: (i) a reparação no montante de três vezes do dano e pagamento (reembolso) de custos e honorários advocatícios; (ii) o mecanismo de *class action*, que permite que autores proponham ação em nome próprio e de outros que estejam em situação semelhante, mesmo que ausentes no processo; e (iii) o regime de produção de prova (*discovery)* favorável à obtenção de provas, por parte dos autores, que estejam em posse dos representados ou de terceiros.

Como consequência da política de incentivo às ações privadas, aproximadamente 90% do *enforcement* da legislação antitruste nos Estados Unidos é realizada pelo setor privado, em ações de reparação de danos[119]. E destas ações,

---

[116] Há muitas críticas à indenização em triplo adotada nos Estados Unidos. Vide, por exemplo, comentários e referências em HANNAH L. Buxbaum. 2004. The Private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Antitrust Litigation. Yale Journal of International Law 26 (1): 5, p. 251 ss.

[117] Referência constante na citação: Antitrust Modernization Cmomission. Report and Recommendations. April, 2007; available at: http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_documents.htm.>

[118] LIANOS, Ioannis; DAVIS, Peter; NEBBIA, Paolisa. Damages Claims for the infringement of EU Competition Law. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 13-14.

[119] BASEDOW, Jürgen (et all). Private Enforcement of Competition Law. Nomos: Baden-Baden, 2011, p. 14. Vide, ainda, JONES, Alison. Private Enforcement of EU Competition Law: a comparison with, and lessons from, the US. *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond.* Hart Publishing, 2016. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2715796>. Também abordando o tema, vide LANDE, Robert H. e JOSHUA P., Davis**.** Benefits from Private Antitrust Enforcement: an Analysis

apenas cerca de 10% são as denominadas ações *follow-on,* ou seja*,* propostas após decisão condenatória proferida pela autoridade de concorrência, utilizando tal decisão como evidência *prima facie* da infração. Ou seja, a grande maioria das ações privadas de reparação por danos concorrenciais nos Estados Unidos se iniciam antes ou durante o curso da investigação pela autoridade de concorrência, ou mesmo na ausência de tal investigação, visto que em alguns casos a autoridade de concorrência decide não instaurar processos para investigar determinadas condutas que são objeto de ações privadas de reparação de danos[120].

3.1.1 A experiência europeia no debate acerca do *enforcement* público e *enforcement* privado e a Diretiva 2014/104/UE

No âmbito da União Europeia, o acontecimento mais marcante em relação à possibilidade de incrementar o *enforcement* da legislação de defesa da concorrência por meio de ações privadas para reparação de danos concorrenciais data de 2001. Neste ano, no julgamento do caso conhecido como *Courage*, ou *Crehan*[121], o TJUE manifestou-se no sentido de que:

> (...) a efetividade plena do artigo 85 do Tratado da União Europeia e, em particular, os efeitos práticos da proibição insculpida no artigo 85(1) seriam colocados em risco se não fosse permitido aos indivíduos requerer compensação dos danos causados a eles por um contrato ou uma conduta capaz de restringir ou distorcer a concorrência.[122]

De fato, atribui-se à decisão proferida no caso do qual a citação acima foi extraída um papel essencial nos debates acerca do direito de reparação de danos por conduta anticoncorrencial[123]. O entendimento manifestado nesta

---

of Forty Cases. *University of San Francisco Law Review*, v. 42, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1090661>.

[120] Buxbaum Hannah afirma que há o objetivo, nos Estados Unidos, de que as ações privadas possam englobar certas condutas que não teriam a atenção das autoridades governamentais, e em certos casos podem se referir a condutas que as autoridades tenham objetivamente decidido não investigar após análise inicial. Op. cit., p. 253.

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

[122] Tradução livre do original: "*the full effectiveness of Article 85 of the Treaty and, in particular, the practical effect of the prohibition laid down in Article 85(1) would be put at risk if it were not open to any individual to claim damages for loss caused to him by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition".* Corte de Justiça Europeia, caso n. C-453/99 [2001] ECR I-6297, parágrafo 26 – Courage.

[123] Vide referências em outros julgados, tais como: "Actions for damages before the national courts can make a significant contribution to the maintenance of effective competition in the EU (*Courage and Crehan*, paragraph 49 above, paragraph 27)." Trecho citado no caso T-437/08 CDC Hydrogene

decisão passou a ser denominado como “Doutrina Courage”. Até o julgamento deste caso, a aplicação da legislação concorrencial era realizada quase que exclusivamente pelas autoridades de concorrência nacionais e pela Comissão Europeia, pois havia poucos casos de ação de reparação por danos concorrenciais.

Embora ações privadas de reparação de danos fossem legalmente viáveis, não eram comuns na União Europeia. Como exposto por KEN DALY e ANNE ROBERT, “embora as vítimas de infração à legislação de concorrência da União Europeia tenham tido a possibilidade de buscar reparação por mais de 50 anos, na maioria deste período, tais ações eram raras.”[124] Observa-se que, a despeito do autor citar a existência do direito à reparação por danos também em caso de infração concorrencial há mais de 50 anos, outros reportam que tais ações somente tiveram início, de fato, depois de acontecimentos ocorridos após a decisão do caso Courage. Especificamente, a partir da publicação do Regulamento n. 1/2003, e, especialmente, após a decisão proferida pela Corte de Justiça, três anos depois, no caso *Manfredi*[125].

Praticamente todos os Estados-Membros optaram pelo foco no modelo de *enforcement* público ao elaborar suas leis sobre direito da concorrência, criando autoridades concorrenciais com significativos poderes e competências para investigar e punir infrações concorrenciais – notadamente, veja-se o *Bundeskartellamt,* na Alemanha, o *Office of Fair Trading (OFT)* na Inglaterra, ou o *Office for the Protection of Competition* na República Checa e, especialmente, no âmbito da União Europeia, a Comissão Europeia.

Peroxide Cartel Damage Claims v. Commission, julgamento realizado em 15 de dezembro de 2011. Decisão disponível em: < http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-437/08>. Acesso em 29.08.2019. Anterior ao caso Courage v. Crehan, discussões semelhantes foram trazidas no caso Belgische Radio – Processo 127/73, Belgische Radio em Televisie et Société Belge des auteurs v. SV SABAM e NV Fonior.

[124] Tradução livre de: “*Although victims of infringements of European Union competition law have had the possibility to pursue damages claims for more than 50 years, for most of this period, such claims were a rarity*.” DALY, Ken e ROBERT, Anne. Competition Damages Litigation in Europe: Rapid Changes Bring New Uncertainties, *in* Business Law International. Vol. 19, n. 3, Sep. 2018, p.277.

[125] O Regulamento n. 1/2003 foi publicado em 16 de dezembro de 2002, dispondo sobre a implementação das regras concorrenciais delineadas nos artigos 81 e 82 do Tratado da União Europeia. A decisão do Manfredi foi debatida pela Corte de Justiça da União Europeia, em 13 de julho de 2006: caso Vincenzo Manfredo vs Lloyd Adriatico Assicurazion1 (C—295/04).

Na decisão mencionada acima, do caso Courage[126], o TJUE decidiu que seria viável e legítima a reparação de danos causados em decorrência de infração concorrencial, com fundamento no artigo 81(1) do Tratado da União Europeia[127]. Dessa forma reconheceu a legitimidade do autor para pleitear reparação por danos causados por infração concorrencial. Ao determinar que a restrição de aplicação das leis de defesa da concorrência às autoridades públicas poderia prejudicar a efetividade da aplicação de tais leis e de seus objetivos, o TJUE pavimentou a criação de uma estrutura híbrida de combate a condutas anticoncorrenciais na Europa, incluindo a aplicação de tais leis também por agentes privados em demandas buscando reparação por danos causados por infrações concorrenciais.

Observa-se que a decisão adotada no caso Courage não foi, contudo, por si, determinante ou suficiente para embasar a legitimidade de potenciais prejudicados em ações de reparação, dada a legislação aplicável em cada Estados-Membro e a forma pela qual ela seria interpretada por cada autoridade nacional.

Por exemplo, a Corte Regional de Mainz, Alemanha[128], em decisão proferida poucos anos depois, em decisão mantida pela instância superior, rejeitou a aplicação da "doutrina Courage" para reconhecer a legitimidade do autor em uma ação de reparação de danos – um consumidor de vitaminas que teria adquirido o produto de um dos membros de um cartel condenado pela Comissão Europeia. Observa-se que esta decisão, contudo, não negou a viabilidade de um prejudicado por conduta anticoncorrencial pleitear reparação pelos danos sofridos. A legitimidade do autor não foi reconhecida, naquele caso, por controvérsias acerca

---

[126] O entendimento manifestado no caso Courage foi ratificado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no julgamento do caso conhecido como Manfredi – cf. caso C-295/04 Manfredi EU:C:2006:461.

[127] Veja-se este trecho do julgado: "*It follows from the foregoing considerations that any individual can rely on a breach of Article [81(1)] ... before a national court even where he is a party to a contract that is liable to restrict or distort competition within the meaning of that provision ... Indeed, the existence of such a right strengthens the working of the Community competition rules and discourages agreements or practices, which are frequently covert, which are liable to restrict or distort competition. From that point of view, actions for damages before the national courts can make a significant contribution to the maintenance of effective competition within the Community*." Caso Courage supra citado, parágrafos 25 a 27.

[128] "*Landgericht*", ou "LG". Caso julgado em 11.07.2003 (referência: 11 July 2003, (2004) GRUR (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht), 182) e pela Corte de Apelação em 28.1.2004 (referência (2004) NJW, 2243). Citação de REICH, Norbert. The "Courage" doctrine: encouraging of discouraging compensation for antitrust injuries? Kluwer Law International. Common Market Law Review, Volume 42, 2005, p. 40.

de ter havido, efetivamente, um dano, considerando a hipótese (presumindo-se, no caso) de repasse do dano para os clientes do autor. A controvérsia sobre legitimidades de autores diretos e indiretos é apresentada em tópico específico neste trabalho.

Dentre os principais acontecimentos ocorridos na Europa após a decisão proferida no caso Courage o qual, tal como explicado, pavimentou o caminho para alterações na política de defesa da concorrência para reconhecimento da importância das ações privadas de reparação de danos para um *enforcement* efetivo, destaca-se a publicação da Diretiva 2014/104/EU ("Diretiva").

Com o objetivo de analisar a questão relativa à facilitação de propositura de ações de reparação por danos concorrenciais, a Comissão Europeia encomendou um estudo acerca do *status* de tais ações e os principais entraves para sua propositura. Tal estudo, elaborado pela Ashurst, foi o ponto de partida para publicação do "*Green Paper*" (Livro Verde)[129] no ano de 2005. O Livro Verde buscou identificar e analisar os principais obstáculos para propositura de ações privadas de reparação de danos concorrenciais e apresentar diversas hipóteses para solução dos problemas identificados. A partir dos comentários e debates realizados em relação ao Livro Verde, a Comissão Europeia elaborou e publicou então o "*White Paper*"[130] (Livro Branco), em 2008, no qual apresentou o modelo sugerido para remoção dos obstáculos para propositura de ações de reparação. Este livro contém uma efetiva proposta da Comissão Europeia para adoção de um modelo que viabilizasse as ações de reparação por danos concorrenciais. Na sequência, a Comissão Europeia publicou uma versão preliminar[131] de proposta de

---

[129] Vide *Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, COM (2005) 672 final*, ou, na versão traduzida para Português, "Livro Verde - Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust". Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>. Acesso em 22.08.2019

[130] Vide *White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, COM (2008) 165 final,* ou, na versão traduzida para Português, "Livro Branco - Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust". Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008DC0165&from=EN>. Acesso em 22.08.2019.

[131] Vide Proposal for a Council directive on rules governing damages actions for infringements of Articles 81 and 82 of the Treaty, 2009. Tal proposta passou a ser denominada como "draft Directive".

Diretiva, a qual foi posteriormente retirada de pauta (aparentemente, em razão de pressão política por parte do presidente da Comissão[132]).

Estas iniciativas para criação da Diretiva denotam a importância significativa do tema, visto que seria a primeira vez, na história da União Europeia, que a legislação nacional sobre direito da concorrência de cada Estado-Membro viria a ser harmonizada com base em uma Diretiva.

Após a publicação do Livro Verde e Livro Branco, a primeira proposta efetiva da Diretiva foi então divulgada a vários estudiosos em 2009 e, após comentários e debates adicionais, foi publicada a versão final no Diário Oficial da União Europeia em 05 de dezembro de 2014. Apresentaremos informações e comentários acerca desta Diretiva em seção própria neste trabalho.

Em conclusão deste item, destaca-se que o incentivo à propositura de ações privadas de reparação por danos concorrenciais – incluindo a remoção de obstáculos à propositura de tais ações – pode, de fato, ser utilizada como uma política de reforço à prevenção e repressão de condutas anticoncorrenciais. Entretanto, é importante considerar que o *enforcement* privado e o *enforcement* público não são completamente independentes um do outro. Ao contrário, ambos possuem diversos pontos de interseção e complementaridade que tanto podem fortalecer um ao outro quanto, em determinadas hipóteses, representar riscos em relação ao outro.

Ao analisar as manifestações iniciais da Comissão Europeia por ocasião da publicação do Livro Verde e do Livro Branco, e os comentários apresentados juntamente com a versão final da Diretiva, IOANNIS LIANOS destaca uma suave alteração nas manifestações da Comissão Europeia a respeito da relação entre o *enforcement* público e privado.

Segundo o autor, as manifestações iniciais da Comissão Europeia continham referências mais enfáticas acerca da complementaridade entre as duas esferas e possibilidade de o *enforcement* privado contribuir para o aumento da repressão às condutas anticoncorrenciais. Comentários apresentados no âmbito da consulta pública do Livro Verde e, especialmente, do Livro Branco, contudo, apontaram sobre a necessidade de regular eventuais conflitos na interface pública e privada, especialmente em relação a documentos vinculados a acordos de

[132] Vide ASHTON, David e HENRY David. Competition Damages Actions in the EU – Law and Practice. Northhampton: Elgar, 2003, p. 4.

cooperação com as autoridades de concorrência (acordos de leniência). Aos poucos, os comentários da Comissão Europeia teriam, então, passado a manifestar a preocupação com eventuais conflitos e a necessidade de manutenção da efetividade do *enforcement* público. O *Impact Assesment Report* (Relatório de Análise de Impacto) que acompanha a proposta de Diretiva acerca de ações de reparação de danos apresenta expressamente esta questão:

> *More recently, a new issue has arisen, showing that the EU right to compensation can sometimes be at odds with the effectiveness of public enforcement of the EU competition rules. For example there exists legal uncertainty as to whether information that a competition authority had obtained in the course of its enforcement of the EU competition rules, is disclosable in damages actions before national courts. Such disclosure could be particularly detrimental for the effectiveness of the leniency programmes and hence for the effectiveness of the fight against secret cartels.* [133]

A identificação dos pontos de convergência e de potenciais conflitos é essencial para o desenvolvimento de um *enforcement* efetivo em ambas as vertentes. Nesse sentido são as considerações finais de JÖRG PHILIPP TERHECHTE em artigo acerca dos estágios iniciais de implementação de uma política mais efetiva de *enforcement* privado no âmbito da União Europeia:

> *It turns out that the relationship of private and public competition law enforcement needs co-ordination and mutual consideration to stay in accordance with the rule of law. If the Commission tends to strengthen private enforcement, this shift can only be successful if something like a harmonized system of both approaches is established. Only a strong evaluation of the different outcomes of public and private enforcement will help to establish both approaches in an overall-balanced concept of enforcement.*
> *(…)*
> *Thus, private enforcement can only be successful if this new dimension of enforcement is seen in the light of the constituting principles of European Law. In fact, its success depends on the willingness of all actors to*

[133] COMISSÃO EUROPEIA. Impact Assessment Report. Damages actions for breach of the EU antitrust rules accompanying the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. SWD/2013/0203. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013SC0203&from=EN>. Acesso em 01.10.2019. Parágrafo 1. Na sequência, o Relatório de Análise de Impacto apresenta os dois principais objetivos da Diretiva para solucionar o problema entre o direito à reparação e a proteção da efetividade do *enforcement* público: *"(i) to maintain effective public enforcement of the competition rules by regulating some key aspects of the interaction between public enforcement of competition law by the Commission and national competition authorities and private enforcement of competition law through actions for damages before national courts; and (ii) to ensure an effective exercise of the EU right to compensation*." Parágrafo 2.

> *cooperate, to change traditional approaches in detail as well as to take the general principles of European law into consideration*.[134] (Destaque do original)

Um dos pontos de destaque dos comentários apresentados pela Comissão Europeia no âmbito das propostas para o que viria a ser a Diretiva 2014/104/EU foi de que o objetivo de aumentar o *enforcement* privado não equivaleria, ou levaria, à redução do *enforcement* público. Ao invés de substituir, eles seriam complementares, com o objetivo de aumentar a aplicabilidade da legislação de defesa da concorrência[135]. Tal como apresentado no "Livro Branco" publicado pela Comissão Europeia:

> Por conseguinte, uma melhoria dos mecanismos de compensação produzirá igualmente de forma automática efeitos benéficos de dissuasão em termos de infracções futuras e de respeito das regras comunitárias antitruste.
> (...) Outro princípio orientador importante da política da Comissão consiste em preservar a esfera pública de aplicação firme das medidas tomadas por parte da Comissão e das autoridades de concorrência dos Estados-Membros para assegurar o respeito dos artigos 81.° e 82.°. Deste modo, as medidas formuladas no presente Livro Branco são concebidas para criar um sistema eficaz de aplicação "privada", baseado em ações de indemnização que virão completar, sem substituir nem prejudicar, a acção dos poderes públicos neste domínio.[136]

3.2 Os potenciais riscos e eficiências na relação entre o *enforcement* público e privado

A mais clara distinção entre o *enforcement* público e o privado diz respeito à esfera dos interesses protegidos. Tal fato é demonstrado pela própria nomenclatura, ou seja, o *enforcement* público diz respeito à persecução promovida por autoridade pública no interesse da coletividade, e o *enforcement* privado diz respeito à ação promovida por pessoa natural ou pessoa jurídica em interesse individual, privado.

---

[134] TERHECHTE, Jörg Philipp. Enforcing European Competition Law – Harmonizing Private and Public Approaches in a More Differentiated Enforcement Model. *in* BASEDOW, Jürgen (et all). Private Enforcement of Competition Law. Nomos: Baden-Baden, 2011, pp. 11-20.
[135] Conforme consta no Livro Branco: "Deste modo, as medidas formuladas no presente Livro Branco são concebidas para criar um sistema eficaz de aplicação "privada", baseado em acções de indemnização que virão completar, sem substituir nem prejudicar, a acção dos poderes públicos neste domínio". pp 3-4.
[136] Livro Branco, *op. cit.,* pp. 3-4.

Relevante ressalva deve ser feita quanto ao fato de o *enforcement* privado se realizar não apenas por meio da propositura de ação de reparação por danos concorrenciais, mas também por outras modalidades de ação propostas por agentes privados em conexão com a legislação de defesa da concorrência. Por exemplo, ações com o objetivo de determinar obrigação de fazer ou não fazer, incluindo liminares, com base na legislação de concorrência (em caso de abuso de poder de mercado por meio da recusa de contratar ou fornecer, por exemplo) são vieses do *enforcement* privado.

Neste trabalho, considerando a delimitação do escopo em relação às ações de reparação por danos concorrenciais, as referências ao *enforcement* privado tratarão especificamente das hipóteses de ações de reparação por danos concorrenciais.

E, no âmbito do *enforcement* público, a autoridade de defesa da concorrência e Poder Judiciário aplicam, notadamente, a Lei de Defesa da Concorrência. Em relação à produção de provas, por exemplo, tal lei confere diversos poderes instrutórios ao Cade, incluindo possibilidade de requerer busca e apreensão, realizar inspeção local sem aviso prévio, requerer informações – inclusive confidenciais – a outros órgãos e entidades públicas, dentre outros. Em relação às penalidades que podem ser impostas em caso de infração concorrencial, por exemplo, observamos que a multa deve levar em consideração diversos critérios tais como a vantagem auferida ou potencialmente pretendida pelo infrator, o grau de lesão ao mercado e consumidores, a situação econômica do infrator, a boa-fé do infrator, dentre outros critérios.

Já no âmbito do *enforcement* privado, as partes aplicam, notadamente, o Código Civil e Código de Processo Civil. Em relação à produção de provas, esta é significativamente mais limitada em relação à produção de provas às quais as partes não tenham acesso direto, por exemplo. No que tange as penalidades, estas devem ser restritas aos danos que a parte sofreu[137].

Estes são apenas alguns exemplos das diferenças dos processos vinculados ao *enforcement* público e privado com o objetivo de destacar,

[137] Destaca-se a existência de um projeto de lei (Projeto de Lei n. 283/2016, do Senado) que dispõe sobre a indenização em dobro em caso de condutas concertadas – excetuado o dano provocado por signatários de acordo de leniência ou Termo de Cessação de Conduta aprovados pelo Tribunal do Cade.

especialmente, a natureza privada das ações de reparação de danos e a aplicação de legislação típica a ações desta natureza, em que pese o interesse público no incentivo ao *enforcement* privado como forma de fortalecer a política de defesa da concorrência – além, naturalmente, do interesse público na reparação de danos causados por quaisquer pessoas a terceiros. Tal 'interesse público', entretanto, é exatamente o interesse que fundamenta todo o ordenamento jurídico brasileiro, e se aplica não apenas aos dispositivos que legitimam determinadas ações, como àqueles que reprimem ou limitam outras ações a fim de proteger, harmonicamente, o direito de todos – notadamente, quando o exercício do direito de um puder afetar o exercício do direito de outro.

Feita esta ressalva, analisaremos mais detalhadamente algumas das distinções relacionadas ao *enforcement* público (considerando a atuação do Cade) e o *enforcement* privado (considerando as ARDC) da legislação de defesa da concorrência.

3.2.1 Especialização e experiência

O Cade é um órgão especializado na aplicação da Lei de Defesa da Concorrência – especificamente, uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, uma entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional. Como visto, o Cade é constituído por um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, uma Superintendência-Geral, e um Departamento de Estudos Econômicos. Ainda, o Cade conta com uma Procuradoria Federal especializada, dedicada a emitir pareceres jurídicos e representar a autarquia em juízo. A função do Cade é exclusivamente a de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência, sendo uma entidade altamente especializada.

Até o presente momento, o Poder Judiciário não adotou um sistema de especialização em matéria pertinente ao direito da concorrência, embora haja projetos para tanto no âmbito da Justiça Federal – o que potencialmente não irá alterar a situação em relação às ações de reparação de danos concorrenciais, que são usualmente processadas na Justiça Estadual.

Analisando-se a estrutura adotada em outras jurisdições com significativa atuação na seara antitruste, notamos que variados modelos são adotados. Nos Estados Unidos da América, jurisdição com significativa tradição em

ações privadas para reparação de danos concorrenciais, o Poder Judiciário não é especializado para demandas dessa natureza. A maioria dos Estados-Membros da União Europeia também não possuem tribunais especializados – com exceção, ao menos, do Reino Unido, que possui tribunal especializado em demandas de reparação civil por danos concorrenciais[138].

A especialização do órgão que investiga e impõe penalidades em casos de infração à ordem econômica (a autoridade de concorrência) em contraposição à uma Justiça não especializada no mesmo tema é objeto de debates por várias razões[139]. Há quem argumente que, devido a tal especialização, as decisões da autoridade de concorrência – do Cade, no caso – deveriam prevalecer, ou ser dotadas de maior força probatória perante o órgão não especializado – o Poder Judiciário. Nesta linha de argumentação é comum a referência ao sistema adotado em outras jurisdições, nas quais a decisão condenatória irrecorrível do órgão especializado em defesa da concorrência é vinculante no âmbito do Poder Judiciário, notadamente, para fins de ações de reparação por danos concorrenciais (sistema denominado "*follow-on*"). Destaca-se o termo "irrecorrível", dada sua importância neste contexto. Enquanto estiver pendente de revisão, decisões judiciais não podem ser proferidas em contrariedade à decisão da autoridade de concorrência, mas a vinculação efetiva àquela decisão somente ocorre após o seu trânsito em julgado (visto que, enquanto estiver pendente recurso, a decisão pode ser parcial ou totalmente reformada/anulada). De toda forma, mesmo que se considerasse possível a vinculação da decisão condenatória da autoridade concorrencial – o que não nos parece possível em nosso ordenamento jurídico – a decisão por si não garante direito de reparação,

---

[138] Segundo informação constante em relatório elaborado pelo escritório de advocacia Ashurst, vencedor de licitação aberta pela Comissão Europeia. WAELBROECK, Denis; SLATER, Donald; e EVEN-SHOSHAN Gil. Comparative Report - Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. 31 de Agosto de 2014, p. 01. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf>.

[139] A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em parceria com o Ministério da Economia do México, realizou um estudo sobre os diferentes modelos adotados em diversas jurisdições para análise matérias de natureza concorrencial pelos tribunais. O estudo aborda temas a atuação dos tribunais como agentes de decisão ou apenas de revisão, a especialização ou não dos tribunais e os benefícios da especialização e as vantagens e riscos da especialização, dentre outros temas pertinentes. Vide OCDE. The resolution of competition cases by specialised and generalist courts: Stocktaking of international experiences, 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/The-resolution-of-competition-cases-by-Specialised-and-Generalist-Courts-2016.pdf>. Acesso em 26 ago. 2019.

visto se tratar de condição essencial para tanto a comprovação da ocorrência de dano, a sua quantificação, e o nexo causal entre o dano e a infração relacionada.

Outros argumentam que a Justiça brasileira não é especializada em diversos outros temas de relevante interesse social, o que não afeta a qualidade das decisões proferidas. Embora a especialização possa aprimorar o processo decisório e, eventualmente, acelerar o andamento e julgamento dos processos, ela não é necessária para uma efetiva tutela dos direitos. Adicionalmente, em se tratando de ação de reparação por danos concorrenciais, observa-se se tratar de ação regida por legislação a qual a autoridade de concorrência não possui competência para aplicação. De fato, o escopo da autoridade da concorrência, os fins que tem como função observar, e os direitos tutelados pela Lei de Defesa da Concorrência brasileira são diversos daqueles aplicáveis em ações privadas de reparação.

3.2.2 Penalidades

Uma das razões para se considerar que o *enforcement* privado é importante para aumentar a efetividade do combate às condutas anticoncorrenciais se relaciona ao aumento da penalidade pecuniária que seria imposta aos infratores. Para as hipóteses em que a penalidade imposta pela autoridade concorrencial não for suficiente para impor aos infratores o pagamento de multa que seja, no mínimo, equivalente à vantagem auferida em razão da infração, a obrigação de ressarcir os danos causados aos prejudicados (por meio das ações privadas de reparação) poderia complementar a sanção e garantir um efeito dissuasório de práticas anticoncorrenciais.

A “vantagem auferida ou pretendida”[140] pelo infrator é um dos critérios estabelecidos na legislação brasileira para a autoridade de defesa da concorrência estabelecer o valor da multa. Entretanto, a dificuldade em sua estimação e ausência de critérios e procedimentos adequados para efetuar os cálculos[141], somados à limitação do valor da multa (máximo de 20% sobre o

[140] Art. 45, inciso III, da Lei 12.529/2011.

[141] Diversos debates ocorreram sobre o tema nos últimos anos no âmbito do Tribunal do Cade entre Conselheiros interessados em incluir o cálculo da vantagem auferida, e no âmbito do Departamento de Estudos Econômicos para tentar desenvolver metodologias de cálculo. Entretanto, até o presente momento, não existem procedimentos oficiais para estimativa da vantagem auferida ou pretendida

faturamento bruto auferido no ano anterior à instauração do processo administrativo para imposição de sanção por infração à ordem econômica), podem ser considerados eventuais impeditivos de imposição de multa capaz de, efetivamente, inibir a adoção de condutas anticoncorrenciais. Por outro lado, a mesma dificuldade em estimar a vantagem auferida, ou estimar corretamente o sobrepreço provocado pela infração, impede avaliar se a penalidade imposta pela autoridade concorrencial seria inferior, equivalente, ou mesmo superior aos ganhos auferidos pelos infratores.

Um estudo realizado pelos professores CONNOR e LANDE[142], publicado em 2008, tornou-se uma referência acerca de sobrepreço provocado, ou viabilizado, por cartéis. O artigo apresenta estimativa de sobrepreço, considerando uma base significativamente ampla de cartéis condenados por autoridades de concorrência, a fim de propor metodologia para o cálculo ótimo de multas em casos de cartéis. Tal estudo teria indicado um sobrepreço médio de 25%.

Pouco tempo após a publicação do referido artigo, em dezembro de 2009, a Comissão Europeia publicou um estudo endereçando a quantificação de danos derivados de condutas anticoncorrenciais como um guia não vinculativo para os Tribunais[143]. O estudo foi realizado por uma consultoria econômica contratada especificamente para este fim. A estimativa realizada neste estudo indicou uma média de 18% de sobrepreço em casos de cartéis[144], sendo a maioria dos casos na faixa entre 10 a 20% de sobrepreço. O estudo também indica que em 7% dos casos (considerado como uma quantidade pequena, mas significativa), não foi identificado sobrepreço – ou seja, o cartel não teria levado ao aumento de preços para níveis supracompetitivos.

---

pelos infratores – em que pese alguns Conselheiros adotarem metodologias próprias para realizar tal estimativa. Veja-se, por exemplo, decisões proferidas pelo Conselheiro João Paulo de Resende nos processos administrativos de número 08012.011980/2008-12 e 08012.010338/2009-99.

[142] CONNOR, John M. e LANDE, R.H. Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines. *In* WALLER, S.W. (editor). *Issues in Competition Law and Policy*, volume 3. ABA Section of Antitrust Law, volume 3, 2008, pp. 2203-2218. Vide, também, o primeiro artigo publicado por CONNOR que deu origem aos trabalhos posteriores: Connor, John M. Our Customers Are Our Enemies: The Lysine Cartel of 1992-1995, *in*: Review of Industrial Organization, Volume 18, pp. 5-21.

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

[144] Foram considerados na análise 114 casos.

Não há, de fato, uma regra aplicável a todos os casos. Embora haja defensores e mesmo precedentes em jurisdições estrangeiras sobre a possibilidade de se presumir a existência de sobrepreço[145], estudos indicam que em alguns casos a infração concorrencial pode não ter levado ao aumento do preço competitivo.

Em qualquer hipótese, observa-se que, no âmbito das ações de reparação por danos concorrenciais, a fixação do valor da condenação não permite levar em consideração qualquer questão de política econômica de combate a infrações concorrenciais. Ao autor de tais ações deve-se assegurar a reparação dos danos sofridos, e tal valor independe de eventual multa paga em razão de condenação por autoridades de defesa da concorrência.

Portanto, eventual harmonização entre o *enforcement* privado e público, no que tange a imposição de penalidades (multas) ótimas, no sentido de dissuasão de prática anticompetitiva, somente poderia ser realizada pela autoridade de defesa da concorrência[146]. Esta poderia considerar eventuais valores devidos em ações de reparação de danos concorrenciais ao estabelecer as penalidades a serem impostas aos infratores. Tal solução, contudo, somente se mostraria viável se a reparação dos danos tiver sido realizada antes do julgamento pelo Tribunal do Cade – o que dificilmente ocorreria em ARDC proposta perante o Judiciário, mas eventualmente poderia ocorrer se a ação tramitar em tribunal arbitral ou houver composição amigável entre as partes.

3.2.3 Os autores e interesse jurídico

Uma ressalva que se deve fazer quanto às referências às ações de reparação por danos concorrenciais como uma forma de *enforcement* privado é que entidades e agentes públicos também pode ser autores deste tipo de ação. Veja-se, por exemplo, as ações civis públicas requerendo indenização por danos sofridos em decorrência de infração concorrencial.

---

[145] Por exemplo, decisão proferida pelo Tribunal Regional de Dortmund, na Alemanha, no caso conhecido como cartel das vitaminas (LG Dortmund 0 55/ 02, Kart Vitaminkartell III. Decisão de 1º de abril, 2004, parágrafo 26); e no caso conhecido como cartel do cimento, em decisão proferida pela Corte de Justiça Federal Alemã (Oberlandesgericht Düsseldorf, Berliner Transportbeton I, KRB 2/05).

[146] Esta é a sugestão, por exemplo de Jörg Philipp Terhechte. *Op. cit.*, p. 20.

Esta ressalva é relevante, especialmente, quando se observa que em diversas jurisdições não é permitido, ou simplesmente não é usual, que agentes ou entidades públicas pleiteiem reparação por danos decorrentes de infração concorrencial. No Brasil, é possível a propositura de ação civil pública para reparação de danos causados por infração concorrencial, por exemplo, pelo Ministério Público[147]. Conforme exposto por OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JR., o caráter publicístico da LDC não impediu que seu artigo 47 conferisse uma pretensão em favor de particulares,

> de modo direito ou por intermédio do Ministério Público, dos órgãos públicos dos entes federados, de associações legalmente constituídas (nos termos do art. 82, CDC), para a 'defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos'. [...]
> Tal pretensão baseia-se no conceito de *private enforcement* e na correta noção de que o Direito Concorrencial tem reflexos imediatos no Direito Privado, especialmente no Direito do Consumidor e no Direito Civil. A defesa da concorrência é também uma forma de proteção do direito dos particulares (em sentido amplo) e dos consumidores (em sentido restrito), ainda que se discuta sobre ser direta ou indireta sua influência no Direito do Consumidor.[148]

Neste trabalho, contudo, manteremos a referência à terminologia *enforcement privado* como aquele referente às ações de reparação por danos concorrenciais (incluindo as ações civis para reparação de tais danos), visto que estas buscam identificar, mensurar e reparar danos individualmente sofridos. Ao contrário, o *enforcement público* será considerado como aquele realizado por autoridades concorrenciais, ou pelo Poder Judiciário, na execução da Lei de defesa da concorrência, Lei n. 12.529/2011, buscando assegurar os interesses da coletividade.

Embora as referências usualmente feitas entre o *enforcement* público e privado tenham como destaque o autor das respectivas ações para *enforcement* da legislação de defesa da concorrência (e a distinção entre interesse particular *versus* interesse público, ou coletivo), as diferenças entre ambos os tipos de ação são significativamente mais amplas.

---

[147] Os legitimados para propositura de ação civil pública são indicados no art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, por exemplo.

[148] RODRIGUES JR., OTÁVIO LUIZ. Direito Civil Contemporâneo: Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 81.

O *enforcement* público é aqui considerado como aquele realizado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, na atividade de repressão à condutas anticoncorrenciais, com base na competência estabelecida pela Lei n. 12.529/2011 e tendo em vista o interesse coletivo. O foco de tais ações é o interesse da coletividade em um ambiente concorrencialmente saudável, em vista de todos os aspectos positivos que este cenário assegura para os agentes econômicos, consumidores e para a economia nacional. Embora se possa alegar a existência de interesse público também em relação às ações civis públicas propostas pelo Ministério Público ou outros legitimados, tais ações não serão consideradas aqui como parte do *enforcement* público porque visam endereçar danos especifica e individualmente considerados.

Já o *enforcement* privado é aqui considerado como aquele realizado por iniciativa de entidades públicas ou agentes privados, com fundamento, notadamente, no Código Civil, mas também na LDC, com o objetivo de endereçar danos a agentes individualmente considerados. Ou seja, mesmo que se possa caracterizar certo interesse público em ações que possam, direta ou indiretamente, inibir ou reprimir infrações legais, o objetivo de tais ações, no que tange o *enforcement* privado, não é endereçar eventuais prejuízos à coletividade, mas a pessoas, jurídicas ou naturais, individualmente consideradas.

Distinções significativas existem na execução do *enforcement* privado e público. O mais evidente é a aplicação de legislações diversas e âmbito de processamento. As ações de reparação por danos concorrenciais, mesmo que com referências à LDC, fundamentam-se e regem-se prioritariamente por disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil, tramitando perante o Poder Judiciário (que, até o presente momento, não possui seções especializadas em matéria concorrencial) ou Tribunal arbitral.

Já o *enforcement* público rege-se pela LDC, com aplicação apenas subsidiária[149] de regras do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985), Lei de Processo Administrativo (Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999), e Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), tramitando perante o Cade – órgão, por natureza, especializado em direito da concorrência.

[149] Conforme disposto no art. 115 da LDC.

3.2.4 A produção de provas

Uma distinção também significativa e de maior relevância para o escopo deste trabalho refere-se à forma de produção de provas. A LDC confere ao Cade diversos poderes em relação à obtenção de prova.

No interesse da instrução dos diversos tipos de processos dos quais a LDC trata, o Cade pode:

a) requisitar informações e documentos a quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções;
b) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas;
c) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos;
d) requerer ao Poder Judiciário 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, sendo inexigível a propositura de ação principal;
e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal;
f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem[150].

[150] Vide artigo 13 da Lei n. 12.529/2011 (que trata da competência da Superintendência-Geral do Cade).

A ampla lista de poderes conferidas ao Cade para obter informações e documentos para instrução de seus processos – com destaque para a possibilidade de requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão – relaciona-se com o interesse público na prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Conforme disposto no parágrafo único do artigo 1º da LDC, "a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei."

Já a possibilidade de obtenção de provas em ações privadas pelas partes é mais restrita. Embora o Código de Processo Civil estabeleça diversos meios de obtenção de prova, incluindo a possibilidade de flexibilização do ônus probatório caso seja comprovada a impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário[151], e haja possibilidade de se requerer judicialmente o acesso a informações e documentos produzidos em outros processos, administrativos ou judiciais, a produção de prova pelas partes de uma ação privada é notadamente mais limitada do que a possibilidade de produção de prova pela autoridade concorrencial no âmbito de suas próprias investigações.

As partes em uma ação de reparação por danos concorrenciais não teriam legitimidade, por exemplo, para requerer a realização de busca e apreensão a fim de obter informações e documentos para fundamentar suas alegações. Igualmente, não teriam legitimidade para requerer diretamente informações confidenciais de órgãos públicos, de inquéritos policiais, ou de processos judiciais ou administrativos. O acesso a informações e documentos em posse de terceiros depende de autorização judicial prévia, o que, por sua vez, demanda suficiente descrição do objeto pretendido e fundamentação quanto à necessidade do acesso para fins de pretensão legítima. Ou seja, as partes de um processo privado não têm legitimidade para realizar produção de prova para fins investigatórios, ao contrário da autoridade concorrencial.

Esta constatação acerca das hipóteses de produção de provas em ações privadas e nos processos das autoridades concorrenciais gera reflexões

[151] Vide 1º do art. 373 do CPC: "§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído."

bastante relevantes. A primeira delas se volta à análise das razões pelas quais as possibilidades de produção de prova são diversas em cada hipótese.

A resposta, de forma bastante simplificada, repousa na função e objetivo de cada tipo de processo ou procedimento. A autoridade concorrencial possui competência para aplicar uma lei cujo titular dos direitos por ela protegidos é a coletividade. Para desincumbir-se de sua competência, o Cade possui poderes investigatórios, ou seja, incumbe-lhe o dever de monitorar o mercado, de analisar a conduta dos agentes econômicos, de investigar condutas suspeitas, e de buscar provas para condenação de agentes que tenham praticado condutas anticoncorrenciais.

Em razão da atividade investigatória, ao Cade é conferido poderes amplos de acesso a informações e documentos, incluindo a possibilidade de requerer judicialmente mandado de busca e apreensão, nas hipóteses legais. Trecho constante do manual intitulado "Diligências de Busca e Apreensão Cíveis: informações gerais sobre operacionalização" publicado pelo Cade demonstra explicitamente o papel investigatório das ações de busca e apreensão promovidas pela autarquia:

> Nesse sentido, diversamente das buscas previstas no Código de Processo Civil, em que as ações são dirigidas ao acautelamento de bem previamente identificado, **as buscas autorizadas com fulcro na Lei 12.529/2011 têm como objeto coisa incerta, uma vez que, em regra, até o momento da diligência a autoridade pública não dispõe de provas diretas da conduta, nem tampouco em que formato ou suporte tais provas podem estar disponíveis**. [152] (Negrito nosso)

Por questões óbvias, agentes que praticam infrações buscam adotar meios para ocultar a prática. A utilização de meios amplos para investigar e produzir provas – dentro dos limites legais, ou seja, diante de indícios mínimos de prática de infração por parte dos agentes investigados – reflete uma necessidade para tornar efetiva, ou, ao menos, aumentar as chances de detecção e comprovação de prática de condutas anticoncorrenciais.

---

[152] A Busca e Apreensão requerida pelo Cade é um procedimento cautelar específico, com o objetivo de obter provas essenciais à instrução de casos de condutas anticompetitivas. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias-e-manuais-administrativos-e-procedimentais/manual-de-operacoes-de-busca-e-apreensao.pdf>, página 7. Acesso em 19 ago. 2019.

Aos agentes privados, por outro lado, no âmbito de ações privadas por eles propostas buscando reparação de ofensa a direitos e interesses privados, não é permitida a produção de provas com a finalidade investigatória.

Tal restrição se fundamenta na proteção constitucional ao sigilo, intimidade, vida privada, sigilo de correspondência e outros direitos, conforme estabelecido no artigo 5º, incisos X a XII[153] da Constituição da República. A fim de proteger tais direitos, o acesso a dados e informações confidenciais ou privadas somente é autorizado em situações bastante limitadas. A "quebra" deste sigilo ou direito à confidencialidade e privacidade apenas se justifica em casos de indícios relevantes de prática de infração ou crime pelo agente proprietário de tais dados e informações e a pedido de entidade pública com poderes investigatórios.

Neste contexto, então, surge o questionamento acerca da possibilidade de acesso, por agentes privados, para fins de instrução de demandas de pedido de reparação por danos concorrenciais, a informações e documentos obtidas pela autoridade concorrencial no exercício de suas funções investigatórias. Em outras palavras, questiona-se se seria possível conceder a potenciais ou efetivos autores de ações privadas o acesso a informações e documentos os quais, eles próprios, não poderiam legitima e originariamente, produzir – aplicadas as devidas ressalvas, tais como a possibilidade de obtenção de determinadas informações e documentos como consequência de flexibilização do ônus probatório.

Este questionamento, pertinente ao empréstimo de provas produzidas originariamente em processo diverso, não é novidade ou próprio do assunto em tela – qual seja, ações de reparação por danos concorrenciais. Dado que este trabalho não visa analisar regras específicas de direito processual civil quanto à produção de provas, não iremos nos aprofundar no tema de empréstimo de provas. Contudo, algumas considerações sobre o tema podem enriquecer o

[153] Tais incisos dispõe, *in verbis*: "X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal."

debate objeto deste trabalho, razão pela qual apresentamos algumas considerações ao longo deste trabalho.

3.3 Legitimidade para propor ação – os consumidores indiretos e a doutrina do *pass-on*

Segundo regra constante no artigo 927 do Código Civil, aquele que causar dano a outrem em decorrência de ato ilícito é obrigado a repará-lo. A redação deste artigo não permite outra interpretação que não a de que a reparação é devida por aquele que sofreu o dano causado por um ato ilícito. Consequentemente, pode-se considerar que a legitimidade de um autor em uma ação de reparação por dano concorrencial será condicionada à demonstração de que ele/ela, e não terceiros, sofreram o ano decorrente da infração concorrencial praticada pelo réu.

A relevância desta observação está no fato de que o dano causado por infração concorrencial pode, em tese, ter sido repassado para terceiros, o que permitiria aduzir que este terceiro seria a parte legítima para pleitear a reparação. Isso ocorreria na hipótese de os compradores que adquiriram o produto diretamente dos infratores repassarem integral ou parcialmente o sobrepreço decorrente da infração para seus próprios clientes. Tal hipótese é conhecida como "*pass-on*" – situação na qual o sobrepreço, ou parcela deste, tenha sido repassada aos consumidores do comprador que adquiriu diretamente o produto dos infratores.

O conflito é evidenciado pelo fato de que, caso tenha havido repasse do sobrepreço, o comprador direto deixaria de possuir legitimidade para propor ação de reparação, visto que, ao repassar o sobrepreço, teria repassado também o dano. A legitimidade seria, portanto, do comprador indireto.

O debate envolve também uma outra vertente, qual seja, a da possibilidade de os réus alegarem o *pass-on* como defesa. Estes poderiam arguir, em ações propostas por compradores diretos, que estes não teriam legitimidade por terem repassado o sobrepreço; e em ações propostas por compradores indiretos, que estes não teriam sofrido dano algum, pois não teria havido repasse de sobrepreço a eles pelos compradores diretos.

A controvérsia sobre o *pass-on*, portanto, diz respeito não apenas ao interesse dos autores – ou seja, em relação à definição sobre quem teria direito

a buscar e receber reparação por danos sofridos – mas também o dos réus – em relação às alegações que pode apresentar a fim de eliminar a pretensão reparatória dos autores.

Os argumentos a favor do *pass-on* como argumento de defesa se baseiam no princípio geral de que a reparação só é devida àquele que efetivamente sofreu danos. Ainda, considera-se que a inviabilidade de alegação de *pass-on* como defesa implicaria, de forma inversa, na inviabilidade de alegação de *pass-on* para demonstrar a legitimidade e viabilizar ações de reparação por compradores indiretos. Usualmente, nas jurisdições que admitem a alegação de *pass-on* como defesa, o ônus da prova quanto ao efetivo repasse de sobrepreço recai sobre os réus[154].

Os argumentos contrários ao reconhecimento de legitimidade de compradores indiretos pleitearem reparação têm bases pragmáticas. Entende-se que os compradores diretos teriam menos incentivo para propor ações de reparação ante a possibilidade de verem a reparação pleiteada negada ou substancialmente reduzida (caso reconhecido ou presumido o repasse integral ou parcial dos danos sofridos). Ainda, considera que os compradores indiretos teriam maior dificuldade para provar suas alegações, visto que, por não terem relação direta com os infratores, o acesso a informações e documentos para comprovar a infração, o próprio dano, dentre outros aspectos da demanda, seria mais limitado em relação aos compradores diretos.

As dificuldades e incertezas impostas, portanto, tanto aos compradores diretos quanto aos indiretos, quando ambos puderem requerer indenização por danos, reduziriam os incentivos para propor ação de reparação igualmente, a ambos. Isto, por sua vez, resultaria em benefício para os infratores, os quais não seriam demandados a reparar eventuais danos a quaisquer deles.

A não aceitação de *pass-on* como defesa ou para reconhecer a legitimidade de compradores indiretos proporem ação de reparação de danos, portanto, teria como objetivo aumentar a probabilidade de os infratores serem

---

[154] Por exemplo, o *Office of Free Trade*, autoridade concorrencial do Reino Unido, recomenda que o ônus da prova recaia sobre os réus – vide "*OFT, Private actions in competition law: effective redress for consumers and business. Recommendations from the Office of Free Trading* (OFT 916 resp., November 2007) parágrafos 12.11 a 12.15. O "White Paper on Damage Actions for Breach of the EC Antitrust Rules" – COM(2008) 165 – expressamente recomenda a permissão de alegação de *pass-on* como defesa. Vide, ainda, os casos conjuntos C-235/04 a C-238/04 *Vincenzo Manfredi* v. *Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* [2006] ECR I-6619.

condenados a reparar os danos causados – mesmo que a reparação seja efetuada aos compradores que tenham eventualmente repassado o dano aos seus clientes, total ou parcialmente.

Dentre as poucas ações pleiteando reparação de danos no Brasil, observamos que a controvérsia acerca do *pass-on* já foi posta. Decisões reconhecendo a ilegitimidade de compradores diretos para pleitear reparação por danos derivados de infração de cartel condenada pelo Cade foram proferidas[155], aplicando-se presunção de repasse do alegado sobrepreço aos compradores dos autores (ou seja, os compradores indiretos). Em ao menos um destes casos, contudo, foi interposta apelação já julgada pela instância superior. A 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao recurso e declarou a nulidade da sentença recorrida em razão de cerceamento de defesa. A decisão reconheceu a necessidade de realizar a produção de prova acerca da existência de dano pelo autor (ao contrário do repasse integral), já determinando a produção de prova pericial a ser realizada por economista ou econometrista a ser nomeado pelo Juízo. Consta ainda, na decisão, que o ônus de demonstrar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito das autoras é imposto às requeridas, conforme disposto no art. 373, inciso II, do CPC [156].

No nosso melhor entendimento, contudo, não existe no ordenamento jurídico brasileiro qualquer regra específica acerca da legitimidade de compradores direitos ou indiretos, ou de possíveis presunções acerca de repasse de dano (sobrepreço, por ex.). Entende-se que a regra geral, conforme exposto acima, é a de que o legitimado a pleitear reparação de danos é aquele que efetivamente sofreu danos. Portanto, tanto o comprador direto quanto o indireto poderiam ter legitimidade, a depender de qual deles efetivamente sofreu o dano – podendo ocorrer a situação em que ambos o tenham sofrido, na hipótese de ter havido repasse parcial do sobrepreço derivado da infração. Com base no mesmo fundamento, não há, igualmente, qualquer vedação para alegação de *pass-on*

---

[155] Veja-se os seguintes casos, todos referentes ao caso conhecido como cartel dos cimentos: processos n. 1076834-28.2017.8.26.0100; 1050035-45.2017.8.26.0100; 1050042-37.2017.8.26.0100; 1076912-22.2017.8.26.0100.

[156] Apelação Cível n. 1050035-45.2017.8.26.0100. Apelantes: Paez De Lima Construções Comércio e Empreendimentos Ltda., Garden Engenharia e Empreedimentos Ltda. e Seta Construções e Comérico Ltda. Apelados: Votorantim Cimentos S/A e LafargeHolcim (Brasil) S.A. 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Miguel Brandi.

como argumento de defesa, como forma de garantir que a reparação do dano seja direcionada àquele que, efetivamente, tenha sofrido o dano.

O projeto de lei original do Senado n. 283/2016, que trata de diversas questões relacionadas ao fomento de ações de reparação por danos concorrenciais, foi alterado para tratar especificamente da questão do *pass-on*. A proposta final aprovada pelo Senado incluiu uma proposta de parágrafo adicional ao artigo 47 da Lei n. 12.529/2011 para estabelecer que o repasse de sobrepreço não deve ser presumido. Este é o texto da proposta: “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.”

Acredita-se que tal acréscimo foi uma reação às decisões judiciais referidas acima, nas quais a presunção do repasse do sobrepreço foi adotada, e como uma medida adicional para incentivar a propositura de ações de reparação por danos concorrenciais – considerando que, usualmente, os compradores diretos são os que possuem maior interesse em ações de reparação, além de possuírem melhor acesso a dados e informações para embasar tais ações. Portanto, garantir que ações por eles propostas não seriam imediatamente arquivadas com base em presunção de repasse do dano sofrido teria sido considerado relevante no contexto da política de incentivo à propositura de ações de reparação por danos concorrenciais.

Observa-se, contudo, que o dispositivo mencionado se refere especificamente aos casos de infrações previstas nos artigos referentes a condutas concertadas (art. 36, § 3º, incisos I e II). Não se conhece a razão para tal limitação, visto que também em casos de danos provocados por condutas unilaterais (abuso de poder de mercado), o debate acerca de legitimidade dos compradores diretos e indiretos existe.

Caso aprovada e transformada em dispositivo legal, a proposta implicará não apenas a necessidade de o réu comprovar o repasse do sobrepreço a fim de encerrar demandas trazidas por compradores diretos – tal como indicado expressamente na proposta – mas também exigirá que os compradores indiretos comprovem o repasse de sobrepreço a fim de comprovar sua legitimidade para propositura de ação de reparação de danos concorrenciais. Tal prova, contudo, deveria ser feita em qualquer hipótese, visto que a prova do dano é condição essencial para se ter direito à reparação civil.

3.3.1 A experiência estrangeira

Apenas a título de exemplo de como o assunto tem sido tratado em outras jurisdições, vê-se que no Reino Unido os compradores diretos possuem legitimidade para propor ação de reparação por danos concorrenciais independente de terem adquirido o produto para uso próprio ou para revenda a um terceiro ou ao consumidor[157]. Compradores indiretos também teriam legitimidade para propor ação de reparação por danos concorrenciais nesta jurisdição[158]. Não há regra específica para o caso de ambos os tipos de compradores arguirem legitimidade – caberá a cada um comprovar que sofreu dano, e, caso se desincumbam deste ônus, ter direito à reparação equivalente ao dano sofrido.

Na Alemanha, a Corte Regional de Mainz, Alemanha[159], em decisão proferida em 2003 (e confirmada pela instância superior no ano seguinte), rejeitou a aplicação da "doutrina Courage" para reconhecer a legitimidade do autor em uma ação de reparação de danos – um consumidor de vitaminas que teria adquirido o produto de um dos membros de um cartel condenado pela Comissão Europeia.

---

[157] Seria também possível, nesta jurisdição, que consumidores que deixaram de adquirir determinado produto por causa do preço elevado (em tese, decorrente do sobrepreço provocado pela infração) também pleiteasse reparação pelos danos sofridos. Entretanto, a dificuldade em provar tais danos (especialmente, que o produto seria efetivamente adquirido caso não houvesse o sobrepreço) é significativa o suficiente para desincentivar ações dessa natureza. Igualmente, é também juridicamente possível que concorrentes que não participaram da infração pleiteiem danos, por ex., nas hipóteses de condutas exclusionárias que tenha causado danos a tais concorrentes. Contudo, também nesta hipótese a viabilidade de comprovação de danos é complexa – há ao menos dois precedentes nos quais os tribunais reconheceram a legitimidade dos autores, contudo, ambos foram encerrados com acordo antes do julgamento final. Caso 1088/07, *JJ Burgess and Sons* v. *W Austin and Sons* (Stevenage) *Limited* e *Harwood Park Crematorium Limited*; e caso 1060, *Healthcare at Home* v. *Genzyme*. Finalmente, observa-se haver precedente reconhecendo que até mesmo um dos coautores poderia ter legitimidade para propor ação de danos, caso demonstrado que não teve 'significativa responsabilidade' na participação na infração. A Corte de Apelação confirmou que o autor não tinha efetivamente responsabilidade significativa, considerando que não havia igualdade no poder de barganha entre os infratores e que o autor estava em posição significativamente mais fraca em relação ao representado – veja-se o caso *Crehan v. Inntrepeneur* [2004] EWCA Civ 637 para. 153. BLANKE, Gordon e NAZZINI, Renato. International competition litigation: a multi-jurisdictional handbook. Kluwer Law International: 2012, p. 130-132.

[158] Com fundamento legal na seção 47B(3) da CA98. Veja, ainda, o caso *Emerald Supplies Lda* v. *BA plc* [2009] EWHC 741 (especialmente, parágrafo 36), ao tratar da questão de comprovação sobre quais dos potenciais autores (direitos e indiretos) teriam absorvido ou repassado o sobrepreço.

[159] "*Landgericht*", ou "LG". Caso julgado em 11.07.2003 (referência: 11 July 2003, (2004) GRUR (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht), 182) e pela Corte de Apelação em 28.-1.2004 (referência (2004) NJW, 2243). Citação de REICH, Norbert. The "Courage" doctrine: encouraging of discouraging compensation for antitrust injuries? Kluwer Law International. Common Market Law Review, Volume 42, 2005, p. 40.

A Corte considerou que a legislação daquele Estado-Membro entendia "dano competitivo" como aquele limitado às pessoas contra as quais o preço do cartel tenha sido direcionado e que tenham efetivamente sido afetadas por ele. No caso em questão, a Corte entendeu que o autor teria repassado o sobrepreço imposto pelo cartel aos seus clientes[160], eliminando os danos sofridos pelo autor, o adquirente direto do produto comercializado pela empresa condenada por cartel. Como consequência, o autor em questão não teria legitimidade para pleitear reparação por danos.

Tais julgados geraram grandes debates, incluindo manifestação da Comissão (anti)Monopólio alemã (*Monopolkommission*) contrariamente à possibilidade de se utilizar o argumento de repasse de sobrepreço como defesa pelos réus. Tal Comissão manifestou entendimento de que mesmo que o sobrepreço tenha sido repassado aos clientes, o comprador direto pode ter sofrido dano pela redução de lucratividade em razão de uma posição concorrencialmente mais fraca, por exemplo. Também no sentido contrário à decisão em questão, foram publicadas propostas para alteração da legislação concorrencial alemã a fins de adequá-la ao entendimento adotado pelo TJUE, incluindo proposta de proibição da alegação de *pass-on* como defesa.

A jurisprudência alemã evoluiu no sentido de autorizar a alegação de *pass-on* como defesa, mas de forma bastante restritiva, impondo o ônus ao réu de provar certos requisitos[161]. Ao mesmo tempo, por decorrência lógica, a legitimidade de adquirentes indiretos (aqueles que não adquiriram o produto

---

[160] Aparentemente, o Tribunal adotou uma presunção acerca do repasse do sobrepreço. Veja-se trecho da decisão proferida pela OLG Karlsruhe: "*in a business calculation the purchase price is* in any case *only an element of cost which is included into the sales price and is passed on to the next line of commerce or to the final consumer." (destaque do original).* Tradução do autor citado, do original: *"(…) der Einkaufspreis ist im betriebswirtschaftlichen Ablauf* von vonherein *nur ein Kostenfaktor, der prinzipiell im Verkaufspreis eingeht und an die nächste Wirtschaftsstufe oder den Endverbraucher weitergegeben wird".* REICH, Norbert. *Op cit*., p. 43.

[161] Segundo precedente estabelecido pela Suprema Corte Federal Alemã (BGH), em decisão proferida em 2011, o réu deve explicar porque, com base em condições de mercado pertinentes ao caso, o repasse de sobrepreço aos consumidores indiretos poderia ser razoavelmente presumido. Adicionalmente, deve provar que seu cliente direto (o autor) não sofreu nenhuma outra forma de desvantagem em relação à conduta, tal como redução de vendas em razão de preços mais elevados por causa do cartel. Ainda, deve provar que a capacidade do autor de elevar seus preços (e repassar o sobrepreço) não é devido a características próprias de sucesso comercial do autor – por ex., valores adicionais do produto devido a processamento adicional do produto, ou habilidades de negociação. Apenas em circunstâncias muito limitadas os tribunais podem permitir afastar o ônus de provar todos estes requisitos. Vide decisão no caso KZR 75/10 – ORWI. Disponível no original em alemão em: < http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=56712&pos=0&anz=1>. Acesso em 20.08.2019.

diretamente da empresa parte da infração, mas de um fornecedor que teria adquirido o produto de um dos participantes da conduta) para pleitear reparação por danos sofridos em decorrência do cartel é reconhecida, desde que tais adquirentes indiretos comprovem como o sobrepreço lhes foi repassado.

Posteriormente, a Alemanha realizou alterações em sua legislação[162] a fim de atender as diretrizes da Diretiva 2014/104/EU, reconhecendo a legitimidade dos compradores indiretos e autorizando a alegação de *pass-on* como defesa (sendo ônus do réu comprovar o repasse dos danos, embora, segundo a redação do novo dispositivo, sem o ônus de comprovar que o comprador direto não sofreu outros danos, tais como declínio de vendas em razão da infração concorrencial[163]).

Atualmente, em razão de dispositivo constante na Diretiva 2014/104/EU os Estados-Membros a União Europeia reconhecem a legitimidade dos compradores indiretos de pleitear reparação por danos concorrenciais. Segundo regra disposta no artigo 14 da Diretiva, cabe ao comprador indireto comprovar que o sobrepreço foi repassado e o dano sofrido por ele. Para tanto, deverá demonstrar que:

> a) O demandado cometeu uma infração ao direito da concorrência;
> b) A infração ao direito da concorrência teve como consequência um custo adicional (sobrepreço) para o comprador direto do demandado; e
> c) O comprador indireto adquiriu os bens ou serviços que são objeto da infração ao direito da concorrência, ou adquiriu bens ou serviços derivados dos bens ou serviços que são objeto dessa infração ou que os contêm.
>
> O presente artigo não se aplica quando o demandado possa demonstrar de maneira crível ao tribunal que o custo adicional não foi repercutido, ou não o foi na íntegra, no comprador indireto.[164]

Em direção oposta é o entendimento adotado nos EUA, ao menos conforme estabelecido no âmbito federal, onde não se permite a alegação de *pass-on* para determinar a legitimidade como autor. A decisão adotada no caso *Illinois Brick Co. v Illinois*[165] consolidou o entendimento de que apenas aqueles que

---

[162] Vide a nona alteração da legislação de concorrência alemã (GWB), especificamente, o § 32c da lei.

[163] Em seus comentários à alteração legislativa, o legislador apresenta referência explícita ao caso ORWI, permitindo a alguns arguir que o novo dispositivo apenas consolidaria o entendimento manifestado naquele caso.

[164] Artigo 14º da Diretiva, em tradução livre e adaptação da versão traduzida para a língua portuguesa adotada em Portugal.

[165] Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977). Cf., ainda, o caso Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S. 481 (1968).

tenham comprado produtos diretamente dos infratores têm legitimidade para requerer indenização pelos danos sofridos (pela aquisição de produto com sobrepreço) com base na legislação federal. Observa-se que este precedente, aplicado por mais de quarenta anos de maneira uniforme, pode ser alterado, tendo em vista decisão recentemente proferida pela Suprema Corte no âmbito do caso *Apple v. Pepper*[166], aprovando a constituição de uma ação coletiva (*clas action*) por diversos consumidores acerca de preço estabelecido pela Apple aos desenvolvedores independentes de aplicativos, e não diretamente aos consumidores[167]. Observa-se que a legislação[168] de diversos Estados Federados reconhece a legitimidade de compradores indiretos em ações de reparação por danos concorrenciais, razão pela qual existem efetivamente diversas ações dessa natureza nos EUA.

[166] Apple Inc. v. Pepper, 587 U.S. __ (2019).
[167] Vide comentários do Advogado-Geral Michael Murray em palestra proferida em 25 de setembro de 2019, disponível em: < https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-michael-murray-delivers-remarks-united-states-council>. Acesso em 13 jan. 2020.
[168] Entende-se que, nos Estados nos quais não há legislação reconhecendo a legitimidade dos compradores indiretos, aplica-se a regra estabelecida no caso Illinois Brick (ou seja, não se reconhece tal legitimidade). Veja-se caso *California v. ARC America Corp*. 490 U.S. 93 (1989), no qual foi determinado que a legislação federal não revoga a legislação dos Estados Federados sobre a legitimidade dos compradores indiretos.

4 DO ACESSO A DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES CONSTANTES DOS PROCESSOS INSTAURADOS PELA AUTORIDADE DE CONCORRÊNCIA – A EXPERIÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

O direito das partes de exercerem amplamente os seus direitos depende do acesso a informações e provas que fundamentem suas alegações. O autor de uma ação de reparação deverá provar, fundamentalmente, três itens: a existência de uma infração concorrencial, a existência de nexo causal entre tal infração e o dano sofrido, e a existência efetiva do dano e sua quantificação.

A questão sobre acesso a documentos em posse de terceiros envolve a assimetria de informação entre as partes, ou seja, uma delas não possui as informações que a outra parte, ou terceiros, possuem, mas que necessita para fundamentar e provar suas alegações.

A informação (aqui referida em sentido amplo, incluindo documentos, gravações, etc.) pode estar disponível apenas à parte contra a qual a ação é apresentada. Neste caso, por razões óbvias, esta outra parte não terá interesse em voluntariamente apresentar tais informações nos autos, visto que poderão fazer prova contra si mesmo.

Tal informação pode também estar em posse de uma autoridade administrativa ou judicial, que tenha tido acesso a ela por meio de busca e apreensão, escuta telefônica, ou outro meio de obtenção de prova sem a colaboração ou ciência da parte investigada (proprietária das informações). Neste caso, o acesso a tais informações se daria por exceção, em uma das poucas hipóteses de (quebra sigilo etc.).

No âmbito da União Europeia, por força do Regulamento da Comissão Europeia 1/2003, as decisões proferidas pela Comissão Europeia são vinculantes nos Estados-Membros. Tal provisão tem como objetivo garantir a aplicação uniforme, em todos os Estados-Membros, das decisões tomadas pela Comissão Europeia (cujas investigações dizem respeito ou interessam a questões que envolvem mais de um estado-membro).

Caso o potencial autor de uma ação de reparação decida aguardar a conclusão de investigação da Comissão Europeia, e esta decida pela existência

de provas de uma conduta ilícita e profira decisão condenatória, tal decisão pode ser utilizada, no âmbito da ação de reparação, como prova da infração. Tal ação será então denominada como "*follow-on action*", ou seja, ação proposta após decisão condenatória da autoridade de concorrência que utiliza tal decisão como prova da infração. Nesta hipótese, o autor deverá se concentrar em provar a existência de dano provocado pela infração e do nexo causal entre a infração e o dano sofrido pelo autor, além de sua legitimidade para pleitear a reparação dos danos.

Mesmo na hipótese das ações *follow-on*, os autores possivelmente terão interesse em ter acesso às informações e documentos constantes nos autos do processo da autoridade de concorrência. Não há, contudo, no âmbito da União Europeia, o direito de uma parte ter acesso a documentos em posse de terceiros apenas porque tais documentos possam lhe ser úteis em um processo judicial. O direito de acesso a tais documentos é regulado por legislação nacional de cada estado-membro e algumas normas de aplicação em toda a União Europeia.

4.1 Da lei de acesso a documentos de instituições da União Europeia

O acesso público a documentos em posse de instituições da União Europeia (Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão) foi introduzido no ano de 1994, com base na experiência de países da Escandinávia[169]. O objetivo era criar um ambiente de maior publicidade e transparência da administração pública, e não exatamente facilitar a produção de provas em ações civis. Entretanto, dada a ausência de normas específicas para regular o acesso a evidências para fins de utilização em ações privadas de reparação de danos, potenciais autores destas ações utilizaram as regras gerais sobre acesso público a documentos para tentar obter provas para embasar suas ações.[170]

[169] Reporta-se lei de acesso a informações e documentos do governo na Suécia já em 1766. Na América Latina, a Colômbia teria sido a primeira nação a promulgar lei desta natureza. Atualmente, outros países além do Brasil promulgaram leis semelhantes, tais como Uruguai e Chile. Já nos Estados Unidos a Lei de Liberdade de Informação (conhecida como FOIA – *Freedom of Information Act*) foi promulgada em 1966 (tendo sofrido atualizações posteriormente).
[170] Vide ASHTON, David. *Op. cit.*, pp. 70-71.

Tais regras foram estabelecidas no Regulamento (CE) n. 1049/2001[171] (Regulamento n. 1049/2001), que estabelece como regra geral a publicidade dos documentos. Exceções à regra são enumeradas, considerando hipóteses em que a confidencialidade seja necessária para resguardar determinados interesses e direitos. O item 11 dos "considerandos" do citado Regulamento apresenta as diretrizes gerais:

> Em princípio, todos os documentos das instituições deverão ser acessíveis ao público. No entanto, determinados interesses públicos e privados devem ser protegidos através de excepções. É igualmente necessário que as instituições possam proteger as suas consultas e deliberações internas, se tal for necessário para salvaguardar a sua capacidade de desempenharem as suas funções. Ao avaliar as excepções, as instituições deverão ter em conta os princípios estabelecidos na legislação comunitária relativos à proteção de dados pessoais em todos os domínios de atividade da União.

As exceções à publicidade estão detalhadas no artigo 4 do Regulamento n. 1049/2001, as quais podem ser aplicadas pelo período máximo de 30 anos, ou período maior no caso de exceções relacionadas à vida privada ou a interesses comerciais e aos documentos sensíveis[172]. Dentre as exceções, destacam-se aquelas que têm pertinência com o tema deste trabalho (ou seja, documentos que possam ser utilizados em ações de reparação de danos concorrenciais):

> 2. As instituições recusarão o acesso aos documentos cuja divulgação pudesse prejudicar a proteção de:
> - interesses comerciais das pessoas singulares ou coletivas, incluindo a propriedade intelectual,
> - processos judiciais e consultas jurídicas,
> - objetivos de atividades de inspeção, inquérito e auditoria,
>
> exceto quando um interesse público superior imponha a divulgação.
>
> 3. O acesso a documentos, elaborados por uma instituição para uso interno ou por ela recebidos, relacionados com uma matéria sobre a qual a instituição não tenha decidido, será recusado, caso a sua divulgação pudesse prejudicar gravemente o processo decisório da instituição, exceto quando um interesse público superior imponha a divulgação.

Conforme se pode notar do trecho transcrito, o Regulamento n. 1049/2001 adota redação relativamente abstrata, o que possivelmente se explica

---

[171] Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/RegData/PDF/r1049_pt.pdf. Vide também art. 15º do Tratado de Funcionamento da União Europeia

[172] Conforme disposto no item 7 do artigo 4.

por sua natureza genérica, para aplicação em relação a todas as instituições administrativas da União Europeia.

Do Regulamento em comento destaca-se, ainda, o item 4 do artigo 4º, o qual dispõe que, no caso de os documentos requisitados sejam de terceiros, a instituição deverá consultar estes terceiros a fim de avaliar a incidência de quaisquer das exceções previstas no artigo 4º, exceto "seja claro se o documento deve ou não ser divulgado". Em que pese a exceção, é, de fato, positivo o procedimento de consulta prévia ao terceiro a fim de resguardar a confidencialidade nas hipóteses em que esta seja necessária para proteger interesses igualmente relevantes. Neste ponto, destaca-se que o mesmo Regulamento permite que o período de aplicação das exceções possa se estender para além do prazo máximo de 30 anos nas hipóteses de proteção à vida privada ou interesses comerciais e documentos sensíveis, o que denota a importância dos direitos respectivamente relacionados.

4.2 Acesso a documentos das investigações da Comissão Europeia

Nos primeiros casos de pedido de acesso a documentos mantidos como confidenciais por autoridades de defesa da concorrência por autores ou potenciais autores de ação de reparação por danos concorrenciais, o Regulamento n. 1049/2001 foi utilizado como fundamento. Dentre os casos de maior repercussão, está o promovido pelo *Cartel Damage Claim* (CDC), um veículo de propósito especial que propõe ações de reparação de danos concorrenciais em nome de prejudicados, em março de 2008. Analisaremos este caso com mais detalhes a seguir.

4.2.1 Caso CDC Peróxido de Hidrogênio

No caso usualmente referido como CDC *Hydrogene Peroxide* (CDC Peróxido de Hidrogênio)[173], o CDC requereu acesso ao índice do dossiê do processo da Comissão Europeia relativo ao processo[174] que resultou em decisão

[173] Ação proposta em 14 de março de 2008. Vide Caso T-437/08 CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims v. Commission, julgamento realizado em 15 de dezembro de 2011. Decisão disponível em: < http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-437/08>. Acesso em 29.08.2019.

[174] Processo COMP/F/38.620 – Peróxido de hidrogénio e perborato.

condenatória por cartel contra empresas no setor de peróxido de hidrogênio. Veja-se que não houve pedido de acesso aos documentos utilizados como prova pela Comissão Europeia, ou documentos elaborados ou apresentados por signatários de acordos de leniência com a Comissão Europeia, mas apenas ao índice elaborado pela autoridade de concorrência. Este índice continha uma descrição dos documentos constantes nos autos (com algum detalhamento referente às partes, conteúdo das provas, datas, dentre outras informações), e permitiria ao CDC avaliar quais documentos poderiam ser relevantes para sua ação.

O pedido foi negado pela Comissão Europeia sob o fundamento de que a divulgação do índice comprometeria os interesses comerciais das partes investigadas, a proteção das atividades de investigação da Comissão, e seu processo decisório (dado que seu conteúdo teria informações detalhadas, incluindo informações apresentadas por signatários de acordos de leniência). A Comissão destacou o efeito deletério sobre a política de colaboração com a autoridade caso as informações apresentadas pelos colaboradores fossem divulgadas, considerando, especialmente, a maior exposição a risco em ações de reparação por eventuais danos concorrenciais. Após pedido de reconsideração, a Comissão colocou à disposição do CDC uma versão não confidencial do índice, mantendo a decisão de negar acesso à versão completa, confidencial.

Contra a decisão da Comissão o CDC apresentou recurso ao Tribunal Geral, o qual decidiu, em dezembro de 2011[175], que as exceções previstas no artigo 4º do Regulamento n. 1049/2001 não se aplicavam ao caso. Por consequência, determinou a anulação da decisão proferida pela Comissão, autorizando, portanto, o acesso ao índice do processo da Comissão Europeia pelo CDC.

Em sua decisão, o Tribunal Geral levou em consideração o fato de que o documento requerido pelo CDC não continha, em si, segredos comerciais ou outras informações que poderiam afetar o interesse comercial das empresas investigadas. Tal documento somente poderia afetar tal interesse caso contivesse, no seu entender, “informações relativas às relações de negócios das sociedades em questão, aos preços dos seus produtos, à estrutura dos seus custos, as quotas de mercado ou a elementos semelhantes”, o que não se verificava no caso em tela.

[175] O processo ficou suspenso por um período, até que tivesse sido proferida decisão no processo T-399/07, Basell Polyolefine v. Comissão.

Embora a Comissão Europeia tenha argumentado que seria de interesse da proteção de suas investigações a manutenção de confidencialidade de documentos que pudesse prejudicar, ou expor à ação de reparação por danos concorrenciais, as empresas que tenham colaborado com a investigação por meio de acordo de leniência[176], o Tribunal Geral não concordou com a Comissão. Ao endereçar este argumento, aparentemente, o Tribunal Geral interpretou que a proteção às investigações prevista no Regulamento n. 1049/2001 não abarcava a investigação em si, mas apenas o propósito de tal investigação, que seria o de verificar a ocorrência ou não de uma infração à lei e imposição de penalidades. Portanto, a confidencialidade poderia se aplicar, sob o argumento de proteção das investigações, apenas para bloquear o acesso a informações e documentos enquanto aquele objetivo não tenha sido atingido (e mesmo que o processo em questão já tenha terminado).[177]

O entendimento do Tribunal Geral baseia-se, ainda, na concepção de que o Regulamento n. 1049/2001 não conteria nenhum dispositivo que indicasse tratamento diferente para outras políticas do Estado – especificamente, que investigações na seara do direito da concorrência e a política de leniência relacionada não teriam um tratamento diferenciado em termos de manutenção de confidencialidade. E, portanto, não haveria razão para interpretar o conceito de "objetivos das atividades de investigação" no âmbito da política de concorrência de forma diversa de outras políticas do Estado.

Ainda em relação a pedidos de acesso a informações confidenciais pelo CDC relacionado ao processo da Comissão referente ao cartel no mercado de peróxidos de hidrogênio, há outro caso que fornece reflexões relevantes. Trata-se

---

[176] A decisão do Tribunal Geral sumariza as alegações da Comissão quanto ao objetivo de proteger suas atividades de investigação nestes termos: "Além disso, o presente caso não pode ser considerado isoladamente. A divulgação da lista completa dos documentos criaria um precedente, na medida em assinalaria ao mundo dos negócios que a Comissão pode vir a divulgar informações respeitantes a um processo em matéria da concorrência, apesar de tal divulgação poder ser preju dicial para os interesses comerciais das empresas que tenham sido objecto do proces so. Tal conduziria a uma situação na qual as empresas reduziriam a sua colaboração ao estrito mínimo e se tornariam muito reticentes à apresentação de informações, o que é essencial para a Comissão no seu combate aos cartéis. Tal resultado afectaria fortemente a capacidade de a Comissão conduzir inquéritos em matéria da concor rência e, portanto, de cumprir as missões que lhe são confiadas pelo Tratado CE. II - 8277 CDC HYDROGENE PEROXIDE / COMISSÃO Pelas razões mencionadas supra, a excepção prevista no artigo 4.o , n.o 2, terceiro travessão, do Regulamento n. 1049/2001 é aplicável aos dados não divulgados na [versão não confidencial do índice]". Caso T-437/08, parágrafo 75.

[177] Vide parágrafo 58 da decisão proferida pelo Tribunal Geral.

de um pedido, por parte da CDC, de acesso a uma versão da decisão condenatória da Comissão contendo mais informações do que a versão pública disponibilizada pela Comissão em maio de 2006. Especificamente, o CDC tinha interesse em ter acesso a uma versão da decisão que contivesse informações que facilitassem a demonstração de danos sofridos por vítimas do referido cartel. Em relação a tal requerimento, a Comissão teria concordado em elaborar uma nova versão confidencial.

Seguindo as regras aplicáveis, em novembro de 2011 a Comissão notificou as empresas acerca do conteúdo da nova decisão quer pretendia tornar pública, a fim de lhes dar oportunidade para manifestar eventuais objeções e indicar as informações que entendessem necessário ser dado tratamento confidencial. Algumas empresas condenadas pela Comissão na investigação correspondente apresentaram objeções, as quais não foram totalmente atendidas. As empresas Akzo Nobel e Evonik Degussa[178], então, recorreram[179] da decisão da Comissão ao Tribunal Geral da União Europeia, e, embora tenha obtido liminares[180] para suspender a publicação da nova versão da decisão, não obtiveram, ao final, provimento do recurso. A Evonik Degussa levou a discussão para análise da instância superior, o Tribunal de Justiça da União Europeia[181], cuja decisão traz relevantes entendimentos acerca do tipo de informação que pode ou não constar

[178] Processos T-345/12 Akzo Nobel e outros v. Comissão, e caso T-341/12 Evonik Degussa GmbH v. Comissão.

[179] Um dos argumentos da recorrente Akzo Nobel dizia respeito à expectativa de que a versão pública da Comissão seria aquela publicada oficialmente (que conteria todos os elementos necessários), e que a divulgação de nova versão representaria quebra de confiança. A esse respeito, o entendimento do Tribunal Geral foi: "Porém, importa recordar que, nessa data, o Tribunal Geral já tinha interpretado o artigo 21.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17, que corresponde, em substância, ao artigo 30.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1/2003, no sentido de que não pretendia restringir a liberdade da Comissão de publicar voluntariamente uma versão da sua decisão mais completa do que o mínimo necessário e de aí incluir igualmente informações cuja publicação não fosse necessária, na medida em que a sua divulgação não fosse incompatível com a proteção do segredo profissional (acórdão Bank Austria Creditanstalt/Comissão, n.° 59 *supra,* n.° 79). Neste contexto, há que considerar que o simples facto de a Comissão ter publicado uma primeira versão não confidencial da decisão PHP em 2007 e de não a ter qualificado de provisória não podia dar às recorrentes nenhuma garantia precisa de que não seria publicada posteriormente uma nova versão não confidencial mais pormenorizada da referida decisão, na acepção da jurisprudência acima recordada no n.° 105." Vide parágrafo 128, processo T-345/12, Akzo Nobel e outros v. Comissão.

[180] Vide despacho do presidente do Tribunal Geral no processo T-345/12 R (Akzo Nobel e outros v. Comissão).

[181] Caso C-162/15 P, visando a anulação do acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 28 de janeiro de 2015 (T-341/12, Evonik Degussa v. Comissão), que negou provimento ao seu recurso de anulação da Decisão C(2012) 3534 final da Comissão, de 24 de maio de 2012, que indefere um pedido de tratamento confidencial apresentado pela recorrente (relativo ao processo COMP/F/38.620 — Peróxido de hidrogénio e perborato).

na decisão publica da autoridade de concorrência, incluindo informações que tenham sido obtidas por meio de acordo de leniência.

A controvérsia neste caso dizia respeito à inclusão de informações, na versão pública da decisão, que teriam sido obtidas por meio do acordo de leniência com a empresa recorrente. Ao apresentar manifestação acerca da nova versão pública da decisão, a recorrente requereu à Comissão que excluísse da versão pública todas as informações obtidas por meio do acordo de leniência. A Comissão concordou em suprimir todas as informações que permitissem, direta ou indiretamente, identificar a fonte das informações apresentadas por meio da leniência, bem como o nome dos colaboradores da recorrente, signatária do acordo de leniência. Entretanto, a Comissão entendeu que não assistia razão à empresa o pedido de supressão de certas informações (tais como descrição mais detalhada sobre a infração) e citação de trechos da declaração da recorrente apresentadas no âmbito do acordo de leniência.

O TJUE determinou a anulação da decisão proferida pela instância inferior por uma questão formal[182]. Nesta decisão, entretanto, analisou pormenorizadamente o mérito das alegações da recorrente e apresentou seu entendimento acerca da questão controvertida. Desta decisão dois pontos se apresentam relevantes para o presente trabalho.

O primeiro diz respeito à transcrição de trechos de elementos de informação apresentados por meio de acordo de leniência na decisão pública da Comissão. O TJUE manifestou que a disponibilização dos documentos nos quais tais declarações tenham sido apresentadas não deveria, nunca, ser autorizada, mas a transcrição de alguns trechos contidos nos documentos fornecidos à Comissão para fins de celebração do acordo de leniência não seria vedada (respeitadas as confidencialidades legais, tais como quanto a segredos de negócio, segredo profissional):

---

[182] O auditor (responsável, na Comissão Europeia, por analisar os pedidos de confidencialidade) teria se declarado incompetente para responder a questões suscitadas pela recorrente, Evonik Degussa, com base em princípios de proteção da confiança legítima e da igualdade de tratamento (relacionados à sua posição como signatária de acordo de leniência). Ou seja, não teria considerado tais argumentos para suprimir determinadas informações sob a alegação de que não competiria a ele fazer tal ponderação. O Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu, contudo, que o auditor não poderia ter se eximido de responder às objeções da Evonik Degussa sob alegação de incompetência. Por tal razão, a decisão do Tribunal Geral e da Comissão, no qual a declaração de incompetência foi apresentada, foram anulados.

> A este respeito, deve salientar-se que a publicação, sob a forma de citações literais, de elementos de informações tirados dos documentos fornecidos à Comissão por uma empresa em apoio de uma declaração efetuada com o objetivo de obter a leniência se distingue da publicação de citações literais dessa própria declaração. Enquanto a primeira deve ser autorizada no respeito da proteção devida, nomeadamente, aos segredos de negócios, ao segredo profissional ou às outras informações confidenciais, a segunda nunca é permitida.[183]

O segundo ponto diz respeito à publicação de descrição detalhada da infração, mesmo que baseada em documentos e informações apresentados por meio de acordo de leniência. O Tribunal de Justiça da União Europeia teceu considerações acerca das regras acerca da proteção de confidencialidade em acordos de leniência apresentadas na "Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis" (Comunicação) [184]. Tal Comunicação indica regras que a Comissão Europeia estabeleceu para si própria sobre a confidencialidade de declarações escritas recebidas no âmbito de acordos de leniência, considerando o propósito de proteção dos objetivos das atividades de investigação.

O Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que as proteções devidas à empresa que cooperou com a Comissão compreenderiam a imunidade ou redução de multas e a não divulgação dos documentos e declarações escritas recebidas em conformidade com a Comunicação relativa à leniência. Entretanto, as regras previstas na Comunicação[185] não teriam por objeto ou efeito proibir a Comissão de publicar informações relativas aos elementos constitutivos da infração de cartel que lhe tenham sido apresentadas no âmbito do acordo de leniência e que não estejam protegidas por direito de confidencialidade previsto em outras normas.

Desde nossa última consulta ao site da Comissão Europeia, encontramos apenas a decisão originalmente disponibilizada em 2006[186].

---

[183] Processo C-162/15 P, Evonik Degussa GmbH v. Comissão Europeia, parágrafo 87.

[184] Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, de 8 de dezembro de 2006 - 2006/C 298/11. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:PT:PDF>. Acesso em 04.09.2019.

[185] Vide, a esse respeito, a redação do item 33 da Comunicação: "Qualquer declaração escrita feita à Comissão e relacionada com a presente comunicação, faz parte do processo da Comissão. Não poderá ser divulgada ou utilizada para outros fins que não os da aplicação do artigo [101.° TFUE]".

[186] Vide documentos disponíveis sobre o processo, no site da Comissão Europeia, disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_38620>. Acesso em 04.9.2019.

4.2.2 Caso EnBW Energie

Um outro caso também merece destaque a respeito do procedimento aplicável à Comissão Europeia para classificar e dar acesso a informações e documentos confidenciais, especialmente os recebidos no âmbito de um acordo de leniência. Trata-se de pedido de acesso a documentos da investigação que levou à condenação de cartel no mercado de subestações de energia isoladas a gás (GIS)[187].

A empresa *EnBW Energie* requereu[188] acesso a diversos documentos da investigação da Comissão Europeia, o qual foi negado. No processo de análise deste pedido, a Comissão classificou os documentos requisitados em cinco categorias, quais sejam:

> 1) Documentos fornecidos no âmbito de um pedido de imunidade ou de clemência, concretamente declarações das empresas em causa e documentos apresentados por elas no âmbito do pedido de imunidade ou clemência;
> 2) Pedidos de informação e respostas das partes a esses pedidos;
> 3) Documentos obtidos no decurso das inspeções, ou seja documentos apreendidos em fiscalizações *in loco* nas instalações das empresas em causa;
> 4) Comunicação das acusações e respostas das partes;
> 5) Documentos internos:
>
> a) Documentos relativos aos factos, ou seja, em primeiro lugar, notas sobre as conclusões a tirar das provas recolhidas, em segundo lugar, correspondência com outras autoridades da concorrência e, em terceiro lugar, consultas a outros serviços da Comissão que intervieram no processo;
>
> b) Documentos processuais, ou seja, mandados de inspeção, autos de fiscalização, relatórios de inspeção, extratos dos documentos obtidos no decurso das inspeções, documentos relativos à notificação de alguns documentos e notas lançadas no processo. [189]

---

[187] No original, *Gas Insulated Switchgear*. Caso COMP/F/38.899, publicado no Diário Oficial em 10.01.2008.

[188] Observa-se que o pedido inicial foi posteriormente alterado. Conforme consta no parágrafo 14 da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça: "Na sequência de reuniões realizadas com a Comissão, a EnBW declarou desistir desse pedido, bem como de um pedido confirmativo de 10 de dezembro de 2007, e apresentou, em 13 de dezembro de 2007, um novo pedido de acesso aos documentos do processo em causa. Por telecópia de 11 de janeiro de 2008, a recorrente precisou o pedido, no sentido de excluir dele três categorias de documentos, concretamente, os documentos referentes exclusivamente à estrutura das empresas implicadas, os documentos com interesse apenas para a identificação do destinatário da decisão CIG e os documentos integralmente redigidos em japonês." Caso C-365/12 P.

[189] Vide parágrafo 8 da decisão do Tribunal Geral. Caso T-344/08 *EnBW Energie Baden-Württemberg AG* v. Comissão. Decisão proferida em maio de 2012.

A Comissão entendeu que todas aquelas categorias de documentos se enquadrariam nas hipóteses de exceção à publicidade estabelecidas no artigo 4, item 2 (categorias 1 a 5, alínea a) e artigo 4, item 3 (categoria 5, alínea b) do Regulamento n. 1049/2001, e não haveria razão de interesse público para superar tal restrição[190].

A decisão negando acesso aos documentos foi contestada pela *EnBW Energie* perante o Tribunal Geral. Da decisão deste tribunal se destaca, inicialmente, o entendimento de que a Comissão estaria obrigada a analisar cada um dos documentos requisitados antes de decidir sobre o enquadramento nas exceções ao direito de acesso, ao contrário de aplicar presunções sobre a confidencialidade dos documentos com base em classificações amplas acerca do tipo de documento.

Tendo em consideração alguns precedentes, no entanto, o tribunal considerou que o dever de analisar cada documento poderia ser afastado em três hipóteses. A primeira seria no caso em que seja "manifesto que o acesso deva ser recusado ou concedido", perante as circunstâncias do caso concreto. Por exemplo, documentos abrangidos na totalidade por uma exceção ao direito de acesso, ou que sejam manifestamente acessíveis na sua totalidade, ou, ainda, que já tenham sido objeto de uma apreciação individual e concreta pela Comissão em condições similares. Destaca-se que "categoria de documentos" e "documentos da mesma natureza" devem ser entendidos num sentido amplo e sem ter em conta o seu conteúdo – por exemplo, podendo englobar a totalidade dos documentos constantes de um dossie relativo a um processo da Comissão Europeia, ou um conjunto de documentos que tenham sido redigidos pela Comissão Europeia.

A segunda seria na hipótese em que uma justificativa para o acesso ou recusa de acesso puder ser aplicada a uma mesma categoria de documentos, caso estes possuam um mesmo tipo de informação. Destaca-se que este critério considera especificamente o tipo de conteúdo constante no documento, e não o tipo de documento em si.

Finalmente, a exceção seria possível, a título excepcional, quando a análise individual dos documentos se revelar particularmente onerosa, excedendo os limites do que seria razoavelmente exigido. Mesmo nesta última

[190] Decisão SG.E3/MV/psi D (2008) 4931.

hipótese, a Comissão deveria explicar e detalhar em sua decisão as razões pelas quais a análise individual dos documentos demandaria um volume desarrazoado de trabalho.[191]

O Tribunal Geral concluiu que a categorização dos documentos realizada pela Comissão foi artificial, pois não refletia as diferenças reais em relação ao conteúdo dos documentos. A Comissão teria se pautado na preocupação de que a divulgação dos documentos poderia reduzir a probabilidade de representados aplicarem para acordos de leniência no futuro – o que, do que consta na decisão do Tribunal Geral, não seria suficiente para justificar a exceção à regra de publicidade dos documentos.

Ainda, ao analisar determinadas categorias de documentos[192], o Tribunal Geral manifestou entendimento de que a proteção da investigação seria aplicável apenas enquanto a decisão final não tiver sido proferida pela Comissão Europeia, não devendo se estender após tal fato, para além do processo em questão, com a finalidade de proteção de investigação diversa ou futura.

Observa-se, neste contexto, que também nesta decisão a Tribunal Geral entendeu que não haveria razão para manter confidencialidade de documentos com a finalidade de proteger os incentivos ao programa de leniência. Destaca-se trecho da decisão a este respeito, em que se faz referência às ações de reparação por danos concorrenciais como outra medida para buscar efetividade da legislação de proteção à concorrência:

> Importa, além disso, recordar que os programas de clemência e de cooperação cuja eficácia a Comissão procura proteger não constituem os únicos meios de garantir o respeito das regras da concorrência da União. Efetivamente, as ações de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são suscetíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efetiva na União (acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de setembro de 2001, Courage e Crehan, C-453/99, Colet., p. I-6297, n.° 27).

Conforme se verá a seguir (e do que já foi exposto anteriormente), o entendimento acerca da proteção do programa de acordos de leniência se alterou

---

[191] Vide parágrafos 45 a 47 da decisão em comento.

[192] Especificamente, em relação à categoria “3”, que compreende os documentos apreendidos em inspeção realizada pela Comissão Europeia. A Corte Geral entendeu que tais documentos poderiam ser agrupados em uma categoria e mantidos confidenciais durante o curso da investigação, para protege-la. Entretanto, após proferida a decisão, a Comissão deveria fazer uma análise de cada documento a fim de verificar se eles poderiam ser classificados como públicos ou conteriam informações confidenciais (ou outras hipóteses de exceção à regra da publicidade).

nos anos seguintes, reconhecendo a importância de se manter os incentivos para tais acordos – vide, notadamente, os dispositivos da Diretiva 2014/104 a respeito. Diversas são as manifestações de autoridades de concorrência acerca da relação direta entre o aumento das investigações de cartéis e obtenção de provas suficientes para condenação dos infratores e o aumento do número de acordos de leniência.

Se considerarmos que diversas infrações não seriam sequer conhecidas ou investigadas pela autoridade concorrencial, e que a obtenção de provas para condenação dos infratores eventualmente não seria viável na ausência de acordos de leniência, é forçoso concluir que a manutenção dos incentivos para este tipo de acordo interessa aos potenciais prejudicados pelas infrações concorrenciais. Portanto, embora inegável a importância das ações civis de reparação de danos como medida auxiliar de *enforcement* da legislação concorrencial, é importante buscar um equilíbrio entre este *enforcement* privado e o *enforcement* público – não apenas para manter a viabilidade de investigações e condenações por parte da autoridade de concorrência, mas também para permitir que tais investigações tragam à luz o conhecimento de infrações que tenham gerado danos e, assim, viabilizar as ações para reparação dos danos concorrenciais relacionados[193].

Tendo essas considerações em destaque, a Comissão Europeia interpôs recurso contra a decisão do Tribunal Geral perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual anulou tal decisão em sua integralidade e decidiu definitivamente o litígio na mesma oportunidade, em fevereiro de 2014[194].

A decisão do Tribunal de Justiça se inicia com análise de normas que regulam o direito de acesso a documentos além do Regulamento n. 1049/2001 - incluindo regulamentos específicos dos processos pertinentes a matéria concorrencial da Comissão Europeia[195]. Dentre estes, destaca-se o art. 15º do

---

[193] Vide manifestação da Comissão Europeia segundo relato do Tribunal de Justiça no caso C-365/12 P: "Qualquer que seja o contributo das ações de responsabilidade civil para a observância do direito da concorrência, ele não justifica nem elimina a afetação do interesse público. De resto, a eventual utilidade dessas ações de responsabilidade civil depende da capacidade de a Comissão descobrir as infrações às regras da concorrência."

[194] Caso C-365/12 P.

[195] Regulamento (CE) n. 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos (81 e 82); e Regulamento (CE) n. 773/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos (81 e 82).

Regulamento (CE) n. 773/2004, de 7 de abril de 2004, o qual dispõe, acerca de acesso ao processo e utilização dos documentos:

> 1. Se solicitado, a Comissão facultará o acesso ao processo aos interessados diretos a quem tiver sido enviada uma comunicação de objeções. O acesso será facultado após a notificação da comunicação de objeções.
> 2. O direito de acesso ao processo não abrange segredos comerciais e outras informações confidenciais ou documentos internos da Comissão ou das autoridades responsáveis em matéria de concorrência dos Estados-Membros. O direito de acesso ao processo também não abrange a correspondência entre a Comissão e as autoridades responsáveis em matéria de concorrência dos Estados-Membros ou entre estas últimas, sempre que do processo da Comissão conste correspondência deste tipo.
> 3. Nada no presente regulamento impede a Comissão de divulgar e utilizar as informações necessárias para fazer prova de uma infração aos artigos [81.° CE] ou [82.° CE].
> 4. Os documentos obtidos através do acesso ao processo nos termos do presente artigo só podem ser utilizados para efeitos de processos judiciais ou administrativos de aplicação dos artigos [81.° CE] ou [82.° CE].

A parte inicial desta decisão já introduz o que o Tribunal de Justiça viria a afirmar adiante na decisão, de que a instância *ad quem* não teria analisado todos os pontos relevantes para deslinde da controvérsia. *In verbis*: "*o Tribunal Geral, sem examinar os outros fundamentos invocados, anulou a decisão controvertida na sua totalidade*."

De fato, a relevância da decisão ora em comento se deve à abordagem direta da questão de harmonização da legislação de acesso a documentos com as diversas normas e interesses protegidos. Este ponto é destacado na decisão do Tribunal de Justiça ao reportar a alegação trazida pela Comissão Europeia em seu recurso:

> Segundo a Comissão, a interpretação errada efetuada pelo Tribunal Geral deriva das constatações em que este sublinha que o objetivo do Regulamento n. 1049/2001 consiste em garantir o acesso mais amplo possível aos documentos. **Esta concepção é errada na medida em que as disposições deste regulamento devem ser interpretadas no sentido de assegurar a plena aplicação dos diferentes regimes**.[196](Grifos nossos).

Em relação à presunção geral de recusa de acesso a documentos em determinadas categorias (contraposta à análise individual de cada documento), o TJUE entendeu que a Comissão poderia, sim, ter apresentado a recusa com base

[196] Caso C-365/12 P, parágrafo 37.

em categoria de documentos. Para tanto levou em consideração a natureza do objeto da investigação (ilícito de cartel, o qual envolve usualmente análise de informações comerciais sensíveis tais como estratégias comerciais, valores de vendas e propostas, participação de mercado, dentre outros) e precedentes acerca do direito de presunção, por parte da Comissão, que a divulgação de documentos poderia prejudicar interesses comerciais das empresas e as atividades de investigação. Considerou, ainda, que os Regulamentos n. 1/2003 e n. 773/2004, ao tratarem do direito de acesso a documentos da investigação, dirigem-se aos representados apenas, não mencionando direito de acesso por terceiros.

Quanto aos demais pontos analisados na decisão do TJUE, destacamos, finalmente, o que analisa o entendimento da decisão recorrida de que a manutenção da confidencialidade no interesse das investigações somente se justificaria até a decisão final proferida pela Comissão. O Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que, estando pendentes recursos contra a decisão que poderiam levar à reabertura das investigações, o interesse das investigações não se encerraria com a decisão proferida pela Comissão Europeia, mas apenas com o trânsito em julgado desta decisão.

A análise das conclusões constantes na decisão do Tribunal de Justiça demonstra uma análise mais rigorosa do pedido e fundamentação deste por parte de quem requer acesso aos documentos – ao contrário da análise empreendida pelo Tribunal Geral, que focou na forma pela qual a Comissão teria analisado o pedido de acesso e justificado a recusa. Vide trecho da decisão a respeito:

> Todavia, a EnBW não demonstrou de forma alguma em que medida a totalidade dos documentos relativos ao processo em causa era necessária para esse fim, de tal forma que um interesse público superior justificasse a sua divulgação nos termos do artigo 4°, n. 2 e 3, do Regulamento n. 1049/2001. Em particular, a EnBW limitou-se a afirmar que estava «imperativamente dependente» do acesso aos documentos do processo em causa, sem demonstrar que o acesso a esses documentos lhe teria permitido dispor dos elementos necessários para fundamentar o seu pedido de indemnização, uma vez que não dispunha de nenhuma outra possibilidade de obter esses elementos de prova (v., neste sentido, acórdão Donau Chemie, já referido, n. 32 e 34).[197]

[197] Parágrafo 132 da decisão.

Portanto, o TJUE concluiu que a Comissão Europeia poderia aplicar uma presunção genérica, com base nos regulamentos antitruste, que os documentos relacionados a uma investigação de cartel se enquadrariam em uma ou mais hipóteses das exceções previstas no artigo 4º do Regulamento 1049/2001. Dessa forma, a Comissão Europeia poderia negar acesso a documentos de suas investigações a terceiros interessados (que não os representados no processo) de forma genérica, ou seja, sem ter que analisar e justificar a razão de confidencialidade de cada um dos documentos constantes nos autos da investigação. Finalmente, observa-se que esta não foi a primeira vez que o TJUE adotou decisão neste sentido (de permitir a aplicação de presunção genérica de confidencialidade a documentos de determinada investigação). Em duas ocasiões anteriores (relacionada à questão de subsídios estatais e concentrações econômicas)[198], adotou semelhante entendimento, limitando o direito de acesso a documentos de processos da Comissão Europeia.

4.3 Acesso a documentos de autoridades nacionais de defesa da concorrência

Dentre os casos de pedido de acesso a documentos de investigações promovidas por autoridades nacionais de concorrência (isto é, dos Estados-Membros) e, especificamente, sobre acesso a documentos apresentados por representados no âmbito de acordos de cooperação (acordo de leniência, na Europa), o caso Pfleiderer[199] é, certamente, o mais conhecido.

4.3.1 O caso Pfleiderer

A empresa Pfleiderer apresentou m pedido de acesso integral aos autos do processo da autoridade de concorrência que resultou em decisão condenatória por infração de cartel contra diversas empresas no mercado de

[198] Cf. casos C-404/10P Editions Odile Jacob v. European Commission EU:2012:393 e caso T-308/08 The Netherlands v. Commission EU:T:2009:329. Cf., ainda, LUNDQVIST, Björn; ANDERSSON, Helene. Access to Documents for Cartel Victims and Cartel Members – Is the System Coherent? *in* BERGSTRÖM, Maria; IACOVIDES, Marios; STRAND, Magnus (Ed.). Harmonising EU competition litigation: the new directive and beyond. Swedish Studies in European Law. Vol.8. Croydon: Hart, 2016, pp 165-185.

[199] Caso 360/09, Pfleiderer v. Bundeskartellamt, julgado em 14 de junho de 2011.

papéis[200] - incluindo documentos relativos aos acordos de leniência firmados no âmbito do processo. O objetivo da Pfleiderer era o de obter informações e provas para fundamentar ação de reparação por danos concorrenciais contra as empresas condenadas das quais era cliente.

O pedido não foi deferido pela autoridade nacional de concorrência alemã, o *Bundeskartellamt*, por considerar necessário manter a confidencialidade de documentos apresentados no âmbito de acordos de leniência para proteger os incentivos ao programa de leniência.

Antes de decidir a controvérsia, o Tribunal alemão encaminhou ao Tribunal de Justiça Europeia pedido de orientação sobre se a legislação concorrencial da União Europeia permitiria o acesso a documentos apresentados no âmbito de acordos de leniência firmados com autoridades dos Estados-Membros por vítimas de cartel.

No âmbito deste processo, o Advogado-Geral Mazák[201] emitiu parecer no qual manifestou entendimento de que os documentos apresentados no âmbito de um acordo de leniência que fossem preexistentes à descoberta do cartel poderiam ser disponibilizados em ações de reparação – sendo que as autoridades nacionais deveriam se assegurar de que a informação seria utilizada exclusivamente para fins da ação de reparação em questão. Contudo, os documentos elaborados especificamente para e no âmbito do acordo de leniência, com o propósito de descrever a infração, deveriam permanecer sob sigilo.

O TJUE não seguiu a orientação do Advogado-Geral, concluindo que, embora a legislação não impeça o acesso a documentos apresentados no âmbito de acordos de leniência às vítimas de danos concorrenciais, caberia aos tribunais dos Estados-Membros, com base em sua legislação nacional, determinar as condições nas quais tal acesso deve ser permitido ou recusado, sopesando os interesses protegidos pela legislação da União Europeia. Esta é a declaração do TJUE, *in verbis*:

> As disposições do direito da União em matéria de cartéis, em especial o Regulamento (CE) n. 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002,

[200] Nos termos do parágrafo 406(e) do Código de Processo Penal alemão (*Strafprozessordnung*), a autoridade de concorrência (*Bundeskartellamt*) é, em geral, obrigada a conceder acesso aos autos de suas investigações para vítimas de cartéis.

[201] Documento 62009CC0360 – Parecer do Sr. Advogado-Geral Mazák, de 16 de dezembro de 2010.

> relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101.° TFUE e 102.° TFUE, devem ser interpretadas no sentido de que não se opõem a que uma pessoa lesada por uma infracção ao direito da concorrência da União e que procura obter uma indemnização tenha acesso aos documentos relativos a um procedimento de clemência respeitante ao autor da referida infracção. Incumbe, porém, aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, com base no seu direito nacional, determinar as condições nas quais tal acesso deve ser autorizado ou recusado, através da ponderação dos interesses protegidos pelo direito da União.[202]

O TJUE não especificou as hipóteses nas quais os documentos apresentados no âmbito de acordos de leniência poderiam ou não ser disponibilizados a potenciais vítimas de infração concorrencial, nem classificou documentos que poderiam eventualmente ser divulgados e outros que não o deveriam sob nenhuma hipótese.

A relevância da decisão está exatamente no esclarecimento de que a legislação da União Europeia não teria uma resposta única à questão, ou seja, tanto a restrição quanto a concessão de acesso a documentos produzidos no âmbito de acordos de leniência poderiam estar alinhados com legislação da União Europeia. Portanto, a resposta ao caso concreto dependeria da legislação nacional de cada estado-membro, embora, em todos os casos, os interesses protegidos pela União Europeia devessem ser ponderados.

Após a manifestação do TJUE, o tribunal alemão (*Amtsgericht Bonn*)[203] decidiu por negar aos requerentes o pedido de acesso às submissões apresentadas pelos signatários do acordo de leniência, com base em dispositivo da lei nacional[204], confirmando assim a decisão do *Bundeskartellamt*.[205] O acesso a

---

[202] Trecho final da decisão, pertinente ao “fundamento”, na versão em Português de Portugal.
[203] Caso 51, Gs 53/09, de 18 de janeiro de 2012 (WuW 2012, 275). Vide ASHTON, David. *Op. cit.*, p. 77.
[204] Especificamente, o parágrafo 406e(2) do código de processo penal (*Strafprozessordnung*).
[205] Vide posição manifestada pela European Competition Network (ECN) em 23 de maio de 2012, com semelhantes conclusões: “In conclusion, as far as possible under the applicable laws in their respective jurisdictions and without unduly restricting the right to civil damages, CAs take the joint position that leniency materials should be protected against disclosure to the extent necessary to ensure the effectiveness of leniency programmes.” Interessante também, neste document, é a definição do que seriam os materiais de leniência protegidos: “The term “leniency material” refers to statements by leniency applicants submitted under the leniency programme and witness statements made by employees and directors of undertakings cooperating under the leniency programme (whether oral or written). Depending on the protection in the relevant jurisdictions, other information submitted to the CA by a leniency applicant (including preexisting documents) will also qualify for protection as leniency material”. EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012 - Protection of leniency material in the context of civil damages actions. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf>. Acesso em 30.08.2019.

outros documentos constantes nos autos da Comissão Europeia (desde que não protegido por razões específicas, tais como interesse comercialmente legítimo) deveria ser garantido.

Tal decisão foi reportada no site da autoridade de concorrência sob o título “Decisão do Tribunal local de Bonn fortalece o programa de leniência”. Ao final da notícia há uma transcrição de manifestação de Andreas Mundt, Presidente do *Bundeskartellamt*, no qual apresenta a ponderação entre a importância das ações de reparação e do programa de leniência:

> *Private claims for damages suffered from cartel law violations are an important supplement to public antitrust enforcement. But to be able to claim damages, the victims of cartel agreements depend on the competition authorities to uncover the cartel. If the leniency program does not function properly, significantly fewer cartels will be uncovered. This would not only hamper the punishment of the perpetrators, but also the compensation of the victims. We therefore strongly support the plans of the Federal Minister of Economics to codify the special protection of leniency documents and thus guarantee their confidentiality.*[206]

4.3.2 O caso Donau Chemie

Outra decisão de autoridade nacional de concorrência de relevante repercussão é a relativa ao caso conhecido como *Donau Chemie*[207]. A controvérsia[208] examinada pelo TJUE dizia respeito à compatibilidade da lei austríaca, que proibia acesso a documentos de investigação de cartel a terceiros interessados, com a legislação da União Europeia. A legislação nacional[209] em questão estabelecia que o acesso a documentos dos autos das investigações do tribunal de concorrência somente poderia ser dado a terceiros em caso de

---

[206] Disponível em: < https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2012/30_01_2012_Pfleiderer.html>. Acesso em 30.08.2019.

[207] Decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, caso C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde* v. *Donau Chemie* AG e outros, de 6 de junho de 2013.

[208] O Tribunal de Justiça da União Europeia foi solicitado a se manifestar pelo Tribunal austríaco, *Oberlandesgericht Wien*, após pedido de acesso a documentos apresentado por Verband Druck & Medientechnik.

[209] Especificamente, o parágrafo 39, n. 2, da Lei de 2005 relativa aos cartéis: “As pessoas que não sejam partes no processo só podem obter acesso aos autos do processo no tribunal da concorrência com o consentimento das partes”; e o parágrafo 219, n. 2, do Código de Processo Civil: “2. Mediante o consentimento de ambas as partes, terceiros podem igualmente ter acesso aos autos e obter cópias e extratos dos mesmos, desde que essa medida não seja contrária ao interesse legítimo superior de outra pessoa ou a interesses públicos superiores na concepção do § 26, n. 2, primeiro período, da Lei da proteção de dados de 2000. Na falta desse consentimento, o terceiro só poderá ter acesso e obter cópias dos autos se demonstrar a existência de um interesse jurídico.”

autorização de todas as partes do processo – uma exceção à regra geral de acesso adotada na legislação austríaca[210].

O TJUE entendeu que tal dispositivo seria contrário aos princípios da União Europeia, em especial ao princípio da efetividade, por eliminar qualquer possibilidade de os órgãos jurisdicionais ponderarem os interesses do caso concreto e adotar decisão diversa. Em suas razões, alegou a inconveniência de regras que estabeleçam seja o acesso ou a recusa absoluta de acesso a determinados documentos.[211]

Ao comentar o efeito negativo de uma regra que impeça o acesso absoluto a qualquer documento de uma investigação de conduta anticoncorrencial, o TJUE cogitou a hipótese de o acesso a tal documento ser essencial, no sentido de ser a única possibilidade de prova, em uma ação de reparação de danos. Destaca-se que a hipótese não se restringe aos documentos de leniência, mas a qualquer documento de uma investigação de cartel.

> Com efeito, no que diz respeito, por um lado, a uma regra segundo a qual deveria ser recusado o acesso a qualquer documento do âmbito de um processo em matéria de concorrência, há que concluir que essa regra seria suscetível de tornar impossível ou, pelo menos, excessivamente difícil a proteção do direito a reparação de que beneficiam as pessoas lesadas por uma violação do artigo 101.° TFUE. É nomeadamente o que acontece quando apenas o acesso aos documentos que figuram nos autos referentes ao processo pendente na autoridade nacional competente em matéria de concorrência permite a essas pessoas dispor dos elementos de prova necessários para fundamentar o seu pedido de reparação. Com efeito, quando as referidas pessoas não dispõem de nenhuma outra possibilidade de obter esses elementos de prova, a recusa de acesso aos autos que lhes é oposta priva de qualquer efeito útil o direito à reparação que lhes é conferido diretamente pelo direito da União.

Embora o TJUE não tenha, novamente, detalhado hipóteses ou tipos de documentos que poderiam ou não ser disponibilizado a vítimas de infrações concorrenciais, o trecho transcrito acima parece indicar um exemplo de situação na qual o acesso a determinados documentos poderia ser autorizado – qual seja, quando não existir nenhuma outra possibilidade de obtenção dos elementos de prova.

---

[210] Vide ASHTON, David. *Op. cit.,* p. 78.

[211] "A necessidade dessa ponderação reside no facto de que, especialmente em matéria de concorrência, qualquer regra rígida, tanto no sentido de uma recusa absoluta de acesso aos documentos em causa como no de um acesso generalizado a esses documentos, é suscetível de lesar a aplicação efetiva, designadamente, do artigo 101. TFUE e dos direitos que esta disposição confere aos particulares". Parágrafo 31 da decisão do Tribunal de Justiça Europeu.

Complementa esta manifestação o trecho seguinte da decisão, na qual se afirma que uma regra que estabelecesse acesso generalizado a determinados documentos também não seria pertinente. Este entendimento se baseia no fato de que potenciais autores em ação de reparação não necessitariam de todos os elementos dos autos da autoridade de concorrência, além de haver o risco de ofensa a outros direitos protegidos em lei e prejuízo ao interesse público – neste último ponto há expressa referência aos acordos de cooperação, ou leniência. Veja-se, *in verbis*:

> (...) essa regra de acesso generalizado não seria necessária para assegurar uma proteção efetiva do direito à reparação que assiste ao referido requerente, na medida em que é pouco provável que a ação de indenização tenha de assentar em todos os elementos que figuram nos autos relativos a esse processo. Em seguida, essa regra poderia conduzir à violação de outros direitos conferidos pelo direito da União Europeia, designadamente, às empresas em causa, como o direito à proteção do sigilo profissional ou do segredo de negócios, ou aos particulares em causa, como o direito à proteção dos dados pessoais. Por último, esse acesso generalizado também poderia prejudicar interesses públicos, como a eficácia da política de repressão das violações do direito da concorrência, na medida em que poderia dissuadir as pessoas envolvidas numa violação dos artigos 101. TFUE e 102. TFUE de cooperarem com as autoridades da concorrência (v., neste sentido, acórdão Pfleiderer, já referido, n.° 27).

4.3.3 Considerações acerca das decisões comentadas

As decisões comentadas acima produziram impacto relevante no debate acerca do acesso aos documentos produzidos nos autos das investigações das autoridades de defesa da concorrência, e indicaram que a natureza deste tipo de investigação demanda consideração específica. Ao contrário do entendimento adotado, por exemplo, no caso CDC Peróxido de Hidrogênio, a jurisprudência evoluiu no sentido de reconhecer que a política de defesa da concorrência demanda e permite uma interpretação específica da legislação que regula o acesso a documentos. Isto é, considerações acerca desta política devem ser feitas e podem fundamentar as decisões acerca da concessão ou não de acesso a documentos dos processos da autoridade de defesa da concorrência.

As decisões destacadas acima são também relevantes por demonstrarem a repercussão da manifestação do TJUE no caso Courage acerca da importância do *enforcement* privado para efetiva aplicação da legislação de concorrência. Elas foram relevantes para pavimentar o caminho da Diretiva

2014/104/UE, demonstrando quais orientações, ou mudanças legislativas, poderiam auxiliar as tomadas de decisão em relação ao acesso a documentos das investigações das autoridades de concorrência a fim de manter o equilíbrio entre os interesses protegidos e, particularmente, entre o *enforcement* público e o *enforcement* privado.

Das decisões destaca-se, finalmente, o papel proeminente da autoridade de concorrência, perante o Judiciário, para defender a manutenção da confidencialidade de certos documentos, especialmente dos derivados de acordos de leniência.

4.4 A Diretiva 2014/104

Conforme visto no item anterior, a manifestação do TJUE no caso Courage deu início a amplos debates acerca da importância de garantir aos prejudicados por danos causados por infrações concorrenciais o direito de buscar reparação civil. Em resposta, a Comissão Europeia adotou uma série de iniciativas para estudar o assunto, colher informações e permitir a participação da comunidade nos debates acerca de ações a serem adotadas para viabilizar o direito de reparação por danos causados por infrações concorrenciais. No item 3.2.1. deste trabalho detalhamos as iniciativas que deram origem à Diretiva 2014/104/EU (Diretiva), que dispõe sobre as regras que regem as ações de reparação no âmbito do direito nacional por infração ao direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia.

Esta Diretiva, como explicado, denota, particularmente, a importância do tema de que trata por ter sido a primeira vez, na história da União Europeia, que a legislação nacional acerca do direito da concorrência dos Estados-Membros viria a ser harmonizada com base em uma Diretiva.

A Diretiva teve como objetivo endereçar os principais tópicos referentes às ações de reparação por danos concorrenciais, a fim de remover obstáculos a sua propositura e uniformizar o tratamento dos principais temas pertinentes a este tipo de ação entre os Estados-Membros. A seguir apresentaremos, brevemente, alguns dos principais dispositivos da Diretiva e, mais detalhadamente, aqueles referentes às regras de acesso a elementos de prova, incluindo os constantes nos processos das autoridades de defesa da concorrência.

4.4.1 Alguns destaques acerca de normas estabelecidas na Diretiva e contraposição com a situação brasileira

Dentre os tópicos tratados na Diretiva, alguns merecem particular destaque, seja por se relacionar a temas com abordagens bastante diversas entre os diferentes Estados-Membros, seja por trazer novidades relevantes ao ordenamento jurídico de alguns dos Estados-Membros, seja por tratarem de temas controversos em outras jurisdições.

Um dos artigos[212] que merecem destaque é o que dispõe sobre o efeito vinculativo, para efeitos da ação de reparação, das decisões definitivas de uma autoridade nacional de concorrencial ou tribunal acerca de uma infração ao direito da concorrência.

Tal efeito vinculativo não é uma novidade criada pela Diretiva. Em algumas jurisdições, tais como nos Estados Unidos, a decisão transitada em julgado relativa ao reconhecimento de uma infração concorrencial é vinculativa no âmbito da reparação civil. Tal decisão, portanto, constitui "prova" da infração que pode ser utilizada para interposição de ação de reparação – as denominadas "*follow-on actions*", ou seja, ações que são propostas após uma decisão condenatória proferida por autoridade de defesa da concorrência e que utiliza tal decisão como prova da infração concorrencial. Esta decisão, contudo, não é necessária para dar início à ação de reparação, sendo opção dos legitimados decidir o momento de ingressar com a ação reparatória. Caso optem por ingressar antes ou independente da investigação da autoridade de concorrência, devem arcar com o ônus de comprovar a existência da infração concorrencial.

O ponto relevante a observar, no contexto deste trabalho, é que, no caso das *follow-on actions*, como os autores não têm o ônus de comprovar a infração, o acesso a documentos com a finalidade de comprovar o ilícito concorrencial se torna desnecessário. Portanto, o interesse em ter acesso a documentos de terceiros teria como objetivo a comprovação de outros fatores, tais como informações que permitam comprovar a existência de dano, ou que viabilizem o cálculo do sobrepreço praticado pelos infratores, dentre outros.

---

[212] Cf. artigo 9º da Diretiva.

No Brasil, a responsabilidade civil é independente da administrativa, e, portanto, uma decisão condenatória do Cade não constitui prova do ilícito no âmbito do processo judicial. A decisão proferida pelo Cade não é vinculativa, dada a competência infestável do Judiciário de rever as decisões daquele órgão pertencente à Administração Pública Indireta – embora uma decisão recente do Supremo Tribunal Federal (STF) tenha decidido de forma contrária a este entendimento. No julgamento do caso[213], o Ministro Luiz Fux decidiu por negar provimento a recurso com base na vedação de reexame de fatos e provas em sede de recurso extraordinário. Entretanto, teceu diversas considerações acerca da inadequação de revisão de decisão do Cade pelo Judiciário. Aduziu em seu voto que:

> 1. A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida *expertise* do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos. [...]
> 6. A expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia. O controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte. [...]
> 8. A atividade regulatória difere substancialmente da prática jurisdicional, porquanto: "*a regulação tende a usar meios de controle ex ante (preventivos), enquanto processos judiciais realizam o controle ex post (dissuasivos); (...) a regulação tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas*" [...].[214]

Data vênia, entendemos que os fundamentos desta decisão parecem se relacionar à atuação do Cade no controle de atos de concentração (cujas funções mais se assemelham a uma atuação regulatória, e se caracteriza como um controle *a priori, ex ante*), e não na atuação de condutas anticoncorrenciais (controle repressivo a condutas anticoncorrencias). De fato, o

[213] Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 1.083.955/ DF. Relator Min. Luiz Fux. Primeira Turma. j. 28 de maio de 2019. Na origem, a ação ordinária foi ajuizada em face do Cade, objetivando a anulação da decisão proferida nos autos do Processo Administrativo n. 0800.024581/94-77, que investigou prática de cartel, criação de barreiras à entrada de concorrentes no mercado de distribuição de combustíveis no Distrito Federal, e formação de conduta concertada entre concorrentes, segundo consta no Agravo citado.
[214] Ementa do acórdão. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 1.083.955/ DF. Relator Min. Luiz Fux. Primeira Turma. j. 28 de maio de 2019.

próprio Cade esclarece em seu sítio eletrônico que “não é uma agência reguladora da concorrência, e sim uma autoridade de defesa da concorrência”[215].

De toda forma, entendemos que, mesmo que se consolide jurisprudência no sentido de afastar do Judiciário a competência para rever o mérito das decisões condenatórias do Cade (restringindo a revisão a questões de legalidade ou abusividade do ato administrativo), não nos parece que tal decisão condenatória seria vinculante no juízo civil, em relação a ARDC relativas à conduta investigada pelo Cade.

Independente desta questão, observa-se que no projeto de Lei n. 283/2016 do Senado[216], consta dispositivo determinando que a decisão do Plenário do Tribunal do CADE pode ser considerada apta a fundamentar a concessão de tutela de evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente nas ações de reparação por danos decorrentes de infração concorrencial. Tal dispositivo, contudo, não produziria o mesmo efeito vinculativo adotado na Diretiva, dada a aplicação específica para concessão de tutela de evidência e as restrições específicas deste instituto.

Ressalta-se que, embora a responsabilidade civil também seja independente da responsabilidade criminal, tal independência é relativa, pois é vedado o questionamento sobre a existência do fato, ou sobre seu autor, no âmbito civil, se tais questões já tiverem sido decididas no juízo criminal[217].

Outro dispositivo[218] de destaque na Diretiva é o referente ao prazo prescricional. Estabeleceu-se o prazo prescricional de ao menos 5 (cinco) anos, a contar do momento em que o prejudicado poderia ter tido ciência de que sofreu um dano decorrente de uma infração concorrencial. Este período é suspenso, contudo,

---

[215] Disponível em: < http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>. Acesso em 20 nov. 2019.

[216] Atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados sob o n. 11.275/2018. Esta é a redação do dispositivo: “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.”

[217] Vide art. 47 da Lei 12.529/11 e art. 935 do Código Civil. Observa-se que o crime de cartel somente pode ser cometido por pessoas naturais. Portanto, poder-se-ia cogitar duas hipóteses em relação aos eventuais efeitos (de vinculação da decisão no juízo criminal) a pessoas jurídicas. A primeira seria que, por não haver responsabilidade quanto ao crime, a decisão no juízo criminal não poderia provocar qualquer efeito na ARDC. A segunda seria que, caso os fatos imputados à empresa sejam idênticos dos imputados a pessoas naturais no âmbito criminal, a decisão acerca da existência do fato pelo juízo criminal seria vinculativa, produzindo efeitos, em relação àquela empresa, no âmbito da ARDC.

[218] Cf. artigo 10º da Diretiva.

a partir do início de uma investigação pela autoridade de concorrência. Ainda, em qualquer hipótese, deve ser garantido aos prejudicados o prazo de ao menos 1 (um) ano para interpor as ações de reparação após a publicação da decisão final por autoridade de concorrência.

Apenas para fins de referência, observa-se que nos Estados Unidos o prazo prescricional é de 4 (quatro) anos, sendo os demais prazos semelhantes aos indicados na Diretiva[219]. Adicionalmente, o prazo também é suspenso para os membros de determinada classe de prejudicados enquanto as ações coletivas (*class actions*) estiverem em curso.

No Brasil, entendemos que o prazo prescricional é de 3 (três) anos, considerando o disposto no Código Civil[220]. Mas há diversos outros entendimentos sobre o prazo aplicável[221]. Por exemplo, alguns alegam que no caso de o prejudicado ser o consumidor protegido pela Lei n. 8.098/90, o prazo deveria ser de 5 (cinco) anos[222], mesmo em se tratando de danos relacionados a lei diversa, Lei 12.529/2011. Há também alegações de que o Código Civil permitiria a adoção do prazo de 10 (dez) anos, ou mesmo de 20 (vinte) anos. Há controvérsia também acerca do fato que daria início à contagem do prazo prescricional – a data em que o prejudicado poderia ter tido ciência de que sofreu um dano decorrente de uma infração concorrencial; a data do fato que concretizou o dano; a data da infração; etc. Em qualquer hipótese, o prazo prescricional não se suspende com o início da investigação pelo Cade. O Projeto de Lei n. 283/2016 do Senado propõe pacificar o assunto, dispondo acerca de prazo de 5 (cinco) anos, iniciando-se a partir da ciência inequívoca do ilícito, a qual se considera ocorrida quando da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade. O projeto dispõe, à

---

[219] Não foram consideradas disposições especificas de cada Estado sobre prazo prescricional.
[220] Segundo art. 206, § 3, item V, do Código Civil.
[221] Um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi proposto perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, objetivando obter uniformização do entendimento acerca do prazo prescricional aplicável. Tal ação foi extinta, contudo, em decisão monocrática proferida em 10 de novembro de 2019. Entendeu o magistrado que os pressupostos de admissibilidade não estariam presentes, "seja pela inexistência de jurisprudência díspare, ou ainda pelo número de processos nesta Corte nos quais foram proferidas decisões sobre o tema, no meu entender, ainda insuficiente para autorizar o processamento deste Incidente. Considerando que apenas duas ações tiveram como fundamento exclusivo de improcedência a prescrição, não seria possível a utilização do I.R.D.R. para adoção de posicionamento jurisprudencial preventivo das estas poucas lides já transformadas em processos judiciais." Processo n. 2096817-68.2018.8.26.0000.
[222] Art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.

semelhança da Diretiva, que a prescrição não correrá[223] durante o curso do inquérito ou do processo administrativo no âmbito do Cade.

Destaca-se também, na Diretiva, o dispositivo[224] que assegura o direito de reparação aos adquirentes indiretos. O ônus da prova de que os danos foram repassados pelo adquirente direto ao indireto – e que, portanto, há legitimidade por parte deste último – é do adquirente indireto. A redação da Diretiva sugere que o adquirente indireto só será legitimado, contudo, na hipótese de o dano (custo adicional) ter sido repassado integralmente a ele pelo adquirente direto[225]. Outro dispositivo[226] da Diretiva assegura aos demandados (infratores) o direito de alegar, em sede de defesa, que eventual autor não tem legitimidade para pleitear reparação por ter repassado os danos aos seus adquirentes – e, portanto, não há dano a ser reparado. Esta alegação é usualmente referida como “pass-on”. O ônus da prova de que os prejuízos sofridos foram repassados é do demandado que alegar a existência do *pass-on.*

No Brasil, o Projeto de Lei n. 283/2016 do Senado dispõe que o repasse de sobrepreço (dano) não pode ser presumido, cabendo ao réu que alegar a existência de repasse a prova de sua ocorrência. Este dispositivo foi acrescido ao projeto original, possivelmente em decorrência de debates contrários a decisões judiciais as quais adotaram a presunção de ocorrência de repasse de danos[227].

A possibilidade de indenização em valor superior aos danos sofridos foi debatida no contexto da Diretiva. Para referência, os Estados Unidos optaram por um sistema que impõe ao infrator o pagamento de três vezes o valor do dano causado, o sobrepreço pago como consequência da infração concorrencial – denominado *treble damages*[228]. Há exceção apenas no caso de signatários de acordos de leniência que cooperem com os autores da ação civil, caso em que

---

[223] Observa-se que o projeto utiliza a terminologia “não correrá a prescrição”, ao invés de terminologia específica que indique se a hipótese é de interrupção ou suspensão.
[224] Cf. artigo 14 da Diretiva.
[225] Este entendimento decorre da redação doúltimo trecho do item 2 do artigo citado: “O presente artigo não se aplica quando o demandado possa demonstrar de maneira credível ao tribunal que o custo adicional não foi repercutido, ou não o foi na íntegra, no adquirente indireto.”
[226] Cf. artigo 13º da Direitva.
[227] Cf., por exemplo, decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo nos processos 1076834-28.2017.8.26.0100, 1050035-45.2017.8.26.0100, 1050042-37.2017.8.26.0100 e 1076912-22.2017.8.26.0100.
[228] Os autores também podem requerer indenização pelso lucros cessantes, embora não seja muito usual em casos de infração de fixação de preços/ cartel.

estariam sujeitos apenas ao pagamento do dano, sem qualquer majoração[229]. As críticas à indenização de *treble damages* se baseiam no fato de que estes consistiriam em espécie de enriquecimento sem causa por parte dos autores, além de extremamente excessivo para punir a infração que causou o dano.

Na Diretiva optou-se, "para evitar reparação excessiva", que cada Estado-Membro deve assegurar a reparação por danos efetivos (não excedentes ao custo adicional sofrido) [230]. De fato, uma orientação geral que conduziu a elaboração da Diretiva foi, de um lado, remover os entraves para a interposição de ações de indenização, mas buscando evitar a criação de uma "indústria de indenização"[231]. A reparação por danos efetivos inclui o direito de reparação por lucros cessantes.

O regime adotado no Brasil é semelhante ao Europeu. O Código Civil dispõe sobre a obrigação de "reparar o dano", utilizando também terminologia de "ressarcir o dano", o que se entende referir-se ao pagamento de indenização simples, ou seja, equivalente ao dano sofrido pelo prejudicado, considerando também os lucros cessantes. O Código Civil também dispõe que o devedor responde por perdas e danos – que abrangem, além do que foi efetivamente perdido, o que razoavelmente se deixou de lucrar, salvo exceções previstas em lei[232] –, além de juros e atualização monetária. Observa-se, contudo, que nos termos do artigo 944 do Código Civil, a indenização se mede pela extensão do dano, sendo que, na hipótese de haver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização. Outras espécies de dano, tais como lucros cessantes, danos morais, ou mesmo perda de uma oportunidade, não são vedados pelo ordenamento jurídico pátrio – o que permitiram elevar a indenização a valor potencialmente significativamente superior ao dano material causado. Destaca-se que no Projeto de Lei n. 283/2016 do Senado consta dispositivo assegurando o direito de ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica, nas infrações de

---

[229] Vide lei regulando tal cooperação e benefícios atrelados: *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004* (ACPERA).
[230] Cf. artigo 12º da Diretiva.
[231] "The rules also contain safeguards against abusive litigation, massive payouts and law firms and third-party funders hunting for potential claims and claimants, to avoid creating a U.S. style litigation culture". Na reportagem da Reuters, de Foo Yun Chee, de 17 de abril de 2014, disponível em: http://uk.reuters.com/article/uk-eu-cartels-compensation-idUKBREA3G1MG20140417.
[232] Cf. art. 402 do Código Civil.

conduta concertada. O valor em dobro não se aplicaria, contudo, aos signatários de acordos de cooperação com o Cade, que permaneceriam sujeitos ao ressarcimento simples dos danos.

Observa-se que a Diretiva não contém regras acerca de atualização monetária ou juros, tais como a data de início da aplicação de atualização e juros, utilização de juros simples ou compostos, dentre outros critérios. Portanto, as regras acerca do tema são as estabelecidas por cada Estado-Membro e, a depender das regras aplicáveis em cada jurisdição, os valores efetivamente devidos ao final da ação de reparação podem variar consideravelmente. No Brasil, o Código Civil de 2002 não contém dispositivo autorizando a aplicação de juros compostos, razão pela qual se questiona a possibilidade de se aplicar a Súmula 186 do Superior Tribunal de Justiça, de 1997, em ações de reparação por danos concorrenciais. Esta súmula estabelece que “nas indenizações por ato ilícito, os juros compostos somente são devidos por aquele que praticou o crime.” Ainda segundo o Código Civil, o termo inicial de contagem dos juros de mora é desde a citação inicial, exceto nos casos de indenizações decorrentes de ato ilícito, quando a contagem se inicia com a prática do ato ilícito.

A responsabilidade solidária das empresas que tenham infringido a legislação de concorrência deve ser reconhecida, nos termos da Diretiva, podendo o prejudicado exigir reparação integral de quaisquer daquelas empresas.[233] O direito de regresso é assegurado ao infrator que tenha indenizado os prejudicados em montante superior à sua responsabilidade relativa pelos danos causados. Especifica e unicamente em relação aos signatários de acordo de leniência que tenham tido dispensado o pagamento de multa em razão do acordo, fica assegurado que o montante de coparticipação não pode exceder aos danos causados aos seus próprios adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos. Esta restrição constitui um incentivo aos programas de leniência.

No Brasil, há também a responsabilidade solidária para os copartícipes da infração, bem como o direito de regresso para aqueles que tenham desembolsado quantia superior à sua responsabilidade individual. Como medida adicional voltada a incentivar os acordos de cooperação com o Cade, o Projeto de Lei n. 283/2016 do Senado dispõe que os signatários destes tipos de acordo são

[233] Cf. artigo 11º da Diretiva. Exceções se aplicam, nos termos do item 2 deste artigo.

responsáveis apenas pelos danos que causaram aos prejudicados, não incidindo sobre eles a responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais infratores.

4.4.2 Das regras acerca da divulgação de elementos de prova

O Capítulo II da Diretiva dispõe sobre as regras referentes à divulgação de elementos de prova, o qual contém quatro artigos. Observa-se que "elementos de prova" engloba praticamente todo o material constante nos autos da autoridade de concorrência.

O primeiro deles, artigo 5º, dispõe que os tribunais nacionais devem ser autorizados a ordenar, a pedido das partes, a divulgação de elementos de prova à parte contrária ou a terceiros, observando-se as restrições constantes no mesmo dispositivo. Ressalva-se que permanecem válidas as regras constantes no Regulamento (CE) n. 1206/2001, do Conselho da União Europeia[234].

Tais regras se aplicam a ambas as partes, ou seja, tanto aos autores das ações de reparação quanto aos réus, visto que ambos podem requerer a divulgação de elementos de prova para fundamentar suas alegações. Destaca-se, ainda, que o pedido de divulgação pode ser dirigido à parte contrária ou a terceiros, ou seja, a Diretiva não endereça exclusivamente a hipótese de o requerimento ser dirigido à autoridade de defesa da concorrência ou a elementos de prova constantes nos autos de suas investigações.

Em relação aos critérios a serem observados no requerimento de acesso a elementos de prova de terceiros, o item 2 do artigo 5º determina que o pedido deve ser apresentado de forma "tão precisa e estrita quanto possível", com base em fatos razoavelmente disponíveis ao requerente. Ou seja, é vedada a apresentação de pedidos genéricos, tais como acesso ao conteúdo integral dos autos, ou ao conjunto total de documentos apresentados por signatários de acordos de cooperação.

---

[234] Tal Regulamento é relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R1206:20081204:PT:PDF>. Acesso em 12 dez. 2019.

Em relação aos critérios a serem observados pelos tribunais para decidir acerca do pedido, consta a necessidade de limitar a divulgação aos elementos de prova ao que for proporcional, ponderando os interesses legítimos de todas as partes do processo e terceiros interessados. Para tal ponderação, critérios específicos são apresentados. O primeiro indica levar em consideração se o pedido de divulgação dos elementos de prova é justificado pelos fatos e elementos de prova disponíveis aos autores ou réus. O segundo indica a ponderação dos custos da divulgação, especialmente em relação a terceiros interessados. Nesta análise, deve-se considerar a importância de evitar o uso do requerimento de divulgação para fins de pesquisas não específicas de informação, de relevância improvável para as partes do processo – procedimento denominado como f*ishing expedition*[235]. E o último critério indica a necessidade de ponderar se os elementos de prova cuja divulgação é requerida contém informações confidenciais, especialmente acerca de terceiros, e quais os procedimentos adotados para proteger tais informações confidenciais.

Acerca de informações confidenciais, a Diretiva determina que os tribunais devem ter competência para determinar a sua divulgação quando a considerarem relevante para a ação de reparação de danos. Dispõe, ainda, que os Estados-Membros devem assegurar que os tribunais nacionais disponham de medidas eficazes para proteger tais informações na hipótese de ordenarem sua divulgação[236]. Determina também que deve ser assegurado o pleno efeito ao sigilo profissional de advogados, nos termos do direito da União Europeia ou do direito nacional.

Os Estados-Membros devem assegurar o direito de manifestação das pessoas a quem se requer a divulgação, antes de o tribunal ordenar tal divulgação. Consta expressamente na Diretiva que não constitui justificativa para assegurar a proteção de determinados elementos de prova o interesse das empresas de evitar ações de reparação por infração ao direito da concorrência –

---

[235] O termo é utilizado para indicar situações em que o pedido de acesso é realizado com finalidade investigatória, e não comprobatória de direito. Ou seja, situações nas quais a parte não possui elementos suficientes para determinar se possui, de fato, legitimidade, ou elementos mínimos para a propositura de uma ação, e então se utiliza do pedido de acesso a documentos de terceiros com o propósito de realizar uma investigação.

[236] Cf., abaixo neste trabalho, informações sobre a proposta da Comissão Europeia para a "Comunicação sobre a proteção das informações confidenciais para a aplicação privada do direito da concorrência da UE pelos tribunais nacionais."

dispositivo que também visa endereçar argumentos já apresentados por representados em disputas acerca do direito de acesso de terceiros a elementos de prova das investigações das autoridades de concorrência.

Finalmente, o artigo em comento dispõe que, salvo nas hipóteses estabelecidas no artigo 6º da Diretiva, os Estados-Membros podem manter ou introduzir regras que permitam uma divulgação ainda mais ampla dos elementos de prova do que as estabelecidas na Diretiva.

O artigo 6º dispõe sobre a divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência. Ou seja, trata, especificamente, do pedido de divulgação de informações ou documentos produzidos ou disponíveis nos autos dos processos da autoridade de concorrência.

O requerimento de divulgação destes elementos de prova pode ser endereçado à parte contrária da ação, ou seja, o representado, investigado, no processo da autoridade de concorrência (o qual, por ser parte no processo, tem acesso ao seu conteúdo); e não, necessariamente, endereçado à própria autoridade de concorrência. De fato, a Diretiva determina que os tribunais nacionais só devem requerer à autoridade de concorrência a divulgação de elementos de prova incluídos em seus processos na hipótese de nenhuma das partes ou terceiro os puder fornecer de modo razoável. Em qualquer situação, contudo, as regras relativas à concessão de acesso por terceiros são as mesmas.

A autoridade de concorrência, mesmo que não tenha sido requerida a disponibilizar o acesso a informações e documentos de seus processos, pode, por sua própria iniciativa, pronunciar-se sobre a proporcionalidade dos pedidos de divulgação. Neste caso, deverá apresentar observações escritas ao tribunal nacional ao qual tenha sido apresentado o pedido de divulgação de elementos de prova incluídos nos processos da autoridade de concorrência.

No Brasil, a lei de defesa da concorrência determina que, nos processos judiciais em que se discuta sua aplicação, o Cade deverá ser intimado para intervir no feito, na qualidade de assistente, caso queira. Acerca deste dispositivo, o Cade já se manifestou no sentido de que

> Esta regra visa resguardar a coletividade, titular dos direitos constantes da Lei de Defesa da concorrência, uma vez que compete ao CADE defender a livre concorrência como valor difuso e abstrato. Os valores tutelados pela

> Lei nº. 12.529/2011 representam interesses pertencentes a toda coletividade, possuindo caráter transindividual e integrando a categoria dos denominados direitos e interesses difusos, consoante enuncia o parágrafo único do art. 1º da mencionada norma. [237]

Tendo em vista tais fatos, o Cade vem entendendo, em casos judiciais de reparação por danos concorrenciais, inexistir interesse em intervir no feito como assistente, em vista do interesse privado, de natureza patrimonial discutido no processo. Entretanto, já se manifestou acerca do interesse de ingressar no feito na qualidade de *amicus curiae*, seja em vista da "relevância da matéria e a especificidade do tema objeto da demanda, na forma prevista no artigo 138 do CPC/2015"[238], seja por entender que poderia

> contribuir categoricamente para a melhor solução da controvérsia, na medida em que vem estudando o tema sob o ângulo de sua esfera de competência, fomentando a articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas.[239]

A atuação no processo como assistente ou como *amicus curiae* possui distinções bastante relevantes. Como *amicus curiae*, o Cade não tem poderes para interpor recurso, enquanto que, como assistente, o Cade tem os mesmos poderes e os mesmos ônus do assistido – e, em decorrência disso, a intervenção do Cade no feito na qualidade de assistente desloca a competência para a justiça federal[240].

Em relação à intervenção em ARDC pela autoridade de concorrência, observa-se que, no caso Europese v. OTIS[241], o TJUE decidiu que a própria União Europeia poderia intervir em processo perante o tribunal nacional em ação de reparação por prejuízo causado por cartel.

Retornado à análise da Diretiva, ressalva-se que permanecem válidas as regras constantes no Regulamento (CE) n. 1049/2001, em matéria de

---

[237] Processo n. 1047853-52.2018.8.26.01000, tramitando na 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem da Comarca de São Paulo.
[238] Processo n. 1076721-74.2017.8.26.0100, tramitando perante a 17ª Vara Cível do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo/SP.
[239] Processo n. 1047853-52.2018.8.26.01000, tramitando na 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem da Comarca de São Paulo.
[240] Cf. arts. 121 e 138 do Código de Processo Civil e Lei 9.469/1997. Sobre o tema, ver tese de doutorado de Adriano Camargo Gomes: GOMES, Adriano Camargo. Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.
[241] Processo C-199/11, Europese Gemeenschap v Otis NV e outros, julgado em 6 de nov. 2012.

acesso do público aos documentos[242], e que o disposto neste artigo 6º não prejudica as regras nem as práticas com fundamento no direito da União Europeia ou do direito nacional em matéria de proteção de documentos internos das autoridades da concorrência e da correspondência entre estas autoridades.

A primeira regra de análise de pedidos de acesso a elementos de prova de documentos da autoridade de concorrência acrescenta critérios adicionais a serem considerados na análise da proporcionalidade mencionado no artigo anterior (referentes aos documentos em geral, e não aos constantes nos processos de autoridade de concorrência). Nesta análise devem ser considerados outros três elementos. O primeiro determina a ponderação se o pedido formulado diz respeito a informações e documentos especificamente relacionados a um processo da autoridade de concorrência (que, por sua natureza, objeto ou conteúdo, foram apresentados à autoridade de concorrência ou incluídos no processo dessa autoridade) ou se trata de pedido não específico, relativo a documentos que foram apresentados a uma autoridade de concorrência. O segundo é se o pedido de acesso é feito pela parte no âmbito de uma ação de indenização perante um tribunal nacional. Isto é, as regras se aplicam especificamente para esta situação – no contexto de uma ação de reparação de danos concorrenciais proposta perante um tribunal nacional. E o terceiro indica a ponderação da necessidade de salvaguardar a efetividade da aplicação do direito da concorrência pelas entidades públicas, seja nos termos de outros dispositivos da Diretiva, seja por pedido da autoridade de concorrência. Este dispositivo tem um importância singular, considerando as discussões havidas em casos judiciais (tais como os citados no item anterior deste trabalho), acerca da possibilidade de se considerar a necessidade de proteger os instrumentos de investigação, notadamente, os programas de leniência, ao analisar pedidos de acesso a documentos dos autos da autoridade de concorrência por terceiros.

O item seguinte do artigo 6º também endereça um dos principais pontos discutidos nos processos judiciais paradigmáticos acerca do acesso de terceiros a documentos das investigações das autoridades de concorrência, qual

[242] Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32001R1049>. Acesso em 12 de dez. 2019.

seja, o momento no qual tal acesso pode ser concedido. Tal como visto no item próprio deste trabalho, a Comissão Europeia defendeu que este acesso não poderia ser concedido durante a tramitação do processo, dado o risco de afetar negativamente o curso da investigação e a estratégia processual da autoridade de concorrência. Tal entendimento foi incorporado na Diretiva, a qual determina que os tribunais nacionais só podem ordenar a divulgação de determinadas categorias de elementos de prova depois de a autoridade de concorrência, mediante decisão ou outro meio, ter concluído o processo. Tais categorias são: (i) informação preparada por uma pessoa, individual ou coletivamente, especificamente para o processo de uma autoridade de concorrência; (ii) informação elaborada por uma autoridade de concorrência e enviada às partes no curso do processo; e (iii) as propostas de acordo revogadas.

O item seguinte não apenas endereça, igualmente, um dos principais pontos discutidos nos processos judiciais paradigmáticos, como cria uma regra para além do que fora decidido na decisão judicial anterior mais recente, proferida pelo TJUE (caso Pfleiderer). Como visto no item próprio deste trabalho no qual tal decisão foi analisada, o TJUE entendeu que tanto a restrição quanto a concessão de acesso a documentos produzidos no âmbito de acordos de leniência poderiam estar alinhados com legislação da União Europeia. Portanto, o objetivo de proteção dos instrumentos de execução do *enforcement* público, tal como de acordos de leniência, poderiam ser considerados, validamente, para negar acesso a documentos constantes nos processos da autoridade de concorrência. Contudo, o TJUE não especificou hipóteses nas quais os documentos apresentados no âmbito desses acordos poderiam ou não ser disponibilizados aos potenciais vítimas de infração concorrencial, deixando a cargo dos tribunais nacionais analisar o caso concreto e decidir conforme as regras gerais da União Europeia e legislação nacional.

A Diretiva estabelece categorias de documentos os quais, para efeitos de ações de reparação, os tribunais nacionais não podem, em nenhum momento, ordenar a uma parte ou a um terceiro a divulgação. São eles: (i) as declarações apresentadas no âmbito do acordo de leniência; e (ii) as propostas de acordo.

O fundamento para criar esta restrição absoluta de acesso no âmbito de ações de reparação é que tais elementos de prova têm natureza

autoincriminatória e são elaborados única e exclusivamente para fins de negociação de um acordo de cooperação com a autoridade de concorrência. Não estariam, portanto, de outra forma disponíveis – ao contrário, por exemplo, do que ocorre com documentos pré-existentes à celebração do acordo, produzidos de forma independente ao acordo de cooperação, e que poderiam eventualmente ser acessados, por exemplo, por meio de diligência de busca e apreensão. Portanto, dado o risco de exposição e responsabilização dos signatários do acordo em outras esferas, e considerando que tais documentos são produzidos somente para fins de negociação de acordo de cooperação, a possibilidade de sua divulgação a terceiros, no âmbito de ações de reparação, poderia representar significativo desestímulo à assinatura de tais acordos. Considerando tais fatos, e a importância de manutenção dos estímulos à negociação de acordos de cooperação para a política pública de defesa da concorrência, a garantia de proibição de acesso a tais elementos de prova para fins de ação de reparação foi considerada necessária para proteção do *enforcement* público.

O acesso às declarações apresentadas no âmbito do acordo de leniência e às propostas de acordo pode ser feito pelo próprio tribunal, contudo, mas apenas com o objetivo exclusivo de conferir que o conteúdo dos documentos realmente se enquadra na exceção do dispositivo comentado. O tribunal pode, ainda, neste contexto, ouvir os autores dos elementos de prova em questão.

Todos os demais elementos de prova que não sejam abrangidos pelas hipóteses estabelecidas nesse artigo 6º podem ser acessados por terceiros a qualquer momento.

O artigo seguinte da Diretiva que trata sobre as regras referentes à divulgação de elementos de prova para uso em ações de reparação estabelece os limites para utilização destes elementos na hipótese de terem sido obtidos, exclusivamente, por acesso a processo de alguma autoridade de concorrência. Tais regras visam assegurar plena eficácia às restrições de divulgação estabelecidas no artigo 6º da Diretiva.

Em resumo, determina-se que as restrições estabelecidas no artigo 6º se aplicam não apenas em relação ao pedido de acesso de terceiros, mas também à utilização daqueles tipos de elementos de prova, e nas mesmas condições, caso quaisquer das partes tenha tido acesso a eles, exclusivamente por

meio de acesso direto aos autos da autoridade de concorrência – como ocorre, por exemplo, com os representados naquele processo.

Em relação às declarações apresentadas no âmbito do acordo de leniência e às propostas de acordo, por exemplo, a Diretiva dispõe que são inadmissíveis seu uso em ações de reparação, caso tenham sido obtidas por qualquer parte por meio de acesso, diretamente, ao processo da autoridade de concorrência. Semelhante regra se aplica em relação à inadmissibilidade de utilização dos elementos de prova cujo acesso a terceiros só possa, eventualmente, ser concedido após a autoridade de concorrência ter concluído seu processo. Isto é, o tribunal nacional somente pode admitir a apresentação de tais elementos de prova, no âmbito da ação de reparação, após a conclusão do processo pela autoridade de concorrência.

A Diretiva dispõe também acerca de restrição para utilização de elementos de prova obtidos, exclusivamente, por acesso aos autos da autoridade de concorrência, mesmo nas demais hipóteses não abrangidas pelas restrições do artigo 6º. Tais elementos de prova somente podem ser utilizados em uma ação de reparação pela pessoa que tenha sido parte naquele processo (e, por isso, tenha tido acesso aos elementos de prova nele constantes) ou por sua sucessora legal, incluindo a pessoa que tenha adquirido seu direito de reparação.

Finalmente, o capítulo acerca das regras referentes à divulgação de elementos de prova para uso em ações de reparação apresenta as sanções aplicáveis. São quatro as hipóteses nas quais uma sanção pode ser imposta pelos tribunais nacionais às partes, a terceiros e aos seus representantes legais: (i) no caso de descumprimento ou recusa de cumprimento de uma determinação de divulgação por um tribunal nacional; (ii) na hipótese de destruição de elementos de provas relevantes; (iii) no caso de descumprimento ou recusa de cumprimento de obrigações impostas com o objetivo de proteger informações confidenciais; e (iv) no caso de violação dos limites à utilização dos elementos de prova, nos termos estabelecidos naquele capítulo.

As sanções a serem impostas pelos tribunais nacionais devem ser efetivas, proporcionais e dissuasivas. A Diretiva detalha hipóteses de sanções que devem ser incluídas no ordenamento jurídico dos Estados-Membros para o caso de desrespeito às hipóteses previstas, conforme detalhado no parágrafo acima. Dentre as sanções possíveis, indica a possibilidade de o tribunal adotar conclusões

desfavoráveis, tal como presumir que os fatos controvertidos restaram provados; ou de julgar improcedentes os pedidos e meios de defesa, total ou parcialmente; ou, ainda condenar a parte ao pagamento de custas.

4.4.3 Comentários finais acerca da Diretiva

A busca de equilíbrio entre o *enforcement* público e privado é refletido nos diversos dispositivos da Diretiva, e mais claramente em seu artigo 4º, *in verbis:*

> Em conformidade com o princípio da efetividade, os Estados-Membros asseguram que todas as regras e os processos nacionais respeitantes à apresentação dos pedidos de indenização sejam concebidos e aplicados de modo a não tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito, garantido pelo direito da União, à reparação integral dos danos causados por infração ao direito da concorrência. [...].

Algumas das regras introduzidas pela Diretiva acerca da divulgação de elementos de prova representaram alteração significativa na legislação e jurisprudência de alguns Estados-Membros. Por exemplo, na Bélgica, França e Luxemburgo, a legislação vigente à época da publicação da Diretiva proibia o acesso, por terceiros, a informações confidenciais apresentadas às autoridades nacionais de concorrência. Na Bélgica, e também em Portugal, a legislação garantia proteção absoluta para os documentos apresentados por signatários de leniência, inclusive os documentos pré-existentes à celebração de acordo. Estes fatos são destacados por BARRY ROGER e outros, ao tratar dos desafios acerca da aplicação temporal das novas regras implementadas por determinação da Diretiva:

> *Some MS courts will have to deal with thorny temporal scope issues. In Belgium, France and Luxembourg, for example, access by third parties to confidential information held by the NCA has to date been prohibited by law. In Portugal, it was theoretically possible, but always refused in practice. In Belgium and Portugal, there was an absolute protection of documents submitted together with leniency applications (extending to pre-existing documents). Future requests of access to documents provided to these NCAs, protected under the pre-existing legislation are likely to be contested on the grounds of good faith and legitimate expectations of the parties who submitted them. It is unclear how courts will characterize these*

> *rules (procedural/substantive) and what temporal effects will be recognized*.[243]

Além de introduzir a possibilidade de acesso a elementos de prova cujo acesso, em alguns Estados-Membros, era vedado, a Diretiva também criou restrições de acesso a determinadas informações e documentos que não existia anteriormente em alguns Estados-Membros. Especificamente, a vedação de acesso absoluto às declarações dos signatários de acordos de cooperação e às propostas de acordo constituiu novidade na legislação de alguns Estados-Membros – e, tal como destacado acima, constituiu uma restrição não prevista na paradigmática decisão do TJEU no caso Pfleiderer. As regras constantes à divulgação de elementos de prova, contudo, tiveram recepção positiva e virtualmente livre de questionamentos por parte dos Estados-Membros[244].

No âmbito dos Estados-Membros, observamos que em alguns deles não houve alteração significativa a fim de atender o comando da Diretiva em relação ao acesso a documentos das investigações das autoridades de concorrência, considerando que a legislação em vigor já endereçava os pontos relevantes – por exemplo, nos Países Baixos. Outros implementaram alterações pontuais, tais como na Bélgica, França e Espanha, para determinar que o pedido de acesso às informações e documentos fosse feito da forma mais precisa e restrita possível. Outros implementaram determinação da Diretiva com criação de lista de exemplos que os tribunais poderiam utilizar para obter uma solução consensual para o acesso aos documentos segundo princípios de proporcionalidade (especificamente, limites ao uso da informação para fins específicos da ação em questão, elaboração de versões tarjadas, elaboração de sumários ou listas não-confidenciais, uso de *data-rooms*[245], criação de "círculos de confidencialidade"[246],

---

[243] ROGER, Barry J. FERRO, Miguel Souza. MARCOS, Francisco (Ed.). The EU Antitrust Damages Directive: transposition in the member states. First edition. Croydon: Oxford University Press, 2018, p. 10.

[244] Ao contrário do que ocorreu, por exemplo, em relação à regra estabelecendo efeito vinculativo também para decisões definitivas proferidas em outro Estado-Membro ou, ao menos, sua consideração como elemento de prova *prima facie.*

[245] Data-room é uma terminologia utilizada para indicar um local no qual os documentos e informações ficarão armazenados (determinado servidor, por exemplo, que poderia ser acessado fisicamente ou remotamente, por meio da internet), e cujo acesso seria restrito a pessoas específicas.

[246] Os "círculos de confidencialidade", usualmente referidos pela terminologia da língua inglesa "confidentiality circles" é um instrumento utilizado para determinar categorias de documentos contendo informações confidenciais e as pessoas as quais teriam acesso a tais documentos. Por exemplo, um círculo de confidencialidade poderia ser criado com todos os documentos confidenciais disponíveis, cujo acesso seria conferido apenas aos representantes legais externos das partes; um

dentre outros)[247]. E outros adotaram medidas adicionais para garantir a confidencialidade das informações e documentos, tais como na França, Alemanha e Polônia, onde foi criado direito de apelação direta e imediata ao Presidente da Corte de Apelação (ou tribunal correspondente) a fim de recorrer de decisões autorizando o acesso a determinadas provas. Destaca-se também entendimento da Suprema Corte Irlandesa de que o acesso a documentos não poderia ser concedido a uma parte a fim de verificar se o documento seria ou não relevante para o caso, para evitar a *fishing expedition*. [248]

Ainda sobre iniciativas adotadas nos Estados-Membros após a publicação da Diretiva, é particularmente interessante notar que a Diretiva trata especificamente das situações em que o pedido de acesso aos documentos é realizado no curso de uma ação para reparação de danos concorrenciais. Alguns Estados-Membros, no entanto, incluíram dispositivos em suas legislações nacionais para regular também o direito de acesso em período anterior à propositura de tais ações de reparação. Tal foi realizado, por exemplo, na Alemanha[249] e Espanha[250].

4.5 Da Comunicação sobre a proteção das informações confidenciais para a aplicação privada do direito da concorrência da UE pelos tribunais nacionais

Considerando a importância das decisões do Judiciário acerca do direito de acesso, por terceiros, a documentos e informações do processo das

---

outro círculo de confidencialidade poderia incluir documentos nos quais os trechos confidenciais (segredos de negócio, informações concorrencialmente sensíveis, etc.) seriam tarjados, e cujo acesso seria dado a todas as partes do processo. Os tipos de círculos de confidencialidades podem ser criados e estabelecidos conforme as peculiaridades e necessidades de cada caso.

[247] Vide ROGER, Barry J; FERRO, Miguel Souza e MARCOS, Francisco. *A panacea for Competition Law Damages Actions in the EU? A comparative view of the implementation of the EU Antitrust Damages Directive in Sixteen Member States*. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2019, pp. 8 e ss.

[248] Todas as informações deste parágrafo foram extraídas da obra ROGER, Barry J. Op. cit.

[249] Vide comentários: "*In Germany, under pre-existing general rules no such mechanism appeared to be available. An autonomous action for disclosure of evidence is now possible, for the purpose of assessing the right to bring an antitrust damages action, and its initiation leads to the suspension of the limitation period*." p. 9.

[250] Na Inglaterra, Portugal e Irlanda também existem dispositivos regulando os pedidos de acesso a documentos em momento anterior à propositura de ações de reparação por danos concorrenciais. Entende-se, no entanto, que o mecanismo já existia anteriormente no contexto das regras gerais de processo civil.

autoridades de concorrência, e no potencial impacto negativo de tais decisões sobre as atividades daquelas autoridades, a Comissão Europeia apresentou para consulta pública a "Comunicação sobre a proteção das informações confidenciais para a aplicação privada do direito da concorrência da UE pelos tribunais nacionais"[251] (Comunicação). Consta no próprio documento que seu objetivo era o de ajudar os tribunais nacionais em relação aos pedidos de divulgação de informações confidenciais no âmbito de processos de aplicação privada do direito da concorrência da União Europeia, em especial no que se refere às ações de reparação por danos. Há referência expressa de que a Comunicação

> constitui **uma referência para inspiração e orientação**, não sendo vinculativa para os tribunais nacionais nem alterando as regras em vigor ao abrigo do direito da UE nem do direito dos Estados-Membros. Não altera nem introduz alterações às regras processuais aplicáveis aos processos cíveis no vários Estados-Membros. Por conseguinte, um tribunal nacional não é obrigado a respeitar a comunicação. A presente comunicação também não prejudica a jurisprudência dos tribunais da UE.[252] (Destaques nossos)

Esta Comunicação é uma iniciativa que merece destaque, pois representa uma iniciativa concreta de diálogo com o Poder Judiciário para adoção das medidas consideradas necessárias para tornar efetivo o propósito da Diretiva 2014/104/UE, qual seja, o de viabilizar a reparação civil por danos concorrenciais sem prejuízos ao direito à confidencialidade, quando aplicável, e também sem prejuízo ao *enforcement* público do direito concorrencial.

A Comunicação apresenta informações mais detalhadas, com base na experiência da Comissão Europeia, acerca do tipo de informação que usualmente se caracteriza como confidencial, além de reforçar as regras estabelecidas na Diretiva – notadamente, das regras para análise da proporcionalidade do pedido de acesso formulado por terceiros.

Ainda, propõe procedimentos que podem aumentar a segurança quanto à manutenção do sigilo dos documentos no âmbito da ARDC, considerando que o sigilo de determinadas informações e documentos devem não apenas ficar

---

[251] O documento está disponível (bem como informações sobre ele e acesso a outros documentos pertinentes) no site da Comissão Europeia: < https://ec.europa.eu/competition/consultations/2019_private_enforcement/index_en.html>. Acesso em 15 dez. 2019.

[252] Cf. parágrafo 5 da Comunicação.

restritos para uso na ARDC, como podem ter acesso restrito apena a algumas das partes da ARDC. Neste contexto, a Comunicação se refere a procedimentos de criação dos denominados de anéis, ou círculos, de confidencialidade, para estabelecer as pessoas que podem ter acesso a determinados documentos, e a forma pela qual tal acesso poderá ser viabilizado.

5 DO ACESSO A DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES CONSTANTES DOS PROCESSOS INSTAURADOS PELO CADE

Conforme comentado anteriormente neste trabalho, o Cade já possui consolidados procedimentos de classificação e tratamento de acesso restrito aos documentos que compõem seus processos. Também adota procedimento regular para divulgação de informações nos autos públicos dos processos, por meio de versões públicas de Notas Técnicas, Despachos, Decisões, Pareceres e outros atos do processo. Ainda, detalha em seu Regimento Interno questões relativas a confidencialidade e publicidade de questões específicas.

Refletindo o movimento verificado em outras jurisdições, notadamente, no âmbito da União Europeia, também observamos no Brasil ações voltadas à questão do acesso a documentos dos processos do Cade por parte de terceiros potencialmente prejudicados por infrações concorrenciais. O aumento do interesse na propositura de ARDC já é visível [253] - veja-se a interposição de protestos interruptivos de prescrição para posterior propositura de ARDC, as ações junto ao Congresso e Cade para viabilizar a propositura de ARDC, incluindo, especialmente, os pedidos judiciais e diretamente ao Cade de acesso a documentos de suas investigações para fundamentar ARDC.

Considerando este contexto, em 07 de dezembro de 2016, o Cade submeteu à Consulta Pública proposta de resolução sobre procedimentos e regras para acesso a documentos provenientes de acordos de leniência, Termos de Compromisso de Cessação ("TCC") e operações de busca e apreensão no âmbito da autarquia. Conforme divulgado pelo Cade[254], tal Resolução teria também como objetivo fomentar as ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC)[255].

---

[253] Veja-se, por exemplo, o relativamente elevado número protestos para interrupção da prescrição para propositura de ARDC (nos termos do artigo 202 do Código Civil), além de ações junto ao Congresso e ao Cade para buscar soluções que viabilizem a propositura de ARDC.

[254] *Vide a ementa da proposta de Resolução: "*Disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011, relativos à articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil. Regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão. Fomenta as Ações de Reparação por Danos Concorrenciais no Brasil." (Destacou-se).

[255] A notícia publicada no site do Cade informando sobre a Consulta Pública está disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>. Acesso em 16.08.2019.

Juntamente com a proposta de resolução, o Cade divulgou uma Nota Técnica[256] (Nota Técnica n. 24/2016) na qual apresentou os estudos realizados pela autarquia que embasaram a elaboração da proposta de resolução – incluindo análise da experiência internacional em países com significativa experiência em ações de reparação por danos concorrenciais, análise da experiência brasileira na negociação de acordos de leniência, e do padrão de confidencialidade usualmente adotado, dentre outros tópicos. Foi também disponibilizada uma Exposição de Motivos, abrangendo tanto a proposta de resolução quanto uma proposta de alteração legislativa[257].

Em consideração a diversos comentários e sugestões recebidas por meio da Consulta Pública, o Cade promoveu algumas alterações na proposta original, submetendo-a novamente à Consulta Pública em 04 de julho de 2018. A Resolução n. 21, de 11 de setembro de 2018[258] (Resolução, ou Resolução n. 21/2018), foi então publicada, incorporando algumas alterações pontuais em vista de novos comentários e sugestões recebidos por meio da segunda Consulta Pública.

Antes de tecermos comentários e considerações acerca de tal Resolução e dos documentos disponibilizados juntamente com a proposta que lhe deu origem, alguns outros tópicos devem ser analisados. Primeiramente, convém analisar as regras acerca do tratamento do acesso dos diversos tipos de processo do Cade vigentes à época em que a Resolução 21/2018 foi publicada. É relevante também analisar o instituto do programa de leniência e suas regras, considerando que os incentivos à manutenção deste programa são constantemente mencionados nos debates acerca da concessão de acesso, a terceiros, a documentos das investigações das autoridades de defesa da concorrência. Finalmente, é pertinente analisar o cenário no qual a proposta de tal resolução emergiu e que, direta ou indiretamente, podem ter influenciado seu conteúdo[259] e, potencialmente, possam influenciar a aplicação da Resolução n. 21/2018.

---

[256] Nota Técnica n. 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE, Processo nº 08700.007888/2016-00.
[257] Aparentemente, o Cade não apresentou a proposta de alteração legislativa ao Congresso ou, de qualquer outra forma, adotou iniciativas para transformá-la em projeto de lei. Tal proposta restou abandonada.
[258] A Resolução n. 21/2018 foi publicada no Diário Oficial da União em 13 de setembro de 2018.
[259] A referência à decisão do STJ, nas conclusões da Nota Técnica indica que o fato teve influência na proposta da Resolução n. 21/2016.

5.1 Das regras acerca do acesso aos processos segundo a LDC

O artigo 48 da LDC detalha os diversos tipos de processos administrativos que podem ser instaurados pelo Cade para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica. São seis os procedimentos cabíveis:

a) procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica – destinado a apurar se determinada conduta seria referente a matéria de competência do SBDC;
b) inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica – trata-se de procedimento investigatório de natureza inquisitorial com a finalidade de apurar possível infração concorrencial. Normalmente é instaurado como uma fase preliminar de investigação a fim de determinar se há elementos suficientes para instauração de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica em desfavor das pessoas jurídicas e pessoas naturais em relação às quais haveria indícios de conduta anticoncorrencial;
c) processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica – trata-se de procedimento sob o rito do contraditório;
d) processo administrativo para análise de ato de concentração econômica;
e) procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica – destinado a analisar a obrigatoriedade de notificação de operação não notificada ao Cade;
f) processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais – por exemplo, para investigar eventual apresentação de informações falsas ou enganosas.

A Resolução 21/2018 do Cade é aplicável aos tipos de procedimentos indicados nos itens (b), (c), (d) e (f) acima, considerando a referência ao artigo 49 da LDC na ementa desta resolução.

Entretanto, considerando o escopo deste trabalho, os tipos de procedimentos relevantes são os indicados nos itens (b) e (c), pois são destinados à apuração de infração concorrencial. Isto é, estes são os procedimentos que possivelmente conterão elementos relevantes para fundamentar ações de reparação por danos concorrenciais [260]. Não vemos razão para fazer distinção entre esses dois tipos de procedimento, os quais serão referidos neste trabalho, genericamente, como processo administrativo. Na hipótese de haver alguma particularidade de um destes tipos de procedimento que deva ser observada, faremos referência à nomenclatura específica de cada um deles – isto é, inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica ou processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica.

A LDC não detalha as regras de confidencialidade e de acesso público destes procedimentos, mas determina que o Tribunal do Cade e a Superintendência-Geral do Cade deverão assegurar "tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos ou exigidos pelo interesse da sociedade", nos procedimentos indicados nos itens (b), (c), (d) e (f) acima. No Regimento Interno do Cade, artigo 50, entretanto, a possibilidade de tratamento sigiloso é estendida para os demais tipos de procedimento administrativo. Aparentemente, o Cade interpretou a definição deste sigilo como equivalente ao sigilo de justiça de processos judiciais, especialmente o sigilo determinado na fase investigatória do processo penal, quando o acesso é permitido apenas ao magistrado, Ministério Público e servidores autorizados.

A LDC dispõe que a sessão de julgamento do Tribunal do Cade é pública, salvo nos casos em que for determinado tratamento sigiloso ao processo – permitindo, nessa ocasião, que a sessão ocorra de forma reservada.

O parágrafo único do artigo 49 da LDC dispõe que as partes poderão requerer tratamento sigiloso de documentos ou informações, "no tempo e modo definidos no regimento interno". Não havendo outros dispositivos relevantes acerca de tratamento sigiloso ou de publicidade de documentos e informações dos

[260] Embora não se possa destacar a possibilidade de que outro tipo de procedimento contenha informação cujo acesso possa ser buscado para utilização em ações de reparação por danos concorrenciais, esta hipótese tende a ser remota, ou menos recorrente, razão pela qual se mostra pertinente fazer o recorte e não incluí-los no escopo deste estudo.

processos administrativos na LDC, analisaremos os dispositivos pertinentes ao tema no regimento interno do Cade.

5.2 Das regras gerais acerca do acesso segundo o Regimento Interno do Cade

Analisaremos a seguir as regras relativas à organização dos diversos tipos de procedimentos do Cade segundo disposto no Regimento Interno do Cade (RiCade) – as referências são à versão mais recente, alterada pela Resolução n. 22 de 19 de junho de 2019[261]. Os dispositivos tratando especificamente dos critérios relativos aos acordos de leniência e TCC serão tratados em item próprio.

Conforme disposto no artigo 48 do RiCade, poderão ser conferidos quatro tipos de tratamento aos autos, informações, dados, correspondências, objetos e documentos de interesse dos diversos tipos de procedimentos. O quadro abaixo resume a classificação apresentada neste dispositivo.

Tabela 1 – Tipos de tratamento ao conteúdo dos tipos de procedimentos do Cade

Público	Acesso restrito	Sigiloso	Segredo de justiça
Acesso autorizado a quaisquer pessoas	Acesso exclusivo à parte que apresentou a informação ou documento; aos representados (conforme o caso[262]); e às pessoas autorizadas pelo Cade	Acesso exclusivo às pessoas autorizadas pelo Cade e autoridades públicas responsáveis por proferir parecer ou decisão	Acesso limitado conforme decisão judicial

Conforme esclarecido acima, a LDC não detalha as hipóteses de tratamento de acesso aos procedimentos do Cade, razão pela qual não é surpresa

[261] Em linhas gerais, a redação da versão atual do RiCade, em relação ao disposto nesta subseção deste trabalho, é semelhante à do regimento que entrou em vigor em maio de 2012 (quando entrou em vigor a LDC) e do regimento que vigorou entre estes dois. Já nos regimentos que regiam o Cade sob a égide da lei de concorrência anterior, Lei n. 8.884/1994, não são encontrados dispositivos semelhantes. A versão mais recente do RiCade está disponível no sítio eletrônico do Cade: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/RICADE_atualizado.pdf>. Acesso em 10 ago. 2019.

[262] Por exemplo, para exercício do direito de defesa, e excluídas as informações e documentos cuja confidencialidade seja protegida por lei.

que a terminologia adotada pelo RiCade não encontra correspondência completa na LDC – não há nesta lei, por exemplo, referência a “acesso restrito”.

O tratamento a ser conferido no caso de documentos, objetos ou informações tomadas como prova emprestada de outro processo é regulado no artigo 49 do RiCade. Nesta hipótese, o Cade deverá conceder o tratamento determinado pelo Juízo ou autoridade que presidir processo judicial do qual os documentos, objetos ou informações se originaram. Em respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa, o RiCade dispõe que, antes do encerramento da instrução do processo administrativo, os representados deverão ter acesso aos documentos utilizados para a formação da convicção do Cade.

Na sequência, o RiCade dispõe sobre as hipóteses de tratamento sigiloso dos autos, no qual detalha a hipótese do artigo 49 da LDC, já tratada anteriormente. Acrescenta que, em atendimento aos princípios do contraditório e ampla defesa, o acesso pleno aos documentos utilizados para formação da convicção do Cade será garantido aos Representados antes do encerramento da instrução no processo administrativo. Embora o artigo não detalhe como este acesso será dado, entende-se que deverá ocorrer por meio da trasladação dos documentos aos autos de acesso restrito aos quais os representados têm acesso.

Os artigos 51 a 54 tratam das hipóteses de tratamento de acesso restrito de autos, documentos, objetos, dados e informações. O acesso restrito pode ser determinado conforme o caso e no interesse da instrução processual, de ofício ou mediante requerimento do interessado, “em virtude de sigilo decorrente de lei” ou na hipótese de “constituir informação relativa à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos”.

A regra geral para garantia de acesso restrito é, portanto, nos casos previstos em lei[263] ou naqueles em que a divulgação possa representar vantagem competitiva para outros agentes econômicos. O RiCade apresenta uma lista não taxativa de tipos de informações, dados e documentos que podem ser classificados como de acesso restrito:

[263] O RiCade faz referência à Lei 12.527/2001 e ao Decreto n. 7.724/2012 - lei de acesso à informação e seu decreto regulamentador.

> I - escrituração mercantil;
> II - situação econômico-financeira de empresa;
> III - sigilo fiscal ou bancário;
> IV - segredos de empresa;
> V - processo produtivo e segredos de indústria, notadamente processos industriais e fórmulas relativas à fabricação de produtos;
> VI - faturamento do interessado;
> VII - data, valor da operação e forma de pagamento;
> VIII - documentos que formalizam o ato de concentração notificado;
> IX - último relatório anual elaborado para os acionistas ou quotistas, exceto quando o documento tiver caráter público;
> X - valor e quantidade das vendas e demonstrações financeiras;
> XI - clientes e fornecedores;
> XII - capacidade instalada;
> XIII - custos de produção e despesas com pesquisa e desenvolvimento de novos produtos ou serviços; ou
> XIV - outras hipóteses, a critério da autoridade concedente, respeitados os arts. 22 da Lei 12.527/2011 e 6º, inciso I e 5º, § 2º do Decreto nº 7.724/12.[264]

Na aplicação do dispositivo em comento, usualmente por ocasião do julgamento do processo administrativo pelo Tribunal do Cade, este tem ponderado limitações temporais à manutenção do acesso restrito nas hipóteses em que a divulgação de determinada informação não poderia mais representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos. Dados de faturamento de representados, por exemplo – ou informações que, uma vez divulgadas, permitiriam o cálculo do faturamento –, já foram divulgados pelo Tribunal do Cade sob o argumento de se tratar de dado "histórico", ou seja, antigo, cuja divulgação não traria danos à empresa proprietária da informação.[265] Observa-se, contudo, que o RiCade[266] excepciona das possibilidades de alterar a classificação de tratamento de acesso após a decisão final do Cade[267] as hipóteses do seu artigo 51.

Em complemento às orientações acerca de informações e documentos que podem ser classificados como de acesso restrito, o RiCade também apresenta esclarecimentos sobre tipos de informações e dados cujo acesso restrito não será deferido. De forma geral, referem-se a informações às quais já tenha sido dada ou deva ser dada publicidade, documentos formulados com informações disponíveis publicamente, e ressalva para assegurar o direito de

---

[264] RiCade, artigo 51.
[265] Cf., por exemplo, processo administrativo n. 08012.010338/2009-99.
[266] Cf. o parágrafo único do artigo 54: "Parágrafo único. Após a decisão final do Cade, nos termos do art. 7º, da Lei 12.529, de 2011, eventuais informações que não se incluam nas hipóteses do art. 51 deste Regimento Interno, poderão ser classificadas, mediante ato do Presidente ou da autoridade competente, conforme o disposto na Lei 12.527/2011 e no Decreto nº 7.724/2011."
[267] Considerando o disposto na Lei 12.527/2001, Decreto n. 7.724/2012 – lei de acesso à informação e seu decreto regulamentador.

defesa e contraditório dos representados em processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. Estas são as informações e documentos aos quais, segundo disposto no artigo 52 do RiCade, não será deferido o acesso restrito:

> I - notadamente tenham natureza pública em virtude de lei, inclusive em outras jurisdições, ou que forem de domínio público, no País ou no exterior, ou que tiverem sido previamente divulgados pelo interessado;
> II - em processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, o tratamento de acesso restrito das informações puder implicar cerceamento de defesa; ou
> III - forem relacionados, dentre outras, às seguintes categorias de informações:
> 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 que a empresa deva publicar ou divulgar em virtude da norma legal ou regulamentar a que esteja sujeita no Brasil ou em outra jurisdição.

Após apresentar informações sobre os tipos de informações e documentos em relação aos quais os representados ou requerentes podem solicitar concessão de acesso restrito, o RiCade dispõe que o requerente será intimado da decisão de denegação do requerimento de acesso restrito. A versão vigente do RiCade (com alterações promovidas pela Resolução 22, de 19 de junho de 2019) excluiu um dos parágrafos deste artigo[268], constante na versão anterior, o qual dispunha que a "decisão do requerimento de acesso restrito poderá ser revista a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento do interessado".

É apenas no último artigo da seção acerca do sigilo e do acesso restrito, o artigo 54, que encontramos informações acerca de possível publicização de informações constantes nos autos dos procedimentos do Cade. Destaca-se, acerca deste dispositivo, que a referência é exclusiva a informações, e não documentos. Considerando que em outros dispositivos, tais como apresentado

[268] Artigo 53 do RiCade atual, correspondente ao artigo 94 do RiCade alterado pela Resolução 22/2019, que, por sua vez, tinha redação semelhante à do artigo 55 do RiCade vigente desde maio de 2012 (conforme Resolução n. 1/2012 do Cade).

acima, existe referência tanto a informações quanto a documentos, seria possível interpretar que a referência exclusiva a “informações” excluiria intencionalmente os “documentos”.

O parágrafo único do artigo 54 dispõe que após a decisão final do Cade, as informações que não se incluam nas hipóteses do artigo 51 do RiCade poderão ser classificadas, mediante ato do Presidente ou da autoridade competente, conforme o disposto na Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação, ou LAI) e no Decreto 7.724, de 16 de maio de 2011. Tais atos normativos regulamentam o direito de acesso à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37, e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

O RiCade não apresenta dispositivo detalhando critérios ou exemplificando hipóteses de aplicação da LAI para publicização de informações dos procedimentos do Cade. De toda forma, dada a referência à LAI no RiCade, e considerando uma possível similaridade com as discussões havidas no âmbito da União Europeia em relação ao Regulamento 1049/2001, apresentadas anteriormente, analisaremos a seguir os dispositivos da LAI e os alguns debates havidos desde sua promulgação.

5.3 Direito de acesso à informação – a Constituição Federal e a Lei de Acesso à Informação

A Lei de Acesso à Informação visa regular os seguintes dispositivos constitucionais: art. 5º, inciso XXXIII; art. 37, § 3º, inciso II, e art. 216, § 2º.

O primeiro artigo citado refere-se um dos direitos individuais e coletivos inseridos no Título II, acerca de direitos e garantias fundamentais. Especificamente, o inciso XXXIII do art. 5º assegura o direito de “receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral”, com ressalva para “aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Já o artigo 37 insere-se na seção com disposições gerais aplicáveis à administração pública, no Título III, acerca da organização do Estado. O § 3º deste artigo dispõe que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando diversas questões, dentre elas,

conforme inciso II, “o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII”. O art. 5º, inciso X, por sua vez, dispõe serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Finalmente, o artigo 216 insere-se na seção sobre Cultura, tratando dos bens de natureza material e imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro. Seu § 2º determina que cabe à administração pública a gestão da documentação governamental e providências para franquear sua consulta aos que dela necessitarem.

Como regra geral extraída dos dispositivos constitucionais citados, portanto, tem-se a garantia de acesso às informações detidas pela administração pública. Exceções à publicidade dispostas na Constituição Federal são casos em que o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, e seja necessário para não violar a intimidade, vida privada, a honra e imagem das pessoas. Tal como resumido por MACHADO e JANINI:

> As informações administrativas, portanto, devem se adequar aos princípios da publicidade, da transparência e eficiência. Todavia, esse amplo acesso não pode possuir um aspecto prejudicial, ele precisa caminhar lado a lado com outros princípios e direitos fundamentais, como o direito à privacidade e à intimidade, à segurança nacional e às investigações criminais. São as hipóteses em que as informações administrativas são protegidas pelo sigilo.[269]

De forma geral, a LAI adota o preceito de que a publicidade dos atos administrativos é a regra. As exceções garantidoras do sigilo são apresentadas em dispositivos diversos ao longo da lei, os quais podem ser resumidos em três categorias:

a) Dados pessoais, ou seja, relativos a uma pessoa determinada. Além de dispor que seu tratamento deve respeitar a intimidade, vida privada, honra, imagem e liberdades e garantias individuais, a lei dispõe que o acesso é restrito às pessoas às

[269] MACHADO, Edinilson Donizete; e JANINI, Tiago Cappi. 2015. O Sigilo Fiscal e a Lei de Acesso à Informação: Possibilidades de Acesso à Informação Administrativa Fiscal. Prisma Jurídico 14 (2): 9–31. https://doi.org/10.5585/prismaj.v14n2.6304.

quais se refere (pelo período de cem anos), salvo casos excepcionais previstos em lei;

b) Informações que possam colocar em risco a segurança da sociedade (vida, segurança, saúde da população) ou do Estado (soberania nacional, relações internacionais, atividades de inteligência). O prazo de sigilo varia entre 25 anos (renovável por igual período) a 5 anos, a depender do risco que a divulgação possa causar;

c) Informações sigilosas conforme disposto em outras leis, tais como sigilos bancário, fiscal e industrial.

O acesso pode também ser negado na hipótese de pedidos genéricos, desproporcionais ou desarrazoados, ou que exijam trabalho adicional de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações ou serviço de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do órgão ou entidade.[270]

A leitura da LAI parece indicar que o objetivo central da lei é permitir o acesso a informações e documentos (i) referentes ao próprio Estado ou produzidos pelo Estado[271] e (ii) em posse da administração pública e referentes ao próprio requerente do acesso à informação. Tal interpretação se coaduna com as razões que motivaram a inclusão dos artigos supracitados na Constituição Federal relativos ao acesso à informação, tal como rememorado por LUCIANA BARROS:

> O pano de fundo para a Assembleia Nacional Constituinte foi o final de um regime militar que frequentemente utilizava-se do pretexto de proteção da segurança nacional para deixar de divulgar informações de interesse coletivo, muitas vezes encobrindo práticas criminosas. Nesse contexto, não é de se estranhar a existência, na atual Constituição, de dispositivos constitucionais garantidores da liberdade de informação.[272]

---

[270] Cf. BRASIL. Governo Federal. LAI para Cidadãos. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/assuntos/pedidos/excecoes/excecoes>. Acesso em 12 set. 2019.

[271] Reforça este entendimento, por exemplo, artigo que trata do reflexo da LAI para a publicização dos pareceres emitidos pelos órgãos consultivos da AGU. BARROS, Luciana Azevedo Paz de Souza. A lei de acesso à informação e a publicidade dos pareceres da AGU. Publicações Da Escola Da AGU 2 (28), 2016.

[272] BARROS, Luciana Azevedo Paz de Souza. A lei de acesso à informação e a publicidade dos pareceres da AGU. Publicações Da Escola Da AGU 2 (28), 2016, p. 67.

Veja-se, por exemplo, a redação do art. 25: “É dever do Estado controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas *produzidas* por seus órgãos e entidades [...]” (itálico nosso). A redação do art. 22 também traz a conotação de informações referentes ao próprio Estado ou do próprio Estado, quando se refere que o disposto na LAI não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça “nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica *pelo Estado* ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer *vínculo com o poder público*.” (itálico nosso). A referência direta ao Estado e poder público, neste artigo, certamente não tem como objetivo excluir a hipótese de sigilo relativo a segredo industrial de exploração de atividade econômica por particulares, visto que é protegido por lei[273]. Portanto, tal referência parece apenas ressaltar que a LAI não autorizaria o afastamento do sigilo mesmo em relação ao Estado ou poder público.

Em relação ao direito de acesso a informações do próprio requerente, observa-se que o artigo 31 dispõe que as informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem terão acesso restrito por 100 (cem) anos, e sua divulgação ou acesso por terceiros somente pode ocorrer mediante previsão legal[274] ou consentimento expresso da pessoa a que se referir.

Uma exceção ao entendimento exposto acima é encontrada no artigo 21, que dispõe sobre a impossibilidade de se negar acesso à informação que seja necessária para a tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.

A redação acerca do escopo da LAI disponível em sítio eletrônico do governo federal possui, aparentemente, redação mais ampla do que a exposta acima, ao dispor que “todas as informações produzidas *ou sob a guarda* do poder público são públicas e, portanto, acessíveis a todos os cidadãos, ressalvadas as hipóteses de sigilo legalmente estabelecidas”[275] (destaque nosso).

E há um dispositivo na LAI que dispõe sobre o direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento de decisão e de ato administrativo, por ocasião da edição do ato decisório

---

[273] Cf. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei da Propriedade Industrial).

[274] O § 3º do artigo 31 já apresenta algumas hipóteses de exceção legal, tais como para prevenção e diagnóstico médico quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico.

[275] BRASIL. Governo Federal. LAI para Cidadãos. Disponível em: < http://www.acessoainformacao.gov.br/assuntos/conheca-seu-direito/principais-aspectos/principais-aspectos>. Acesso em 12 set. 2019.

respectivo[276]. Um primeiro destaque que se faz a este dispositivo é a alternativa de se apresentar *as informações contidas* nos documentos que fundamentaram a decisão ou ato administrativo. A LAI não detalha as hipóteses em que o acesso às informações contidas no documento poderia ser concedido ao invés do acesso aos documentos, mas pode-se cogitar das hipóteses em que o acesso ao documento, integral ou parcialmente, não seja permitido em razão de sigilo legal. Também merece destaque a referência temporal para acesso aos documentos – a partir da edição do ato decisório respectivo – indicando que a restrição de acesso antes de proferida a decisão está autorizada pela LAI.

Entende-se, de toda forma, que a Constituição Federal e a LAI visam assegurar a transparência dos atos adotados pela administração pública e permitir o controle[277-278] de tais atos pelos cidadãos, para o que se faz necessário acesso às informações relacionadas aos atos praticados. Tal propósito seria alcançado, por exemplo, com a publicização de procedimentos instaurados e decisões tomadas, as quais devem conter a devida fundamentação – ao mesmo tempo em que hipóteses legais de sigilo e confidencialidade, previstas na LAI e outros instrumentos, sejam observadas e preservadas.

Não encontramos qualquer dispositivo que obrigue ou mesmo autorize as autoridades administrativas a disponibilizar o conteúdo completo de seus procedimentos, incluindo todas as evidências que fundamentaram suas decisões, especialmente quando tais evidências foram obtidas por outros meios que não fontes públicas, por exemplo.

De fato, existem hipóteses legais que impedem a publicização de informações e documentos que não são expressamente mencionados na LAI, a

---

[276] Cf. art. 7º, § 3º da LAI.

[277] Relevante mencionar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (artigos 10 e 13), que dispõe sobre informações públicas e participação da sociedade; e também a Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão (item 4 trata do direito fundamental de acesso à informação mantida pelo Estado).

[278] Cf.: "Os elementos criados pela lei possibilitam a aproximação e o diálogo entre instituições e sociedade, consolidando vivências democráticas, uma vez que dá condições de participação da população na criação, na execução, na fiscalização e no controle de ações, programas e projetos desenvolvidos pelo poder público. Para que isso seja possível, é imprescindível que os cidadãos tenham à disposição ferramentas que possam garantir-lhes o acesso a informações públicas e, neste sentido, a LAI apresenta-se como um passo significativo, podendo ser considerada um marco na administração pública no Brasil." COUTINHO, Hugo César Peixoto e ALVES, José Luiz. Lei de Acesso à Informação Como Ferramenta de Controle Social de Ações Governamentais. Comunicação & Informação 18 (1), 2015. https://doi.org/10.5216/33985, p. 136.

qual não contém uma lista exaustiva das hipóteses em que o sigilo deve ser mantido. É necessário, portanto, observar as hipóteses de sigilo previstas em outras leis.

Por exemplo, embora não haja dispositivo na LAI tratando especificamente da possibilidade de sigilo de evidências obtidas por meio de medida de busca e apreensão que tenham fundamentado determinada decisão, entendemos que a autoridade não deve tornar público tais documentos após proferir sua decisão final[279] - exceto na hipótese de autorização do juízo que deferiu a realização da diligência de busca e apreensão. A medida de busca e apreensão depende de mandado judicial, que é concedido em hipóteses restritas e para fins específicos. O mandado judicial é necessário porque o Judiciário detém competência para avaliar se há uma hipótese legal, legítima, para "revogar" o direito à intimidade, sigilo, e outras hipóteses que protegem o acesso ao material a ser buscado e apreendido no caso específico. Dada a natureza originariamente sigilosa dos documentos e informações apreendidos, seu uso deve estar restrito às hipóteses que autorizaram a medida de busca e apreensão. E é dever da autoridade que teve acesso a tais documentos proteger tal sigilo. A divulgação ou acesso a tais documentos para outros fins diversos daqueles determinados na ação de busca e apreensão dependem, ao nosso ver, de autorização judicial, não podendo ser realizada de ofício pela administração pública.

De fato, a interpretação de que a LAI confere à administração pública o amplo direito (ou obrigação) de conceder acesso ou divulgar voluntariamente documentos produzidos por terceiros que não estejam disponíveis publicamente, pode implicar indevida revogação de competência exclusiva do Judiciário para avaliar a legalidade de concessão de acesso a documentos cujo sigilo deva ser protegido.

Em outras palavras, a autoridade deve avaliar em quais condições obteve, ela própria, acesso a determinados documentos e informações, e ponderar quais as hipóteses legais aplicáveis em relação a sigilo de tais documentos. O simples fato de a autoridade ter posse de determinados documentos produzidos por terceiros (e não disponíveis publicamente) não implica, a nosso ver, obrigação ou direito de publicização deste documento, com base na LAI.

---

[279] O acesso deve ser garantido, contudo, aos investigados no processo ou investigação correspondente para fins de exercício do direito à ampla defesa e contraditório.

5.4 Do Programa de Leniência

Nos debates acerca da política a ser adotada em relação à garantia de sigilo em contraposição à publicidade de informações e documentos, os impactos sobre o programa de leniência têm especial consideração.

Os acordos de leniência em relação ao condutas anticoncorrenciais têm origem nos Estados Unidos. Após quase um século de aplicação da legislação antitruste, ao longo do qual diversos e relevantes debates sobre o escopo e aplicação de tal legislação foram travados, levando ao aprimoramento da legislação e, especialmente, de sua interpretação e forma de aplicação, o governo norte-americano decidiu adotar uma nova política, especificamente destinada a fortalecer o combate aos cartéis. Aplicando a teoria dos jogos, foi criado o programa de leniência na seara antitruste[280], destinado a desestabilizar os cartéis, criando incentivos para a cooperação de um dos coatores para condenação dos demais participantes da infração e, dessa forma, reforçar a repressão aos cartéis.

O programa de leniência já existia desde a década de 70, contudo, sua aplicação não era efetiva – notadamente, pela existência de muitos critérios subjetivos para sua celebração[281] –, tendo sido reformulada a política em 1993, trazendo a efetividade desejada[282].

Houve certo ceticismo e críticas ao programa de leniência por ocasião de sua adoção – especialmente porque a garantia de imunidade se estendia não apenas a penalidades pecuniárias, mas para penalidades restritivas de liberdade, visto que cartel também constitui crime naquele país. Alguns arguiam que não seria uma boa política conceder tão significativas vantagens àqueles que cometeram crimes apenas para auxiliar a persecução das infrações antitruste.

Os defensores do programa de leniência, contudo, arguiam que o fortalecimento do combate aos cartéis seria de grande importância para incentivar a observância da legislação antitruste, destacando que tal incentivo seria criado em

---

[280] Vide referência em KOVACIC, William E., e SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. Journal of Economic Perspectives, vol. 14, n.1, winter 2000, pp. 43-60.

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

[282] Vide "*1993 Corporate Leniency Policy*", reformulada no ano seguinte para incluir a possibilidade de firmar acordos com pessoas físicas. Mais informações em: https://www.justice.gov/atr/corporate-leniency-policy.

um cenário em que os riscos de infringir a lei se tornassem elevados o suficiente para inibir a conduta ilícita. Segundo estimativas do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ), o número de requerimentos para negociação de acordo de leniência aumentou de cerca de um por ano para aproximadamente dois por mês logo após a revisão do programa de leniência em 1993.

Posteriormente aos Estados Unidos, a União Europeia também instituiu um programa de leniência, em 1996, seguida por diversos países, incluindo o Brasil[283].

5.4.1 Da importância da proteção do programa de leniência

Atualmente, parece inegável que programas de cooperação com autoridades concorrenciais cumpriram seu objetivo de fortalecer o combate aos cartéis, mostrando-se como um instrumento apto a elevar os desincentivos para prática ilícita em razão do aumento do risco de detecção e punição. A importância destes tipos de acordos é comentada pelo Cade em diversas ocasiões, das quais destacamos a Exposição de Motivos que acompanhou a proposta de Resolução (que deu origem à Resolução 21/2016), na qual consta que estes tipos de acordo consubstanciam os pilares da persecução pública de condutas anticoncorrenciais no Brasil:

> O Programa de Leniência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), assim como verificado na experiência internacional, é uma das principais ferramentas no combate a cartéis. O Termo de Compromisso de Cessação (TCC), em especial após 2013, também se consolidou, no Brasil, como importante ferramenta complementar à repressão de condutas anticompetitivas, semelhantemente ao que se constata nas melhores práticas estrangeiras. Essas duas ferramentas – Acordo de Leniência e TCC – consubstanciam pilares da persecução pública a condutas anticompetitivas no Brasil ("*public enforcement*").

Dada a relevância dos programas de cooperação para a efetividade do *enforcement* público, a discussão sobre como proteger e manter os incentivos aos programas de colaboração com as autoridades antitrustes está no centro dos

[283] Para União Europeia, vide "1996 Leniency Note", e versão revisada e aprimorada "2002 Leniency Note". Para o Brasil, vide Lei 8.884/94, com alterações promovidas no ano de 2000 e, atualmente, a lei 12.529/2011.

debates sobre políticas de incentivo às ações de reparação por danos concorrenciais.

Algumas questões se destacam nesse debate. A primeira é que, ao firmar um acordo de leniência, o signatário dá origem a uma investigação que, eventualmente, não existiria caso não tivesse havido a delação. Ainda, usualmente é requerida a confissão da prática de uma infração e apresentação de provas do ilícito, facilitando a investigação da conduta. A probabilidade de obtenção de provas da participação dos coautores na infração é aumentada, seja por meio das provas apresentadas pelos colaboradores, seja por outros meios facilitados por tais provas – por exemplo, por medida de busca e apreensão cuja concessão tenha se embasado em indícios apresentados por colaboradores em acordo de leniência.

Nos Estados Unidos, uma reforma legislativa foi promovida em 2004 a fim de estender os benefícios aos signatários de acordos de leniência para a responsabilidade civil, desde que houvesse cooperação no âmbito da ação civil[284]. Além de reduzir o montante de indenização ao valor simples do dano (não se aplicando, portanto, *treble damages)*, o agente não estaria sujeito à responsabilidade solidária pelo pagamento dos danos em relação aos coparticipes da infração acionados na ação de indenização[285].

5.4.2 Do Programa de Leniência Brasileiro

Por meio da Medida Provisória n. 2.055/2000, posteriormente convertida na Lei n. 10.149/2000, foram incluídos dois artigos na lei de defesa da concorrência vigente à época, a Lei n. 8.884/1994, para introduzir o programa de leniência em matéria concorrencial no Brasil – os artigos 35-B e 35-C. Tais dispositivos apresentavam com relativo detalhamento as condições para assinatura de acordos de leniência e para concessão dos benefícios vinculados mediante a verificação de seu cumprimento, e foram reproduzidos quase que integralmente na atual LDC.

---

[284] Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act (ACPERA).

[285] O Projeto de Lei do Senado n. 283/2016 parece ter se inspirado no ACPERA ao determinar que o direito de reparação em dobro não seria aplicável aos signatários de acordo de leniência e termo de compromisso de cessação de conduta. Mas no projeto brasileiro nenhuma obrigação de cooperação é estabelecida em relação ao processo civil.

Nos termos do artigo 196 do RiCade, o programa de leniência representa um conjunto de iniciativa com o objetivo não apenas de detectar, investigar e punir infrações concorrenciais, como também informar e orientar empresas e cidadãos a respeito dos direitos e garantias vinculados aos acordos de leniência, e incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de tais acordos.

O acordo de leniência pode ser celebrado com a Superintendência-Geral do Cade, tanto com pessoas naturais quanto pessoas jurídicas autoras de infração concorrencial. Para que os benefícios do acordo de leniência sejam estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração, estes devem firmar o acordo em conjunto. Segundo consta no RiCade, é possível a adesão ao acordo, que terá o mesmo efeito da assinatura em conjunto, mesmo que formalizada em documento apartado e em momento subsequente, quando admitido pela autoridade, segundo critério de conveniência e oportunidade.

A LDC apresenta os requisitos e condições para assinatura de acordo de leniência:

a) os proponentes devem colaborar plena e efetivamente com a investigação, comparecendo aos autos sempre que solicitado, às suas expensas, até o encerramento do processo administrativo;
b) de tal colaboração deve resultar a identificação dos demais coautores e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração reportada;
c) o acordo somente pode ser celebrado caso a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física proponente por ocasião da proposta de acordo – portanto, o acordo de leniência pode ser firmado mesmo quando alguma investigação já tenha sido iniciada pela autoridade concorrencial;
d) os proponentes devem cessar completamente seu envolvimento na infração reportada a partir da propositura do acordo;

e) os proponentes devem confessar sua participação no ilícito – observando-se que não importa em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta, a proposta de acordo rejeitada.

No direito brasileiro, o acordo de leniência somente pode ser celebrado com uma das empresas coautoras da infração, aquela que primeiro se qualificar para celebrar o acordo. Embora a lei faça referência especificamente à primeira "empresa" que se qualificar, entende-se que pessoas físicas também podem firmar acordo de leniência isoladamente. O parágrafo 7º do art. 86 da LDC dispõe que a empresa ou pessoa física que não tiver habilitação para celebrar acordo de leniência (e um processo administrativo relativo à infração a ser reportada for instaurado ou estiver em curso)[286], poderá celebrar um acordo de leniência relativo a outra infração da qual o Cade não tenha conhecimento prévio. Esta hipótese é informalmente denominada como leniência plus, e assegura um desconto de até um terço da pena que lhe for aplicada no processo anterior no qual não obteve habilitação.

Após o pedido de habilitação para negociar um acordo de leniência ser deferido pela Superintendência-Geral do Cade, o proponente deve apresentar informações mais detalhadas sobre a infração, bem como as provas dos fatos reportados. Informações mais detalhadas sobre o processo de negociação são apresentados no Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade[287].

Para fins do presente trabalho, importa destacar que as informações apresentadas pelo proponente são relatadas em um documento denominado Histórico da Conduta, o qual é elaborado e assinado pela Superintendência-Geral do Cade. Os documentos que comprovam os fatos e informações relatadas são usualmente referenciados neste Histórico da Conduta, e são a ele anexados, formando parte integrante do documento. Outro documento essencial para firmar o acordo de leniência[288] é o termo de acordo em si, no qual

---

[286] Por exemplo, na hipótese de a empresa não ter sido a primeira a se habilitar para celebração do acordo.

[287] Disponível no sítio eletrônico do Cade: < http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-atualizado-ago-2018.pdf>. Acesso em 10 ago 2019.

[288] Um modelo de acordo de leniência está disponível no sítio eletrônico do Cade: < http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/modelo_acordo-de-leniencia_bilingue.pdf>. Acesso em 10 ago 2019.

constarão todas as obrigações dos signatários previstas em lei como necessárias para firmar esse tipo de acordo, incluindo a confissão de participação na conduta reportada.

A assinatura de acordo de leniência com a Superintendência-Geral[289] determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia com relação aos signatários do acordo de leniência nos crimes contra a ordem econômica e demais crimes relacionados à prática de cartel[290]. Este benefício é particularmente relevante para incentivar as pessoas naturais a firmar acordo de leniência, cuja colaboração é de grande relevância para esclarecimento de documentos e reconstrução dos fatos investigados.

Embora firmado com a Superintendência-Geral do Cade, o cumprimento dos compromissos e obrigações assumidos pelos signatários no acordo é verificado pelo Tribunal do Cade, por ocasião do julgamento do processo administrativo correspondente. Uma vez constatado tal cumprimento, estará assegurada (decretada) a concessão dos benefícios vinculados ao acordo de leniência, que são:

a) caso a proposta de acordo tenha sido apresentada sem que a Superintendência-Geral tivesse conhecimento prévio da infração reportada, os signatários terão decretada a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator – sem imposição de condenação ao pagamento de multa ou outras penalidades;
b) caso a Superintendência-Geral já tivesse conhecimento prévio da infração reportada, os signatários farão jus à redução de um a dois terços das penas aplicáveis[291], levando-se em consideração a efetividade da colaboração e boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência[292];

---

[289] Usualmente, o acordo é firmado também por representante do Ministério Público (Federal ou Estadual, a depender do caso). Isto não é uma exigência da lei, mas um procedimento para reforçar o direito dos signatários de que, uma vez firmado o acordo, fica impedido o oferecimento de denúncia com relação aos signatários (e após atestado o cumprimento do acordo, fica extinta a punibilidade dos crimes indicados no art. 87 da LDC).
[290] O art. 87 da LDC expressamente menciona a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990; Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993; art. 188 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Pela redação do artigo, estas referências são exemplificativas apenas.
[291] A pena sobre a qual incidirá a redução não deve ser superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, nos termos do parágrafo 5º do artigo 86 da LDC.
[292] Normalmente, nesta hipótese, o acordo de leniência é referido como “parcial”.

c) a extinção automática da punibilidade dos crimes referidos no art. 87 da LDC[293].

O sigilo da proposta de acordo de leniência, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo, é assegurado pelo parágrafo 9º do art. 86 da LDC. O sigilo, sem ressalvas, da proposta de acordo de leniência rejeitada é assegurado pelo parágrafo 10 do mesmo artigo. O RiCade estabelece as normas aplicáveis à negociação de acordos de leniência, conforme disposição do parágrafo 11 do artigo 86 da LDC. Analisaremos a seguir os dispositivos do RiCade sobre as regras de confidencialidade relacionadas aos acordos de leniência.

5.4.3 Das regras de confidencialidade relacionadas ao acordo de leniência no Regimento Interno do Cade

A proposta de celebração de acordo de leniência, que pode ser feita oralmente ou por escrito, tem tratamento sigiloso e o acesso é permitido somente às pessoas autorizadas pelo Superintendente-Geral. Caso seja apresentada por escrito, será autuada como sigilosa e nenhum dos dados constantes na proposta constará no sistema de gerenciamento de documentos do Cade. As reuniões para apresentação da proposta, escrita ou oral, também serão sigilosas.[294]

Caso o acordo não seja firmado, todos os documentos eventualmente entregues à autoridade serão devolvidos ao proponente, e os documentos e informações apresentados durante a negociação posteriormente frustrada não poderão ser utilizados para quaisquer fins pelas autoridades que a eles tiveram acesso.[295]

Firmado o acordo de leniência, os autos terão tratamento de acesso restrito, e a identidade do signatário do acordo será mantida como de

---

[293] O art. 87 da LDC cita a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990; Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993; art. 188 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Tais referências são apenas exemplos, pois o art. 87 se refere a todos os "demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel".

[294] Artigos 200 e 201 do RiCade.

[295] Cf. artigo 205. Procedimento investigativo para apurar fatos relacionados à proposta de acordo poderá ser instaurado se a nova investigação decorrer de indícios ou provas autônomas que sejam levados ao conhecimento da autoridade por outro meio, segundo o parágrafo 4º do mesmo artigo.

acesso restrito em relação ao público em geral até o julgamento do processo pelo Cade.

O único dispositivo que menciona a classificação de informação ou documento relacionados ao acordo de leniência como de acesso público é este, referente à identidade do signatário – sendo que tal publicidade ocorrerá somente por ocasião do julgamento do processo pelo Tribunal do Cade.

Os demais dispositivos que regulam o tratamento de acesso a informações e documentos referem-se a hipóteses de acesso restrito. Os representados no inquérito administrativo ou processo administrativo[296] terão acesso ao acordo de leniência e seus anexos, bem como outros documentos apresentados pelos signatários de acordo de leniência, estritamente para fins de exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa e especificamente em relação ao processo administrativo que investiga a infração de que trata o acordo de leniência.

Ainda, os representados são notificados da vedação da "divulgação ou compartilhamento, total ou parcial, com outras pessoas físicas, jurídicas, ou entidades de outras jurisdições,"[297] do acordo de leniência, de seus anexos, de quaisquer outros documentos apresentados pelos signatários do acordo de leniência e quaisquer outros que recebam tratamento de acesso restrito por parte do Cade. A não observância do dever de confidencialidade sujeita os infratores à responsabilização administrativa, civil e penal.

Esta restrição de acesso é relevante, pois reflete a preocupação com a manutenção do sigilo das informações e documentos apresentados por meio do acordo de leniência. E nem todas as informações e documentos dos signatários serão, necessariamente, disponibilizados aos demais representados. Informações e documentos comercialmente sensíveis podem ter o tratamento de acesso restrito inclusive em relação aos demais representados, desde que não represente ofensa ao direito de defesa no processo administrativo[298].

---

[296] A terminologia utilizada na lei é "inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica", e "processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica", respectivamente. Tal como ressaltado anteriormente, utilizaremos neste trabalho a referência a "processo administrativo" aplicável para ambos (exceto se especificamente detalhado o tipo de procedimento).

[297] Cf. artigo 207, parágrafo 2º do RiCade.

[298] Cf. artigo 207, parágrafo 1ºdo RiCade.

As regras acerca de confidencialidade relacionada aos acordos de leniência comentadas acima constituem todas as encontradas no RiCade. Todas elas, com exceção da referente à publicização do nome dos signatários por ocasião do julgamento do processo pelo Cade, e à concessão de acesso aos representados para fins de exercício do direito de defesa e uso exclusivo no âmbito do processo do qual são representados, versam sobre garantia de confidencialidade. Não há qualquer dispositivo relacionado à publicização de informações e documentos apresentados pelos signatários de acordo de leniência.

A prática adotada pelo Cade, é de manutenção de acesso restrito ao Histórico da Conduta e eventuais documentos anexos, os quais são disponibilizados aos demais representados no processo principal exclusivamente para fins de exercício de direito de defesa e contraditório naquela investigação. O acesso restrito vem sendo mantido pelo Cade durante e após o julgamento do processo por seu Tribunal. Referências a trechos e informações apresentadas no Histórico da Conduta e documentos anexos, bem como eventuais imagens destes anexos (as 'provas' da conduta relatada), contudo, já foram incluídas em votos proferidos por membros do Tribunal do Cade.

A seguir, analisaremos outra espécie de acordo de cooperação com a autoridade concorrencial previsto na legislação brasileira, o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC).

5.5 Do Compromisso de Cessação de Conduta e das regras relativas à confidencialidade no Regimento Interno do Cade

Conforme apresentado acima, e diferentemente do que ocorre em algumas outras jurisdições[299], no Brasil o acordo de leniência somente pode ser firmado com um proponente – o primeiro a se habilitar para negociação[300]. Caso as

[299] No âmbito do direito concorrencial da União Europeia, por exemplo, o acordo de leniência pode ser firmado não apenas com o primeiro a se habilitar para negociação, mas também com os demais representados. A ordem de habilitação para negociação não possui relevância maior do que a colaboração efetivamente apresentada pelo proponente quanto à comprovação da infração e participação de outros representados. Nos Estados Unidos, o acordo de leniência também é limitado a um proponente (e pessoas físicas relacionadas e empresas do mesmo grupo econômico), e há também outro tipo de acordo viável para demais representados (*plea agreement*, ou *cease and desist agreement*).

[300] Caso a negociação de acordo com o primeiro proponente seja frustrada, a autoridade concorrencial poderá negociar acordo com outro interessado que tenha se habilitado para negociar, sempre seguindo a ordem de apresentação de pedido de habilitação para negociação, e limitando-

hipóteses para celebração de acordo de leniência não sejam aplicáveis – seja pelo fato de o interessado não ser o primeiro a se habilitar para negociação, seja porque a autoridade já tem conhecimento e provas da infração – os representados[301] podem propor a celebração de um compromisso de cessação da prática sob investigação. Tal acordo pode ser celebrado tanto no âmbito da Superintendência-Geral quanto do Tribunal do Cade (a depender de onde o processo estiver tramitando[302]).

As regras relativas ao TCC estão previstas no artigo 85 da LDC, e normas complementares estão dispostas no RiCade. Em maio de 2016 o Cade publicou um Guia[303] acerca de TCC em investigações de cartel, que contém detalhamento acerca do procedimento e critérios utilizados na negociação deste tipo de acordo.

Segundo disposto na LDC, o TCC deve necessariamente conter obrigação de cessar a prática da conduta investigada ou de seus efeitos lesivos e estabelecer o valor de uma multa em caso de seu descumprimento total ou parcial. A contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos não é obrigatória, exceto no caso de investigação de conduta concertada (condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 da LDC), situação em que o acordo deverá prever a obrigação de recolhimento de valor pecuniário não inferior ao mínimo previsto[304] em caso de condenação pelo Cade para a infração objeto da investigação[305]. Em

---

se a firmar acordo com um representado (sendo que tal acordo pode ser firmado em conjunto por empresa jurídica e pessoas físicas relacionadas, bem como com outras empresas do mesmo grupo econômico).

[301] Segundo previsto no RiCade, o próprio Cade pode também propor a celebração de tal acordo aos representados.

[302] Embora tal regra não esteja disposta na LDC ou no RiCade, o Guia de TCC do Cade dispõe que a Superintendência-Geral somente aceitará proposta de TCC antes do encerramento da fase de instrução.

[303] O Guia foi atualizado em setembro de 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf>. Acesso em 01.10.2019.

[304] O art. 37 da LDC dispõe sobre os critérios para estabelecimento de multa em caso de condenação por infração concorrencial.

[305] O RiCade dispõe, no art. 227, os critérios para análise da contribuição pecuniária em proposta de TCC para investigações de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes apresentadas no âmbito da Superintendência-Geral. A regra geral é a concessão de um desconto sobre o cálculo da multa esperada em caso de condenação, que leva em consideração a ordem de apresentação de proposta de TCC e a amplitude e utilidade da colaboração com a instrução processual e o momento de apresentação da proposta. O art. 228 do RiCade estabelece que, caso a proposta seja apresentada enquanto o processo já estiver tramitando no Tribunal do Cade, a redução percentual será de, no máximo, 15% da multa esperada. Em quaisquer casos, a redução nunca poderá ser superior à estabelecida em TCC anterior já celebrado no âmbito do mesmo processo, conforme disposto no art. 229 do RiCade.

decorrência da celebração do TCC, o processo administrativo será suspenso em relação aos compromissários, e será arquivado após cumpridas todas as obrigações estabelecidas.[306]

Em relação à confidencialidade, a LDC dispõe que a proposta de TCC poderá ter caráter confidencial, e que o TCC terá caráter público, devendo ser publicado no sítio eletrônico do Cade em até cinco dias após a sua celebração. Ou seja, enquanto o acordo estiver sendo negociado, a confidencialidade pode ser mantida pelo Cade, mas uma vez celebrado o acordo, este deve ser disponibilizado publicamente no sítio eletrônico do Cade.

A LDC não estabelece a obrigatoriedade do compromissário apresentar qualquer espécie de colaboração com as investigações ou de reconhecer a participação em uma infração concorrencial, ao contrário do que ocorre no caso de acordo de leniência. Conforme indica a própria terminologia do acordo, o objetivo do TCC, segundo a LDC, é garantir a cessação da conduta investigada (potencial infração concorrencial).

O RiCade, entretanto, dispõe que em caso de o TCC ser relacionado à investigação de conduta concertada (acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes,), será obrigatória a previsão de colaboração do compromissário com a instrução processual.

Entende-se que a exigência de tal colaboração teria como propósito proteger, indiretamente, os incentivos para a celebração de acordo de leniência – considerado como o mais importante acordo, pois é firmado apenas nas hipóteses em que a autoridade concorrencial não possui conhecimento da infração ou não possui evidência suficiente para condenação dos investigados. A celebração de acordo de leniência exige, conforme disposto na LDC, a colaboração dos signatários com as investigações, durante toda a duração do processo. Tal colaboração, além de demandar custos adicionais para os signatários (investigações internas, entrevistas com funcionários, produção de material para

[306] Os benefícios decorrentes deste tipo de acordo estabelecidos na lei, para o proponente, são a suspensão e posterior arquivamento da investigação em relação a ele (afastando, assim, o risco de a autoridade concorrencial proferir decisão condenatória contra ele), e com a possibilidade de não realizar o pagamento de contribuição pecuniária, ou fazê-lo em valor inferior à de eventual multa. Para a autoridade concorrencial, a negociação deste tipo da acordo se justificaria pela garantia de obtenção de compromisso de cessação da prática anticoncorrencial (e consequente cessação de efeitos deletérios ao mercado e consumidores), além da possibilidade de recolhimento de contribuição pecuniária ao Fundo de Direitos Difusos.

apresentação à autoridade concorrencial, eventuais perícias, dentre outras atividades), implica em exposição dos signatários perante os demais representados e outras autoridades – tais como, por exemplo, o Ministério Público, usual signatário de acordos de leniência firmados com o Cade. Caso a obrigação de colaboração não fosse exigida também dos signatários de TCC, poder-se-ia considerar um eventual desequilíbrio entre os benefícios e obrigações exigidas em comparação com acordos de leniência que poderiam levar os infratores a ter mais incentivos para celebrar TCC do que acordo de leniência.

A forma pela qual a colaboração com a instrução processual deverá ocorrer não é detalhada no RiCade. Usualmente, o Cade exige a colaboração dos compromissários com a instrução de forma semelhante ao exigido para celebração de acordo de leniência. A descrição da infração e da forma pela qual o compromissário participou da conduta investigada deve ser apresentada por meio de um Histórico da Conduta[307], ao qual devem ser anexadas as evidências do quanto descrito. No Guia acerca de TCC para casos de cartel publicado pelo Cade constam informações sobre o procedimento adotado pelo Cade quanto à exigência de colaboração com as investigações (além de informações sobre o cálculo da contribuição pecuniária e sobre o reconhecimento da participação na conduta e obrigação de não voltar a praticá-la).

Portanto, também no âmbito de TCCs os compromissários podem ser demandados pela autoridade concorrencial a produzir documentos de caráter autoincriminatório, para fins específicos de celebração do acordo com o Cade, e também a apresentar documentos que comprovam sua participação em conduta anticoncorrencial.

Em relação à confidencialidade, o RiCade não contém dispositivos especificamente relacionados à publicidade de outros documentos do TCC além do termo em si (cuja publicidade é determinada pela própria LDC) – ou seja, relacionados a eventual Histórico da Conduta e documentos anexos comprobatórios dos fatos reportados.

Acerca de confidencialidade no âmbito de TCC, o RiCade dispõe especificamente apenas que o deferimento de acesso restrito à apresentação do requerimento, de seus termos, ao andamento processual e ao processo de

[307] Um modelo de Histórico da Conduta no formato ordinário e no formato sumário estão disponíveis no Guia de TCC do Cade.

negociação ficará a critério do Conselheiro-Relator[308] ou Superintendente-Geral. Usualmente, o acesso restrito a tais documentos e fatos é deferido e informações acerca do TCC (tais como existência de negociação em andamento ou nome dos proponentes) somente são tornadas públicas por ocasião do julgamento da proposta pelo Tribunal do Cade, que usualmente ocorre em sessão pública.

A prática adotada pelo Cade é de manutenção de acesso restrito ao Histórico da Conduta e eventuais documentos anexos, os quais são disponibilizados aos demais representados, após a aprovação da proposta de TCC pelo Tribunal do Cade, para fins de exercício de direito de defesa e contraditório naquela investigação. O acesso restrito vem sendo mantido pelo Cade durante e após o julgamento do processo. Referências a trechos e informações apresentadas no Histórico da Conduta e documentos anexos, bem como eventuais imagens destes anexos (as 'provas' da conduta relatada), contudo, já foram incluídas em votos proferidos por membros do Tribunal do Cade.

Observa-se que, ao contrário do usual em acordos de leniência, TCCs são assinados apenas com o Cade, sem participação de representante do Ministério Público[309], visto que tal tipo de acordo não confere qualquer benefício relacionado a outras infrações ou crimes além das infrações à LDC. Portanto, usualmente, todos os documentos relacionados ao TCC são apresentados e estão disponíveis apenas ao Cade.

À semelhança da regra aplicável à negociação de acordo de leniência, o requerimento de TCC não implica em confissão quanto à matéria de fato ou reconhecimento da ilicitude da conduta investigada. E, caso o acordo não seja alcançado, todos os documentos eventualmente entregues ao Cade serão devolvidos ao proponente, sendo vedado ao Cade utilizar as informações e documentos apresentados para quaisquer fins.

---

[308] Caso a proposta seja apresentada enquanto o processo já tramitar no Tribunal do Cade.

[309] A inclusão do Ministério Público como signatário de acordo de leniência não é obrigatória, visto que a LDC dispõe que a assinatura de acordo com o Cade suspende a apresentação de denúncia e a comprovação de cumprimento do acordo implica na extinção automática da punibilidade dos crimes relacionados ao objeto do acordo. Contudo, a assinatura de representante do Ministério Público tornou-se prática usual, como uma medida adicional para evitar a apresentação de denúncia contra os signatários por quaisquer membros do Ministério Público (em caso de se pretender arguir eventual inconstitucionalidade do art. 87 da LDC, dado que a competência do Ministério Público estabelecida na Constituição acerca da possibilidade de apresentação de denúncia não poderia ser substituída ou derrogada por ato do Cade, órgão integrante do Poder Executivo).

5.6 Pedidos judiciais de acesso a documentos confidenciais dos processos do Cade

O Judiciário já teve oportunidade de se manifestar acerca da possibilidade de acesso a documentos dos processos do Cade por terceiros, incluindo documentos apresentados no âmbito de acordos de leniência ou TCC, para fins de utilização em ação de reparação por danos concorrenciais. Em todos os casos dos quais temos conhecimento o pedido de acesso ocorreu durante o trâmite do processo no Cade.

Considerando que um ponto relevante deste trabalho diz respeito ao acesso a documentos apresentados à autoridade concorrencial por meio de acordos de cooperação – termo que é utilizado neste trabalho para se referir tanto a acordo de leniência quanto acordos para cessação de prática anticoncorrencial – apresentaremos a seguir esclarecimentos e considerações sobre pedidos de acesso a processos em relação aos quais tenham sido firmados esses tipos de acordo.

5.6.1 Relacionado à investigação de cartel no mercado de trens e metrôs

Pedidos de acesso foram apresentados em relação a documentos de processo referente a uma investigação de suposta formação de cartel em licitações públicas de trens e metrôs realizadas em São Paulo, Distrito Federal, Minas Gerais e Rio Grande do Sul [310] instaurada pelo Cade em 2013. A investigação do cartel (a existência do cartel foi confirmada pelo Cade na sessão de julgamento de 08 de julho de 2019) teve início a partir de um acordo de leniência com a empresa Siemens Ltda., Siemens Aktiengesellschaft e indivíduos (doravante referidos apenas por meio da Siemens), por meio do qual o Cade teve acesso a

[310] Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41. O processo foi julgado pelo Tribunal do Cade em 08 de julho de 2019. Conforme noticiado pelo Cade: "Pelas práticas anticompetitivas, foram condenadas as empresas Alstom Brasil Energia, Bombardier Transportation Brasil, CAF Brasil Indústria e Comércio, IESA Projetos Equipamentos e Montagens, MGE Equipamentos e Serviços Rodoviários, Mitsui & Co Brasil, MPE - Montagens e Projetos Especiais, TC/BR Tecnologia e Consultoria Brasileira, Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços, Temoinsa do Brasil, e TTrans Sistemas de Transportes ao pagamento de multas que somam, no total, 515,6 milhões. Com relação às 42 pessoas físicas condenadas, o Conselho aplicou multas no valor total de R$19,5 milhões." Disponível em: <http: http://www.cade.gov.br/noticias/cade-multa-em-r-535-1-milhoes-cartel-de-trens-e-metros> . Acesso em 01/08/2019.

informações e evidências que ensejaram a realização de operações de busca e apreensão na sede de algumas das empresas investigadas.

Embora a publicidade da identidade dos signatários de acordo de conduta, segundo estabelecido em lei, somente é tornada pública por ocasião da decisão final proferida pelo Cade, no caso em tela, a identidade dos signatários foi excepcionalmente tornada pública pouco tempo após a instauração do processo por meio da imprensa. Não encontramos informações acerca do modo pelo qual a imprensa teria tido acesso a informações confidenciais, que incluíram mais do que o nome dos signatários – considerando o teor das reportagens, os jornalistas teriam tido acesso ao Histórico da Conduta.

Após a publicidade dada à investigação do Cade, diversos foram os pedidos de acesso aos autos do processo, o que levou a autarquia a publicar uma nota em seu sítio eletrônico informando que o "compartilhamento de documentos relacionados à investigação do suposto cartel em licitações de trens e metrôs com qualquer terceiro que não seja parte do inquérito requer autorização judicial."[311] Houve, ainda, alguns pedidos judiciais de acesso aos autos confidenciais do Cade.

Nas ações cautelares de busca e apreensão que tramitaram perante a 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo[312] e 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo[313], o Estado de São Paulo solicitou acesso aos documentos disponíveis nos autos (que incluíam, por terem sido fundamento relevante do pedido de busca e apreensão, informações acerca do acordo de leniência firmado entre Siemens e Cade).

O juízo da 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo deu provimento ao pedido em relação aos documentos que instruíram o pedido de busca e apreensão (incluindo os documentos da leniência), determinando o sigilo dos documentos apreendidos. Embora tenha manifestado que, como regra, a identidade dos signatários de acordo de leniência é mantida em sigilo até o julgamento do processo pelo Cade, no interesse das investigações e a fim de

---

[311] Nota Oficial do Cade, publicada originalmente em 05 de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/noticias/nota-oficial-do-cade-7>. Acesso em 05.09.2019.

[312] Processo n. 0010939-96.2013.4.03.6100. Requerente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; Requerido: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda e outros.

[313] Processo n. 0004196-28.2013.4.03.6114. Requerente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; Requerido: MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda.

proteger os colaboradores, e que os termos do acordo e os documentos que o acompanham continuem confidenciais, entendeu que o caso seria excepcional e demandaria solução diversa. Sob o argumento de que o prazo prescricional para propositura de ações relativas a eventuais atos de improbidade e crimes já estava em curso e que a identidade dos signatários já era de conhecimento público, o Juiz determinou[314] a divulgação dos documentos do acordo de leniência. Destaca-se o trecho da decisão com considerações a esse respeito:

> É evidente que, a partir dessa informação repassada ao público, no que entendo que o CADE prestou contas de suas relevantes atividades -, o interesse social passa a predominar, inclusive em face das obrigações legais do Estado de controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas produzidas por seus órgãos e entidades (lei n. 12.527/2011). Decerto que a sociedade e, mais especificamente, o Estado de São Paulo e o Ministério Público Estadual, por exemplo, têm justificado interesse em ter acesso aos termos do acordo de leniência e demais documentos que acompanharam a petição inicial da medida cautelar, para aprofundamento das investigações e apurações cabíveis por parte dos competentes órgãos estatais. Em caso de eventuais crimes e atos de improbidade, por exemplo, os prazos prescricionais estão em pleno curso e já adiantados senão ultrapassados, justificando a urgência no acesso ao que consta dos autos judiciais.

Contra a decisão do juiz de 1ª instância[315] o Cade e uma das empresas investigadas apresentaram apelação[316]. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) reconheceu a procedência dos recursos e determinou a manutenção do sigilo dos documentos que instruíram o pedido de busca e

---

[314] Vide trecho da decisão: “Em relação ao segredo de justiça, ficou decidido quando da concessão da liminar o seguinte: 'decreto o sigilo total dos autos até a efetivação da medida. (...) Após, segue-se a publicidade dos atos processuais como regra no Direito pátrio e o sigilo como exceção (...) ***Em caso de eventuais crimes e atos de improbidade, por exemplo, os prazos prescricionais estão em pleno curso e já adiantados senão ultrapassados, justificando a urgência no acesso ao que consta dos atos judiciais***. (...) Além disso, o noticiário jornalístico tem divulgado, a todo instante, o nome da empresa Siemens (...) de modo que ***o restabelecimento do sigilo não alcançaria mais o fim desejado pelo Cade de preservar a identidade do leniente*** (...) O próprio artigo 86, 9º, da Lei nº 12.529/2011 ressalva a possibilidade de que o acordo de leniência deixe de ser sigiloso 'no interesse das investigações', exceção que, embora destinada à autoridade administrativa, revela a possibilidade de dar publicidade à proposta, principalmente quando os fatos extravasam as infrações à ordem econômica e acabam por refletir noutras searas de interesse persecutório de toda a sociedade.”(Destaques constam na Nota Técnica n. 24/2016, mas não no original).

[315] Uma das empresas investigadas interpôs agravo contra a decisão, o qual não foi provido por questão formal (o recurso deveria ter sido proposto contra a primeira decisão que teria apreciado o pedido de decretação de sigilo). AI nº 0023235-20.2013.4.03.0000, TRF3, 4ª Turma. Relatoria da Des. Fed. Marli Ferreira. Agravante: MGE Equipamentos. Agravado: Cade. Decisão proferida em 22 de setembro de 2014.

[316] Apelação Cível nº 0004196-28.2013.4.03.6114/SP, TRF3, 4ª Turma. Relatoria: Des. Fed. Marli Ferreira. Decisão original nº 2013.61.14.004196-1/SP. Apelantes: Cade e MGE. Decisão proferida em 25 de setembro de 2015.

apreensão – dentre os quais estavam o acordo de leniência e respectivo Histórico da Conduta. O seguinte trecho da decisão resume o fundamento do julgado:

> É necessária a preservação do sigilo dos documentos que instruíram a inicial para o resguardo das atividades de apuração de responsabilidades na esfera administrativa que estão sendo desenvolvidas a partir de Acordo de Leniência, não havendo que se falar em qualquer violação da intimidade dos interessados, eis que as diligências e os documentos apreendidos devem submeter-se ao sigilo necessário à preservação do interesse público.[317]

Houve também pedido de acesso a documentos confidenciais da investigação do Cade pelo Estado de São Paulo por meio de Mandado de Segurança[318] impetrado contra o Superintendente do Cade, em vista da negativa de acesso aos documentos confidenciais do processo administrativo para investigação de suposto cartel em licitações públicas de trens e metrôs.

Tal pedido foi indeferido pelo juízo de 1ª instância, tendo a decisão[319] sido agravada pelo Ministério Público. Em suas razões, alega direito de acesso à obrigação da entidade de apurar eventuais infrações noticiadas nos autos do inquérito administrativo do Cade e direito de acesso à informação estabelecido na Constituição da República. Aduz, ainda, que não teria intenção de revelar dados que fossem particulares aos signatários do acordo de leniência e que a decisão judicial determinava o sigilo dos autos contendo tais documentos apenas até a efetivação da medida de busca e apreensão de que tratavam aqueles autos (esta decisão foi anulada posteriormente, tal como apresentado acima). O Cade apresentou, voluntariamente, manifestação nos autos, nas quais teria afirmado não se opor ao empréstimo das provas (ou seja, acesso aos autos confidenciais do processo administrativo nos quais se encontravam os documentos relacionados ao acordo de leniência), desde que fosse preservado o trâmite regular e a eficácia do seu processo administrativo[320].

---

[317] Apelação Cível nº 0004196-28.2013.4.03.6114/SP, TRF3, 4ª Turma. Relatoria: Des. Fed. Marli Ferreira.

[318] Mandado de Segurança n. 0041875-13.2013.4.01.3400. 2ª Vara Federal do Distrito Federal.

[319] Decisão proferida pelo Juiz Federal substituto Gabriel José Queiroz Neto, em 05 de agosto de 2013. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130806-01.pdf>.

[320] Tais informações foram extraídas da decisão proferida pelo TRF1 no julgamento do Agravo de Instrumento Cível 0045454-81.2013.4.01.0000/DF. 1ª Turma. Relator: Des. Kassio Nunes Marques. Data de publicação: 16.08.2013. Temos notícia também de uma ação que tramitou na 4ª Vara Federal da Subseção de São Paulo - Processo n. 0010939-96.2013.4.03.6100. Requerente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; Requerido: Alstom Brasil Energia e

O agravo foi improvido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (em juízo monocrático)[321], confirmando, assim, a negativa de acesso aos autos confidenciais do processo administrativo do Cade. No trecho da decisão que trata do risco à segurança jurídica e ao programa de leniência, constam considerações sobre as razões pelas quais a confidencialidade estabelecida pelo Cade ao processo administrativo relacionado seria oportuna e necessária. Este trecho da decisão, aparentemente, visava endereçar a questão da impossibilidade de realizar a identificação e separação de todo o material que pudesse identificar os signatários do acordo de leniência (e, portanto, não seria viável que o Ministério Público tivesse acesso a documentos que não expusessem a identificação de tais signatários). Vide trecho do julgado acerca deste tema:

> Revelam os autos que o procedimento investigatório promovido pela CADE, em razão da dimensão material da medida administrativa adotada e pela complexidade técnica do trabalho desempenhado pelos agentes públicos responsáveis pela análise e separação de dados, demonstra a necessidade das medidas restritivas aplicadas.
> Realmente, a criteriosa identificação das informações que estejam vinculas ao processo investigativo, bem assim, a necessária preservação dos dados que não sejam concernentes ao processo em curso, a exemplo de informações pessoais e segredos de empresa, é procedimento que a agravada, com a utilização do tempo e modo que se mostrem necessários, não pode olvidar.
> (...)
> Por tal razão, a obtenção de documentos pleiteada, potencialmente, prejudica o desenvolvimento das investigações em curso no CADE e determina a ocorrência de risco à segurança jurídica e ao Acordo de Leniência nº 01/203, ajustado entre a Superintendência-Geral do CADE, as pessoas jurídicas Siemens Ltda. e Siemens AG, e as pessoas naturais que delas são funcionários.

Em relação ao fundamento legal para restrição do acesso e sigilo aplicado aos documentos do processo administrativo do Cade, a decisão aduz que o artigo 49 da LDC[322] autoriza tal procedimento, sem apresentar qualquer ressalva.

Transporte Ltda e outros. Não conseguimos acesso aos autos para obter informações sobre o tema sobre o qual tratamos neste item do nosso trabalho.

[321] TRF1 – Agravo de Instrumento Cível 0045454-81.2013.4.01.0000/DF. 1ª Turma. Relator: Des. Kassio Nunes Marques. Data de publicação: 16.08.2013.

[322] O artigo dispõe: "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.
Parágrafo único. As partes poderão requerer tratamento sigiloso de documentos ou informações, no tempo e modo definidos no regimento interno."

Ao transcrever trecho da decisão recorrida, outro fundamento legal para a confidencialidade adotada pelo Cade foi mencionado, qual seja, o fato de que:

> [...] grande parte da documentação foi obtida mediante ordem judicial e esta ordem foi expressa no sentido de que o CADE deveria manter os documentos sob sigilo. Ou seja, a cautela do CADE está plenamente justificada: amparada em ordem judicial prévia.

Neste trecho, especificamente, a decisão fazia referência aos documentos obtidos por meio da operação de busca e apreensão, cuja utilização deveria ser restrita aos fins da medida autorizada pelo juízo (instrução do processo administrativo do Cade), mediante a manutenção do sigilo dos documentos – excetuadas as hipóteses legais, tais como garantia do direito à ampla defesa por parte dos representados naquele processo administrativo.

Diante da prolação de sentença na ação principal (homologando pedido de desistência e arquivando os autos), gerando a perda superveniente do objeto do agravo, decidiu-se pela negativa de seguimento ao agravo[323].

Sabe-se, ainda, de pedido de acesso a documentos confidenciais da investigação do Cade sob comento no bojo de uma ação civil pública de improbidade com pedido de ressarcimento por danos morais e patrimoniais contra alguns dos investigados. O pedido de medida liminar para determinar ao Cade a apresentação de cópia integral dos autos do inquérito administrativo[324], no qual constavam os documentos apresentados pelos signatários do acordo de leniência e os documentos obtidos em operação de busca e apreensão, foi apresentado pelo Ministério Público já na petição inicial[325]. O processo tramita sob segredo de justiça, razão pela qual não se tem informações acerca do deferimento ou não do pedido e as razões de decidir.

---

[323] Decisão publicada em 26.11.2015.

[324] Observa-se que a referência na petição é ao inquérito administrativo n. 08700.004617/2013-41, o qual tratava de uma etapa anterior à instauração do processo administrativo para imposição de sanção por infração à ordem econômica.

[325] Disponível em: <http: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2465199.PDF>. Acesso em 01/08/2019.

5.6.2 Relacionado à investigação de cartel no mercado de compressores herméticos

Uma das decisões judiciais mais relevantes acerca do direito de acesso a documentos confidenciais das investigações do Cade foi promovida nos autos de uma ação proposta pela Electrolux para obter a reparação de danos decorrente de infração concorrencial que teria sido praticada por Whirlpool e Brasmotors[326]. A relevância desta decisão reside no fato de a decisão do STJ ter sido contrária à tese defendida pelo Cade e dispositivo de seu Regimento Interno.

A ação proposta pela Electrolux guardava relação com investigação de cartel promovida pelo Cade, referente ao mercado de compressores[327]. Conforme as informações que se tem atualmente, após o julgamento do caso pelo Tribunal do Cade, sabemos que os autos continham evidências obtidas por meio de operação de busca e apreensão[328] e acordos de cooperação com alguns representados.

As diligências de busca e apreensão ocorreram no mês de fevereiro de 2009. Como a ação cautelar referente a tais diligências (denominada "Operação Zero Grau") corria em segredo de justiça, o Cade manteve a confidencialidade, em relação a terceiros, dos documentos apreendidos. Estes, contudo, foram disponibilizados aos representados, para fins de direito de defesa perante o Cade.

Um acordo de leniência foi celebrado entre a Secretaria de Direito Econômico (SDE), o Ministério Público do Estado de São Paulo, e a empresa

---

[326] A relação societária das empresas é explicada no voto do Conselheiro Relator, Márcio de Oliveira Júnior: " Whirlpool S/A foi criada em 01/05/2006, a partir da reorganização societária da Multibrás S/A Eletrodomésticos e da Empresa Brasileira de Compressores S/A – Embraco, passando a operar com duas unidades de negócios: a Divisão Multibras de Eletrodomésticos e a Divisão Embraco de Compressores e Soluções de Refrigeração. Antes da reorganização societária, as duas divisões integravam o mesmo grupo e eram detidas pela Brasmotor S/A, controlada pela Whirlpool Corporation. Em 1994, a Embraco assumiu o controle da fábrica italiana de compressores Aspera." Cf. nota de rodapé n. 74 do voto, *op. cit.*

[327] Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11. Representante: SDE *ex offício.* Representados: Whirlpool S.A.; Brasmotor S.A., Whirlpool Unidade Embraco - Compressores e Soluções de Refrigeração; Danfoss A/S; Tecumseh do Brasil Ltda.; ACC – Appliances Components Companies S.p.A.; Panasonic Electric Works Co., Ltd. (antiga Matsushita Electric Works, Ltd.); e pessoas naturais.

[328] Houve coordenação entre as autoridades de concorrência brasileiras, europeia (Comissão Europeia) e norte-americana (Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos) para a realização de diligências de busca e apreensão simultaneamente no Brasil e naquelas jurisdições, a fim de obter evidências relativas ao mesmo cartel então sob investigação.

Tecumseh e pessoas naturais[329], em janeiro de 2009. Tal como ressaltado no início do voto do Conselheiro Relator, Márcio de Oliveira Júnior, a identidade do signatário do acordo de leniência foi protegida até o julgamento do processo pelo Tribunal do Cade, segundo as regras de seu Regimento Interno.

Um TCC foi também celebrado no âmbito daquele processo, entre o Cade e Whirlpool, Brasmotor e pessoas naturais relacionadas às empresas[330], em setembro de 2009. Outros TCCs foram firmados com pessoas naturais, entre março e abril do ano seguinte.

Ao julgar o processo, em 16 de março de 2016, o Tribunal do Cade declarou cumpridas as obrigações referentes aos acordos de leniência e TCCs firmados, determinando o arquivamento em relação aos signatários. Em relação aos demais representados no mesmo processo[331], determinou a condenação (por unanimidade ou maioria).

Como se observa pelas datas dos fatos reportados acima, a ação de reparação por danos foi proposta pela Electrolux enquanto a investigação estava em curso no Cade. Os autos do processo estão sob segredo de justiça, mas dados constantes no site do Tribunal de Justiça de São Paulo indicam que ele teve início em fevereiro de 2012 – posteriormente, portanto à celebração de TCCs nos autos do Cade, cuja homologação é feita em sessão pública de julgamento do Cade. Portanto, a autora daquela ação já tinha conhecimento do objeto da investigação do Cade e das pessoas jurídicas e naturais com as quais o Cade celebrou TCCs, mas não deveria ter conhecimento do acordo de leniência celebrado em relação ao mesmo processo (visto que o Cade manteve a confidencialidade da identidade dos signatários de tal acordo até o dia da sessão de julgamento, ocorrida em março de 2016).

Segundo consta no voto proferido pelo STJ no julgamento do Recurso Especial[332] relacionado ao pedido de acesso no âmbito de tal ação de

---

[329] Especificamente, assinaram o acordo as pessoas jurídicas Tecumseh do Brasil Ltda., Tecumseh Products Company, Tecumseh Products Company of Canada Ltd., Tecumseh Europe S.A., Tecumseh Products India Private Ltd., e pessoas naturais a elas vinculadas.

[330] Especificamente, assinaram o acordo as pessoas jurídicas Whirlpool S/A, Whirlpool S/A – Unidade Embraco, Brasmotor S/A, e pessoas naturais a elas vinculadas.

[331] Observa-se que, devido à dificuldade de notificação de alguns representados, o processo originário foi desmembrado, mantendo-se no original apenas aqueles os quais o Cade considerou terem sido devidamente notificados.

[332] Recurso Especial n. 1.554.986/SP. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Jul. 08 mar. 2016.

reparação, a Electrolux teria requerido ao juízo que determinasse ao Cade a juntada de cópia de documentos obtidos por meio de acordo de leniência e inquérito policial[333]. O pedido teria sido indeferido pelo juízo de primeiro grau, sob o fundamento de que "as provas colhidas pelo CADE e SDE dizem respeito à tutela geral da concorrência, defendendo a livre concorrência como direito difuso, ao contrário do interesse privado dos autos". Da decisão a Electrolux interpôs agravo de instrumento, ao qual foi dado parcial provimento. Na ementa do acórdão deste agravo, restou consignado que a causa de pedir da ação se relaciona potencialmente às práticas investigadas nos processos cuja cópia requeria.

No recurso oposto por Whirlpool e Brasmotors contra tal acórdão foi sustentada violação a diversos dispositivos legais[334]. Aduziram, ainda, as recorrentes, que o acordo firmado entre as partes e o Cade é sigiloso, e que haveria documentos relativos à estratégia empresarial e segredos de indústria e de negócios e que não poderiam ser disponibilizados à parte adversa, sua concorrente. As mesmas empresas também propuseram medida cautelar perante a Corte Superior do STJ, e assim obtiveram deferimento de liminar para atribuição de efeito suspensivo (suspendendo o envio de ofício e a juntada aos autos de documentos relativos ao acordo de leniência formalizado junto ao Cade).

No julgamento do Recurso Especial, o Min. Relator Marcos Aurélio Bellizze aduziu que, em vista da natureza administrativa dos procedimentos e decisões proferidas pelo Cade, deve prevalecer a regra geral da publicidade, "de modo que os processos por ele conduzidos devem ser amplamente acessíveis aos interessados". Com referência a dispositivos da LDC, indica que a atribuição de caráter sigiloso deve ser excepcional. E, especificamente em relação ao sigilo aplicável aos acordos de leniência, aponta que somente em relação às propostas de acordo a LDC impõe a obrigatoriedade de sigilo.

Prossegue o voto com a indicação de que, embora viável a manutenção de sigilo para além da proposta de acordo, esta deveria ser

---

[333] Em relação à obtenção de documentos sob guarda do juízo criminal, houve perda superveniente do interesse recursal. Conforme consignado na ementa do voto, "2. No que tange à obtenção de documentos sob guarda de juízo criminal, a posterior apreciação da questão trazida sob a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC e interposição de novo recurso especial resulta na perda superveniente do interesse recursal, prejudicando o julgamento do recurso especial interposto por Electrolux do Brasil S.A."

[334] Especificamente: arts. 131, 165, 458, 535, 130, 499, 360, 363, 399 e 844 do CPC; 48 e 49 da Lei n. 12.529/11; 207 do Regimento Interno do Cade; e 46 da Lei n. 9.784/99.

excepcional e com base em circunstâncias concretas fundadas no interesse coletivo:

> Nessa trilha parece razoável se concluir que, nos termos da legislação pertinente, o sigilo excepcionalmente estendido para além da proposta de acordo depende de circunstâncias concretas fundadas no interesse coletivo – seja ele o interesse das apurações, seja ele a proteção de segredos industriais, que, ao fim e ao cabo, resultam igualmente na proteção da concorrência, interesse coletivo tutelado institucionalmente pelo Cade. [335]

Já indicando o entendimento condutor do voto, consta menção à Lei de Combate a Organizações Criminosas – Lei n. 12.850, de 2013 – referida como o primeiro diploma legal a se dedicar à "regulamentação pormenorizada do *plea bargain* brasileiro, no qual se inserem igualmente a denominada colaboração premiada e o acordo de leniência". A referida lei dispõe que o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia.

Aduz então o Ministro Relator que o sigilo poderia ser mantido nas fases de apresentação e negociação de proposta de acordo. Sendo rejeitada a proposta, todos os documentos devem ser restituídos à parte, não devendo o Cade permanecer com qualquer cópia, nos termos do seu Regimento Interno.

Entretanto, o sigilo poderia ser "razoavelmente estendido" (somente) "até a conclusão da instrução preliminar do processo administrativo"[336], no interesse das apurações. De fato, tal entendimento já constava em trecho inicial do voto:

> O sigilo inicial desses acordos sem dúvida tem papel crucial para a utilização do instrumento, tanto no que toca ao incentivo à colaboração por coautores dos cartéis eventualmente formados quanto no que tange ao próprio sucesso das investigações levadas a efeito a partir do acordo. Todavia, esse sigilo não pode ser absoluto e deve sempre permanecer condizente com a razão principiológica de sua existência.[337]

Tal instrução preliminar, segundo entendimento manifestado no voto, seria concluída com o envio do relatório circunstanciado da Superintendência-Geral do Cade ao Presidente do Cade. Este ato foi comparado[338] ao recebimento

---

[335] Recurso Especial n. 1.554.986/SP, p. 10.
[336] Recurso Especial n. 1.554.986/SP, p. 11.
[337] Recurso Especial n. 1.554.986/SP, p. 8.
[338] Cf. trecho do voto a respeito: "Traçando-se um paralelo entre o procedimento administrativo e o penal, detalhado na mencionada Lei n. 12.850/13, o envio deste relatório assemelha-se ao ato de

denúncia referida na supramencionada Lei de Combate a Organizações Criminosas, que marcaria o fim do sigilo do acordo de colaboração premiada.

O longo tempo decorrido na investigação do Cade e ausência de previsão quanto à conclusão do processo foi levado em consideração pelo STJ. No voto consta referência ao transcurso de mais de cinco anos desde o início do processo administrativo e ausência de previsão de julgamento em razão de falta de *quórum* no Tribunal do Cade.

Com base nessas premissas e considerações, concluiu que seria medida desproporcional a manutenção do sigilo dos documentos da leniência, considerando a ausência de respaldo legal e impedimento aos terceiros eventualmente lesionados de buscarem a devida reparação dos danos suportados.

Na decisão, portanto, não foi considerado válido e aplicável o dispositivo do Regimento Interno do Cade que determina o sigilo da identidade do signatário do acordo de leniência até o julgamento do processo pelo Tribunal do Cade. A respeito, a Procuradoria Federal (representando o Cade) teria argumentado que o objetivo seria evitar que o signatário do acordo de leniência tivesse situação mais gravosa que os demais investigados. Em resposta, o voto não endereça este ponto especificamente, qual seja, o de que, sendo dada publicidade ao signatário de leniência antes do julgamento do Cade (quando os demais infratores seriam potencialmente condenados), este estaria mais exposto a ação de indenização. E, havendo responsabilidade solidária entre os participantes de cartel, este signatário poderia ser demandado de todos os danos sofridos, mesmo os causados pelos demais coautores. No voto, consta apenas que a "premiação" assegurada aos signatários de acordo de leniência é restrita às esferas administrativas e penais, "sem nenhuma menção legal à pretensão cível de eventuais lesados pelas condutas praticadas contra o mercado."[339]

A decisão confirma que razões específicas para manutenção de sigilo, tais como segredos industriais, deverão ser pontualmente analisadas pelo Juízo competente.

---

recebimento da denúncia, momento em que se encerra o sigilo em razão da abertura do amplo contraditório. E mais, trata-se do limite a partir do qual entende-se haver elementos probatórios suficientes, de modo que a possibilidade de interferência nas investigações e no sucesso de seu resultado se esvai, não mais se justificando a restrição à publicidade." p. 12.

[339] Recurso Especial n. 1.554.986/SP, p. 13.

Finalmente, o voto afasta o argumento de que não seria possível a utilização de prova emprestada por aquele que não compôs a relação processual onde foi produzida a prova. O fundamento é que não se trataria, o caso em tela, "propriamente de empréstimo de prova", mas "o que se pretende é o traslado de documentos encartados em procedimento administrativo, deles extraindo-se cópias". Este argumento parece contraditório com citação trazida no próprio voto[340]. De toda forma, esclarece que tais documentos não seriam incorporados à ação cível como "prova tecnicamente, mas como elementos sujeitos ao amplo contraditório sob a condução do Juízo competente" – condição considerada imprescindível pelo próprio STJ[341].

Contra esta decisão, o Cade requereu ingressar no feito, na qualidade de assistente, e interpôs embargos de declaração[342]. Em suas razões, destacam-se três pontos. O primeiro endereça a alegada omissão acerca de *quem* poderia obter acesso a documentos de acesso restrito e *quais* documentos deveriam ser entregues. O segundo diz respeito aos possíveis impactos negativos da decisão sobre o programa de leniência, visto que a responsabilização civil de quem confessa poderia englobar o dano total causado pela colusão, o que seria um desincentivo relevante para o interesse de empresas em firmar tal tipo de acordo. Trata-se de esclarecimentos acerca do argumento antes apresentado pela Procuradoria Federal de porque o signatário de leniência estaria em situação mais gravosa que os demais investigados, caso informações ou documentos relacionados ao acordo de leniência fossem disponibilizados a terceiros antes da decisão final pelo Tribunal do Cade. O terceiro ponto se refere a explicações de que a atividade investigativa não se encerra com a apresentação do relatório pela Superintendência-Geral do Cade ao Presidente do Cade. Conforme previsão legal, os Conselheiros do Tribunal detêm competências para requisitar informações e solicitar novas diligências, razão pela qual a instrução processual também pode

---

340 "Na lição esclarecedora do prof. Dinamarco (in Instituições de direito processual civil, v. 3. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95): Provas emprestadas, conceito elaborado na doutrina e tribunais sem qualquer previsão legal específica, são traslados da documentação da prova constituída em outro processo de natureza jurisdicional. Através dela aproveitam-se em um processo os atos de realização da prova já consumados em outro […]". p. 16.

341 Cf. p. 16—17 do voto e citação nele constante: EREsp n. 617.428/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 17/6/2014.

342 Ressalva-se que os autos são sigilosos, e as informações apresentadas aqui foram extraídas, ou deduzidas, dos votos e acórdãos do STJ relativo ao julgamento do Recurso Especial e dos Embargos de Declaração no Recurso Especial.

ocorrer durante o trâmite do processo junto ao Tribunal do Cade. Não encontramos, no relato das razões do Cade constante no voto, razões endereçando especificamente a necessidade de manutenção da confidencialidade de documentos específicos, tais como o Histórico da Conduta dos acordos de leniência e TCC.

O ingresso do Cade como assistente foi deferido, considerando que o acórdão embargado "afasta a aplicação de dispositivo previsto em seu Regimento Interno, bem como altera sua praxe na condução de processos administrativos vinculados a acordos de leniência".[343]

O voto do Min. Relator Marco Aurélio Bellizze, ao tratar da justificativa da decisão adotada pelo STJ, então embargada, merece consideração especial em relação ao trecho no qual declara que, no caso em tela, o sigilo do acordo de leniência já não mais se justificava em razão de "interesse público". No voto não constam informações mais detalhadas sobre qual o aspecto considerado sobre o interesse público no caso sob exame. Veja-se trecho do voto a respeito:

> No desempenho dessa função, reconheceu-se, no caso dos autos, a impossibilidade de manutenção de um sigilo, excepcional no sistema legal brasileiro, por períodos indefinidos. Desse modo, diante da ausência de disposição legal específica, aplicou-se a analogia para fins de integração legal, definindo o marco temporal para cessar o sigilo que já não mais se justificava em razão do interesse público.

Ao mesmo tempo, o voto esclarece que a decisão adotada não se aplica de forma geral e abstrata, tampouco poderia o STJ, por ocasião de julgamento dos embargos, esclarecer alegada omissão acerca de *quem* poderia obter acesso a documentos de acesso restrito e *quais* documentos deveriam ser entregues.

> Desse modo, as questões relativas a quem pode requerer, quando será admitida e quais documentos podem ser fornecidos, em caráter geral e abstrato, como pretende o embargante, refogem ao escopo do recurso especial apreciado e mesmo ao *munus* público atribuído ao Poder Judiciário.[344] (Destaques constam no original)

[343] EDcl no Recurso Especial n. 1.554.986/SP. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. p. 4.
[344] EDcl no Recurso Especial n. 1.554.986/SP, p. 4.

O voto não endereça, especificamente, a questão de *quais* documentos deveriam ser entregues pelo Cade[345]. Não há considerações, portanto, acerca da possibilidade de alguns dos documentos apresentados pelos signatários de leniência terem o sigilo mantido, por sua natureza, ou por relação com a proteção aos incentivos ao programa de leniência, por exemplo.

Os embargos opostos pelo Cade produziram efeitos, de fato, apenas na revisão do posicionamento acerca do marco temporal a partir do qual a manutenção do sigilo não teria justificativa. No voto, reconhece-se que, além da possibilidade de novas diligências serem realizadas no Tribunal do Cade, o termo adotado no acórdão embargado "estaria em dissonância ao concerto mundial acerca do tratamento de condutas anticompetitivas"; além de, ainda, no entender do Cade, ter o "efeito adverso de desincentivo aos acordos de leniência"[346]. Portanto, o sigilo poderia ser estendido até o julgamento pelo Tribunal do Cade.

O julgamento daquele Recurso Especial ocorreu em 08 de março de 2016. E, poucos dias depois, especificamente no dia 16 de março, o Tribunal do Cade julgou o processo administrativo relacionado. Portanto, quando o Cade interpôs os embargos de declaração, a controvérsia relacionada ao momento no qual o sigilo deixaria de ser válido já não tinha relevância prática. De toda forma, o voto reconhece a existência de argumentos relevantes para manutenção do sigilo dos documentos relacionados aos acordos de leniência até o julgamento pelo Tribunal do Cade. Vide trecho endereçando este ponto da controvérsia:

> 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. Enfatiza-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 de 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.

[345] A única referência a respeito é encontrada neste trecho: "De outro lado, o voto condutor, acolhido por unanimidade, deixa evidente que o sigilo empresarial poderá ser suscitado e deverá ser observado em relação à parcela dos documentos que efetivamente guardem segredos industriais, por exemplo. Todavia, a oposição desse sigilo, no interesse privado, não se confunde com aquele sigilo genérico deferido aos documentos decorrentes de acordo de leniência e que tem por escopo assegurar o resultado prático das investigações." EDcl no Recurso Especial n. 1.554.986/SP, p. 5.

[346] Esta última citação é a única que trata, de alguma forma, o argumento do Cade relacionado aos possíveis impactos negativos da decisão sobre o programa de leniência – especificamente, desincentivos à sua celebração pela exposição dos signatários.

Vê-se, portanto, que este precedente reconhece a possibilidade de manutenção do sigilo pertinente aos acordos de leniência até a decisão final pelo Tribunal do Cade, mas não reconhece existência de interesse público, ou direito do signatário do acordo, para manutenção do sigilo após tal fato.

Neste sentido, vemos certa relação com as primeiras decisões sobre o mesmo tema na Europa, comentadas em tópico anterior, que não consideraram válido, par fins de proteção dos incentivos ao programa de leniência, a possibilidade de manutenção de sigilo de alguns dos documentos apresentados ou elaborados pelos signatários. A evolução do tema, na Europa, viu surgir o reconhecimento judicial da possibilidade de assegurar o sigilo para fins de manutenção de tais incentivo, em razão de interesse público. E, em seguida, a Diretiva 2014/101/UE estabeleceu restrição absoluta para divulgação, a terceiros, de dois documentos especificamente relacionados aos acordos de leniência: as propostas de acordo e as declarações dos signatários (equivalentes ao Histórico da Conduta, no Brasil), e deixando a cargo dos tribunais nacionais, mediante análise de critérios específicos, a possibilidade de divulgação de outros documentos apresentados no âmbito de acordos de cooperação.

5.7 Divulgação de documentos pelo Cade nos votos e nos autos públicos dos processos administrativos após julgamento

Com o objetivo de identificar a prática adotada pelo Cade quanto à divulgação de informações e documentos apresentados por meio de acordos de leniência e TCC, empreendemos a análise de todas as decisões condenatórias proferidas pelo Tribunal do Cade relativas a processos administrativos instaurados em decorrência de informações e evidências obtidas por meio de celebração de acordo de leniência, e que tenham sido julgados até setembro de 2019[347].

A seguir apresentaremos o procedimento adotado e eventuais considerações constantes nos votos proferidos pelos Conselheiros do Cade em relação à publicidade de documentos e informações fornecidos por signatários de

[347] O corte temporal foi o mais recente possível, considerando a data na qual a pesquisa para produção do presente trabalho teve de ser concluída para apresentação da tese à Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito.

acordos de leniência e TCCs, em ordem cronológica crescente considerando a data de julgamento.

Ressalva-se que em todos os casos, como prática usual do Cade, uma versão dos votos foi disponibilizada nos autos de acesso público dos processos. E, como regra[348], aos representados nos processos foi conferido acesso a todos os documentos ou obtidos pelo Cade para instrução da investigação, em atenção aos princípios da ampla defesa e contraditório.

5.7.1 Processos instaurados em decorrência de celebração de acordos de leniência

O primeiro processo administrativo instaurado a partir de informações obtidas por meio de acordo de leniência[349] foi julgado pelo Cade[350] no ano de 2007, no caso conhecido como "cartel dos vigilantes"[351]. Referente aos mesmos fatos houve também investigação por parte do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, o qual obteve autorização judicial para realização de diligências de busca e apreensão e de interceptação telefônica[352]. Os documentos apreendidos no ano de 2003 só puderam ser utilizados pelo Cade a partir de julho de 2007, por autorização judicial[353].

---

[348] Dentre as exceções encontram-se as referentes à confidencialidades estabelecidas por lei (tal como referentes a segredos de negócio, informações concorrencialmente sensíveis, etc.); à restrição de acesso ao termo de acordo de leniência em fase inicial do processo (ocorrido na fase inicial de negociação de acordos de leniência, ainda no âmbito da SDE), cujo acesso foi posteriormente acesso foi concedido; e acesso a documentos apreendidos em diligências de busca e apreensão (total ou parcial, vinculados a restrições estabelecidas pelo juízo competente).

[349] O primeiro acordo de leniência firmado pelo Cade foi neste caso, tendo sido assinado em 8 de outubro de 2003 entre a SDE e Vigilância Antares Ltda. e outros Cf. cartilha "Combate a cartéis e programa de leniência", disponível em: < http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_leniencia.pdf>. Acesso em 17 set. 2019.

[350] Anteriormente, sob a égide da Lei n. 8.884/1994, o Cade já havia proferido decisões condenatórias em diversos casos, desde a primeira decisão condenatória no cartel do aço, em 1999, e outras tais como o cartel das companhias aéreas (2004), cartel dos vergalhões de aço (2005), cartel dos genéricos (2005), cartel dos jornais (2005), cartel internacional das vitaminas (2007), cartel dos frigoríficos (2007).

[351] Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10. Julgado em 21 de setembro de 2007.

[352] A interceptação telefônica é um meio de prova necessariamente atrelado a uma investigação criminal, embora possa ser compartilhada em outros tipos de investigação por meio do empréstimo de prova (cf., por exemplo, possibilidade de "empréstimo" para os processos administrativos do Cade na decisão do Mandado de Segurança n. 7.024 – Distrito Federal (2000/0050837-3, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca). Inquéritos criminais foram instaurados contra as pessoas físicas envolvidas na infração investigada (à exceção dos signatários do acordo de leniência).

[353] A primeira operação de busca e apreensão realizada pelo Cade ocorreu em 2003, no caso conhecido como "cartel de britas". A operação ocorreu no Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (Sindipedras). Cf. cartilha "Combate a cartéis e programa de leniência", op. cit., p. 12.

Desde então, e até setembro de 2019, o Tribunal do Cade proferiu decisão condenatória[354] em mais de dez casos instaurados em decorrência de acordos de leniência. Analisaremos a seguir o procedimento adotado pelo Cade em cada um destes casos em relação à disponibilização[355] de informações e documentos obtidos por meio de acordos de leniência a terceiros.

Na versão pública do voto[356] referente ao *cartel dos vigilantes do Rio Grande do Sul*[357], julgado em 2007, do Conselheiro-relator Abraham Benzaquen Sicsú, engenheiro e doutor em economia, foram transcritos trechos de um dos documentos apreendidos e vários trechos de escutas telefônicas (mantidas e gravadas sob o consentimento de um dos signatários do acordo de leniência). No voto foram mantidas como confidenciais as transcrições de diversos trechos, incluindo trechos de documentos apreendidos (indicadas com a marca "CONFIDENCIAL" na versão pública do voto)[358].

Não encontramos, no referido voto, qualquer consideração ou decisão acerca da publicização de documentos do processo. Segundo informação apresentada na Nota Técnica 24/2016[359], no processo em tela foram disponibilizados publicamente o termo de celebração do acordo de leniência e o laudo de exame pericial das escutas telefônicas (contendo degravação do áudio)[360].

---

[354] Restringiremos a análise aos casos nos quais houve condenação porque na hipótese de constatação da ocorrência de uma infração concorrencial, eventuais documentos dos autos poderiam conter provas relevantes para uso em outras ações, especialmente em ações de reparação por danos concorrenciais. Para referência, contudo, observa-se que o Cade também já proferiu decisões pelo arquivamento em casos iniciados a partir de acordos de leniência, por exemplo: Processo Administrativo n. 08012.000773/2011-20 (mercado de elastômeros termoplásticos), Processo Administrativo n. 08012.000774/2011-74 (mercado de produtos plásticos).

[355] As informações foram obtidas da Nota Técnica Nota Técnica n. 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE, Processo nº 08700.007888/2016-00 e por consulta ao sítio eletrônico do Cade.

[356] Volume 32 dos autos, disponível em: < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9WHkC5hFBzPeC-0FLpFExoICQ4Xv4LupHk2xoSXa3qfvmXHnxGQTNaJdF7dMStZr0s58Gfno6aCkoAlsxzDx9R>. Acesso em 18 set. 2019.

[357] Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10. Julgado em 21 de setembro de 2007.

[358] Há indicação de que se trata de documentos apreendidos, por ex., nos parágrafos 156 (referente aos parágrafos 157 a 165); e não há referência da fonte do trecho citado, por exemplo, nos parágrafos 104, 124, do voto.

[359] Nota Técnica n. 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE, emitida no âmbito do Processo n. 08700.007888/2016-00.

[360] O laudo está disponível às fl. 6622 et. seq. (vol. 26 dos autos).

Já no processo referente ao *cartel internacional dos peróxidos de hidrogênio*[361], julgado em 2012, houve também acordo de leniência[362] e diligência de busca e apreensão dos quais nenhum documento foi disponibilizado nos autos públicos.

Na versão pública do voto[363] do Conselheiro Relator, o jurista Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, constam transcrições diretas de trechos do Histórico da Conduta relacionado ao acordo de leniência, imagens de documentos apresentados no âmbito do mesmo acordo e também de documentos apreendidos na diligência de busca e apreensão. A maioria das imagens contém o carimbo de numeração das páginas do processo pela SDE, indicando se tratar de imagem completa da folha dos autos onde o documento foi juntado.

Também no caso conhecido como *cartel internacional de cargas aéreas*[364], julgado em 2013, houve acordo de leniência e diligências de busca e apreensão, cujos documentos também foram mantidos no apartado de acesso restrito aos representados no processo. Na versão pública do voto do Conselheiro-relator, o economista Ricardo Machado Ruiz, consta transcrição de longos trechos dos documentos apresentados por meio do acordo de leniência, incluindo trechos do Histórico da Conduta e de depoimentos de pessoas físicas beneficiários do acordo de leniência. Há também imagens de diversos documentos obtidos por meio da operação de busca e apreensão e do acordo de leniência (também constando imagem do carimbo de numeração de folhas dos processos da SDE).

---

[361] Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77. Julgado em 09 de maio de 2012. O processo principal foi desmembrado no Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68. O acordo de leniência foi celebrado em 06 de maio de 2004 entre a SDE e o Grupo Degussa.

[362] Inicialmente, o termo de celebração do acordo de leniência não foi disponibilizado nos autos de acesso restrito aos representados, tendo permanecido com acesso restrito aos signatários da leniência e o Cade. Posteriormente, ainda na fase investigatória, para fins de garantia do direito de ampla defesa (conforme alegado por representados), tal termo foi disponibilizado nos autos de acesso restrito aos representados, e mantido confidencial ao público mesmo após a decisão final do Cade (juntamente com o Histórico da Conduta e os demais documentos anexos, além das provas colhidas em sede de busca e apreensão).

[363] Disponível em: < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_N9OXACIxkUSxPaUTJoV_oWHcwNN61I2yGW-DbQvkU31wLt552H_KC69npMRYsziqhzUW7KpNAgWt-IywJycb6>. Acesso em 17 set. 2019.

[364] Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02. Julgado em 28 de agosto de 2013. O acordo de leniência foi celebrado em 21 de dezembro de 2006 entre a SDE e Grupo Lufthansa.

No caso do *cartel internacional de mangueiras marítimas*[365], julgado em fevereiro de 2015, houve também, além do acordo de leniência, diligências de busca e apreensão. Na Nota Técnica n. 24/2016, há a informação de que o Conselheiro-Relator, o economista Márcio de Oliveira Júnior, em seu voto, teria permitido a divulgação do material oriundo do acordo de leniência a terceiros, após o julgamento do caso (incluindo o termo de celebração do acordo e os demais documentos anexos apresentados pelo beneficiário). Da leitura do voto, contudo, apenas identificamos manifestações de que fatos e documentos apresentados pelo signatário, por integrar confissão da conduta, somente poderiam ser divulgados a terceiros não-representados após o julgamento do caso. Ou seja, no voto e durante a sessão pública de julgamento, a identidade do signatário e informações e documentos apresentados poderiam ser tornados públicos. Contudo, não encontramos determinação específica para publicização, por meio da trasladação para autos públicos, dos documentos referentes ao acordo de leniência. Tal determinação, aparentemente, seria relativa especificamente aos documentos relacionados aos Termos de Cessação de Conduta (TCC), os quais, todavia, também contém natureza autoincriminatória. O seguinte trecho do voto trata desta questão:

> Nos Requerimentos de TCC anexados ao presente voto, as Representadas signatárias reconheceram formal e pormenorizadamente a participação na conduta anticompetitiva e descreveram as respectivas atuações no cartel internacional de mangueiras marítimas. Também por razões de publicidade e moralidade, entendo que os anexos aos TCCs que tratam das confissões das condutas devem ter acesso público, uma vez que abordam a forma pela qual o cartel se organizou no território brasileiro.[366]

Na parte final do voto do Conselheiro-relator há determinação específica acerca de quais volumes do processo administrativo (até então tramitando na forma física) deveriam ter alteração do nível de restrição para acesso público. Como não há informação específica sobre o conteúdo de cada volume, não é possível verificar se os documentos do acordo de leniência estariam dentre aqueles que deveriam ter o nível de acesso alterado para acesso público.

---

[365] Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18. Julgado em 25 de fevereiro de 2015. O acordo de leniência foi celebrado em 13 de agosto de 2007 entre a SDE e The Yokohama Rubber Co., Ltd e outros.

[366] Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18, parágrafo 3.

Apesar da permissão de tal divulgação constar no voto, contudo, os documentos relacionados ao acordo de leniência ou TCCs não foram incluídos, até a presente data[367], nos autos públicos do processo. De toda forma, observa-se neste voto a transcrição de um número significativo de documentos apresentados como evidência da infração reportada por meio do acordo de leniência e TCC (aparente reprodução integral de certos documentos, na versão traduzida para o vernáculo), além da reprodução, por meio de imagem, de ao menos um dos documentos apresentados por meio do acordo de leniência[368].

Em conexão com esta investigação também houve diligência de busca e apreensão, mas até o julgamento do processo pelo Cade os representados não tiveram acesso aos documentos apreendidos em virtude de segredo de justiça mantido nos autos judiciais.

O caso seguinte cuja investigação se iniciou com acordo de leniência e no qual houve condenação pelo Cade é conhecido como o *cartel do perborato de sódio*[369] e foi julgado em fevereiro de 2016. Neste caso não houve diligência de busca e apreensão. Os documentos apresentados no âmbito do acordo de leniência (especificamente, o termo de celebração do acordo, o Histórico da Conduta e demais anexos) foram mantidos nos autos de acesso restrito aos representados após a decisão do Cade.

Entretanto, o Conselheiro-relator, administrador e doutor em economia João Paulo de Resende, inovou ao determinar que todos os demais documentos constantes no apartado classificado como de acesso restrito aos representados até a data do julgamento deveriam ser transferidos aos autos de acesso público. Estes autos conteriam possivelmente todos os documentos relacionados ao acordo de leniência (termo de celebração do acordo, Histórico da Conduta e todos os documentos comprobatórios da infração reportada, e eventuais depoimentos e informações complementares), todas as petições protocoladas por todos os representados classificadas como de acesso restrito[370], dentre outros

---

[367] Consultamos os autos do processo em 18 de setembro de 2019.

[368] Cf. § 309 da decisão, disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8hSdIzsCGI8bC5fEICDy9a1Y2GREOSvEOuZrYqL2sQZjoO1Elb4Slao5na1BoqxyLOj3cnJZU-TJtSmGCRqnkt>. Acesso em 17 set. 2019.

[369] Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66. Julgado em 25 de fevereiro de 2016. O acordo de Leniência foi celebrado em 11 de setembro de 2006 entre a SDE e o Grupo Degussa.

[370] Devido à obrigação de confidencialidade em relação ao acordo de leniência, cuja existência (e informações relacionadas) deve ser mantida sob sigilo o até o julgamento do caso pelo Tribunal do

documentos. Para fundamentar tal decisão, o Conselheiro-relator aduziu que as informações comerciais constantes no processo e que poderiam ser consideradas sigilosas datavam de muitos anos e já não poderiam ser consideradas concorrencialmente sensíveis, nos seguintes termos:

> Por ocasião do presente julgamento e nos termos do art. 207 do Regimento Interno, entendo que deve ser dado ao público em geral acesso ao apartado nº 08700.010950/2014-70. Com efeito, informações comerciais dos Representados, que poderiam ser consideradas sigilosas, como participações no mercado de perborato de sódio, volume e valor de vendas, remontam à época da infração e, portanto, não seriam, quase quinze anos depois, concorrencialmente sensíveis.[371]

Não houve qualquer consideração, portanto, acerca da necessidade de manutenção da confidencialidade de documentos apresentados por meio do acordo de leniência em razão das regras de confidencialidade aplicáveis a este tipo de acordo – sejam as regras eventualmente estabelecidas no termo de celebração do acordo, sejam as estabelecidas no Regimento Interno do Cade. Na sequência da determinação de publicidade dos documentos, a decisão intima os representados para se manifestarem em prazo determinado e especificar os documentos que contivessem informações que deveriam ser mantidas sob o acesso restrito. Em consulta aos autos de acesso público do processo, contudo, não identificamos a disponibilização de tais documentos, e os autos até então classificado como de acesso restrito aos representados[372] não está disponível para acesso no sítio eletrônico do Cade.

No voto, constam transcrições de alguns trechos do Histórico da Conduta do acordo de leniência e imagem de um dos documentos apresentados por meio deste acordo (indicando as participações de mercado das empresas em outra jurisdição)[373].

Cade, quaisquer petições que façam referência ao acordo de leniência devem ser protocoladas nos autos de acesso restrito aos representados.

[371] Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66, parágrafo 10. Disponível em: < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOxx6-0l6oBTqC4iS7vaLR5Jdrt792Lk0H12ydp7m2__2EDgHatPVk4iYoyG4zLXfjGeuz8mgt3RSLTtR4wssNQ>. Acesso em 17 set. 2019.

[372] Processo Administrativo n. 08700.010950/2014-70.

[373] Cf. parágrafo 66 do voto.

Finalmente, no caso do *cartel dos compressores*[374], julgado em março de 2016, e cuja investigação também se iniciou a partir de informações obtidas por meio de acordo de leniência e no qual também houve operações de busca e apreensão – a primeira realizada em cooperação internacional para realização de procedimento semelhante em outras jurisdições na mesma data. Os documentos relacionados aos acordos de leniência e diligências de busca e apreensão permaneceram nos autos de acesso restrito após o julgamento do caso pelo Cade. Contudo, seguindo o mesmo procedimento adotado no caso do cartel internacional de mangueiras marítimas, o Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior incluiu no voto transcrição de diversos documentos constantes dos autos de acesso restrito aos representados[375], no qual constavam os documentos obtidos por meio do acordo de leniência e da operação de busca e apreensão. Também constam no voto diversas imagens dos documentos constantes nos autos de acesso restrito. As transcrições e imagens colacionadas são acompanhadas de descrição sobre a origem do documento – se do acordo de leniência ou da busca e apreensão –, sendo algumas delas com informações bastante específicas (por exemplo, indicando o nome da pessoa física autora de anotações de documento apresentado pelos signatários de acordo de leniência). Assim se manifesta Conselheiro-Relator acerca da publicidade do julgamento e do processo:

> No que se refere à publicidade do julgamento, isto é, do acesso de terceiros ao teor do presente julgamento, é importante registrar que a regra é que os julgamentos do CADE sejam realizados em sessão pública. Em virtude dessa obrigação de observância dos princípios da moralidade, do interesse público e da publicidade, entendo que a única restrição à publicidade plena do presente julgamento é a liminar concedida na referida Medida Cautelar de Busca e Apreensão para o estrito interesse na realização das diligências. Isso porque é importante que a sessão seja pública e que a sociedade tenha acesso à decisão do CADE, mas protegendo as informações que ainda estejam acobertadas por sigilo.[376]

Nos casos julgados a partir de então, pelo que pudemos constatar, o mesmo procedimento foi adotado por ocasião do julgamento pelo Tribunal do Cade. Ou seja, os documentos apresentados em sede de acordo de leniência (incluindo, caso aplicável, também para os documentos de TCCs) foram mantidos

---

[374] Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11. Julgado em 16 de março de 2016. O acordo de Leniência foi celebrado em 30 de janeiro de 2009 entre a SDE e o Grupo Tecumseh.
[375] Apartado 08700.000245/2015-46.
[376] Parágrafo 8 do voto.

em autos de acesso restrito, mas as decisões incluíram tanto transcrição de trechos dos documentos apresentados por meio destes acordos (incluindo informações constantes no Histórico da Conduta) quanto imagens de documentos anexos ao Histórico da Conduta (que conteriam comprovação da infração reportada).

Este procedimento foi identificado nos seguintes processos: cartel internacional de componentes de vidro para tubos de raios catódicos[377], julgado em novembro de 2016; cartel no mercado de serviços de manutenção predial[378], julgado em agosto de 2017; cartel no mercado de distribuição de recarga eletrônica para celulares pré-pagos[379], julgado em junho de 2018; cartel no mercado de *Gas Insulated Switchgear* (GIS)[380], julgado em setembro de 2018.

5.7.2 Processos sem decisão condenatória, mas com reconhecimento da existência de infração, nos quais foram firmados acordos de leniência ou TCC

Identificamos processos iniciados a partir de acordo de leniência nos quais o Cade não proferiu decisão condenatória.

Importa relembrar que o Tribunal do Cade, por ocasião do julgamento, verifica o cumprimento dos termos estabelecidos em acordos de leniência e TCC firmados nos autos e, comprovando a observância de todas as obrigações pelos signatários, determina o arquivamento do processo em relação a eles e a concessão de todos os benefícios estabelecidos nos acordos respectivos. Observa-se que, por determinação legal, os signatários de acordo de leniência devem confessar a participação no ilícito reportado[381]. Semelhante obrigação não existe, na LDC, em relação aos signatários de TCC, mas o Regimento Interno do

---

[377] Processo Administrativo n. 08012.005930/2009-79. Foram transcritos no voto do Conselheiro-relator trechos dos Histórico da Conduta de acordo de leniência e TCCs e trechos de documentos apresentados por meio destes acordos.

[378] Processo Administrativo n. 08012.006130/2006-22. Foram transcritos no voto do Conselheiro-relator, o jurista Paulo Burnier da Silveira, documentos apresentados por meio de acordos e imagens de documentos apreendidos em diligências de busca e apreensão e de documentos apresentados pelos signatários de acordo de leniência.

[379] Processo Administrativo n. **08012.002812/2010-42**. Foram transcritos no voto da Conselheira-relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, trechos ou informações constantes do Histórico da Conduta de acordo de leniência e diversas imagens dos documentos apresentados juntamente com o Histórico da Conduta. Houve busca e apreensão relacionado às investigações deste caso, mas não identificamos no voto qualquer transcrição dos documentos apreendidos (ou imagens destes).

[380] Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16. Conselheira-relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova.

[381] Cf. art. 86, inciso IV da LDC.

Cade determina que, em TCCs relacionados a investigações de acordo, combinação, manipulação ou ajuste em concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário[382].

O Cade pode, de toda forma, ao julgar um processo, tecer considerações acerca da infração investigada, e manifestar-se sobre a inexistência de infração mesmo em casos nos quais acordos de leniência ou TCC tenham sido firmados. Nestes casos, embora os signatários do acordo tenham reconhecido participação nos fatos reportados, alegadamente anticompetitivos, a autoridade concorrencial pode concluir que os fatos reportados não constituem infração à lei concorrencial brasileira. Neste caso, poderia concluir pelo arquivamento do processo em relação a todos os representados não por ausência de provas de participação na conduta, mas por inexistência de provas de uma conduta que configure infração concorrencial segundo as leis brasileiras. Tal hipótese ocorreu em ao menos duas ocasiões, conforme indicado a seguir.

No julgamento referente à investigação de *cartel internacional no mercado de elastômeros termoplásticos*[383], em agosto de 2016, o Tribunal do Cade acompanhou por unanimidade o voto do Conselheiro-relator. Neste voto consta expressamente que:

> Não há elementos probatórios, tampouco indiciários, de que o cartel direcionado geograficamente aos mercados de Hong Kong e China tenham impactado nas condições comerciais das importações brasileiras dos produtos plásticos TPE. Arquivamento do processo administrativo em razão da ausência de provas de efeitos no Brasil. Arquivamento.[384]

O segundo caso cujas investigações se iniciaram a partir de informações obtidas por meio de um acordo de leniência, mas foi arquivado por ausência de provas de infração à legislação concorrencial brasileira é o referente à investigação de *cartel internacional no mercado de produtos plásticos*[385], em setembro de 2016. No voto proferido pelo Conselheiro-relator, o jurista Alexandre Cordeiro Macedo, são apresentadas diversas considerações acerca do critério de

---

[382] Cf. art. 224 do Regimento Interno do Cade, de 12 de março de 2018.
[383] Processo administrativo n. 08012.000773/2011-20. Conselheiro-relator João Paulo de Resende.
[384] Processo administrativo n. 08012.000773/2011-20, ementa do voto proferido pelo Conselheiro-relator João Paulo de Resende.
[385] Processo Administrativo 08700.001020/2014-26. Conselheiro relator, o jurista Alexandre Cordeiro Macedo.

efeitos no Brasil para configuração de infração concorrencial às leis brasileiras em relação a condutas ocorridas fora do território nacional[386].

Deste voto destacamos que há referência aos documentos apresentados pelos signatários do acordo de leniência. Os documentos são descritos no voto, com explicação do conteúdo e a explicação dada a eles pelos signatários do acordo de leniência. Há algumas poucas transcrições diretas de conteúdo destes documentos, entre aspas. Não foram colacionadas imagens dos documentos.

Dentre os casos nos quais foram firmados acordos de cooperação, e em relação aos quais o Tribunal do Cade não proferiu decisão condenatória, existem também aqueles nos quais o Cade concluiu pela existência de uma infração concorrencial. A decisão condenatória não foi proferida, contudo, porque (i) os representados que participaram da infração firmaram acordos de leniência ou TCC, e portanto, tiveram o processo arquivado em relação a eles; e (ii) não foram encontradas provas da participação dos demais representados não signatários de acordos, em relação aos quais o processo foi também arquivado.

Nestes casos, não identificamos nos votos proferidos pelos Conselheiro Relatores a transcrição direta ou imagem dos documentos apresentados por meio de acordos de leniência ou TCC. Também não identificamos a disponibilização de qualquer documento referente a tais acordos (especificamente, Históricos da Conduta e seus anexos) nos autos públicos do processo. Tal procedimento foi identificado nos seguintes casos: *cartel no mercado nacional de módulos de airbag*, julgado em setembro de 2017[387]; *cartel de rolos cerâmicos refratários*[388], julgado em novembro de 2017; *cartel das laranjas*[389],

---

[386] Na conclusão, consta: "voto pelo arquivamento do presente Processo Administrativo, tendo em vista a insuficiência de elementos aptos a demonstrar a inclusão do Brasil na conduta investigada"

[387] Processo Administrativo n. 08700.004631/2015-15**.** Conselheiro-relator, o jurista Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Ressalva-se que neste caso foi incluída uma imagem de um dos documentos apresentados ao Cade por meio de acordos, contudo, tal documento foi considerado insuficiente para comprovar a participação da representada na infração investigada. Por não configurar uma prova de infração, consideramos que este caso deve permanecer classificado como uma hipótese em que documentos comprobatórios da conduta ilícita não foram disponibilizados ao público.

[388] Processo Administrativo n. 08700.004627/2015-49**.** Conselheiro-relator Maurício Oscar Bandeira Maia.

[389] Processos Administrativos n. 087010.000729/2016-16, n. 08700.000738/2016-67, n. 08700.000739/2016-10 (julgados conjuntamente)**.** Conselheiro-relator, o jurista Paulo Burnier da Silveira.

julgado em fevereiro de 2018; *cartel no mercado de amortecedores dianteiros e traseiros*[390], julgado em junho de 2018.

O caso do *cartel estacionamentos de São Paulo* se inclui também naquela hipótese, embora com uma pequena diferença em relação aos casos mencionados logo acima. No voto da Conselheira-Relatora, a jurista Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, decidindo pelo arquivamento em relação a todos os representados (incluindo os signatários de TCC), foram incluídas imagens de documentos da busca e apreensão ou do TCC[391]. Tais imagens foram apresentadas, contudo, com o objetivo de indicar que, embora os documentos tivessem um "teor suspeito"[392], não seriam suficientes para comprovar a participação de determinados representados na infração investigada. Portanto, este caso também seguiu o procedimento dos anteriores em relação à não inclusão de transcrição ou imagens de documentos comprobatórios de infração em voto decidindo pelo arquivamento do processo em relação a todos os signatários, sem manifestação acerca da inexistência de infração concorrencial.

5.7.3 Casos nos quais foram firmados apenas TCCs

Incluímos em nossa pesquisa também casos nos quais o Cade proferiu decisão condenatória em relação aos quais não foram firmados acordos de leniência, mas foram firmados TCCs – abrangendo, assim, também os casos nos quais o Cade tenha proferido decisão condenatória e tenha tido acesso a informações sobre a infração e, eventualmente, provas de sua ocorrência, mediante colaboração com representados.

No caso do *cartel do sal marinho*[393], julgado em maio de 2018, além de TCCs firmados com alguns representados, documentos foram obtidos pelo Cade para instrução do processo por meio de operação de busca e apreensão. No voto do Conselheiro Relator, João Paulo de Resende, constam diversas imagens de documentos obtidos através da operação de busca e apreensão e,

[390] Processo Administrativo 08700.004629/2015-38. Conselheiro-relator João Paulo de Resende.
[391] Não foi possível certificar a origem de todos os documentos colacionados a partir das referências disponíveis no voto.
[392] Cf. trecho no parágrafo 69 do voto da Conselheira-Relatora: "Trata-se de comunicação com teor suspeito, mas não vem acompanhada de outros documentos que possam corroborar que de fato houve colaboração das demais empresas representadas, portanto resta prejudicada a formação de um conjunto probatório holístico.".
[393] Processo Administrativo 08012.005882/2008-38. Conselheiro-relator João Paulo de Resende.

aparentemente[394], alguns apresentados por meio do TCC. Não identificamos transcrições diretas constantes do Histórico da Conduta. No voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira também constam imagens de documentos comprobatórios da infração – a referência à fonte do documento, contudo, não nos permite identificar se trata de documento obtido na diligência de busca e apreensão ou TCC[395] .

Deste caso destacam-se os anexos[396] do voto do Conselheiro-relator – que totalizam 360 páginas. No anexo I consta uma lista com todas as evidências da infração de conduta comercial uniforme, e no anexo III uma lista com todas as evidências da infração de cartel. Ambas as listas indicam o local onde o documento foi apreendido; a data, o tipo e o título do documento; e a localização do documento nos autos (número SEI e folhas respectivas). No anexo II consta a íntegra de um documento. Na sequência, anexos IV e V, consta a individualização da conduta em relação às pessoas jurídicas e pessoas naturais, respectivamente, representadas no processo. Nesta individualização constam também listas dos documentos comprobatórios da infração que, além dos itens constantes nas listas dos anexos I e III, contém também uma coluna com comentários acerca do conteúdo anticompetitivo do documento.

Nos autos públicos do processo encontramos disponível os autos (ainda com descrição de "acesso restrito às representadas – apartado de docs. selecionados") os documentos selecionados dentre os obtidos pela operação de busca e apreensão[397]. Segundo consta no sítio eletrônico com informações do processo, o apartado com estes documentos teria sido disponibilizado nos autos públicos na data de 22 de março de 2017 – data anterior, portanto, à do julgamento do processo pelo Cade, e anterior até mesmo à publicação da Nota Técnica[398] (parecer final) emitida pela Superintendência-Geral do Cade. Nesta Nota Técnica

---

[394] Não há indicação clara da fonte de todos os documentos cujas imagens foram incluídas no voto. Há ao menos uma imagem que, pela descrição constante no voto, parece ter sido apresentado pelos compromissários do TCC. Cf. parágrafos 105 e 105 do voto do Conselheiro-relator.

[395] A referência é feita ao número SEI do processo de acesso restrito.

[396] Disponíveis em: < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM9j_2T-hGgfggQyWENt-6dH_CPNGz04RrATCZcycv5Rhl5dFnIKzPylugXtFGjwmU-lYa3YHMUc-pf5nmlpL_e>. Acesso em 18 set. 2019.

[397] Documento SEI n. 0316523.

[398] Nota Técnica n. 31/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE. Disponível nos autos públicos do processo respectivo.

consta explicação de que os documentos apreendidos teriam sido autuados "nos denominados 'Apartados Confidenciais de Documentos Apreendidos', que possuem acesso restrito a cada um dos Representados que tiveram material coletado durante as diligências"[399], e que após análise foram selecionados documentos e autuados no Apartado Confidencial de Documentos Selecionados de acesso restrito a todos os Representados. Em seguida, consta que "Atualmente, os documentos são de acesso público e podem ser consultados no arquivo SEI 0316523"[400], sem qualquer explicação adicional sobre porque tais documentos originariamente confidenciais teriam sido disponibilizados publicamente.

No processo referente à investigação de *cartel no mercado de embalagens flexíveis*[401], julgado em julho de 2018, houve busca e apreensão na sede das representadas[402]. O voto do Conselheiro-relator, João Paulo de Resende, foi redigido somente em versão pública, incluindo imagens de alguns dos documentos apreendidos. Algumas imagens desse material também constam em voto-vista proferido pelo jurista Conselheiro Maurício Bandeira Maia. No âmbito deste mesmo processo foi firmado Termos Compromisso de Cessação de Conduta (TCC), mas não foi possível identificar se os compromissários deste TCC apresentaram um Histórico da Conduta e documentos comprobatórios da conduta reportada, como usual em acordos em investigações de cartel. De toda forma, não identificamos, nos autos públicos do processo, a disponibilização de documentos apresentados no âmbito deste acordo.

Observa-se que todos os documentos da busca e apreensão[403] mencionados, ou cujas imagens foram incluídas no voto, já estavam disponíveis nos autos públicos do processo mesmo antes da sessão de julgamento do Tribunal do Cade. Não encontramos, nos documentos públicos do caso (Notas Técnicas proferidas pela Superintendência-Geral ou votos dos Conselheiros do Cade) informações sobre decisão judicial que teria autorizado a divulgação dos documentos envolvidos. Da análise de uma Notas Técnica da Superintendência-

[399] Nota Técnica n. 31/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE, parágrafo 9.
[400] Op. cit., parágrafo 10.
[401] Processo Administrativo n. 08012.004674/2006-50. Julgamento em 04 de julho de 2018.
[402] São elas as empresas Converplast; Celocorte; Embalagens Flexíveis; Diadema; Santa Rosa Embalagens; Inapel; e a associação ABIEF.
[403] Segundo consta no parágrafo 5 do voto do Conselheiro-relator, a diligência de busca e apreensão foi solicitada pelo Ministério Público no âmbito de uma investigação criminal. A SDE foi solicitada a auxiliar no cumprimento da medida de busca e apreensão e atendeu à solicitação.

Geral verificamos que o acesso aos documentos da busca e apreensão pela SDE foi autorizado pelo Juiz de Direito que concedeu o mandato para realização da diligência, e que tais documentos teriam sido autuados de acordo com uma determinação de que o acesso deveria ser restrito à empresa na qual a diligência de busca e apreensão teria sido realizada – permanecendo em sigilo, portanto, para as demais partes e terceiros[404]. E em outra Nota Técnica[405] encontramos informação de que duas representadas teriam sido intimadas[406] para se manifestar acerca de eventual restrição de acesso a documentos juntados em seus respectivos apartados de acesso restrito, referentes ao material eletrônico apreendido. Uma delas se manifestou requerendo manutenção de acesso restrito a determinados documentos, com base no artigo 53 do RiCade, pois os documentos diriam respeito a assuntos estratégicos e comerciais sensíveis à empresa.[407] Tal requerimento não foi atendido pela Superintendência-Geral, alegando que as hipóteses do referido artigo não se aplicavam aos documentos referenciados. Em relação a um documento que teria referência a clientes, a Superintendência-Geral concluiu que:

---

[404] Cf. parágrafos 28 e 29 da Nota Técnica n. 2/2015/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Observa-se que o documento no qual a determinação de acesso teria sido especificada não está disponível nos autos públicos (aparentemente, o documento se encontra no vol. 1, mas os autos públicos se iniciam com o vol. 2). Não sabemos, portanto, se a determinação de sigilo (acesso exclusivo à empresa na qual os documentos foram apreendidos) foi realizada pelo Juízo que autorizou o acesso aos documentos pela SDE ou se teria sido realizada pela própria SDE, posterior ou concomitante ao recebimento dos documentos. Disponível em: < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-zPdXKzOgYUuwHyhYTFb1Pjg7pWmQiKjw8ABH3OaPlpwGavQ9hMpiOF0KqdurcU_0fxplAYTx-AhSG527U1MNS#_ftn2>. Acesso em 20 set. 2019.

[405] Nota Técnica n. 190/2014/Superintendência-Geral. Cf. vol. 21 dos autos, disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?oWSl671FHvjGUnAODi8Uxt3Xc1SZ48qZCupgSiZTkaQMxtCSbT4OmnZM4sOnnYdfsME55SQp_MdZvAF7BOWBhsmzyAGxZLr9guf6rdt9HJP_vwBMCeq8rdq0uZCNsOil>. Acesso em 20 set. 2019.

[406] Acredita-se que tal intimação seja referente a documentos eletrônicos recebidos posteriormente pela SDE (que teve acesso a parte dos documentos apreendidos em 2006, e o restante em 2009). Tal intimação, contudo, ocorreu apenas em 2013. Este é o conteúdo da intimação: "Intimo as Representadas ABIEF - Associação Brasileira de Embalagens Flexíveis e Converplast Embalagens Ltda. para que se manifestem, no prazo de 10 (dez) dias, contados em dobro nos termos do art. 191 do CPC, sobre eventual restrição de acesso aos documentos juntados em seus respectivos apartados de acesso restrito, referentes ao material eletrônico apreendido, devendo apontar, se for o caso, quais documentos devem ter seu acesso restrito, apresentando justificativa pertinente, nos termos do art. 53 e seguintes da Resolução Cade n.º 1/2012, sob pena de indeferimento. Ao Setor Processual." Despacho 861/2013, publicado no Diário Oficial da União em 06 de setembro de 2013.

[407] O requerimento foi apresentado pela representada Converplast. Segundo consta na Nota Técnica, a ABIEF também teria sido intimada por despacho publicado no Diário Oficial da União, mas não teria se manifestado.

> A lista de clientes encontrada na fl. 6 não trata de qualquer aspecto sigiloso na relação entre estes e a Representada. Ao contrário, identifica possíveis relações entre os clientes da Representada e seus concorrentes no exercício de 2006, transparecendo que seus concorrentes tinham conhecimento de seus clientes.[408]

Aparentemente, a Superintendência-Geral interpretou que tal documento contendo lista de clientes teria sido compartilhado com concorrentes e por tal razão não haveria justificativa para a manutenção de acesso restrito sob alegação de o documento conter informação sobre clientes ou fornecedores, nos termos do inciso XI do artigo 53 do RiCade. Tal conclusão é complementada com a informação de que seu conteúdo (referente a uma decisão pertinente ao direito do consumidor, do ano de 2006) "dificilmente poderia afetar a Representada atualmente com a retirada de acesso restrito."[409] Em outra Nota Técnica, em comentário apresentado em nota de rodapé, identificamos informação de que outros representados teriam informado não ter nada a declarar sobre os documentos apreendidos[410].

A análise conjunta destas duas Notas Técnicas parece indicar que a Superintendência-Geral autuou os documentos em apartados de acesso restrito para cada empresa da qual documentos foram apreendidos, intimou tais empresas a se manifestar acerca de razões para manutenção de sigilo dos documentos, e então decidiu pela disponibilização dos documentos nos autos públicos do processo (exceto aqueles documentos em relação aos quais a tenha deferido solicitação de restrição de acesso) [411]. O acesso a estes documentos teria sido realizado com o objetivo de assegurar aos representados o direito à ampla defesa e contraditório[412].

---

[408] Cf. parágrafo 5 da Nota Técnica em referência.
[409] Cf. parágrafo 6 da Nota Técnica em referência.
[410] Os Representados Abraflex, Synésio Batista da Costa, Embalagens Flexíveis Diadema, Sérgio Hamilton Angelucci e Hélio Robles de Oliveira informaram que não tem nada a declarar sobre os documentos. – Nota de rodapé n. 2 da Nota Técnica n. 2/2015/CGAA6/SGA2/SG/CADE.
[411] Não temos conhecimento, com base nas informações disponíveis, se houve deferimento de algum pedido de manutenção de acesso restrito à empresa na qual determinado documento tenha sido apreendido.
[412] Cf. parágrafo 56 da Nota Técnica n. 2/2015/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Destacamos que o Laudo 12.699/2009, elaborado pelo Instituto de Criminalística da Polícia Civil do Estado de São Paulo (e que, acreditamos, se refere ao material apreendido), não foi disponibilizado publicamente. segundo consta no parágrafo 78 da mesma Nota Técnica, "o referido Laudo faz parte dos autos restritos ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, não sendo possível, portanto, a sua disponibilização aos Representados". Complementa ainda a Nota Técnica: "Cumpre informar que todos os elementos necessários à ampla defesa e contraditórios (sic) dos Representados estão presentes nos autos públicos do Processo em tela" – parágrafo 78.

5.7.4 Casos nos quais não houve acordo de leniência ou TCC, mas instruídos com documentos de busca e apreensão ou interceptação telefônica

Na decisão proferida pelo Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, no julgamento do caso conhecido como *cartel dos gases*, consta um item dedicado a tratar do direito de reparação por danos concorrenciais, no qual constam considerações acerca da disponibilização de elementos probatórios para fundamentar eventuais ações de indenização.

O Conselheiro Relator esclarece que a decisão proferida contém apenas a interpretação do Cade acerca das provas, as quais não podem ser fornecidas ao público pelo Cade em razão de sigilo:

> Um último ponto de destaque nesta seção refere-se à disponibilização de elementos probatórios para ações de indenização. Este voto contém apenas a interpretação do CADE acerca das provas. Os documentos em si, assim como as degravações eletrônicas, não podem ser fornecidas ao público pelo CADE, que se comprometeu a preservar o sigilo desses elementos. A ausência de acesso aos documentos e às degravações evidentemente prejudica a capacidade das vítimas de demandar indenização cabível.[413]

Considerando que o Cade não poderia, por determinação própria, dar publicidade aos documentos e degravações eletrônicas que fundamentaram a decisão, o voto apresenta recomendação ao Poder Judiciário para a publicação dos documentos e degravações obtidas no início da instrução penal. Justifica a recomendação pelo fato de terem decorridos mais de seis anos desde a obtenção do material, o qual não teria valor empresarial de relevo e, portanto, não haveria prejuízo em sua divulgação. Ainda, o material não teria qualquer caráter pessoal, razão pela qual não haveria dano à intimidade em sua divulgação. Finalmente, sugere solução alternativa na hipótese de haver objeção à divulgação integral dos documentos, qual seja, a de disponibilizar apenas os elementos de prova indicados no voto, "cujo foco e conteúdo é ligado essencialmente à prática ilícita. Não há qualquer nota de intimidade nesses elementos"[414].

---

[413] Processo Administrativo n. 08012.009888/2003-70. Voto proferido pelo Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan. Publicado no DOU em 03 de set. de 2010, p. 127.
[414] Cf. p. 127.

5.8 Padrão de confidencialidade das decisões públicas da Comissão Europeia em casos de cartel internacional também julgados pelo Cade

Algumas das investigações promovidas pelo Cade que resultaram em decisão condenatória, indicadas acima, foram também investigadas por autoridades concorrenciais de outras jurisdições em relação a potenciais efeitos da infração naqueles territórios.

Para fins de referência sobre o procedimento adotado pela autoridade de concorrência nacional, o Cade, acerca da publicização de documentos obtidos por meio de acordos com representados ou diligências de busca e apreensão, analisaremos algumas das decisões proferidas pela Comissão Europeia acerca da mesma infração. Para fins deste estudo, parece-nos relevante focar a comparação com decisões proferidas por esta autoridades de concorrência, não apenas por ter ampla experiência em aplicação de legislação de concorrência, mas por já vir enfrentando questões relacionadas ao acesso a documentos das investigações antitruste para utilização em ações de reparação por danos concorrenciais.

No caso do *cartel internacional de mangueiras marítimas*[415], em decisão proferida pela Comissão Europeia (Comissão) em janeiro de 2009, constam informações relativamente detalhadas sobre a forma pela qual o cartel operou, seu período (total e em relação à participação de cada representada) e escopo geográfico, e sobre o envolvimento das representadas. A Comissão Europeia firmou acordo de leniência neste processo e também realizou inspeção sem aviso prévio nos escritórios de algumas das representadas. Aparentemente, diversos fatos e alegações descritos na decisão estariam confirmadas em documentos disponíveis em autos de acesso restrito (referenciados em nota de rodapé, com conteúdo confidencial). Há algumas citações literais de conteúdo de alguns dos documentos utilizados como prova, mas a fonte da informação é, aparentemente, detalhada em nota de rodapé, cujo conteúdo foi tarjado na versão pública da decisão. Observa-se que a decisão intencionalmente omite o nome dos colaboradores, signatários de leniência, nos trechos em que faz referência ou transcrição de declarações ou documentos comprobatórios da infração. Veja-se

---

[415] Em inglês, *Marine Hoses.* Case COMP/39406. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39406/39406_1902_3.pdf>.

como a informação é apresentada na decisão da Comissão com a omissão do nome da empresa ou pessoa natural:

> *[Cartel coordinator's company] is a company incorporated […] United Kingdom. It does not manufacture or market marine hoses. It provides consultancy services relating to the market supply and demand and pricing structure for offshore hoses and ancillary equipment to marine hose manufacturers. Mr. [cartel coordinator], a former […] employee, is the company's majority shareholder and sole director.*
> *[…]*
> *The following circumstances show that this document is evidence of a cartel between the parties concerning marine hoses: (i) Mr. [cartel coordinator], in whose house this document was found, was exclusively involved in consultancy activities regarding one product, marine hoses; […] The Commission's position is also supported by the clear statement made by Mr. [cartel coordinator] to […] in a document of 2002 that 'the Club has always respected home markets and these have never appeared on the market share reports'.*[416]

Em relação ao *caso do cartel internacional de cargas aéreas*[417], na decisão provisória publicada pela Comissão Europeia em novembro de 2010[418], o procedimento adotado foi similar ao do cartel internacional de mangueiras marítimas. Nesta decisão observamos uma quantidade visivelmente maior de transcrições de trechos de documentos, contudo, todas as referências a nomes de pessoas ou, aparentemente, informações que permitam identificar as pessoas mencionadas nos documentos, estão tarjadas na versão pública. Utiliza-se apenas um asterisco para ocultar o nome, ao invés de alguma referência (tal como "Mr. [cartel coordinator]" utilizado no caso citado anteriormente). O asterisco também é usado, aparentemente, para ocultar outros tipos de informação. Vide alguns exemplos:

> *[*], QF [*] sent an email to the head office on 20 September 2000 reporting about the FSC [*].'*
> *[…]*
> *Another example of [*] discussions on FSC reduction [*] can be found in an internal JL email exchange106 on 31 January 2001. The local employee from Amsterdam reported that 'have set coffee meeting wiz KL/[*] for next Monday the 5th [*] for Dutch region based on fuel charges.' [*] from the head office replied '[*]. But we are not sure that KL has the same will as [*] because KL decided to keep the same fuel surcharge on and after 1FEB01.' The same local employee then reported in an internal JL email107 on 6 February 2001 that 'concerning fuel have attached*

[416] Case COMP/39406, parágrafos 40, 76, 104 da decisão.
[417] Em inglês, Airfreight. **Caso AT.39258.**
[418] O Tribunal de Justiça Europeu, em decisão proferida em dezembro de 2015, anulou a decisão proferida em 2010 pela Comissão Europeia.

> *publication announced by KL to the market on 05feb where they go back to eur 0.10 effective 01 March 2001, have so far agreed with [*] that JL and [*] will remain on eur 0.07 as long as they can, [*].'*[419]

As referências a documentos ou declarações são feitas, portanto, de tal forma que o nome dos representados não fica disponível na versão pública da decisão. A nova decisão adotada em 2017 não está acessível no sítio eletrônico da autoridade. Há apenas o resumo da decisão[420], o qual, como de costume, não apresenta detalhes sobre a dinâmica da infração ou referências diretas e transcrições de documentos comprobatórios da infração.

A decisão da Comissão Europeia no caso do *cartel internacional dos compressores* [421], de dezembro de 2011, segue o mesmo procedimento. Nesta decisão, contudo, embora mais recente que as anteriores, não foram identificadas transcrições literais (ou imagens parciais ou totais de documentos), embora a Comissão tivesse acesso a documentos apresentados por signatários de leniência, por exemplo. Neste caso a Comissão também realizou inspeção sem aviso prévio nos escritórios de algumas das representadas.

Aparentemente, segundo nossa análise, o procedimento adotado no caso dos compressores indica o adotado pela Comissão Europeia desde então. Dentre as decisões mais recentes proferidas pela Comissão em casos já julgados pelo Cade, encontramos, por exemplo, a referente ao *cartel internacional de discos ópticos*[422]. Deste caso, analisamos a decisão provisória não confidencial disponível, publicada em maio de 2018 – sendo que a decisão original foi proferida em outubro de 2015. Aparentemente, a descrição da infração apresentada na decisão reflete o conteúdo das provas disponíveis nos autos – há diversas referências[423] em notas

---

[419] Cf. parágrafos 148 e 164 da decisão.

[420] Caso **Case AT.39258.** Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2017.188.01.0014.01.ENG&toc=OJ:C:2017:188:TOC>;

[421] Em inglês, *Regrigeration compressor.* Caso COMP/ 39600. Decisão disponível em: < https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39600/39600_2147_7.pdf>. Acesso em 20 set. 2019.

[422] Em inglês: Optical Disc Drives. Caso AT.39639. Decisão disponível em: < https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39639/39639_3631_8.pdf>. Acesso em 20 set. 2019.

[423] Vide, por exemplo, este trecho da decisão (mantivemos os números das notas de rodapé nesta transcrição, a fim de facilitar a identificação do número de referências constantes no original): "*Account managers reported to the line managers (called […], [71] Senior or Assistant Managers,[72] Senior Managers at HQ[73]), who had overall responsibility for one or more customer accounts. Generally, these line managers reported further to a manager (called […], [74] General Manager[75] or Vice President & Sales and Marketing Team Leader[76]) supervising the business relationship with all the customers, including overall authority over pricing and strategy issues.[77]*". Id., parágrafo 78 da decisão.

de rodapé em alguns trechos da decisão, que estão indisponíveis na versão de acesso público da decisão. Entretanto, são raras as transcrições diretas de trechos de informações apresentadas pelos representados nesta decisão – as quais, segundo nosso entendimento, não consubstanciam espécie de confissão ou prova contra o representado[424].

Vê-se, portanto, que a Comissão Europeia disponibiliza uma quantidade muito mais limitada de informações e documentos apresentados por signatários de acordos de cooperação nas versões públicas de suas decisões. Notadamente, observamos uma clara preocupação em não expor tais signatários ao descrever a conduta, evitando-se referências aos seus nomes. As transcrições de trechos de documentos apresentados pelos signatários de acordos de cooperação são bastante raras, e cópias (como imagem) não constam nos votos analisados. O acesso aos documentos apresentados por tais signatários é, como regra, vedado ao público.

5.9 A Resolução n. 21, de 11 de setembro de 2018, do Cade

Em 07 de dezembro de 2016 o Cade divulgou proposta de Resolução para disciplinar os procedimentos de classificação de acesso aos processos instaurados pelo Cade e abriu prazo para manifestações da sociedade por meio da Consulta Pública n. 05/2016. A nota informando sobre a consulta pública cita que tais procedimentos se relacionam “à articulação entre a persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil”. Menciona, ainda, que a proposta de Resolução regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações oriundas de Acordo de Leniência, de TCC e de ações judiciais de busca e apreensão; e que “fomenta as Ações de Reparação por Danos Concorrenciais no Brasil”.

Juntamente com a proposta de Resolução foi disponibilizada a Nota Técnica n. 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE (Nota Técnica 24/2016)[425], que apresenta um estudo conduzido pela Superintendência-Geral do Cade no contexto da preparação da proposta de Resolução. O documento apresenta um

[424] Cf., por ex., parágrafo 422 da decisão.

[425] Disponível em: < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuho1cgx-BuAiGIdXH0CI2pcjLZznRWZf0X>. Acesso em 13 ago 2019.

estudo da experiência internacional e da brasileira sobre acesso a documentos de acordos de leniência e TCCs no contexto das ARDC. Em relação à experiência estrangeira, há referências às práticas adotadas nos Estados Unidos da América, União Europeia, Reino Unido, Alemanha, Holanda, Austrália e Canadá. Já em relação à experiência brasileira, constam referências às práticas adotadas pelo Cade em decisões proferidas pelo seu Tribunal e algumas decisões judiciais versando sobre pedido de acesso a documentos dos processos do Cade. Ao final, apresenta comentários às propostas regulamentares referentes ao acesso a documentos e informações oriundos de acordos de leniência e TCC – no que parece indicar a interpretação e escopo pretendido com a proposta de Resolução que se transformou na Resolução 21/2016.

Consta na Nota Técnica 24/2016, ainda, comentários a propostas legislativas versando sobre aspectos cíveis das ARDC. Tais comentários endereçam uma proposta do Cade de alteração legislativa que foi publicada juntamente com a Exposição de Motivos[426] da Consulta Pública n. 05/2016. Entretanto, nenhuma outra ação foi adotada pelo Cade para buscar materializar a sugestão em uma proposta legislativa concreta por uma das casas do Congresso Nacional. Considerando, especialmente, que o Projeto de Lei do Senado n. 283/2016 teve a tramitação retomada em 2018, com indicações de que poderia concretamente vir a ser aprovado e transformado em lei[427], a proposta do Cade incluída na Exposição de Motivos foi abandonada.

Em julho de 2018, a consulta pública foi reaberta[428] com uma versão alterada da proposta, e, posteriormente, em 11 de setembro de 2018, foi publicada a Resolução n. 21 (Resolução 21/2018). Apresentaremos a seguir as regras estabelecidas na Resolução 21/2018 e seu escopo de aplicação.

---

[426] Disponível em: < http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste/20161125_exposicao_de_motivos_resolucao_acesso_rev_final.pdf>. Acesso em 03 dez. 2019.

[427] Até a data de finalização deste trabalho (dezembro de 2019), tal projeto ainda não foi aprovado e convertido em lei, embora haja rumores de que isto poderá ocorrer no ano de 2020.

[428] Não consta na lista de consultas públicas já encerradas, no sítio eletrônico do Cade, a referência À segunda consulta pública a respeito da Resolução n. 21/2018 (consulta realizada em: < http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/acesso-a-informacao/participacao-social-1/consultas-publicas-concluidas>, acesso em 02 dez. 2019).

5.9.1 Fomento às ARDC e proteção do *enforcement* público

A vinculação da Resolução 21/2016 ao objetivo de fomentar as ARDC é clara. Há referência expressa na ementa desta Resolução, na Exposição de Motivos da proposta de Resolução (da Consulta Pública 05/2016), na notícia[429] publicada pelo Cade acerca da Consulta Pública 05/2016 e na Nota Técnica 24/2016.

Tais referências podem causar certa estranheza, pois poderiam ser interpretadas como indicativas de um certo direcionamento da autoridade em favorecer o interesse dos potenciais autores em ações de reparação – que poderia, em alguma medida, ocorrer em detrimento ao *enforcement* público, notadamente, dos incentivos ao programa de leniência. Analisando a terminologia utilizada pela Comissão Europeia na Diretiva 2014/104, por exemplo, observamos que nela constam considerações sobre a importância das ARDC e da necessidade de garantir procedimentos que permitam o pleno exercício do direito de reparação pelos prejudicados, mas não há nenhuma referência a objetivos de fomentar, incentivar, ou termos semelhantes, as ações de reparação em matéria concorrencial. A redação adotada parece representar, com mais clareza, a busca de equilíbrio entre a proteção do *enforcement* público em meio às medidas para remover obstáculos e viabilizar concretamente o exercício do *enforcement* privado.

Entendemos, contudo, ser inegável a preocupação do Cade em assegurar e proteger o *enforcement* público. De fato, tal preocupação foi o principal fator que motivou a elaboração da Resolução 21/2016. Pode ter influenciado a redação desta resolução o entendimento adotado em algumas decisões judiciais acerca da possibilidade de garantir acesso, por terceiros, a documentos dos processos administrativos do Cade que poderiam representar potenciais ameaças às investigações da autarquia. [430]

---

[429] Assim consta no primeiro parágrafo da notícia: "O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade submeteu à consulta pública nesta quarta-feira (07/12) uma minuta de nova resolução que apresenta dispositivos de fomento à reparação de danos concorrenciais no Brasil, ao mesmo tempo em que regulamenta os procedimentos no órgão para acesso a documentos provenientes de acordos de leniência, de Termos de Compromisso de Cessação – TCCs e de operações de busca e apreensão no âmbito do Cade." Disponível em: < http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>. Acesso em 03 dez. 2019.

[430] Referimo-nos à referência expressa de que decisões judiciais teriam motivado a elaboração da Resolução 21/2016 (dentre outras razões). Observamos que consta, contudo, referência à "experiência do judiciário em relação ao acesso a documentos e informações oriundos de Acordos de Leniência e TCC" no item 3.1.2 da Nota Técnica 24/2016 da Superintendência-Geral.

Tal como apresentado acima, no item que trata de pedidos judiciais de acesso a documentos confidenciais dos processos do Cade, nos anos que antecederam a proposta da Resolução 21/2016, houve decisões judiciais autorizando o acesso de terceiros a documentos do Cade antes de proferida a decisão pelo seu Tribunal. Tais decisões divergiram de entendimento que o Judiciário adotava até então, que reconheciam a importância de manter a confidencialidade de determinados documentos e informações ao menos até que o Tribunal do Cade proferisse decisão final. Tais fatos, somados ao movimento internacional e nacional de aumento de interesse em propositura de ARDC, parecem ter induzido o Cade a se posicionar mais claramente sobre o assunto e de forma a proteger os procedimentos e instrumentos necessários para pelo exercício do *enforcement* público.

Embora a Resolução 21/2016 contenha referência ao objetivo de fomento das ARDC mas não apresenta qualquer referência à busca de equilíbrio entre o *enforcement* público e o privado, a notícia publicada pelo Cade a respeito da proposta de Resolução faz menção à tal relação neste trecho: "para fomentar a reparação de danos concorrenciais no país, de forma complementar e harmônica à política de investigações e acordos do próprio órgão, a resolução traz proposta (...)"[431]. Na Exposição de Motivos da proposta de Resolução também constam referências semelhantes, tais como esta que destacamos a seguir:

> Essa articulação entre persecução pública e privada a condutas anticompetitivas, portanto, torna-se imperiosa, tendo sido objeto de recentes discussões em fóruns internacionais. Por um lado, regras que favoreçam excessivamente *private enforcement* podem prejudicar o *public enforcement*. Por outro lado, regras que sejam excessivamente restritivas podem inviabilizar o ressarcimento da parte lesada pela infração à ordem econômica e inviabilizar parte significativa do *enforcement* antitruste. É dado o momento de o Brasil finalmente se posicionar institucionalmente a respeito do tema.[432]

Em conclusão, dado que a terminologia utilizada em instrumentos normativos é relevante para a interpretação de seus dispositivos, seria preferível que na Resolução 21/2016 constasse referência à necessidade de assegurar que o fomento ao *enforcement* privado não deveria ocorrer em detrimento ou prejuízo do *enforcement* público – ao invés de constar apenas referência expressa ao

[431] Cf. referência da notícia em nota anterior.
[432] Cf. referência da Exposição de Motivos em nota anterior, página 2.

objetivo de fomentar as ARDC. De toda forma, a análise do contexto no qual a proposta de Resolução surgiu e referências constantes em outros documentos, tais como apresentadas acima, deixam claro o propósito do Cade de busca de equilíbrio entre o *enforcement* privado e público. A interpretação da Resolução 21/2018 deve levar este propósito em consideração.

5.9.2 Procedimentos aos quais a Resolução 21/2018 se aplica

A ementa da Resolução 21/2018 indica que a Resolução disciplina os procedimentos previstos nos artigos 47, 49, 85 e 86 da LDC. O artigo 47 refere-se à possibilidade de os prejudicados ingressarem com ARDC, o artigo 49 trata da possibilidade de tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais em quatro[433] dos seis tipos de procedimentos administrativos do Cade, e os artigos 85 e 86 tratam do TCC e do acordo de leniência, respectivamente.

Consta na ementa, ainda, que a Resolução 21/2018:

> Regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão, (...).

Uma primeira leitura da ementa, especificamente em razão da referência ao artigo 49 da LDC, poderia permitir a interpretação de que a Resolução 21/2018 poderia se aplicar aos quatro tipos de procedimento administrativo indicados naquele artigo. Contudo, a referência específica ao processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (doravante denominado processo administrativo para imposição de sanções ou processo administrativo) na ementa permitiria considerar que a Resolução 21/2018 aplicar-se-ia, na verdade, somente a este tipo de procedimento.

Entendemos que a interpretação correta é a segunda, considerando que o artigo 1º da Resolução 21/2018 faz referência específica e

[433] São eles: (i) inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, (ii) processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, (iii) processo administrativo para análise de ato de concentração econômica, e (iv) processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais. Os tipos de procedimentos administrativos do Cade estão especificados no artigo 48 da LDC.

unicamente ao processo administrativo para imposição de sanções (incluindo os processos oriundos de acordo de leniência, TCC, e ações judiciais de busca e apreensão). Não encontramos nos demais artigos da Resolução referência aos outros tipos de procedimento administrativo.

Considerando o contexto das ARDC, é natural direcionar a atenção ao processo administrativo para imposição de sanções, pois a publicidade deste tipo de procedimento é mais notória, visto que o inquérito administrativo é de natureza inquisitorial, e nos termos do artigo 49 da LDC, o Cade pode optar por dar-lhe tratamento confidencial. E, especialmente, porque é no processo administrativo para imposição de sanções que, muito provavelmente, serão encontradas as informações e documentos relevantes para fundamentar algumas das alegações dos autores em ARDC. Entretanto, não se pode descartar a possibilidade de que outros tipos de procedimento, notadamente, o inquérito administrativo, possam também conter informações e documentos que interessem a terceiros para uso nas ARDC. Por tal razão, entendemos que a Resolução 21/2018 poderia ter também abrangido este e outros tipos de procedimento – seja por inclusão de disposições aplicáveis especificamente para tais procedimentos, seja por extensão dos dispositivos já existentes para outros tipos de procedimentos.

5.9.3 Dos diferentes tratamentos conforme as fases do processo administrativo

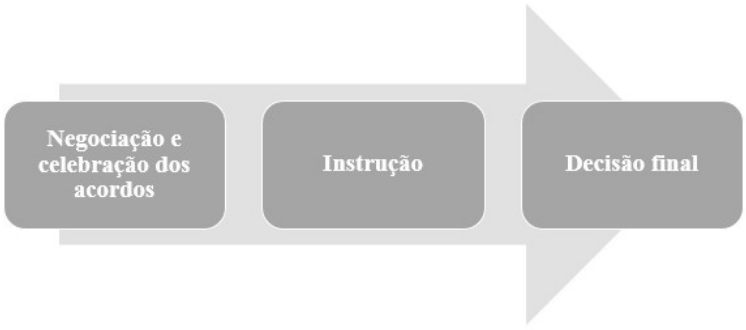
A definição do tratamento de acesso de terceiros a informações e documentos de processos das autoridades de concorrência âmbito da União Europeia, conforme visto anteriormente, leva em consideração as fases do processo. A Diretiva 2014/104/UE dispõe que determinados tipos[434] de documentos somente podem ser divulgados a terceiros após a decisão ou outro meio de conclusão do processo; e que outros tipos[435] de documentos não podem ser divulgadas a terceiros em nenhum momento (mesmo após a decisão ou outra forma

[434] Cf. item 5 do artigo 6º da Diretiva 2014/104/EU. Estas são as categorias de elemento de prova: (a)
A informação preparada por uma pessoa singular ou coletiva especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência; (b) A informação elaborada por uma autoridade da concorrência e enviada às partes no decurso do seu processo; (c) As propostas de acordo revogadas.
[435] Cf. item 6 do artigo 6º da Diretiva 2014/104/EU. Estas são as categorias de elemento de prova: (a) as declarações de leniência; (b) as propostas de acordo.

de conclusão do processo). Outros elementos de prova não abrangidos pelas hipóteses anteriores[436] poderiam ter autorização de acesso por terceiros deferida pelo Judiciário, a qualquer momento.

Além deste dispositivo, a Diretiva 2014/104 contém ressalva expressa de que os dispositivos referentes ao tratamento de acesso, por terceiros, a elementos do processo de uma autoridade de concorrência não prejudicam as regras nem as práticas adotadas com base em instrumentos específicos[437]. Portanto, além dos dispositivos específicos mencionados acima, outras regras acerca do tratamento de acesso são aplicáveis (por exemplo, regras que garantem a confidencialidade de segredos de negócio ou de informações concorrencialmente sensíveis).

Encontramos também na Resolução 21/2018 o conceito de definição de tratamento de acesso conforme fases do processo, mas tais dispositivos tratam apenas e especificamente dos documentos e informações oriundos de acordo de leniência e TCC. A explicação constante na Exposição de Motivos da proposta de resolução deixa isto claro: “Os arts. 9º a 13 detalham, por sua vez, como se dará o acesso a documentos e informações oriundos de Acordo de Leniência e TCC a depender da fase processual em que se encontrarem as investigações no Cade.” Tais fases são apresentadas na Nota Técnica 24/2016 de forma gráfica[438]:



[436] Referência a todas as categorias mencionadas no artigo 6º da Diretiva 2014/104/UE. Cf. item 9 deste artigo 6º.
[437] O item 2 do artigo 6º dispõe que tal artigo não prejudica as regras nem as práticas adotadas com base no Regulamento (CE) n. 1049/2001 em matéria de acesso público. E o item 3 do mesmo artigo 6º dispõe que tal artigo não prejudica as regras nem as práticas adotadas com base em direito da União ou do direito nacional em matéria de proteção de documentos internos das autoridades da concorrência e da correspondência entre as estas autoridades
[438] Cf. parágrafo 121 da Nota Técnica 24/2016.

Na fase de negociação e celebração dos acordos de leniência e TCC, a proposta, bem como documentos informações e os atos processuais necessários à elucidação dos fatos investigados terão tratamento sigiloso. E somente pessoas autorizadas pelo Cade terão acesso eles, devendo ser observados determinados parâmetros, conforme disposto no artigo 9º: necessidade de preservação (i) da investigação e da identidade do proponente-colaborador. (ii) da política nacional de combate às infrações concorrenciais (notadamente dos programas de leniência e TCC); e (iii) da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações concorrenciais.

A fase seguinte é referida como fase de instrução do processo administrativo para imposição de sanção. Em relação a esta fase não há esclarecimento acerca de quais tipos de informação e documentos podem ser classificados como de acesso restrito. Não há um dispositivo especificando, por exemplo, expressamente, que os mesmos documentos e informações classificados como de acesso restrito na fase antecedente deverão manter tal classificação durante a fase instrutória. A menção a "acesso restrito" é encontrada apenas no parágrafo 2º do artigo 10, o qual dispõe que os documentos e as informações "que deverão ser classificados como de acesso restrito durante a fase de instrução, constituirão apartado específico e serão classificados conforme os parâmetros estabelecidos no artigo 9º". O artigo 9º, por sua vez, não contém exatamente parâmetros[439] de *classificação de acesso* (como visto logo acima), mas parâmetros para justificar o tratamento confidencial de informações e documentos.

Entendemos que o dispositivo deve ser interpretado como garantidor de acesso restrito a todas as informações e documentos que, caso divulgados publicamente, possam indevidamente divulgar a identidade dos signatários de leniência, ou prejudicar os incentivos ao programa de leniência e de TCC, à investigação, e à política nacional de combate às infrações concorrenciais. Mas a Resolução 21/2018 não faz referência a categorias específicas de documentos cujo tratamento de acesso restrito deve ser mantido durante a fase de

[439] Tais parâmetros são, *ipsis literis*: "I – a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador; II – a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade; III – a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica."

instrução do processo administrativo – o que seria preferível, para o propósito de dar mais clareza e segurança jurídica.

Em relação a esta fase de instrução do processo administrativo para imposição de sanção, a Resolução 21/2018 apresenta garantias relacionadas à disponibilização de versões públicas de documentos. Especificamente, menciona que versões públicas da Nota Técnica de instauração do processo e da Nota Técnica final da Superintendência-Geral do Cade devem ser apresentadas nos autos públicos – tal como já é a prática usual do Cade. Apresenta, ainda, as informações que devem sempre constar das versões públicas de tais Notas Técnicas: (i) indicação do representado e representante, se aplicável; (ii) a enunciação da conduta ilícita imputada ao representado; (iii) o resumo dos fatos a serem apurados; (iv) a indicação do preceito legal relacionado à suposta infração.

Estas informações podem ser suficientes para dar conhecimento público acerca da investigação em determinado mercado, em relação a representados nominalmente identificados, e em relação à conduta anticoncorrencial especificada[440].

No caso de as informações e documentos que fundamentam a investigação terem tratamento de acesso restrito (derivadas de acordo de leniência ou TCC), contudo, é possível que as versões públicas das Notas Técnicas não apresentem informações mais específicas sobre a conduta investigada que permita a identificação dos potenciais prejudicados, incluindo aqui a identificação do escopo geográfico e material da conduta, bem como seu período de atuação. Tais Notas Técnicas, portanto, servem ao propósito de dar publicidade aos atos processuais, mas possivelmente não serão suficientes para dar conhecimento a terceiros de que foram potencialmente prejudicados pela conduta anticoncorrencial sendo investigada pelo Cade, dada a falta de detalhes.

Um ponto a destacar, ainda sobre o artigo 10 da Resolução 21/2018, é a referência à fase de instrução do processo administrativo para imposição de sanção como aquela que "se realiza na Superintendência-Geral ou no Tribunal do Cade". Este trecho visa endereçar possíveis entendimentos (tais

[440] Isto é, a necessidade de preservação (i) da investigação e da identidade do proponente-colaborador. (ii) da política nacional de combate às infrações concorrenciais (notadamente dos programas de leniência e TCC); e (iii) da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações concorrenciais

como adotados pelo STJ em 2016[441]) de que a fase de instrução se encerra quando a Superintendência-Geral do Cade emite seu parecer final, após o encerramento da fase de instrução por ela realizada. E, se aí se encerraria a fase de instrução, não seriam cabíveis argumentos relacionados à preservação das investigações do Cade para negar acesso de terceiros a documentos dos processos administrativos respectivos. O Cade entende, entretanto, que a instrução do processo pode ser realizada também no âmbito do Tribunal do Cade, dadas as competências estabelecidas na LDC. É possível, também, que o Tribunal do Cade determine o retorno dos autos à Superintendência-Geral para realização de diligências ou instrução complementar. Por tais razões, a proteção da investigação do Cade exigiria, como regra, a preservação da confidencialidade de certas informações e documentos até a decisão final do Tribunal do Cade[442].

Observamos, como comentário final em relação à fase de instrução que, conforme indicado acima, a Resolução 21/2018 se restringiu a fazer menção específica ao processo administrativo para imposição de sanção – e o artigo 10, ora em comento, faz também referência a este tipo processual. Entretanto, sabe-se que a celebração de um acordo de leniência não é seguida, necessariamente, pela instauração deste tipo de processo. Há casos nos quais a Superintendência-Geral do Cade optou por instaurar um inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica após a celebração de acordo de leniência. Esta pode ser uma opção, por exemplo, para viabilizar a negociação de TCCs com outros investigados antes mesmo da abertura do processo administrativo para imposição de sanção. Considerando a natureza inquisitorial do inquérito administrativo, sua instauração não dá início à uma fase de instrução propriamente dita (sob regime de contraditório), e é natural, portanto, que não haja referência a este tipo de procedimento no item referente à fase de instrução. Embora não haja esclarecimento, tanto na Resolução 21/2018 quanto na Exposição de Motivos sobre a extensão da fase anterior (de negociação e celebração de acordos), devemos entender que ela abrange todo o período entre o início da negociação de um acordo de leniência e TCC até o início da fase de instrução do processo administrativo para

[441] Cf. decisão do STJ, 3ª Turma, no Recurso Especial nº 1.554.986-SP (2015/0219111-7). Recorrentes: Electrolux do Brasil S.A., Whirlpool S.A., Brasmotor S.A. Recorrido: Tecumseh do Brasil Ltda. Decisão proferida em 08 de março de 2016. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze.
[442] No julgamento dos embargos ao acórdão que decidiu o Recurso Especial, o STJ acolheu o entendimento do Cade a este respeito.

imposição de sanções. Este entendimento reflete, por exemplo, o que consta no modelo de Acordo de Leniência utilizado pelo Cade, em sua cláusula 14:

> 14. **Após o início de um inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica** ou de um processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, **quaisquer informações e documentos e outros materiais adicionais apresentados pelos Signatários nos termos do Acordo de Leniência deverão ser tratados pela SG/Cade como de acesso restrito**, desde que tais informações e documentos satisfaçam as exigências de acesso restrito estabelecidas no artigo 53 do Regimento Interno do Cade, ou se a divulgação de tais informações ou documentos puder permitir a identificação dos Signatários pelo público em geral antes da decisão final do CADE com relação ao caso. Da mesma forma, o MPF e o MPE deverão tratar tais informações e documentos adicionais apresentados pelos Signatários como de acesso restrito e deverão solicitar o mesmo tratamento e empregar seus melhores esforços para assegurar a todo tempo o sigilo de tais informações e documentos adicionais se uma ação criminal e/ou cível for iniciada com relação aos fatos sob investigação.[443] (Destaques nossos).

A última fase é a da decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade, a qual "tornará públicos documentos e informações de acesso restrito previstos no §2º do art. 10º." Conforme visto acima, o §2º do artigo 10 não especifica os documentos e informações de acesso restrito, mas faz referência a parâmetros que devem orientar a classificação de documentos como de acesso restrito. A referência deve ser aqui entendida como sendo a todos os documentos classificados como de acesso restrito durante a tramitação do processo administrativo para imposição de sanções com fundamento naqueles parâmetros.

O que este dispositivo determina, portanto, é que quaisquer documentos que não estejam elencados nas exceções à publicidade do artigo 2º da Resolução 21/2018 serão tornados públicos a partir da decisão final do Tribunal do Cade.

Este dispositivo é um dos mais controversos da Resolução 21/2018. Ele não estabelece a *possibilidade* de conceder acesso a terceiros aos documentos até então classificados como de acesso restrito mediante certas

[443] Cf. modelo disponível no sítio eletrônico do Cade. Não sabemos há quanto tempo este modelo é utilizado, mas, a considerar a referência ao ano de 2016 na numeração do exemplo de número do acordo, deduzimos que é utilizado ao menos desde o ano de 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/modelo_acordo-de-leniencia_bilingue.pdf>. Acesso em 03 dez. 2019.

condições e requisitos, mas determina a alteração da classificação de acesso para público *ex officio* pelo Cade.

O procedimento para implementação deste dispositivo, tal como apresentado na Portaria do Cade n. 869, de 01 de novembro de 2019 (Portaria 869/2019), é de que o Conselheiro Relator será responsável por apresentar ao Tribunal do Cade a proposta de publicização dos documentos e informações classificados como de acesso restrito durante a fase da instrução processual. Em seu voto deverá constar indicação dos documentos e informações os quais sugere publicidade. A Portaria ressalva os critérios para tal decisão são os constantes na Resolução 21/2018, e não está condicionada a outros fatores como o tempo da conduta ou gravidade da infração. Os interessados podem se manifestar nos autos por meio de embargos de declaração.

Esta opção, *data vênia*, não nos parece a mais conveniente, pois este tipo recursal se aplica apenas em caso de omissão, obscuridade e contradição, mas a questão relativa à necessidade de revisão da decisão acerca da publicidade dos documentos e informações podem ter outros fundamentos. Ainda, esta opção não é conveniente porque o prazo para embargos de declaração é bastante exíguo, especialmente na hipótese de o representado ter razões para apresentar embargos em relação a outros aspectos da decisão. E a decisão do Tribunal que analisar o "recurso" contra a decisão relativa à publicização de documentos e informações poderá tratar, portanto, também de outras questões relativas à decisão de mérito do processo. De toda forma, retornando à análise do dispositivo, observamos que os "interessados" se refere aos representados cujos documentos e informações seria dada publicidade, mas a redação ampla pode permitir interpretação que terceiros interessados também poderiam se manifestar. Após o trânsito em julgado da decisão, esta será cumprida pela Coordenação-Geral Processual do Cade.

Tal procedimento diverge da prática adotada pelo Cade em todos os processos administrativos já julgados até então, os quais foram instaurados a partir de ou nos quais foram celebrados acordos de leniência e TCCs (vide estudo das decisões do Cade no item 5.7 deste trabalho). Em nenhum daqueles casos o Cade alterou a classificação de acesso para o público ou concedeu acesso a terceiros a documentos classificados como de acesso restrito por terem se originado de acordos de leniência ou TCC.

Entendemos que tal procedimento também diverge do disposto no RiCade acerca de acordos de leniência e TCC (conferir item próprio neste trabalho). Entendemos, *data vênia*, e conforme já exposto, que nem a LDC, nem o RiCade contém dispositivos que permitam interpretar que as regras de confidencialidade se aplicam somente até a decisão final pelo Cade. E, em qualquer hipótese, notamos que a importância de tentar preservar a confidencialidade dos documentos apresentados por colaboradores, dentro dos limites legais, é considerado de grande importância para manter os incentivos aos programas de leniência e TCC.

De fato, pode-se considerar que o procedimento diverge do próprio fundamento utilizado pelo Cade para manter a restrição de acesso a tais documentos e informações durante a fase de instrução. Além do parâmetro de preservação da investigação, o artigo 9º da Resolução 21/2018 menciona a "necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade". A preservação de acordos de colaboração demanda a adoção de mecanismos que evitem a exposição dos signatários e os coloquem em situação mais gravosa e vulnerável em relação aos demais partícipes da infração. E não há razão para entender que esta preservação deve ocorrer apenas durante a fase de instrução do processo no Cade – especialmente considerando que após a decisão do Cade, possivelmente, não estará ainda prescrita a pretensão de persecução em outras esferas, notadamente, por ARDC. Portanto, a preservação da confidencialidade das informações e documentos apresentados por signatários de acordo apenas durante a fase de instrução atenderia muito mais o propósito de preservar a investigação do Cade do que os incentivos aos acordos de colaboração.

5.9.4 Publicidade como regra

A Resolução 21/2018 é estruturada sob a premissa de que a publicidade é a regra para os documentos e informações constantes dos processos administrativos para imposição de sanção, tal como explicitado em seu artigo 1º.

O fundamento deste dispositivo é explicado na Nota Técnica 24/2016, que esclarece, com base no art. 5º, inciso LX da Constituição da

República[444], que a regra geral é a da publicidade dos atos administrativos. Na verdade, o referido dispositivo constitucional determina que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Nota-se que a terminologia adotada é de “atos processuais”, e não atos administrativos.

Tal publicidade, contudo, não é aplicável, necessariamente, desde a fase inicial do processo. O mesmo artigo 1º ressalva que a divulgação dos documentos e informações “ocorrerá na fase processual adequada”, segundo as regras estabelecidas em outros dispositivos. Conforme será explicado abaixo, a Resolução 21/2018 estabelece critérios de tratamento de acesso considerando tanto o tipo de informação ou documento quanto a fase do processo administrativo do Cade. Assim como previsto na Constituição da República e legislação infraconstitucional, a regra de publicidade aceita exceções. A Resolução 21/2018 apresenta tais exceções em seu artigo 2º.

5.9.5 Exceções à regra geral de publicidade

As exceções à regra geral de publicidade dos documentos e informações constantes nos processos administrativos para imposição de sanção são apresentadas em dois grupos. O primeiro refere-se a documentos apresentados por meio de acordo de leniência e TCC, e o segundo grupo refere-se a todas as outras situações. Trataremos de cada uma das hipóteses abaixo.

Considerando outros dispositivos da Resolução 21/2016 que serão tratados posteriormente, os documentos constantes nas exceções à regra geral de publicidade não deverão ser disponibilizados pelo Cade a terceiros em nenhum momento[445], mesmo após proferida decisão final do processo respectivo.

Caso os interessados entendam que outras razões não previstas naquele dispositivo possam justificar a classificação de informações e documentos como de acesso restrito, devem apresentar tais razões, com indicação do dispositivo legal que embase o pedido.

---

[444] Há também outros dispositivos constitucionais relacionados à garantia de publicidade em de atos processuais, tais como o artigo 93, inciso IX e X; artigo 5º, XXXIII; artigo 37, parágrafo 3º, inciso II, dentre outros.

[445] Exceto nas hipóteses legais, notadamente, nas exceções tratadas no artigo 3º da Resolução 21/2016 (expressa determinação legal, decisão judicial específica, autorização do signatário do acordo), e para fins de garantir o direito de defesa e contraditório dos demais representados.

Os interessados podem se manifestar nos autos a qualquer momento para indicar a necessidade de manutenção de acesso restrito de informações e documentos, seja com base na Resolução 21/2018 ou em legislação específica.

5.9.5.1 Documentos e informações apresentados por meio de acordo de leniência e TCC

Em relação ao primeiro grupo de informações e documentos que devem ser tratados como exceção à regra geral de publicidade, assim dispõe a Resolução 21/2018:

> I– o Histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do Cade com base em documentos e informações de caráter auto-acusatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC, em razão do risco à condução de negociações (art. 23, II da Lei nº 12.527/2011), às atividades de inteligência (art. 23, VIII da Lei nº 12.527/2011), e/ou à efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade"[446]

O Histórico da Conduta, tal como visto anteriormente, é elaborado pela Superintendência-Geral do Cade com base nas informações e documentos apresentados pelos signatários do acordo de leniência, ou pela Superintendência-Geral ou Tribunal do Cade, no caso de TCC. Ele contém o relato da infração reportada e é acompanhado dos documentos comprobatórios dos fatos reportados pelos signatários. Caso seja necessário complementar o relato feito inicialmente, por exemplo, quando os signatários descobrem posteriormente maiores detalhes sobre a infração reportada, ou que tal infração tinha um escopo maior do que o inicialmente reportado, o relato destas novas informações (que consubstanciem acusações contra os demais representados) devem ser apresentas por meio de um aditivo ao Histórico da Conduta. Nos termos do dispositivo transcrito acima, o Histórico da Conduta e seus aditivos, quando existentes, devem ter tratamento de acesso restrito em qualquer fase do processo administrativo.

Este dispositivo é o único na Resolução 21/2018 que trata especificamente das hipóteses de restrição de acesso de terceiros a documentos e informações prestados por signatários de acordos de leniência e TCC. Embora

[446] Art. 2º, inciso I da Resolução 21/2018.

outros dispositivos possam se aplicar a documentos por eles apresentados (por exemplo, para resguardar segredo industrial), não há outro dispositivo autorizando a restrição de acesso a informações e documentos especificamente por terem sido apresentados pelos signatários de tais acordos.

Considerando a sensibilidade das informações apresentadas por signatários – que podem conter caráter autoincriminatório, inclusive em relação a outras infrações além da concorrencial ou mesmo crime[447] – e a prática usual do Cade em relação à restrição de acesso (confidencialidade) de tais informações e documentos, o dispositivo em comento gerou amplos debates.

Especificamente, o dispositivo gerou dúvidas acerca do tratamento de acesso a informações e documentos apresentados de outras formas, também de caráter autoincriminatório e apresentados especificamente em razão do acordo de leniência ou TCC. Tais informações e documentos podem ser classificados em três modalidades: (i) anexos ao Histórico da Conduta – especificamente, as provas da infração reportada; (ii) o acordo de leniência em si; e (iii) informações e documentos apresentados ao longo do processo em atendimento ao dever de cooperação com as investigações. Trataremos de cada uma dessas modalidades a seguir.

5.9.5.2 Histórico da Conduta e documentos comprobatórios da infração reportada

O fundamento para inclusão do Histórico da Conduta dentre as exceções à publicidade é a proteção dos incentivos à realização de tais acordos e também a proteção da investigação do Cade (por exemplo, para evitar inviabilizar posterior coleta de documentos por meio de busca e apreensão). As razões para manutenção da confidencialidade de informações e documentos apresentados por signatários de acordos de cooperação constam da Nota Técnica 24/2016 nos seguintes termos:

> Especificamente quanto aos Acordos de Leniência e TCC, a Lei nº 12.529, de 2011, confere tratamento confidencial aos documentos e às

[447] Por ex., crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990), outros crimes diretamente relacionados à prática de cartel (tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

> informações fornecidos no âmbito de tais negociações, visando justamente a resguardar os incentivos das partes em buscar ambos os instrumentos, considerados pilares da persecução pública a cartéis no País. A confidencialidade do Acordo de Leniência está prevista em lei federal (art. 86, §9º), em regulamento infralegal (art. 200, §§ 1º e 2º do Ricade), e também em cláusulas do próprio Acordo celebrado entre os signatários e o Cade com a intervenção do Ministério Público. Isso também acontece no âmbito dos TCC, cuja confidencialidade consta de lei federal (art. 85, §5º), de regulamento infralegal (art. 179, §3º do Ricade), e de cláusulas do próprio TCC.
> Observa-se, ainda, que a confidencialidade das informações e dos documentos consubstancia tanto um direito quanto uma obrigação do proponente dos acordos, já que o acesso indevido a documentos e informações pode gerar prejuízos irreversíveis, não apenas às partes, mas também à investigação do cartel e ao Programa de Leniência e de TCC do Cade como um todo. Por um lado, a quebra da confidencialidade com relação ao signatário do Acordo de Leniência (ou compromissário do TCC) pode expô-lo isolada e antecipadamente em relação aos demais coautores da conduta anticompetitiva que não colaboraram com o Cade, e pode expor também informações concorrencialmente sensíveis, tais como segredos comerciais. Por outro lado, com relação à investigação do Cade, a quebra da confidencialidade pode inviabilizar a coleta ulterior de evidências sobre o cartel, por meio, por exemplo, de uma busca e apreensão. Ainda, especialmente no que tange à efetividade dos Programas de Leniência e de TCC, a quebra da confidencialidade pode macular a confiança na capacidade da agência antitruste em proteger tais informações e documentos, prejudicando a descoberta e a persecução de novos cartéis que continuem a ser implementados no País. [448]

O trecho colacionado indica de forma relativamente enfática a importância de manutenção de confidencialidade de “documentos e informações” – de forma genérica – fornecidos no âmbito de acordos de cooperação, e faz referência a outros dispositivos que assegurariam tal confidencialidade, os quais não são mencionados na Resolução 21/2018.

A redação do supratranscrito inciso I do artigo 2º da Resolução 21/2016, entretanto, faz referência apenas ao Histórico da Conduta e aditivos de acordos de leniência e TCC.

A interpretação deste dispositivo poderia indicar que (i) o Histórico da Conduta incluiria, necessariamente, seus anexos – especificamente, as provas da conduta reportada, apresentas pelos signatários dos acordos; ou (ii) o acordo de leniência em si também estaria englobado na proteção de confidencialidade; ou (iii) apenas o Histórico da Conduta e eventuais aditivos (versões adicionais de Históricos da Conduta, por aditamento) estariam englobados na restrição de acesso.

---

[448] Cf. parágrafos 88 e 89 da Nota Técnica 24/2016.

A primeira hipótese teria como fundamento o fato de que os anexos do Histórico da Conduta consubstanciam parte integral do documento e, portanto, incluem-se na restrição à publicidade. Afinal, se o propósito da confidencialidade do Histórico da Conduta é manter os incentivos aos acordos de cooperação, não faria sentido manter confidencial o relato da infração elaborado e assinado pela autoridade concorrencial, mas disponibilizar publicamente (mesmo que após a decisão final do Cade) os documentos que comprovam a infração.

A publicização das "provas" apresentadas pelos signatários poderia configurar, inclusive, ofensa aos termos do acordo firmado, bem como ao RiCade e, eventualmente, a LDC – tal como manifestado pela Superintendência-Geral do Cade, no trecho supratranscrito da Nota Técnica 24/2016. Em relação à possível ofensa aos termos do acordo, observa-se que o modelo de acordo de leniência disponibilizado pelo Cade (com a ressalva de que alterações a este modelo devem ser excepcionais), contém dispositivos assegurando a confidencialidade do acordo e do Histórico de Conduta, incluídos seus anexos, tais como:

> 12. **O conteúdo deste Acordo de Leniência e do "Histórico da Conduta" elaborado pela SG/Cade e todos os documentos e outros materiais anexados são de acesso restrito e não serão divulgados ao público, mesmo após a eventual instauração de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica ou processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica** pelas autoridades concorrenciais brasileiras e/ou instauração de um procedimento criminal pelo MPF e o MPE, ressalvado o exercício de contraditório e da ampla defesa dos demais envolvidos na conduta, ordem judicial ou autorização expressa dos Signatários. **Estes documentos e informações também não serão compartilhados com terceiros, inclusive em processos judiciais em outras jurisdições**, salvo na hipótese de ordem judicial brasileira ou autorização expressa dos Signatários. A identidade dos Signatários será tratada como de acesso restrito perante o público até o julgamento final pelo CADE de eventual processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, relativo à Infração Relatada, ocasião em que, se cabível, serão reconhecidos os benefícios enumerados no artigo 86, §4º, inciso I, e artigo 87 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Caso haja necessidade de divulgação ou compartilhamento por determinação judicial ou qualquer outra obrigação legal indisponível, os Signatários deverão ser informados previamente da necessidade de publicidade do conteúdo e o acesso será concedido exclusivamente para o destinatário da ordem judicial e/ou para o detentor da prerrogativa legal indisponível, preservando-se o acesso restrito ao público em geral.
> [...]
> 13.1. Quando apresentarem requerimento perante o Poder Judiciário de mandado de busca e apreensão, assim como outras diligências, de acordo com a legislação concorrencial brasileira, **SG/Cade e/ou das autoridades**

> **criminais competentes irão requerer acesso restrito a informações e documentos de acesso restrito apresentados pelos Signatários e empregarão seus melhores esforços para assegurar o sigilo dos autos de acesso restrito no âmbito do Poder Judiciário**.[449] (Destaques nossos)

O estudo das decisões do Cade, apresentada no item 5.7 deste trabalho, indicou que o Cade nunca disponibilizou voluntariamente, nos autos públicos do processo, mesmo após a decisão final proferida por seu Tribunal, os documentos comprobatórios dos fatos relatados apresentados pelos signatários de acordos. Este estudo também indicou, contudo, que tem se tornado prática usual a inclusão de imagens de alguns desses documentos na versão pública dos votos do Cade. Esta prática é questionável, em vista das regras de confidencialidade aplicáveis aos acordos de leniência e TCCs, tal como apresentado ao longo deste trabalho. E deveria, ao nosso ver, ser evitada, especialmente na hipótese de se considerar que os anexos do Histórico da Conduta ou os documentos comprobatórios da infração reportada apresentados pelos signatários constituem exceção à regra de publicidade de documentos e informações. A inclusão de imagem dos documentos nas versões públicas dos votos poderia ser substituída por breve descrição do seu conteúdo – o que já constitui, por si, prática mais liberal em relação à publicização de informações apresentadas por signatários de acordos do que adotada pela Comissão Europeia, por exemplo, tal como demonstrado no estudo que referimos acima.

Embora esta interpretação nos pareça a mais coerente com o arcabouço legislativo e a prática usual do Cade, observamos que ela inclui, na mesma categoria de restrição de acesso, documentos de naturezas diversas. Isto é, a hipótese abarcaria na mesma classificação o Histórico da Conduta – que é elaborado especificamente para o acordo, de conteúdo autoincriminatório – e os documentos comprobatórios do quanto reportado no Histórico da Conduta – que são preexistentes ao acordo.

Esta ressalva nos remete à Diretiva 2014/104/UE, que determinou critérios de confidencialidade distintos para essas duas categorias de documento.

---

[449] Fazemos referência ao modelo disponível no sítio eletrônico do Cade nesta data de 3 de dezembro de 2019. Não sabemos há quanto tempo este modelo é utilizado, mas, a considerar a referência ao ano de 2016 na numeração do exemplo de número do acordo, deduzimos que o modelo é utilizado ao menos desde o ano de 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/modelo_acordo-de-leniencia_bilingue.pdf>. Acesso em 03 dez. 2019.

Adotou o entendimento de que o Judiciário não pode determinar o acesso de terceiros às declarações apresentadas por signatários de acordo de leniência[450], bem como às propostas de acordo, em nenhum momento – mesmo após a decisão final da autoridade concorrencial. O fundamento desta proibição total e irrestrita é que tais declarações (que englobam o que no Brasil é denominado de Histórico da Conduta, mas também outras declarações apresentadas pelos signatários) têm caráter autoincriminatório e foram produzidas especificamente em razão do acordo de cooperação. Ou seja, só existem por causa do acordo, e não poderiam ser obtidas de nenhuma outra forma. O tratamento determinado para esses documentos foi diverso daquele referente aos documentos comprobatórios dos fatos reportados pelos signatários, que são preexistentes ao acordo e poderiam, eventualmente, ser acessíveis de outras formas (por exemplo, por meio de busca e apreensão). Em razão desta diferença, a Diretiva não inclui estes documentos comprobatórios na proibição absoluta de acesso por terceiros, permitindo que o Judiciário possa autorizar o acesso por terceiros, após a decisão final da autoridade concorrencial, a depender da análise do caso concreto e dos requisitos constantes na Diretiva (e em legislação nacional de cada Estado-Membro). Destaca-se que a Comissão Europeia não disponibiliza publicamente tais documentos comprobatórios, e não inclui cópias ou transcrições deles na versão pública de suas decisões. O acesso a tais documentos por terceiros ocorre, portanto, apenas mediante determinação judicial, após a análise de requisitos específicos e para uso em ARDC (no âmbito da qual a confidencialidade deve ser mantida).

De fato, como apresentado anteriormente, a União Europeia adotou três classes de documentos: (i) aqueles com proibição total e irrestrita de acesso por terceiros mesmo após o fim da investigação pela autoridade de concorrência; (ii) aqueles que devem permanecer confidenciais durante a investigação da autoridade concorrencial, mas podem ser acessados por terceiros após a decisão da autoridade, mediante ordem judicial; e (iii) aqueles que podem ser acessíveis publicamente mesmo durante tal investigação.

Já a Resolução 21/2018 adotou uma estrutura semelhante em relação aos itens “(i)” e “(iii)”, mas um pouco diversa em relação ao item “(ii)”.

[450] Relembra-se que os acordos de leniência no âmbito da União Europeia devem ser entendidos como englobando também o que no Brasil é denominado TCC (pois acordos de leniência podem ser firmados por outros representados, não apenas o primeiro a se habilitar perante a autoridade).

Enquanto na Diretiva a possibilidade de acesso por terceiros àquela categoria de documentos é dependente de ordem judicial, a Resolução 21/2018 estabelece que o próprio Cade, de forma voluntária, deverá transladar para os autos públicos, após a decisão final do Tribunal do Cade, os documentos daquela categoria – quais seja, documentos que devem permanecer confidenciais durante a investigação e não se enquadram nas exceções absolutas de confidencialidade do item "(i)".

Considerando esta estrutura, parece-nos que a interpretação apresentada acima é, de fato, a mais coerente com o sistema jurídico atual. Dado que os documentos não constantes na restrição de acesso absoluta serão automaticamente disponibilizados nos autos públicos do processo após a decisão final do Tribunal do Cade, entendimento diverso consistiria potencialmente em grande desincentivo aos acordos de cooperação. Ainda, seria diverso da prática usual do Cade, dos termos dos acordos de cooperação vêm sendo adotados pelo Cade, e diverso também das melhores práticas adotadas pelas principais autoridades de concorrência do mundo. Destacamos que nosso entendimento aqui manifestado diz respeito à divulgação de documentos de caráter autoincriminatório apresentados no âmbito de acordos de leniência e TCC, de forma voluntária pelo Cade, nos autos públicos.

De toda forma, considerando a possibilidade de o Judiciário entender que estes documentos comprobatórios pré-existentes ao acordo de cooperação poderiam, em determinadas situações, ser disponibilizados a terceiros em ARDC, a redação da Resolução não facilita a argumentação de que o tratamento de tais documentos deveria ser distinto do tratamento do Histórico da Conduta. Isto é, parece-nos que o Cade tinha como objetivo, na Resolução 21/2018, criar uma regra que sustentasse o argumento de que o Histórico da Conduta não poderia ser, em nenhuma hipótese, disponibilizado a terceiros. Entretanto, a interpretação de que a restrição de acesso aplicada aos Históricos da Conduta incluiria restrição aos seus anexos, e, portanto, todos os documentos comprobatórios pré-existentes, afasta a existência de uma regra de restrição absoluta de acesso especificamente para o Histórico da Conduta isoladamente (isto é, sem inclusão daqueles documentos comprobatórios). Embora a Resolução 21/2018 não seja vinculante ao Judiciário, seria conveniente que suas regras fossem mais claras e objetivas sobre o tema em questão.

Outra interpretação possível à exceção com inciso I do artigo 2º da Resolução 21/2018 é que apenas o Histórico da Conduta e seus aditivos (versões adicionais de Históricos da Conduta, por aditamento), excluídos anexos ao Histórico da Conduta (que incluiriam as provas dos fatos reportados), seriam exceção à regra da publicidade. E, portanto, os documentos comprobatórios da infração reportada apresentada pelos signatários poderiam ter tratamento confidencial durante o trâmite do processo, mas seriam automaticamente trasladados aos autos de acesso público após a decisão final do Tribunal do Cade. Tal como exposto acima, tal interpretação representaria, ao nosso ver, não apenas desincentivo à negociação de acordos de cooperação com o Cade, como possivelmente constituiria ofensa aos termos do acordo firmado entre signatários e autoridade (considerando as regras usualmente adotadas) e seria contrária à interpretação corrente e usual, adotada pelo próprio Cade, de seu Regimento Interno. Novamente destacamos que nos referimos, aqui, à hipótese de divulgação de documentos de caráter autoincriminatório apresentados no âmbito de acordos de leniência e TCC, de forma voluntária pelo Cade, nos autos públicos.

Finalmente, destacamos que as outras hipóteses de exceção à publicidade podem determinar a manutenção de confidencialidade de determinados documentos, ou trechos de documentos, tendo em vista seu conteúdo, mesmo após a decisão final do Tribunal do Cade.

5.9.5.3 Tratamento do acordo de leniência

No item que trata da exceção à regra geral de confidencialidade em relação a acordos de leniência e TCC, como visto, há menção expressa apenas ao Histórico da Conduta e seus aditivos. Os outros documentos elaborados ou apresentados por ocasião da proposta e celebração do acordo não são expressamente referidos. Além dos documentos que comprovam os fatos relatados, tratados no tópico acima, um outro documento essencial para celebração desse tipo de acordo é o termo do acordo em si. O acordo de leniência contém as obrigações e direito das partes, e contém uma cláusula específica por meio da qual “cada signatário confessa ter participado da infração relatada conforme descrito no ‘Histórico da Conduta’”.

A prática usual do Cade é de não divulgar o acordo de leniência nos autos públicos, mesmo após proferida a decisão final. Já o termo de acordo do outro tipo de acordo de colaboração, o TCC, possui caráter público por determinação da LDC. Uma diferença significativa entre os dois tipos de acordo, considerando as disposições da LDC, é que a confissão da participação na infração relatada é requisito obrigatório em acordo de leniência, ao passo que a confissão não é exigida para TCC. O Cade, entretanto, por meio de regulamentação própria, e no âmbito da discricionariedade para negociação de acordos de TCC, considerando critérios de conveniência e oportunidade, impõe como mandatório o "reconhecimento de participação na conduta investigada" para TCC relativo a investigação de conduta concertada[451].

Considerando que o acordo de leniência não contém o relato da infração relatada – o qual se encontra no Histórico da Conduta –, poder-se-ia questionar se este acordo constitui efetivamente um documento de caráter autoincriminatório, e se sua divulgação poderia colocar os signatários em situação mais gravosa em relação aos demais participantes da infração.

Um argumento que confirmaria o caráter autoincriminatório e, ou, prejudicial aos signatários considera que, mesmo que o Histórico da Conduta seja mantido confidencial, a versão pública das decisões do Cade contém, usualmente, muitas referências ao conteúdo do Histórico da Conduta, e até mesmo cópias de documentos (provas) apresentadas pelos signatários de leniência. Portanto, indiretamente, seria possível relacionar diretamente a quais fatos e infração os signatários confessaram a participação.

Já no sentido contrário, poder-se-ia considerar que, como a confissão de participação na infração relatada é mandatória em acordo de leniência, a divulgação do acordo contendo esta confissão seria irrelevante, ou desnecessária, para atestar tal confissão.

Levando em consideração a sensibilidade do tema de incentivos e desincentivos à celebração de acordos de leniência e impactos no *enforcement* público, a decisão acerca da divulgação pública do acordo de leniência deve ponderar bem os riscos ao programa de leniência, cotejando a importância de

[451] Conduta concertada engloba acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes e de promoção, obtenção ou influência a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes. Cf. art. 183 e seguintes do RiCade.

acesso ao documento por eventuais prejudicados pela infração concorrencial relacionada. Especialmente na hipótese de se constatar que o acesso a tal documento não é essencial para fundamentar as alegações dos prejudicados – ou seja, tal fundamentação poderia ser feita por outros meios que ofereçam menos riscos ao programa de leniência – a autoridade de defesa da concorrência deveria optar pela não divulgação voluntária do documento.

Na mesma linha de argumentação apresentada logo acima, de que a referência ao Histórico da Conduta englobaria os seus anexos (e, portanto, as provas dos fatos relatados pelos signatários), seria possível interpretar que a exceção à publicidade do artigo 2º da Resolução 21/2018 abrange também o acordo de leniência. Contudo, a ausência de referência expressa permite formular entendimento diverso. Considerando que, até o presente momento, o Cade não se manifestou acerca da forma como qual tal dispositivo deverá ser interpretado e aplicado, a dúvida permanece – o que, infelizmente, afeta o propósito de utilizar a Resolução 21/2018 para dar clareza e maior segurança jurídica sobre a forma pela qual os documentos dos processos do Cade deverão ser tratados pela autarquia e, idealmente, servir de referência também para as decisões a serem tomadas pelo Poder Judiciário.

5.9.5.4 Tratamento de outras informações e declarações auto-acusatórias

Além dos documentos apresentados e produzidos pelos signatários de acordo de leniência e TCC por ocasião da negociação e celebração do acordo de leniência, outros documentos, informações e declarações são apresentadas por eles ao longo do processo. A obrigação de colaboração com as investigações, como visto, se aplica até a decisão final proferida pelo Tribunal do Cade no processo correspondente.

Embora os signatários também apresentem informações e documentos adicionais voluntariamente – descobertos após investigações adicionais realizadas após a celebração do acordo – muitas dessas informações e documentos são apresentados por solicitação da Superintendência-Geral ou Tribunal do Cade. Tal solicitação, por sua vez, pode ser motivada por requerimentos formulados pelos demais representados no processo, tal como oitiva dos signatários. Em oitivas, os representados poderão requerer esclarecimento de

determinados fatos aos signatários, os quais possivelmente relatariam os fatos constantes no Histórico da Conduta e eventualmente apresentam informações e detalhes adicionais.

Portanto, em certa medida, as declarações apresentadas em oitivas, por exemplo, contém o mesmo tipo de declaração constante no Histórico da Conduta – e até com uma agravante, dado o fato que, nas oitivas, a declaração é pessoal dos signatários pessoas naturais, enquanto que o Histórico da Conduta é elaborado pela Superintendência-Geral com base em informações obtidas pelos signatários (pessoas naturais e pessoas jurídicas).

As razões que justificam a manutenção de confidencialidade do Histórico da Conduta, portanto, aplicam-se integralmente às declarações apresentadas pelos signatários de leniência de mesma natureza, tal como por meio de depoimento pessoal durante oitivas – e por qualquer outro meio, seja escrito ou verbal.

Contudo, a redação do artigo 2º da Resolução 21/2018, como visto, se restringe ao "Histórico da Conduta e seus aditivos", em relação a "documentos e informações de caráter auto-acusatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação" do acordo de leniência e TCC. Destaca-se a referência ao âmbito da negociação do acordo, que ressalta o momento temporal de fornecimento das informações e documentos como aquele que precede e se encerra com a celebração do acordo – e, portanto, não engloba a fase de instrução e decisão do processo.

Entendemos que melhor redação, que apresentaria coerência com o fundamento desta exceção e propósito de proteção aos incentivos aos acordos de colaboração e *enforcement* público, seria estender a exceção a todas as informações e documentos de mesma natureza submetidos a qualquer tempo, isto é, aqueles "de caráter auto-acusatório submetidos voluntariamente" no âmbito do acordo de leniência ou TCC.

5.9.5.5 Restrições previstas nos artigos 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011

A Resolução 21/2018 faz referência a dispositivos da LDC que tratam sobre a questão de confidencialidade. O artigo 44, § 2º da LDC dispõe que

o RiCade irá definir o procedimento para que uma informação seja tida como sigilosa. As hipóteses de classificação de acesso restrito segundo o RiCade foram tratadas nos itens 5.2 e 5.4 deste trabalho, razão pela qual não serão novamente referidas aqui.

A menção a tal dispositivo legal na Resolução 21/2018 não apenas esclarece que as regras do RiCade permanecem válidas, como determina que as informações classificadas como de acesso restrito segundo o RiCade devem permanecer com tal classificação mesmo após a decisão final pelo Tribunal do Cade, não podendo ser disponibilizadas a terceiros.

Este dispositivo traz reflexões relevantes quando cotejado com o artigo 11 da Resolução 21/2018. Conforme indicado acima, este artigo 11 determina que a decisão final do Cade tornará público os documentos e informações de acesso restrito como tal classificados durante a fase de instrução, segundo os parâmetros do artigo 9º (em resumo, necessidade de preservação da investigação, da política nacional de combate às infrações concorrenciais – notadamente dos programas de leniência e TCC –, e da participação do Brasil em programas internacionais de combate a infrações concorrenciais).

O cotejo entre os dois dispositivos permitiria interpretar que a decisão final do Cade não ensejaria publicidade de todos os documentos e informações que não se enquadrem na hipótese do artigo 2º da Resolução 21/2018. Outros documentos e informações, cuja classificação de acesso restrito seja autorizada nos termos do RiCade, não deveriam ser disponibilizados nos autos públicos após a decisão final do Cade.

O outro artigo da LDC mencionado na Resolução 21/2018, artigo 49, já foi também tratado neste trabalho. Refere-se à autorização para a Superintendência-Geral do Cade, bem como o Tribunal do Cade, adotar tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação de fatos ou exigidos pelo interesse da sociedade. O artigo não especifica período ou fase processual na qual tal confidencialidade pode ser mantida, ficando, portanto, a critério da autoridade decidir, com base nas regras específicas dispostas em seu RiCade.

Os demais artigos citados, artigos 85, §5º e 86, §9º, dispõe sobre a confidencialidade das propostas de TCC e de acordo de leniência, respectivamente.

5.9.5.6 Segredo industrial

O segredo industrial não é especificado como hipótese para concessão de tratamento de acesso restrito pelo RiCade, embora seja usualmente considerado como um "segredo de empresa", hipótese esta indicada no RiCade.

Na Resolução 21/2018, o segredo industrial é incluído entre as exceções do artigo 2º com referência a dispositivos da LAI[452] - artigos 22 e 23, inciso VIII. Entretanto, embora o primeiro seja referente a segredo industrial, o último diz respeito a outro assunto, qual seja, 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". Ou seja, relaciona-se mais com o artigo 49 da LDC do que com a hipótese de segredo industrial.

5.9.5.7 Vantagem competitiva a outros agentes econômicos

A hipótese de confidencialidade de informações e documentos relativos à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos é apresentada com referência a dispositivo do Decreto que regulamenta a LAI. O artigo 5º, § 2º do Decreto 7.724, de 16 de maio de 2012 dispõe que:

> § 2º Não se sujeitam ao disposto neste Decreto as informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos.

[452] Seu artigo 22 dispõe que "O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público"; e o artigo 23, VIII dispõe que "São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação 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."

A proteção de informações de natureza concorrencialmente sensível é, indubitavelmente, alinhada com o propósito da LDC, sendo natural a preservação de sua confidencialidade.

5.9.5.8 Sigilo fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial, dentre outros, e segredo de justiça

Novamente a hipótese de confidencialidade é apresentada com referência a dispositivo do decreto que regulamenta a LAI. O artigo 6º, incisos I e II, dispõe que o acesso à informação disciplinado no Decreto não se aplica:

> I - às hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça; e
> II - às informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma do §1º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011.[453]

5.9.5.9 Hipóteses dos artigos 91 a 94 e 219 do RiCade

Os artigos do RiCade mencionados, vigentes na época de publicação da Resolução 21/2018 equivalem aos artigos 50 a 53 da versão vigente atualmente. Comentários a tais dispositivos foram apresentados no item 5.2 deste trabalho.

5.9.5.10 Sigilo definido por decisão judicial

Este dispositivo apenas reforça uma regra aplicável independentemente de qualquer regulamentação expedida pelo Cade. Decisões judiciais devem ser respeitadas por quaisquer órgãos, entidades ou pessoas.

---

[453] Trata-se de uma referência circular ao artigo da LAI – ambos os dispositivos contêm a mesma redação. Vide caput e § 1º do artigo 7º da LAI: "*Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: § 1º O acesso à informação previsto no caput não compreende as informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.*"

5.9.5.11 Apresentados durante negociação de acordo de leniência ou de TCC subsequentemente frustrada

Em relação a acordos de leniência, a LDC dispõe que “Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo” (artigo 86, parágrafo 9º). Já o artigo 205 do RiCade determina que a proposta de acordo de leniência rejeitada não importará em confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada, e que sobre tal proposta “não se fará qualquer divulgação”. Trata-se de um requisito essencial da política de acordos de leniência. Dado que as informações e documentos apresentados durante a negociação e proposta de acordo tem caráter autoincriminatório, é natural que a confidencialidade seja requisito essencial na fase de negociação ou em caso de rejeição ou desistência de apresentação de proposta. De outra forma, o proponente iria se expor a persecução em várias esferas, sem qualquer garantia de concessão dos benefícios assegurados aos signatários de acordos de leniência que cumpram as obrigações assumidas (especialmente, benefícios de extinção da ação punitiva da administração pública e extinção da punibilidade de crimes relacionados).

Já em relação à negociação de TCC, a Resolução 21/2018 introduz uma segurança maior, em questão de confidencialidade, do que a prevista no RiCade para a fase de negociação posteriormente frustrada. Embora a prática usual seja a de concessão de acesso restrito para a fase de negociação de TCC, o artigo 178, parágrafo 3º do RiCade dispõe que tal tratamento de acesso *poderá* ser deferido:

> § 3º A critério do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, poderá ser deferido tratamento de acesso restrito à apresentação do requerimento, aos seus termos, ao andamento processual e ao processo de negociação.
> [...]
> § 5º O protocolo do requerimento de termo de compromisso não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta objeto do processo administrativo, do inquérito administrativo ou do procedimento preparatório de inquérito administrativo.

Portanto, a Resolução 21/2018 assegura o tratamento de acesso restrito dos documentos apresentados durante negociação de acordo de colaboração que seja subsequentemente frustrada, incorporando a prática usual do

Cade e uniformizando o tratamento dado, pelo RiCade, à negociação de acordos de leniência.

5.9.6 Ressalva acerca da concessão de acesso aos documentos referidos no artigo 2º da Resolução 21/2018 e da atuação da ProCade

Os documentos referidos no artigo 2º da Resolução 21/2018, conforme visto, constituem exceções à regra geral de publicidade, e serão mantidos como de acesso restrito mesmo após a decisão final pelo Tribunal do Cade.

Há exceções, entretanto, a tal regra, nos termos do artigo subsequente. São elas (i) expressa determinação legal; (ii) decisão judicial específica; (iii) autorização do signatário do acordo de leniência ou TCC, com anuência do Cade e desde que não haja prejuízo à investigação; e (iv) cooperação jurídica internacional, com as mesmas condições do item "iii" antecedente.

Para análise dos pedidos de excepcional concessão de acesso, certos critérios e condições devem ser analisadas:

> I – a legitimidade do requerente;
> II – os fatos e fundamentos específicos que embasam o requerimento;
> III – a razoabilidade e a proporcionalidade do requerimento;
> IV – a fase processual da investigação no Cade, conforme a Seção II desta Resolução;
> V – a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador;
> VI – a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade;
> VII – a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica.[454]

Entendemos que a necessidade de análise destes critérios é indubitavelmente pertinente, pois destaca as linhas gerais que fundamentam as regras de tratamento de acesso pelo Cade. Destaca-se a pertinência de destacar como critério a hipótese de necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador – embora a LDC ou RiCade não utilizem a terminologia "colaborador", entende-se que se refere aos proponentes ou signatários de acordos de leniência (cuja identidade deve ser preservada até o julgamento pelo Tribunal

[454] Parágrafo único do artigo 3º da Resolução 21/2018.

do Cade, nos termos do RiCade), mas pode também se referir aos proponentes ou signatários de TCC[455].

Observamos aqui uma relação com o procedimento adotado pela União Europeia na Diretiva 2014/104/UE, na qual também constam critérios a serem observados no processo de decisão acerca de qualquer pedido de acesso a documentos e informações que sejam classificadas como de acesso restrito (conferir artigos 5º ao 8º). Na Diretiva, contudo, a possibilidade de concessão de acesso a terceiros trata especificamente da hipótese de acesso a informações e documentos para embasar ações de reparação por danos concorrenciais. Limita, portanto, ainda mais, o escopo da autorização de acesso, e direciona a análise a ser feita em relação à legitimidade, proporcionalidade, vedação de "*fishing expedition*"[456], dentre os outros critérios.

Um ponto relevante adotado na Diretiva[457], mas não incorporado na Resolução 21/2018 pelo Cade, embora tenha havido sugestões a respeito[458], é a garantia de que as pessoas de quem se requer a divulgação (de documentos e informações) tenham a oportunidade de ser ouvidas antes da decisão que autorizar o acesso requerido por terceiros. A Resolução 21/2018 apenas dispõe que os interessados "poderão se manifestar nos autos para indicar a necessidade de manutenção do acesso restrito", mas falta a garantia de que os representados terão conhecimento de pedidos de acesso realizados por terceiros fora do processo do Cade. Tal garantia é assegurada apenas ao próprio Cade, visto que os signatários de acordos de leniência ou TCC devem informá-lo acerca de quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais "que sejam de seu conhecimento, no Brasil ou no exterior, que versem sobre acesso a documentos e informações oriundos do mesmo Acordo de Leniência e/ou TCC em negociação ou já celebrados com o Cade."[459]

---

[455] Embora a identidade dos signatários de TCC seja revelada por ocasião da análise de proposta de acordo pelo Tribunal do Cade (antes, portanto, do julgamento do processo), sua identidade deve ser preservada durante a negociação do acordo e, especialmente, em caso de negociação frustrada (sem apresentação de proposta ao Cade). Observa-se que há outra referência ao termo "colaborador" na Resolução 21/2018 no artigo 9º, inciso I.

[456] Cf. item 2, alínea b, do artigo 5º da Diretiva 2014/104: "O âmbito e os custos da divulgação, em especial para os terceiros interessados, inclusive para evitar pesquisas não específicas de informação de relevância improvável para as partes no processo."

[457] Cf. item 7 do artigo 7: "Os Estados-Membros asseguram que as pessoas de quem se requer a divulgação tenham oportunidade de ser ouvidas antes de o tribunal nacional ordenar a divulgação nos termos do presente artigo."

[458] Cf. comentários à Consulta Pública 5/2016 (e renovada em 2018) por entidades tais como IBRAC e Cecore/OAB/SP.

[459] Cf. artigo 5º da Resolução 21/2018.

Retomando o dispositivo que trata das hipóteses excepcionais de concessão de acesso a documentos de acesso restrito, e com o objetivo de "preservar e disseminar os aspectos previstos no art. 3º", o Cade poderá determinar à Procuradora Federal Especializada junto ao Cade (ProCade) que, no âmbito de sua competência, atue de duas formas.

A primeira é pela intervenção nos processos que direta ou indiretamente envolvam a questão do acesso a documentos e informações que tenham tratamento de acesso restrito nos termos do artigo 2º da Resolução 21/2018 – ou seja, aqueles que o Cade deverá classificar como de acesso restrito e não poderão ser disponibilizados a terceiros mesmo após a decisão final do Tribunal do Cade. Este dispositivo está alinhado com dispositivo da LDC que estabelece que o Cade deve ser intimado para, querendo, intervir em processos judiciais que se discuta a aplicação da LDC, na qualidade de assistente – e com o fato de que a ProCade tem competência para representar o Cade em juízo. A LDC também dispõe que o Superintendente-Geral do Cade pode requerer à ProCade "as providências judicias relativas ao exercício das competências da Superintendência-Geral", e que o Plenário do Tribunal do Cade pode requerer à ProCade a "adoção de providências administrativas e judiciais"[460]. Portanto, ao nosso ver, o dispositivo da Resolução 21/2018 não inova, mas apenas ratifica a possibilidade de o Cade requerer a atuação da ProCade nos feitos que digam respeito à LDC e à Resolução 21/2018.

Já a segunda hipótese é que a ProCade atue para requerer a suspensão de ações judiciais e extrajudiciais que possam comprometer a política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, "notadamente, os Programas de Leniência e de TCC do Cade, e/ou investigação, até a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade." Tal pedido de suspensão estaria fundamentado no artigo 313, inciso V, alínea b, do Código de Processo Civil (CPC).

O procedimento de suspensão de processos judiciais com o objetivo de evitar prejuízos a processos de investigação de autoridades concorrenciais ainda em curso é adotado em outras jurisdições do mundo. Tal suspensão seria necessária, notadamente, nos casos em que as partes no

[460] As transcrições são do artigo 9º, inciso XIII e 14, inciso III, da LDC.

processo judicial tenham direito à produção de determinada prova cuja apresentação possa resultar em danos à investigação da autoridade concorrencial.

Portanto, a suspensão do processo judicial visa postergar a apresentação de informações e documentos, nos autos judiciais, a terceiros que não sejam parte na investigação da autoridade de defesa da concorrência.

O fundamento do pedido de suspensão indicado na Resolução 21/2018 é o seguinte dispositivo do CPC:

> Art. 313. Suspende-se o processo:
> [...]
> V - quando a sentença de mérito:
> [...]
> b) tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo.

Embora a proposta de suspensão de processo judicial possa ser positiva, caso seja a alternativa que viabilize a preservação da investigação do Cade e o exercício do *enforcement* público, a hipótese do artigo transcrita acima não é específica para esta situação. Alguns questionamentos podem surgir, por exemplo, acerca do enquadramento do Cade, uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, na hipótese de "produção de certa prova, requisitada a outro juízo" (destaques nossos). Caso a interpretação seja ampla, a hipótese seria aplicável; mas o mesmo não ocorreria se a interpretação for de que a hipótese é de requisição de produção de prova a outro juízo integrante do Poder Judiciário. Superada esta questão, a hipótese dependeria ainda do reconhecimento de que a sentença de mérito *dependeria* da verificação de determinado fato que poderia ser comprovado pela produção de prova consistente no compartilhamento de informações e documentos do processo do Cade.

De toda forma, a suspensão do processo judicial nesta hipótese nunca poderá exceder um ano – tempo relativamente curto, a depender do estágio do processo em trâmite no Cade e momento de requisição de acesso.

5.9.7 Problema de aplicação temporal

A Resolução 21/2018 não esclarece o critério temporal de sua aplicação em relação aos acordos de leniência e TCC. Ao entrar em vigor, havia

diversas situações em curso: (i) acordos já assinados, relativo a processo já encerrados; (ii) acordos já assinados, relativos a processos ainda em curso; (iii) acordos cuja negociação já havia iniciado antes da entrada em vigor, mas a assinatura só ocorreu posteriormente.

A resposta foi dada pelo Tribunal do Cade, em decisões proferidas após decorrido mais de um ano da publicação da Resolução 21/2018.

No julgamento do processo administrativo n. 08700.007938/2016-41, ocorrido em 11 de dezembro de 2019, a Conselheira Relatora Paula Farani de Azevedo Silveira proferiu seu voto, no qual apresentou informações apresentadas por signatários de TCC. Na mesma sessão, o Conselheiro Luiz Hoffmann pediu vista com o objetivo de analisar a situação específica de um representado. Contudo, posteriormente trouxe à discussão argumento trazido por signatário de TCC de que informações e documentos apresentados no âmbito deste TCC deveriam ter sua confidencialidade mantida, embora tenham sido citados no voto já proferido pela Conselheira Relatora. Entendeu que o argumento era procedente, visto que o acordo de TCC fora assinado anteriormente à vigência da Resolução 21/2018.

A fim de tratar da controvérsia o Presidente Alexandre Barreto de Souza proferiu voto-vogal. Acerca da questão levantada pelo Conselheiro Luiz Hoffman, entendeu que a questão tratava de assunto relativamente diverso – ou seja, não exatamente sobre aplicabilidade da Resolução 21/2018, mas sobre a necessidade, ou não, da divulgação de informações que integram elemento essencial da formação da convicção da Conselheira Relatora. Dado que a Relatora decidiu aceitar a sugestão dos demais Conselheiros e retirar da versão pública do voto informações cujo caráter confidencial era objeto de debates, o tema não teve discussão mais aprofundada. Destaca-se que tal decisão da Conselheira Relatora estava alinhada com entendimento adotado por ela mesma poucas semanas antes, por meio do Despacho Decisório n. 44/2019, no âmbito do processo administrativo n. 08700.004073/2016-61 (proferido na Sessão de Julgamento do dia 13 de novembro de 2019).

Vide trecho do voto do Presidente Alexandre Barreto de Souza a respeito:

> Sobre as considerações feitas em Sessão pelo Conselheiro Luis Braido, uma pequena observação acerca da menção, eventualmente indevida, de informações de acesso restrito às empresas implicadas e ao Cade

> pela Conselheira Relatora, ponto, a propósito, já solucionado. Sem dúvidas, o conhecimento, mais aprofundado, do mercado e dos produtos pelas empresas que integraram o cartel nos auxiliam na convicção de culpa. Entretanto, creio que aqui o debate se concentra em ponto distinto, a saber, na concessão ou não de amplo acesso e publicização dessas informações relevantes à formação de convicção dos julgadores, mas de acesso restrito às partes e ao Cade. Se seria necessário ou não, portanto, sua divulgação em face de integrarem elemento essencial da formação de convicção da Conselheira Relatora sobre o caso em referência. E nesse ponto cumprimento publicamente a Conselheira Relatora por, após exame cuidadoso da questão, ter aceitado, de modo célere e prestativo, as sugestões e preocupações que foram apresentados pelo Conselho e que entendemos, por cautela, evitar a divulgação dessas informações.[461]

Embora tenha apresentado a questão sob um enfoque diferente, o voto-vogal do Presidente Alexandre Barreto de Souza também apresenta breves considerações sobre a questão da aplicação temporal da Resolução 21/2018.

> Ademais, sobre a Aplicação da Resolução 21/2018, breve excurso. Mais uma vez temos, com a presente deliberação, o reforço de uma decisão que foi trazida, aliás, pela própria Conselheira Paula Azevedo em outra oportunidade e em caso similar, no qual resta estabelecido entendimento por este Tribunal que a disponibilização de informações e documentos em acordos junto ao Cade, conforme previsto na Resolução 21/2018, se aplicará a Acordos de Leniência (AL) e Termos de Compromisso de Cessação (TCC) firmados após a edição e publicação da Resolução em destaque. Lembro, ainda, que a Portaria nº 869/2019, que disciplina e regulamente a Resolução 21/2018, estipula seus procedimentos justo nesse sentido, com que este Tribunal caminha para cristalizar dito entendimento neste e em outros processos.

Como se vê, no voto consta que o entendimento do Tribunal do Cade é de que a Resolução 21/2018 se aplicará apenas a acordos de leniência e TCC firmados após a sua publicação. Este entendimento é coerente com o objetivo de assegurar segurança jurídica e proteger os incentivos aos programas de leniência e TCC (considerando as regras, costumes, ou mesmo dispositivos constantes nos acordos, firmados antes da publicação da Resolução 21/2018).

---

[461] Voto-vogal do Presidente Alexandre Barreto de Souza no julgamento do processo administrativo n. 08700.007938/2016-41. 151ª Sessão Ordinária de Julgamento do Cade, ocorrida em 11 de dezembro de 2019.

5.9.8 Das sanções para divulgação indevida de informações e documentos de acesso restrito e do tratamento de acesso quando da utilização por terceiros

Um ponto bastante relevante para qualquer regra de proibição é a existência de uma penalidade para sua inobservância. Infelizmente, a Resolução 21/2018 somente faz referência a penalidade que pode ser imposta às partes do processo do Cade que divulguem, compartilhem ou utilizem informações de acesso restrito a terceiro. Na verdade, nem se trata de nova regra, mas de mera referência a regras já dispostas no RiCade e LDC:

> Art. 4º. Nos termos do art. 248, §2º, II do Regimento Interno do Cade, e art. 44 da Lei nº 12.529/2011, sujeita-se à responsabilização administrativa, civil e penal aquele que divulga, compartilha com terceiros ou utiliza documentos e informações de acesso restrito referidos nos arts. 2º e 3º desta Resolução.

Veja-se que o artigo supratranscrito não se refere às penalidades previstas nos dispositivos mencionados – de tal forma que se poderia cogitar da aplicação das penalidades lá previstas por analogia – mas "nos termos" dos dispositivos previstos – o que, aparentemente, restringe a aplicação às hipóteses tais como previstas naqueles dispositivos.

Entretanto, conforme visto acima, o artigo 3º da Resolução 21/2018 trata de hipótese na qual poderá ocorrer a excepcional concessão de acesso a terceiros (que não são parte no processo do Cade) dos documentos e informações com tratamento de acesso restrito.

Além de não haver dispositivo acerca das penalidades aplicáveis a estes terceiros, não há orientações acerca do tratamento de acesso que deva ser aplicado no processo no qual os documentos requeridos forem utilizados. Por exemplo, na Diretiva 2014/104/UE há dispositivo estabelecendo que os Estados-Membros devem assegurar que os tribunais nacionais "disponham de medidas eficazes para proteger tais informações quando ordenam a sua divulgação".

Estas, entre outras regras da Diretiva[462], deixam claro a necessidade de manter, no processo onde a informação ou documento será utilizado, a mesma regra de acesso restrito aplicada no processo de origem.

---

[462] Cf. a proposta de "Comunicação sobre a proteção das informações confidenciais para a aplicação privada do direito da concorrência da UE pelos tribunais nacionais." O documento está disponível

A existência de normas semelhantes, na Resolução 21/2018, poderiam reforçar o procedimento a ser aplicado para proteger a confidencialidade das informações quando é autorizada sua divulgação a terceiros.

Observa-se que uma regra desta natureza já consta na Resolução 21/2018, mas é específica para a utilização de informações e documentos obtidos pelo Ministério Público que tenha atuado como interveniente na celebração de acordo de leniência. Este procedimento é bastante usual, e que confere ao Ministério Público acesso às informações e documentos apresentados pelos proponentes do acordo de leniência, dentre os quais se encontra, por exemplo, o Histórico da Conduta, cujo tratamento de acesso deve ser restrito mesmo após decisão final pelo Tribunal do Cade, nos termos da Resolução 21/2018. Esta é a redação acerca do tratamento a ser dado pelo Ministério Público:

> Art. 7º O Ministério Público que atuar como interveniente anuente na celebração do Acordo de Leniência do Cade terá acesso à íntegra dos documentos e das informações apresentados pelo signatário do Acordo, os quais poderão embasar procedimentos cíveis e criminais cabíveis, devendo observar a manutenção das regras de confidencialidade previstas em lei e na presente Resolução.

Uma solução simples para a questão apontada acima seria estabelecer a mesma regra para todos os terceiros aos quais seja concedido acesso a documentos e informações que tenham tratamento de acesso restrito nos autos do Cade, nos termos da Resolução 21/2018, RiCade e LDC – além de outras hipóteses legais de confidencialidade.

5.10 Da Portaria Cade n. 869, de 01 de novembro de 2019

Após aproximadamente um ano da publicação da Resolução 21/2018, o Cade publicou a Portaria n. 869, de 01 de novembro de 2019 (Portaria 869/2019) dispondo sobre os procedimentos para disponibilização de acesso a documentos mencionados na Resolução 21/2018.

(bem como informações sobre ele e acesso a outros documentos pertinentes) no site da Comissão Europeia: < https://ec.europa.eu/competition/consultations/2019_private_enforcement/index_en.html>. Acesso em 15 dez. 2019

Como regra geral, a Portaria 869/2019 dispõe que o Conselheiro Relator, por ocasião do julgamento do processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (dorante denominado, neste item, de processo administrativo) deverá apresentar ao Tribunal do Cade proposta de publicização dos documentos e informações até então classificados como de acesso restrito. A indicação de quais documentos e informações deverão ser transferidos para os autos de acesso público deverão ser detalhados. Os interessados poderão se manifestar nos autos posteriormente, por meio de embargos de declaração opostos contra a decisão. O cumprimento da decisão será promovido após o trânsito em julgado da decisão. Conforme já nos manifestamos anteriormente, este procedimento não nos parece o mais adequado. Além de ser bastante exíguo o prazo de interposição de embargos de declaração, este tipo recursal não é destinado para discutir inconformismo com a decisão, mas tão somente casos de omissão, obscuridade e contradição.

Para a hipótese de pedido de excepcional concessão de acesso, referente a documentos cujo acesso restrito é determinado pela Resolução 21/2018 mesmo após a decisão final pelo Tribunal do Cade, a Portaria 869/2019 determina que deve ser endereçado à Presidência do Cade. O Gabinete da Presidência irá então encaminhar o pedido para a Superintendência-Geral ou para o gabinete do Conselheiro Relator do caso, a depender do local onde o processo esteja tramitando. A Portaria 869/2019 dispõe que a proposta de decisão do Conselheiro Relator deverá ser submetida à deliberação pelo Plenário do Tribunal do Cade, mas nada dispõe para o cenário em que o pedido for encaminhado para a Superintendência-Geral.

Caso o pedido de acesso decorra de decisão judicial, este deverá ser também encaminhado à Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (ProCade), para as providências cabíveis na esfera judicial. Quando deferido o pedido de acesso, os interessados (entendemos se tratar dos terceiros que apresentaram o pedido de acesso) serão previamente notificados sobre a necessidade de manutenção do acesso restrito[463]. Na hipótese de concessão de acesso excepcional, será certificada no processo principal a sua ocorrência.

[463] Salvo se o pedido estiver vinculado com determinação legal ou decisão judicial. Entendemos que a ressalva considera que nestas hipóteses a regra acerca do sigilo será determinada pelo dispositivo legal ou ordem judicial.

A Portaria 869/2019 dispõe, ainda, sobre o procedimento para a hipótese de pedido de acesso a informações e documentos constantes em documentos julgados antes da entrada em vigor da Resolução 21/2018. Caso o Conselheiro Relator do processo ainda integre o Tribunal do Cade, o pedido deverá ser a ele endereçado; caso contrário, à Presidência do Cade. A proposta apresentada pelo Relator ou Presidente deverá ser submetida à deliberação do Plenário do Tribunal do Cade. Nesta seção a Portaria 869/2019 determina a notificação prévia dos interessados para se manifestarem sobre a necessidade de manutenção de acesso restrito de documentos e informações. Não dispõe, contudo, do prazo e forma para tal manifestação. Caso o Cade entenda pelo deferimento do pedido, poderá determinar se as informações e documentos constantes em autos de acesso restrito serão, total ou parcialmente, transladadas para os autos públicos do processo ou compartilhadas apenas como o interessado. A decisão do Cade deverá ser encaminhada também à ProCade, para "ciência e análise de providências na esfera judicial"[464]. Tal referência é deveras curiosa, visto que a hipótese em questão não envolve, necessariamente, uma ação judicial. Ademais, semelhante dispositivo não existe na seção da Portaria 869/2019 que trata sobre a regra geral de análise de pedido de acesso, sobre a qual comentamos acima.

Finamente, nas disposições gerais, a Portaria 869/2019 indica que o Cade irá divulgar em seu sítio eletrônico a listagem dos processos julgados, com documentos e informações, para fins de fomento às ARDC. Trata-se de iniciativa relevante, cuja implementação, contudo, não foi ainda realizada.

[464] Esta é a redação do artigo 17: "Art. 17. A decisão em pedidos de acesso aos documentos e às informações deverá ser encaminhada à Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade para ciência e análise de providências na esfera judicial."

6 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACESSO A DOCUMENTOS DE OUTROS PROCESSOS SEGUNDO O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Conforme destacado por SÉRGIO CRUZ ARENHART, em diversas situações, o "grande complicador do processo é a prova"[465], seja em razão do custo de sua produção ou da dificuldade ou impossibilidade de obtê-la. Como destaca o autor, a atribuição da obrigação de comprovar determinado fato a uma das partes pode resultar em importante privilégio ou em grave fardo a esta parte.

O Novo Código de Processo Civil incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil ou CPC), trouxe algumas alterações nos dispositivos relacionados à produção de provas e ônus probatório.

Conforme apresentado em capítulos anteriores, as iniciativas voltadas à facilitação do acesso a documentos produzidos no âmbito de processos administrativos do Cade se fundamentam na necessidade e importância de acesso a tais documentos para fundamentar as ARDCs. Em outras palavras, as iniciativas voltadas à tal facilitação de acesso consideram (i) a dificuldade, ou impossibilidade de eventuais prejudicados por infração concorrencial comprovarem determinados fatos – notadamente, a existência de uma infração concorrencial geradora do dano; (ii) a disponibilidade de documentos comprobatórios de tais fatos nos procedimentos administrativos da autoridade de concorrência; e (iii) a importância das ARDCs para reparar danos a terceiros e complementar o *enforcement* público do direito da concorrência.

Embora o detalhamento das regras de processo civil fuja ao escopo do presente trabalho, entendemos pertinente apresentar algumas considerações sobre o tema, a fim de complementar a análise da questão central deste trabalho. Especificamente, parece pertinente analisar as regras processuais relativas ao acesso às provas, ou documentos, produzidos em outros processos, bem como as

[465] ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro in NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Provas: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009, p. 330.

vantagens e desvantagens no uso de tal prova, em consideração às regras de ônus probatório.

6.1 Da prova emprestada

O acesso aos documentos do processo do Cade para utilização em outros processos configura uma hipótese do que se convencionou chamar de "prova emprestada", que nada mais é que a utilização de prova produzida em outro processo. Ou seja, tendo já sido produzidas provas nos autos do Cade, e sendo estas provas de interesse das partes em um processo judicial, podem as partes requerer ao Juiz que determine ao Cade o compartilhamento destas provas para utilização no processo judicial. A prova emprestada é transportada documentalmente para outro processo, para nele produzir efeitos.

A possibilidade de utilização de prova emprestada está prevista no CPC, nos seguintes termos: "O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório"[466] (destaques nossos).

Dentre as justificativas para a utilização da prova emprestada, destacamos (i) a economia processual – a parte não precisaria provar novamente fatos e alegações já provadas em outro processo[467]; (ii) o acesso a provas não mais disponíveis – quando não é possível produzir a prova novamente; (iii) a ideia de unidade de jurisdição – que se vincula à ideia de que o empréstimo de provas deveria ocorrer entre processos judiciais[468].

O CPC não apresenta condições ou requisitos especificamente para a hipótese de utilização de prova empresta, mas encontramos diversas manifestações na doutrina acerca de critérios que devem ser observados para garantia do contraditório e preservação de princípios constitucionais e infraconstitucionais relativos à produção de prova, tais como direito à privacidade e sigilo legal. Analisaremos tais critérios a seguir.

---

[466] Cf. artigo 372 do CPC.

[467] Cf. CAMBI, Eduardo. A prova civil – admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 52-62.

[468] Cf. CARNELUTTI. Francesco. "Il diritto processuale è fondamentalmente uno. Procedura civile e procedura penale si distinguono bensi, ma non perchè abbiano diverse radici, sibbene perchè sono due grandi rami, in cui se bipartisce, a una buona altezzza, un unico tronco". Prove civili e prove penali, Rivista di Diritto Processuale Civile, p. 3, 1925). [*apud* Cambi].

6.1.1 Requisitos para utilização de prova emprestada

Encontramos na doutrina manifestações acerca dos critérios que deveriam ser observados para a utilização de prova emprestada. A maioria se relaciona à garantia de contraditório e devido processo legal. Dada a pertinência das considerações a respeito, a análise destes critérios e comentários se mostra pertinente.

De acordo com EDUARDO CAMBI, a prova emprestada:

> está inserida no contexto do princípio da economia processual, pelo qual se pretende buscar a máxima efetividade do direito material com o mínimo de emprego das atividades processuais, uma vez que a parte não tem de demonstrar novamente as alegações que já foram provadas em outro processo (...). Para que a prova emprestada seja admitida, é necessário que tenha sido recolhida, a princípio, de um processo entre as mesmas partes e com o mesmo objeto. A prévia intervenção e participação das partes são necessárias, porque, se uma das partes do segundo processo não fosse a mesma do primeiro processo, haveria violação da garantia constitucional do contraditório e, mais especificamente, do próprio direito à prova.[469]

CAMBI entende que a utilização da prova emprestada depende de haver (i) identidade de partes (no processo originário – onde a prova foi produzida – e no processo derivado – onde a prova "emprestada" será utilizada); (ii) observância do contraditório; e (iii) simetria do objeto da prova. Estes mesmos critérios, ou similares, são apresentados por outros autores.

O fundamento destes critérios é assegurar o contraditório. O entendimento é de que, no processo originário, o contraditório teria sido realizado considerando o objeto daquela demanda e as partes envolvidas. Sendo diferente o contexto, propósito de utilização dos documentos, e as partes envolvidas, o contraditório realizado no processo de origem poderia não ser suficiente para assegurar o contraditório na utilização daquela prova no processo derivado. Estas questões devem ser levadas em consideração pelo juízo a fim de oportunizar a realização de novas provas e procedimentos que assegurem o pleno exercício do contraditório no processo derivado ou, a depender do contexto e das provas em questão, não atribuir valor a elas, ou mesmo negar a utilização da prova emprestada ou determinar seu desentranhamento dos autos.

---

[469] CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 53-54.

GUSTAVO BADARÓ destaca que, especialmente em relação às provas constituendas (aquelas produzidas no processo, em contraditório, como as provas orais, tais como testemunhos, depoimentos, interrogatório), o contraditório teria que ter sido, necessariamente, garantido e exercido no processo originário. Entretanto, em relação às provas pré-constituídas, a garantia de contraditório no processo derivado poderia ser suficiente. Uma alegação comum, contrária à possibilidade de utilização de prova emprestada, é, por exemplo, no caso de depoimentos que possam ser usados contra uma parte que não teve a oportunidade de participar da oitiva e, portanto, formular quesitos e contraditar o depoente. Ou situações em que, sendo diverso o objeto do processo originário, a produção da prova (e formulação de quesitos) teve como propósito endereçar outras questões, diversas daquelas tratadas no processo derivado. Nestas hipóteses, o argumento de economia processual não deveria ser suficiente para autorizar a utilização da prova emprestada. Ao contrário, a prova deveria ser produzida perante o juízo "derivado", permitindo a todas as partes participarem de sua produção e, dessa forma, assegurar o exercício do contraditório.

Embora tratando especificamente da prova pericial, decisão proferida pela Desembargadora Matilde Chabar Maiai adota o entendimento manifestado acima acerca da identidade das partes na produção da prova no processo originário:

> Não havendo total identidade de partes em relação à prova pericial, não há falar, em princípio, em utilização da prova emprestada, mesmo que em processo similar. Ressalva, no entanto, da jurisprudência, que a tem aceitado como adminículo de prova, nos casos em que a parte contra a qual se pretende utilizá-la participou de sua produção". [470]

Posição semelhante é defendida por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, quem afirma, em relação à prova emprestada, que a participação da parte no processo originário seria necessária para aproveitamento da prova nele realizada:

> [...] até por sua excepcionalidade e atipicidade no sistema, sujeita-se a uma série de requisitos bastante rigorosos e ligados à observância do princípio do contraditório. Em primeiro lugar, é obviamente indispensável que já no processo de origem essa garantia haja sido observada. Exige-se também que naquele processo tenha estado presente, como parte, o

[470] Voto da Des. Matilde Chabar Maiai na Apelação Civil nº 70014233100, julgada em 10.08.2006

> adversário daquele que pretenda aproveitar a prova ali realizada – porque do contrário esse sujeito estaria suportando a eficácia de uma prova de cuja formação não participou. [471]

Observamos que o STJ já fez referência ao fato de a doutrina e jurisprudência serem "firmes em afirmar que só se admite a prova empresta quando retirada de processo em que se tenha oportunizado à parte contra a qual se quer aproveitar o direito ao contraditório."[472]

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, contudo, no sentido de que a identidade das partes não é necessária, embora a garantia do contraditório seja requisito primordial para aproveitamento da prova emprestada. Veja-se trechos da ementa:

> 9. Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto.
> 10. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.[473]

Tratando de tema semelhante, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO manifesta que:

> [o princípio] da ampla instrução probatória, o qual significa, como muitas vezes observam os autores, não apenas o direito de oferecer e produzir provas, mas também o de, muitas vezes, fiscalizar a produção de provas da Administração, isto é, o de estar presente, se necessário, a fim de verificar se efetivamente se efetuaram com correção ou adequação técnica devidas"[474]

Adotando uma postura mais rigorosa em relação às hipóteses de utilização de prova emprestada, ADA PELLEGRINI GRINOVER entende que só pode ser utilizada em juízo prova produzida também em juízo, visto que a presença

---

[471] DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. 3, 2ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, p. 99.
[472] Voto do Ministro Felix Fisher no Recurso Especial m. 499.436, julgamento em 27.05.2003.
[473] EREsp n. 617.428/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, Superior Tribunal de Justiça. DJe 17/6/2014.
[474] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 283.

do juiz, bem como das partes, na colheita e produção de prova é essencial para sua eficácia[475]. A única exceção seria a prova antecipada, de natureza cautelar, em relação à qual o contraditório é apenas diferido. Considerando a regra do juiz natural e competente, princípio do contraditório, e proibição de tribunais extraordinários ou de exceção, a autora entende que não é prova que o Juiz pode utilizar para formação de seu convencimento aquela produzida em procedimentos administrativos prévios ou mesmo outros processos jurisdicionais. O argumento encontra fundamento no inciso LIII do artigo 5º da Constituição Federal, o qual dispõe que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". Conclui, assim, que os atos processuais praticados em outro processo, perante autoridade judicial que não é juiz competente para a causa, ficarão desprovidos de eficácia, não podem ter validade em outro processo[476].

Há um julgado do STJ, referido em outras decisões, que adota posicionamento parcialmente alinhado com o defendido por GRINOVER, ao decidir que a prova de inquérito civil tem que ser referendada por prova produzida judicialmente. No caso específico, o Ministério Público defendia que caberia ao réu fazer a contraprova do quanto produzido pelo Ministério Público no inquérito civil – o qual é destinado a colher prova e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva, a fim de formar a *opinio actio* do Ministério Público. A decisão do STJ, entretanto, foi contrária a tal entendimento. Na decisão consta que:

> As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório.[477]

Outro ponto relevante a ser considerado em relação ao uso de prova emprestada é a possibilidade contaminação em caso da prova ser considerada, posteriormente, ilícita. É princípio constitucional a inadmissibilidade, no processo, de provas obtidas por meio ilícito (artigo 5º LVI). E a contaminação do processo derivado pode ocorrer em relação às provas produzidas a partir de outras

---

[475] GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova Emprestada. RBCCRIM, 4/60, p. 62.
[476] A autora cita dispositivo do código de processo civil alemão – art. 355, *caput* –: "A produção das provas ocorre perante o órgão chamado a decidir a controvérsia." Tal princípio, segundo a autora, "seguramente representa um dos elementos estruturais fundantes do vigente ordenamento alemão."
[477] Recurso Especial n. 476.660-MG, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 4.8.2003. Cf. também o REsp 644.994-MG, relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 21.03.2005.

tidas como ilícitas[478]. Trata-se de hipótese de prova ilícita por derivação – denominada como “teoria dos frutos da árvore envenenada”. Ou seja, a ilicitude da origem contamina todas as provas subsequente. Por tal razão, a utilização de provas emprestadas requer cautela. Caso a decisão judicial seja baseada em prova dada como ilícita, a decisão será nula.

A respeito das considerações acima, observamos alguns dispositivos do CPC que tratam, direta ou indiretamente, dos pontos destacados. O primeiro que destacamos é o artigo 438[479], que trata da possibilidade de o juiz requisitar procedimentos administrativos às repartições públicas. Embora este dispositivo não esteja relacionado àquele que trata do empréstimo de prova (mas do relacionado à produção de prova documental), ele indica a viabilidade de acesso pelo juiz – e, consequente, alguma valoração – de documentos constantes em procedimentos administrativos.

Outro artigo do CPC que destacamos, particularmente relevante no contexto de acordos de leniência e TCC, é o que dispõe que a confissão extrajudicial, quando feita oralmente, só terá eficácia nos casos em que a lei não exija prova literal.[480]

Finalmente, uma questão controversa quanto ao uso de prova emprestada se relaciona à possibilidade de utilizar provas produzidas no processo originário as quais não poderiam ser produzidas no processo derivado por impossibilidade legal. Isto é, as hipóteses autorizadoras de produção de prova não se aplicariam ao processo derivado. Por exemplo, a realização de busca e apreensão ou interceptação telefônica e escutas ambientais poderia ser autorizada em processos criminais, ou procedimentos do Cade; contudo, dificilmente seriam

---

[478] Salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando puderem e de fato tiverem sido produzidas por uma fonte independente das outras. Cf. artigo 157 do Código de Processo Penal.

[479] Vale a leitura do artigo: “Art. 438. O juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição:
I - as certidões necessárias à prova das alegações das partes;
II - os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios ou entidades da administração indireta.
§ 1o Recebidos os autos, o juiz mandará extrair, no prazo máximo e improrrogável de 1 (um) mês, certidões ou reproduções fotográficas das peças que indicar e das que forem indicadas pelas partes, e, em seguida, devolverá os autos à repartição de origem.
§ 2o As repartições públicas poderão fornecer todos os documentos em meio eletrônico, conforme disposto em lei, certificando, pelo mesmo meio, que se trata de extrato fiel do que consta em seu banco de dados ou no documento digitalizado.”

[480] Cf. artigo 394 do CPC.

autorizadas em um processo civil de reparação de danos causados por infração concorrencial.

Há aqueles que argumentam que, se a prova não poderia ser produzida no processo derivado, porque as hipóteses legais autorizadoras não estariam presentes, não seria também possível utilizar, por empréstimo de provas, caso tenham sido produzidas em outro processo. Outros, por sua vez, entendem que, uma vez que a prova já tenha sido produzida e o direito de sigilo, intimidade, privacidade, já tenha sido afastado (legalmente), não haveria impedimento para utilização da prova em outros processos. Seguindo este segundo entendimento, é comum menção à célebre frase proferida por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA de que

> uma vez rompido o sigilo, e por consequente sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto.[481]

A análise jurisprudencial indica que, em algumas hipóteses, foi admitida a utilização de provas obtidas por interceptação telefônica e escutas ambientais, por exemplo, em procedimento administrativo disciplinar. Neste caso, a utilização foi feita em relação às mesmas pessoas em relação as quais foram colhidos e também outros servidores cujos ilícitos foram descobertos com a interceptação[482].

A respeito, e introduzindo um tema também relevante, observamos considerações do STJ acerca da participação do juiz do processo originário na decisão acerca do compartilhamento de prova. Em julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança, além de decidir pela legitimidade do uso excepcional de interceptação telefônica em processo disciplinar (desde que observado, no âmbito administrativo, o devido processo legal e respeitados os princípios do contraditório e ampla defesa), o STJ decidiu que o empréstimo de provas ficaria condicionado à autorização do juiz que determinou a obtenção de prova, visto ser ele o responsável por zelar pelo sigilo da prova. Vide entendimento manifestado na ementa do julgado:

---

[481] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente adquiridas. Revista de Direito Administrativo, vol. 105. Rio de Janeiro, jul-set., 1996, p. 20.
[482] Inq-QO-Qo 2424/RJ. Relator Ministro Cezar Peluzo. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, julgamento em 20/06/2007.

> É cabível o uso excepcional de interceptação telefônica em processo disciplinar, desde que seja também observado no âmbito administrativo o devido processo legal, respeitados os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, bem como haja expressa autorização do Juízo Criminal, responsável pela preservação do sigilo de tal prova, de sua remessa e utilização pela Administração.[483]

6.1.2 Riscos relacionados ao uso de prova emprestada

Trazemos considerações também acerca de discussões recentes envolvendo a possível inconstitucionalidade, por ofensa ao direito à intimidade e sigilo dos dados (art. 5º, incisos X e XII, da CF) de compartilhamento de informações com o Ministério Público, por órgão da administração pública, sem autorização judicial prévia.

Tais discussões foram trazidas no julgamento do Recurso Extraordinário 1.055.941/SP, referente ao compartilhamento de dados bancários e fiscais dos órgãos administrativos de fiscalização e controle com o Ministério Público para embasar investigações e, eventualmente, o oferecimento de denúncia.

No caso em comento, o Ministro Dias Toffoli proferiu decisão[484] monocrática determinando a suspensão do processamento de todos os processos judiciais em andamento que versem sobre o Tema 990 da Gestão por Temas da Repercussão Geral[485]. Determinou, ainda, a suspensão do processamento de todos os inquéritos e procedimentos de investigação criminal dos Ministérios Públicos Federal e estaduais, instaurados sem a supervisão do Poder Judiciário e sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, Coaf – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, e BACEN – Banco Central do Brasil), que tenham englobado mais informações que a

---

[483] RMS 16.429/SC. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, publicado no DJe em 23/06/2008. Cf., no mesmo sentido, julgados mais recentes tais como o AgRg no RMS 43.329/RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, publicado no DJe em 21/10/2013.

[484] Decisão disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE1055941.pdf. Acesso em 23/07/2019.

[485] Tal tema se encontra assim ementado: “Constitucional. Processual penal. Compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pelo fisco no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem a intermediação do Poder Judiciário. Transferência de informações em face da proteção constitucional da intimidade e do sigilo de dados. Art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal. Questão eminentemente constitucional. Matéria passível de repetição em inúmeros processos, a repercutir na esfera do interesse público. Tema com repercussão geral.”

identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, consoante decidido pela Corte.[486]

Este debate é particularmente interessante pelo fato de que o compartilhamento de informações pelo Coaf com o Ministério Público, semelhantes à do objeto do Recurso Especial referido acima, ocorre já há mais de 10 anos[487]. E, independente das razões pelas quais a constitucionalidade deste procedimento esteja sendo revisitada, existe uma possibilidade de o STF decidir pela nulidade de diversos processos judiciais, com base na teoria dos frutos da árvore envenenada.

Embora pertinente a outro órgão que não o Cade, a decisão traz à lume o debate acerca da constitucionalidade de compartilhamento de informações por órgãos da administração com terceiros (que usariam os dados para iniciar investigação e, eventualmente, propor demanda contra aquele em relação ao qual se obteve as informações e documentos) sem a prévia autorização do Poder Judiciário.

Tal autorização judicial poderia ser necessária para garantir a proteção constitucional da intimidade e do sigilo de dados, dentre outros direitos previstos em lei. E sua ausência poderia gerar nulidade do compartilhamento da informação e, consequentemente, dos inquéritos, investigações e processos derivados das informações obtidas ilegalmente.

Especificamente, traz-se a debate eventual risco que se possa gerar o compartilhamento de informações e documentos constantes nos procedimentos administrativos do Cade, quando autorizados pelo próprio Cade, sem autorização judicial, de informações e dados cuja confidencialidade possa ser reconhecida judicialmente. Tal como visto neste trabalho, não apenas a Resolução 21/2018, mas outros regulamentos e leis diversas fundamentam a confidencialidade de determinas informações e documentos. Todo o conjunto de normas jurídicas voltadas à proteção de informações confidenciais, ao sigilo, intimidade e privacidade, devem ser consideradas ao se decidir sobre a possibilidade de compartilhamento, com terceiros, de informações e documentos

[486] Cita ADI's nsº 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, Plenário, todas de relatoria do Min. Dias Toffoli, julg. 24/2/16, DJe 21/10/16.

[487] Veja-se, por exemplo, que o Laboratório de Tecnologia contra Lavagem de Dinheiro (LAB-LD), instalado em 2007, e que tem como principais funções analisar dados bancários em busca de indícios de irregularidades, tinha acesso aos relatórios do Coaf.

aos quais o Cade tenha tido acesso em razão de competências estabelecidas por lei, para cumprir as funções e propósitos estabelecidos nesta mesma lei.

Esta é mais uma razão para se ponderar a conveniência de o Cade disponibilizar diretamente a terceiros – seja mediante requerimento ou de forma voluntária e de ofício, por meio de trasladação de documentos para os autos públicos – de documentos que tenham sido classificados como confidenciais e em relação aos quais eventualmente ainda existam justificativas legais para manutenção de confidencialidade. Ainda, ressalta a importância de assegurar às partes em relação às quais as informações e documentos digam respeito, o direito de se manifestar acerca da concessão de acesso a terceiros, em tempo e forma razoáveis. A ponderação das razões eventualmente apresentadas por estas partes, então, poderá ser feita pelo Cade e auxiliar sua decisão sobre a concessão ou não do pedido de acesso.

A respeito do tema de possível risco relacionado ao uso de documentos (potencialmente) confidenciais das investigações do Cade sem autorização judicial prévia, observamos referências pertinentes no recentemente publicado "Roteiro de atuação – combate a cartéis"[488] (Roteiro), elaborado pela 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Tal roteiro foi elaborado[489] com o propósito de consolidar a experiência dos membros do Ministério Público Federal (MPF) no combate a cartéis e auxiliar os demais membros "no tema da defesa da concorrência, a melhor lidar com os desafios inerentes à problemática dos cartéis sob o aspecto civil".

Um item deste Roteiro trata acerca da possibilidade de utilização de documentos obtidos por meio de acordos de leniência firmados com o Cade em processos judiciais. Consta que a leniência firmada pelo Cade só vincula o MPF com relação à ação penal, visto que a LDC não dispõe sobre qualquer vinculação relacionada a ARDC. Entretanto, o membro do MPF que oficiar exclusivamente no cível poderia, de toda forma, ver-se vinculado a tal acordo de leniência. Isto ocorreria porque os acordos de leniência usualmente estabelecem, dentre outras questões, que os demais órgãos públicos que desejem utilizar as provas produzidas

[488] BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 3. Combate a cartéis – Brasília: MPF, 2019. Disponível em: <www.mpf.mp.br>. Acesso em 17 set. 2019.
[489] O Roteiro foi elaborado pelo Grupo de Trabalho Mercado de Capitais, Defesa da Concorrência e Propriedade Intelectual, da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

a partir da leniência deverão respeitar os termos do acordo – o que significa, no entender do MPF, que as provas contra o signatário de leniência teriam que ser produzidas de forma absolutamente independente, para fins de utilização em ação destinada à reparação civil. Tal restrição não seria aplicável, contudo, aos demais participantes da infração. Veja-se trecho do Roteiro a respeito:

> Dessa forma, o membro (do MPF) que deseje obter reparação civil do agente cartelizado que firmou a leniência deveria se valer de provas produzidas de forma absolutamente independente, o que, na prática, acaba por inviabilizar a ação de reparação.
> Tal restrição não recai sobre os membros do cartel que não firmaram a leniência, podendo o membro oficiante buscar a reparação civil em face destes normalmente.[490]

Ao final deste item consta recomendação para observância dos acordos firmados com o Cade, tanto para "não desacreditar o instituto da leniência, que tem se mostrado um dos principais instrumentos de investigação dos cartéis, **quanto para evitar futuras nulidades em sede de ACP**"[491] (destaques nossos).

Não há informações adicionais sobre esse assunto após este trecho. Entendemos, entretanto, que a possibilidade de se cogitar eventual nulidade seria decorrente de eventual decisão judicial reconhecendo que o uso de documentos e informações prestadas através de acordo de leniência não poderiam ser utilizados pelo MPF sem autorização judicial prévia, diante do seu caráter confidencial (a depender dos termos do acordo de leniência, ou também de normas regulando a classificação de confidencialidade). Relembra-se que o MPF é, usualmente, signatário de acordos de leniência firmados com o Cade, razão pela qual tem acesso ao conteúdo das informações e documentos apresentados pelos signatários para celebração do acordo.

6.2 Da exibição de documento

O CPC prevê procedimento de exibição de documentos[492], que trata da possibilidade de requerer em juízo, por ordem judicial, a exibição de documento que encontre em poder de outra parte. Tal pedido pode ser realizado tanto como incidente da fase de dilação probatória, ou como procedimento

[490] Op. cit., p. 43.
[491] Op. cit., pp. 42-43.
[492] Cf. artigos 396 a 404 do CPC.

preparatório, antes do ajuizamento da demanda. Para ser deferido, o pedido deve demonstrar a existência de nexo com a causa subjacente da lide proposta ou a ser proposta.

O pedido de exibição de documento pode, portanto, ser utilizado para requerer judicialmente a exibição de documentos constantes em procedimentos administrativos do Cade. O pedido pode ser dirigido tanto ao Cade quanto aos representados que venham a ser parte no processo judicial.

6.3 Ônus Probatório

O CPC mantém dispositivo constante do código anterior o qual estabelece os encargos probatórios de ambas as partes: ao autor incumbe provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto que ao réu incumbe provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 373, incisos I e II). Mantém também dispositivo sobre o direito da parte de não produzir prova contra si mesma (art. 379, *caput*).

Contudo, inova ao dispor que o juiz poderá atribuir o ônus probatório de forma diversa – fato denominado pela doutrina como distribuição dinâmica do ônus da prova. Tal situação seria possível em vista as peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo tal como a regra estabelecida no CPC, bem como na maior facilidade de produção pela outra parte (art. 373, § 1º),[493].

Mesmo antes da promulgação deste CPC, a doutrina já desenvolvia a viabilidade da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, arguindo sua compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro. Sob a alegação de necessidade de atualização do processo civil moderno para "fazer frente às necessidades do direito material e da nova dinâmica da sociedade contemporânea", algumas alterações acerca do ônus da prova poderiam ser feitas independente de alterações legislativas, por meio de evolução da interpretação

493 Art. 373, § 3º: de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído." Observa-se que a atribuição diversa do ônus probatório também pode ocorrer por convenção entre as partes, exceto no caso de direitos indisponíveis ou dificuldade excessiva para exercício do direito pela parte, nos termos do art. 373, § 3º.

judicial e “manejo mais ajustado das técnicas processuais postas à disposição do juiz”[494].

SÉRGIO CRUZ ARENHART ressalva que, ao contrário do que é dito de forma recorrente, o direito brasileiro não impõe o ônus da prova àquele que alega o fato, pois independente de qual parte tenha afirmado determinado fato no processo, o ônus probatório é distribuído segundo aquelas regras fixas e objetivas. Quais sejam, ao autor cumpre provar os fatos constitutivos do direito, e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

No que tange às regras relacionadas à distribuição do ônus probatório, existe certo debate doutrinário sobre se seriam regras de procedimento ou de julgamento. No primeiro caso, sua aplicação estaria voltada à definição de qual das partes deveria provar, e o que provar, no processo – indicaria às partes como agir no processo para terem êxito no acolhimento de suas alegações pelo magistrado. Sendo regra de julgamento, por outro lado, o objetivo não seria o de definir quais provas cada parte deveria produzir, mas sim o de definir a forma pela qual o magistrado deveria julgar em caso de ausência de prova sobre fato controvertido do processo.

A distinção deste debate é apresentada por FLAVIO LUIZ YARSHELL sob perspectiva diversa. Considera a perspectiva subjetiva, relacionada ao encargo que se atribui às partes para que logrem êxito no processo, e a perspectiva objetiva, que parte da premissa de que, sendo vedado ao Estado deixar de julgar sob alegação de ausência de prova, o magistrado deve se valer de normas que distribuem o ônus probatório como uma regra de julgamento[495]. O autor entende, ainda, que se trata de um típico ônus o encargo das partes de produzir provas, na medida em que a posição jurídica é voltada para um interesse próprio, tendo a parte a liberdade de produzir ou não a prova, mas sujeitando-se a eventuais consequências desfavoráveis em caso de inércia[496].

Na hipótese de a regra de ônus probatório ser uma regra de julgamento, sua incidência não seria no início do processo, ou durante a fase de instrução do processo, mas ao final, por ocasião do julgamento da causa (ou em

---

[494] ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 329.
[495] YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 49.
[496] *Op. cit.*, p. 49.

algum momento de decisão judicial), quando já exauridas as possibilidades de obtenção de provas. A este respeito aduz LUIZ GUILHERME MARINONI que:

> [...] a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, esta deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos[497].

Ambas as teorias, contudo, não são necessariamente excludentes. Ao contrário, sua aplicação conjunta é a que apresenta melhor adequação ao ordenamento jurídico. A definição de ônus probatório pode se aplicar na fase inicial do processo com a finalidade de determinar como cada parte deve se comportar em relação à produção de provas, e também por ocasião do julgamento, ao determinar como o magistrado deve decidir em relação a fatos não comprovados pela parte a quem incumbiria a prova. Conforme destacado por ARENHART:

> [...] ciente a parte de que a ausência de prova sobre certa afirmação de fato poderá ir em seu prejuízo, terá ela motivação suficiente para empenhar-se em produzir prova sobre aquele fato, de forma a evitar a superveniência do gravame, caso os demais sujeitos do processo não tragam a prova no processo. [...] Desta feita, se a regra tem em mira, primariamente, a figura do juiz, não se pode negar que ela exerce, de forma reflexa, influência sobre a conduta das partes, já que o prejuízo da ausência de prova de certas afirmações de fato sempre recairá sobre uma ou outra destas[498].

De fato, o entendimento manifestado pelos doutrinadores citados acima acerca da distribuição do ônus da prova como regra de julgamento indica que sua aplicação depende, e se relaciona diretamente, com a definição prévia acerca de qual parte teria o ônus de provar cada fato. Ou seja, por ocasião do julgamento, o magistrado deve levar em consideração, na hipótese de determinado fato não estar provado, quais das partes teria, pelas regras estabelecidas no CPC, o ônus de prová-lo.

O debate acerca da distribuição de ônus da prova como regra de procedimento ou de julgamento se mostra particularmente relevante para alguns

---

[497] MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e a inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto *in* NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Provas: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009, p. 256.
[498] ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 335.

doutrinadores que entendem que, sendo “regra de julgamento”, seria possível a *modificação* dos critérios em relação ao ônus da prova *por ocasião do julgamento*. Ou seja, a possibilidade de atribuição de ônus diverso do estabelecido nos incisos I e II do art. 373 (nos termos do art. 373, § 1º) poderia ocorrer após encerrada a fase probatória, por ocasião do julgamento. Tal entendimento gera intensas críticas em razão da possível ofensa ao direito à ampla defesa e contraditório da parte que for prejudicada por decisão que eventualmente modifique os critérios em relação ao ônus da prova sem conceder oportunidade para se desvencilhar de tal ônus. Há, entretanto, quem defenda que embora seja conveniente ou recomendável, não é obrigatório que o magistrado assinale às partes, com antecedência, sobre qualquer decisão sua a respeito de eventual modificação dos critérios de imputação do ônus probatório[499].

Tal entendimento, contudo, não se sustenta ante os princípios da ampla defesa e contraditório, e contrariam diretamente o disposto no CPC. Consta nesta lei que a atribuição diversa do encargo probatório estabelecido nos incisos I e II do art. 373 deve ser feita pelo juiz por meio de decisão fundamentada, ocasião em que “deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”[500].

Considerando, dessa forma, que a distribuição dinâmica do ônus da prova se refere à determinação de encargos probatórios diversos dos estabelecidos nos incisos I e II do art. 373 do CPC pelo magistrado, por decisão fundamentada e com garantia do direito de produção de prova acerca dos fatos aos quais passa a ter o ônus de provar, analisaremos com mais detalhes como tal distribuição dinâmica pode ocorrer no processo.

6.3.1 Distribuição dinâmica do encargo probatório

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova não leva em consideração a posição ocupada pelas partes no processo ou a natureza do fato a

[499] O argumento acerca da desnecessidade de comunicação prévia do magistrado às partes sobre quais afirmações de fato estariam ainda sujeitas a comprovação fundamenta-se na concepção dos deveres gerais de apresentação de provas no processo. Alegam não haver ofensa a garantias constitucionais de ampla defesa e contraditório porque as partes não teriam disponibilidade sobre as provas que detém e teriam relevância no processo, mas teriam o dever de apresentar todas estas provas. Referem-se, ainda, ao dever de veracidade estabelecido no art. 77, I e IV do CPC. Vide referências e comentários em AREHNHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 335.
[500] Art. 373, § 1º do CPC.

ser provado. O fator determinante para a fixação dos encargos probatórios é a facilidade ou acessibilidade da parte à prova, considerando a importância de assegurar que ela seja produzida nos autos e possa ser utilizada para esclarecimento dos fatos controvertidos.

A novidade trazida pelo CPC se relaciona com a ideia de participação mais ativa do magistrado na determinação das provas a serem produzidas no processo. Com fundamento no art. 370, o qual dispõe que "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito", argumenta-se que o CPC estabelece a participação ativa do magistrado na atividade instrutória através de sua atuação na condução da instrução processual. Nas palavras de ADA PELEGRINI GRINOVER:

> De fato, embora se reconheça que as partes têm o ônus de provar os fatos que alegam [...], é poder-dever do órgão julgador o de, sempre que possível, tomar a iniciativa da prova, seja para complementar as diligências requeridas pelas partes interessadas, seja para desvendar aspectos de fato que lhe pareçam ainda insuficientemente esclarecidos. Assim por certo ocorre em juízo e também no âmbito do processo administrativo, especialmente naquele de natureza punitiva ou sancionatória, nos quais o juiz não apenas defere as providencias de instrução requeridas pelas partes, como ainda outras determina de ofício.[501]

O magistrado tem o poder de alterar o encargo probatório inicialmente aplicável, podendo determinar que uma parte apresente prova que, em princípio, não lhe competiria produzir, ou ordenar, de ofício, que uma das partes produza prova que deveria ser produzida pela outra parte (consideradas as regras básicas sobre ônus da prova). Pode-se entender que o magistrado possui não apenas tal poder, mas mesmo um dever de determinar diligências que complementem elementos de prova ainda não presentes nos autos, mas que sejam necessários para determinar o quadro fático-probatório que melhor comprove e esclareça os fatos objeto da controvérsia.

A ideia de uma participação mais ativa do magistrado na produção de provas poderia trazer questionamentos acerca da necessária imparcialidade do juiz e tratamento igualitário às partes do processo. Tal hipótese seria contestada mediante argumentos de que tal atividade estaria relacionada apenas à busca da

---

[501] GRINOVER, Ada Pelegrini. Direito à prova no âmbito administrativo *in* NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). Provas: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009, p. 9.

verdade com intuito de emissão de decisão justa, independente de qual das partes teria a atribuição de produzir a prova.

Há que se considerar, ainda, que o CPC estabelece as hipóteses nas quais a distribuição diversa do ônus da prova[502], devendo o magistrado justificar sua decisão fundamentadamente. O principal critério que justifica a aplicação da distribuição dinâmica é a dificuldade ou impossibilidade de a parte, a quem incumbiria o ônus de provar segundo regra jurídica, produzir tal prova. O ônus da prova, portanto, deveria recair sobre a "parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade na sua demonstração"[503].

Neste contexto é usual a referência ao art. 378 do CPC como fundamento da viabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova em nosso ordenamento. Dispõe o artigo que "ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade". Segundo esclarecido por JORGE W. PEYRANO:

> A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações, nas quais não funcionem adequada e valiosamente as previsões legais que, como norma, repartem os esforços probatórios. A mesma importa em um deslocamento do *ônus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, *verbi gratia*, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.[504]

Tal distribuição dinâmica, portanto, estaria fundada nos princípios modernos da colaboração, da boa-fé, e da solidariedade, na medida em que o magistrado poderia considerar as condições das partes em produzir determinada prova, ou seja, designando o encargo a quem possa efetivamente praticá-lo[505]. Tal

---

[502] Ressalva-se a impropriedade de se referir a tal dispositivo como uma hipótese se "inversão do ônus da prova", pois sua consequência não é atribuir ao réu a prova dos fatos constitutivos do direito do autor, e ao autor os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos de seu próprio direito. A terminologia correta, utilizada pelo CPC, é atribuição diversa do ônus da prova, que abrange situações em que uma parte passaria a ter o ônus de provar determinado fato que, segundo a regra geral do art. 373, não teria o encargo de provar.

[503] CREMASCO, Suzana Santi, apud CAMBI, Eduardo. A prova. *Op cit. p, 87.*

[504] PEYRANO, Jorge W. *Nuevos Lineamentos*., *in* PEYRANO, Jorge W. e WHITE, Inés Lépori (coords.) Cargas Probatórias Dinâmicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 19-24, *apud* CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição dinâmica do ônus da prova. Rio de janeiro: GZ, 2009, p. 72.

[505] Defensores da distribuição dinâmica do ônus probatório argumentam que este se contrapõe ao sistema fundado na ideologia liberal, de caráter dispositivo, no qual as partes não têm obrigação de

sistema poderia, de fato, levar à imposição de encargo a litigante que inicialmente não teria o ônus de se desincumbir dele – de forma diversa da prática processual adotada com base no Código de Processo Civil anterior.

Neste ponto é pertinente observar que esta não é a primeira ocasião em que a distribuição dinâmica do ônus da prova é introduzida no ordenamento jurídico brasileiro. O Código de Defesa do Consumidor (CDC), já em 1990, ao estabelecer como um direito básico do consumidor a "facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente"[506], aplicando-se as regras ordinárias de experiências. No caso do CDC, a inversão do ônus da prova teve como pano de fundo a consideração da vulnerabilidade ou hipossuficiência do consumidor, de tal forma que o procedimento poderia facilitar e viabilizar a defesa de seus direitos. A inversão do ônus da prova, portanto, seria uma alternativa em favor do consumidor. Já no caso do CPC, não vislumbramos o objetivo de beneficiar especificamente uma das partes da relação processual, mas sim facilitar a produção da prova necessária para o deslinde da controvérsia.

Diversos doutrinadores comentam sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, destacando aspectos positivos e cautelas necessárias na sua adoção. DANILO KNIJNIK, considerando a possibilidade de aplicação da teoria, ressalva a necessidade de se impor alguns limites, dentre os quais estaria a necessidade de análise rigorosa sobre quais das partes estariam, de fato, em melhores condições de produzir a prova[507].

Outro ponto bastante relevante é a necessidade de conciliar o procedimento da distribuição dinâmica com os direitos e garantias assegurados às partes por outros dispositivos e leis. Notadamente, observa-se que o artigo 379[508]

---

dizer a verdade, de confessar, ou mesmo de responder quando chamado pelo juiz a comparecer no processo, ou de atuar de formam colaborativa para alcance efetivo da verdade material. Nesta contraposição, buscar-se-ia um processo justo, onde a busca da verdade real admitiria o uso de todos os expedientes lícitos que possam auxiliar sua obtenção. Vide CREMASCO, Suzana Santi. *Op cit.*, p. 77.

[506] Art. 6, inciso VIII, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

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

[508] *In verbis:* "Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na

do mesmo CPC assegura à parte o direito de não produzir prova contra si, inclusive ao praticar ato que lhe tenha sido determinado. Ao esclarecer que a distribuição dinâmica do ônus probatório evitaria "que uma das partes se mantenha inerte na relação processual porque a dificuldade da prova a beneficia"[509], CAMBI deixa claro que tal distribuição dinâmica poderia vir a prejudicar uma das partes, se alterada a regra geral de distribuição do ônus probatório.

Outros dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro também poderiam impedir a atribuição diversa do ônus da prova em determinados casos. Um ponto relevante a se considerar é, notadamente, a importância de se manter a viabilidade do direito de defesa da parte que, em razão da distribuição do ônus probatório diferenciado, passe a ter obrigação de provar determinados fatos[510]. Prova que ultrapassa a capacidade probatória da parte, verdadeira prova impossível de ser produzida não deve ser, portanto, exigida. O mesmo se aplica a todos os fatos cuja comprovação, ou refutação, dependeriam de prova de fatos negativos – a chamada *prova diabólica*[511]. Tal como observa MARINONI:

> Nessa lógica, quando se inverte o ônus é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a *possibilidade* de cumpri-lo, pena de a inversão do ônus da prova significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus. *A inversão do ônus da prova, nessa linha, somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não-existência do fato constitutivo.*[512]

6.3.2 Considerações acerca da distribuição dinâmica do encargo probatório

A possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, nos termos do § 1º do artigo 373 do CPC se apresenta como uma novidade positiva não apenas para potenciais autores em ARDC, mas também para os potenciais

---

realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado."

[509] CAMBI, Eduardo. A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância. São Paulo: RT, 2006, p.342.

[510] Vide, a respeito, comentários de MARINONI: "Nessa lógica, quando se inverte o ônus é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a *possibilidade* de cumpri-lo, pena de a inversão do ônus da prova significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus. A inversão do ônus da prova, nessa linha, somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não-existência do fato constitutivo". Destaques do original. Op. cit., p. 260.

[511] Prova que ultrapassa a capacidade probatória do réu, verdadeira prova impossível de ser produzida pelo acusado[511] e não deve ser, portanto, exigida, cabendo à outra parte comprovar o fato positivo, a realização ou existência do fato. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: procedimento comum: ordinário e sumario, 2: tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 247.

[512] Destaques do original. *Op. cit.,* p. 260.

réus neste tipo de processo, a depender do fato a ser provado. A atribuição diversa da regra geral de ônus probatório, tendo em vista a impossibilidade ou excessiva dificuldade de produzir determinada prova, em contraposição à maior facilidade de obtenção da prova pela parte contrária, pode ampliar as possibilidades de produção das provas necessárias para o devido deslinde da controvérsia nos autos da ação civil.

A distribuição dinâmica pode ser considerada, portanto, como um instrumento auxiliar no âmbito das ARDC, notadamente diante de peculiaridades (dificuldade) de produção de prova neste tipo de ação. Veja-se, por exemplo, menção a tal instrumento no contexto das ARDC por JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA:

> Como consideração prévia à conclusão, deve-se ter presente que a aplicação privada (da legislação de concorrência) traz à baila a necessidade de implementação de uma magistratura econômica. [...] Dada a assimetria de informação existente entre as empresas infratoras e os demandantes de reparação, é fundamental que se garanta a divulgação dos elementos de prova relevantes, devendo levar-se em conta o princípio da inversão do ônus da prova previsto no art. 373, §1º do Código de Processo Civil, bem como o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.[513]

Faz-se essencial, contudo, considerar que a distribuição dinâmica não deve ser aplicada considerando exclusivamente os termos do § 1º do artigo 373 do CPC – ou seja, mediante consideração, tão somente, da dificuldade ou impossibilidade de produção, por uma parte, e maior facilidade de produção pela outra parte. O direito de não produzir prova contra si é assegurado pelo mesmo CPC, inclusive na prática de ato que lhe tenha sido determinado pelo magistrado. De toda forma, tal direito, assegurado no art. 379 do CPC, não impede a adoção do instrumento de distribuição diversa do ônus da prova, embora possa restringir a sua aplicação. Neste sentido, seria razoável conceder oportunidade de manifestação acerca da atribuição diversa do ônus probatório à parte em relação à qual se aplicaria anteriormente à decisão determinando tal distribuição diversa. Este procedimento permitiria ao magistrado considerar eventuais implicações

[513] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. A ação privada para ressarcimento de danos no direito da concorrência. *In* CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). Evolução do antitruste no Brasil. São Paulo: Singular, 2018, p. 509-538, p. 510.

negativas a direitos assegurados à parte antes de determinar a atribuição diversa do ônus da prova.

7 DO REFLEXO DO TRATAMENTO DE PUBLICIDADE DE DOCUMENTOS DAS INVESTIGAÇÕES DO CADE EM OUTRAS JURISDIÇÕES

A possibilidade de se buscar acesso a provas, ou produção de provas em jurisdições estrangeiras é um tema relevante para as reflexões que apresentamos no contexto deste trabalho. A doutrina reporta que o número de pedidos efetivos de acesso a provas em posse de pessoas ou entidades em jurisdição estrangeira tem crescido consideravelmente nas últimas décadas. Diversos fatores são citados como razão para este fenômeno, notadamente, o aumento das relações comerciais entre países e possibilidade de que atos praticados em um país cause efeitos, ou infrinja leis, em países diversos.

O aumento das relações internacionais e das atividades judicias buscando produção de prova em outras jurisdições, levaram, já em 1970, à publicação da Convenção de Haia sobre Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial[514] (doravante denominada como Convenção de Haia sobre Provas). O objetivo desta Convenção é buscar certa uniformização nas regras de direito internacional, elevar o nível de segurança jurídica para pessoas físicas e jurídicas e tornar mais eficiente célere a produção de provas, em conformidade e respeito à soberania da jurisdição estrangeira[515]. Tal como resumido por CYNTHIA DAY WALLACE:

---

[514] Convenção de Haia sobre Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, firmada em 18 de março de 1970, em Haia, Países Baixos.

[515] Embora haja divergências, especialmente por parte dos Estados Unidos da América, o entendimento majoritário é que a Convenção de Haia sobre Provas deveria ser o único meio de obter produção de provas em jurisdição estrangeira em processo de natureza civil ou comercial (ou seja, em substituição à aplicação de regras processuais do país solicitante). Em relação aos Estados Unidos, entende-se que a "cláusula suprema" Constituição dos Estados Unidos da América determina que o Código de Processo Civil, que é lei federal, tem o mesmo status que tratados internacionais. Portanto, a lei federal e tratados podem subsistir enquanto não houver conflito, assim como tratados podem ser revogados por lei federal promulgada posteriormente. No julgamento do caso Aerospatiale, caso 482 US 522 (1987), a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu (por maioria apertada – 5 votos dentre os 9 julgadores) que a redação da Convenção de Haia sobre Provas não determina sua aplicação com exclusividade – portanto, o Código de Processo Civil, conquanto publicado anteriormente e não estando em conflito com a Convenção, poderia também ser aplicado nos pedidos de produção de prova a ser realizado em outras jurisdições. Em sentido contrário, países como França, Alemanha, Reino Unido e outros estados-membros da União Europeia já manifestaram entendimento de que a Convenção deveria ser usada de forma exclusiva - Vide manifestações por meio de Amicus Brief da República da França e da República da Alemanha no caso Aérospatiale, caso 482 US 522 (1987), e outros casos mencionados em nota n. 129 de WALLACE, Cynthia Day. Op. cit., p. 375.

> *In sum, the fundamental motivation of the Convention is to facilitate the process of taking evidence abroad between civil and common law countries, respecting the laws and practices of the latter without violating the judicial sovereignty of the former. And consent – express or implied – is an indispensable element. Since ordering discovery of evidence located abroad under the threat of sanctions for noncompliance is an exercise of enforcement jurisdiction, any other position would violate the well-established principle in international law that a state may not exercise enforcement jurisdiction in the territory of another state without the latter's consent.*[516]

A Convenção de Haia sobre Provas, ratificada por mais de 50 países, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro apenas em 2013, por meio do decreto legislativo n. 137, de 19 de fevereiro de 2013, e posteriormente promulgada por meio do Decreto n. 9.039, de 27 de abril de 2017. O texto foi aprovado quase que integralmente [517] e com exigência de que os pedidos apresentados no Brasil devem estar redigidos em português. Como a Convenção prevê a reciprocidade entre os signatários, a celeridade e eficiência é esperada tanto em relação aos pedidos recebidos quando enviados pelo Brasil para quaisquer dos demais 57 países signatários[518].

A adesão à Convenção de Haia sobre Provas afasta a necessidade de uso da via diplomática no pedido de produção de provas – a intervenção do Ministério das Relações Exteriores é dispensada, sendo o Juiz autorizado a expedir carta rogatória diretamente para o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça. Em caso de oitiva de testemunhas, esta pode ser realizada por agente consular ou diplomático, desde que não haja coação para que a testemunha preste o depoimento.

A Convenção de Haia sobre Provas não contém dispositivos específicos sobre produção de provas que possuam particular relevância para este trabalho. O destaque à tal Convenção se deve ao fato de que a recente adesão do Brasil a um tratado que visa regular e uniformizar a produção de provas entre jurisdições estrangeiras parece indicar a relevância do tema no ordenamento jurídico nacional.

---

[516] Vide WALLACE, Cynthia Day. Op. cit., pp. 377.
[517] Reservas foram aplicadas ao parágrafo 2º do art. 4º e ao Capítulo II, nos termos do art. 33, e com as declarações previstas nos art. 8º e art. 23 do Decreto Legislativo n. 137/2013.
[518] Vide notícia sobre a Convenção de Haia sobre Provas no site: https://e-justice.europa.eu/content_taking_evidence-374-pt.do e https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil/acordos-internacionais/convencao-da-haia-sobre-provas.

Especificamente no âmbito deste trabalho, observamos a possibilidade de haver concreto interesse de potenciais autores de ARDC ter acesso a provas localizadas em outras jurisdições. Isto poderia ocorrer, por exemplo, em casos de cartéis internacionais, cuja conduta é praticada em determinada jurisdição, mas a produção de efeitos – notadamente, de danos – ocorre também em diversas outras jurisdições. Nesta hipótese, os mesmos documentos comprobatórios de uma infração em uma determinada jurisdição poderiam comprovar a infração em outras jurisdições. Seria natural cogitar, portanto, caso tais documentos e provas não estejam disponíveis em determinada jurisdição, se o acesso a eles poderia ser viabilizado na jurisdição estrangeira onde tais documentos e provas se encontrem. Veja-se, por exemplo, que no âmbito de uma ação civil interposta nos Estados Unidos, relativa ao caso do cartel das vitaminas, houve solicitação de acesso a documentos da investigação da Comissão Europeia[519].

A produção extraterritorial de provas, contudo, pode gerar conflitos significativos, como reporta CYNTHIA WALLACE:

> Conflitos jurisdicionais entre estados-nação usualmente vêm à tona quando documentos localizados no exterior são solicitados por ordem judicial e a produção de tais provas contrarie as regras – ou vai ao encontro da lei e prática – do Estado no qual tais documentos estejam localizados. [520]

Em artigos publicados na década de 80 que abordavam conflitos gerados pela aplicação extraterritorial da legislação norte-americana, já se encontrava referências de que “as expressões mais notórias e dramáticas destas preocupações tem ocorrido na seara antitruste”[521], especialmente no âmbito das ações privadas.

---

[519] Caso Rep. of Special Master (99-197) (TFH), 2002 U.S. Dist. LEXIS 26490 January 23, 2002.

[520] Tradução livre do original: “Jurisdictional conflicts between nation-states often arise when documents located abroad are sought by local court order and the production of those documents would contravene the disclosure laws – or go against established law and practice – of the state in which the documents are located.” WALLACE, Cynthia Day. ‘Extraterritorial’ Discovery: Ongoing Challenges for Antitrust Litigation in an Environment of Global Investment. Journal of International Economic Law 5 (2): 353–92, 2002. https://doi.org/10.1093/jiel/5.2.353, p, 354.

[521] Tradução livre do original. LIONEL KESTENBAUM and JAMES W. OLSON. Federal Amicus Intervention in Private Antitrust Litigation Raising Issues of Extraterritoriality: A Modest Proposal. The International Lawyer 16 (4): 587–96, 1982, p. 587. Vide também Anthony C. Acampora. Defenses to International Antitrust Suits: An Aggregate Approach. *Fordham International Law Journal* 5 (2): 441, 1981.

> *This increased concern [of the reach of U.S. antitrust jurisdiction] can be ascribed to a number of elements, but a salient factor has been the volume and impact of private antitrust litigation. This does not mean that the reach of government enforcement is accepted. But concern about it is tempered by the fact that many other industrial nations have their own antitrust programs, and that procedures for intergovernmental consultation have been developed that assure a level of consideration of foreign interests. No such procedures, of course, apply to private litigation; and private litigants have no incentive to moderate their claims or tactics because of foreign concerns. In the year ending June 30, 1980, 1,457 antitrust suits were filed, more than six times the number two decades earlier. Most of these are private suits and while, obviously, relatively few raise issues of extraterritoriality, some well-publicized cases have, notably the uranium litigation.*[522]

O número de jurisdições que introduziram ou tornaram mais efetiva a legislação de combate a condutas anticoncorrenciais aumentou significativamente nas últimas décadas – atualmente, mais de 120 países possuem algum tipo de legislação concorrencial[523]. Somado a isso, o reconhecimento de jurisdição para investigar condutas ocorridas no exterior, com base na teoria dos efeitos em território nacional, tem levado ao aumento de investigações acerca da mesma conduta em jurisdições diversas. Na última década o Cade investigou e proferiu decisão condenatória em diversas investigações de cartel internacional (também investigada por autoridades de concorrência de outras jurisdições), tais como as referentes ao mercado de vitaminas, mangueiras marítimas, DRAM, LCD, CRT-CDT, CRT-CPT, GIS, dentre outros, e tem em curso diversos outros casos de condutas investigadas também por autoridades de concorrência de outros países[524].

Tais fatos imprimem uma característica peculiar aos casos de infração concorrencial internacional – considerada como aquela que tem como objetivo ou resultado a produção de efeitos em jurisdições diversas – qual seja, o fato de que a produção de provas pode ser realizada por autoridades diversas, aplicando-se as mais variadas regras de produção de provas e produzindo-se a

---

[522] Op. cit., p. 588.

[523] Vide FOX, Eleanor M. Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path. New York University Public Law and Legal Theory – Working Papers. July 2007, e MCMAHON, Kathryn. 2016. The International Harmonization of Competition Norms and Brazilian Competition Law: The Use of Settlement Agreements. *Nafta - Law and Business Review of the Americas* 22 (4): 293.

[524] Por exemplo, investigações no mercado de auto peças, mercado de câmbio, de cabos subterrâneos e submarinos, e também casos de condutas unilaterais que possuem certa semelhança com investigações também realizada em outros países, tais como o de mercado de buscas online, caso de scraping (estes últimos dois já arquivados sem condenação), dentre outros.

prova em locais diversos, incluindo aquele onde a conduta ocorreu. Medidas de busca e apreensão, inspeção local com ou sem apreensão de evidências, acordos de cooperação com infratores que gerem produção de provas, oitiva de testemunhas, apresentação de documentos por ordem judicial, são algumas das várias formas de produzir provas.

Cada jurisdição possui regras próprias para produção de provas, sendo que determinadas provas que poderiam ser produzidas em determinadas jurisdições (por exemplo, Estados Unidos da América e Reino Unido), mas não em outras (por exemplo, Alemanha, Países Baixos ou Brasil). De fato, as regras aplicáveis em cada jurisdição para produção de provas é um dos fatores considerados por potenciais autores de ARDC para decidir em qual jurisdição a ação deve ser proposta, caso haja mais de uma jurisdição competente. A possibilidade de obtenção de determinados tipos de prova em posse da parte contrária no Reino Unido, por exemplo, é destacada como uma das razões pelas quais tal jurisdição tem atraído um grande número de relevantes ações de reparação por danos concorrenciais.

Este aspecto das ações de reparação em casos de condutas internacionais, ou com efeitos multiterritoriais, deve ser levando em consideração pela autoridade de concorrência ao avaliar sua política em relação à confidencialidade ou publicidade de documentos de suas investigações. Especificamente, deve levar em consideração os efeitos que pode gerar uma política de concessão de acesso público a documentos que são mantidos sob sigilo em outras jurisdições onde a mesma conduta possa estar sendo investigada por autoridades de concorrência estrangeiras.

Caso uma autoridade concorrencial, seja administrativa ou judicial, decida dar publicidade a determinados documentos, deve ter em consideração que o acesso e uso de tais documentos não será restrito àquela jurisdição. Isto é, uma vez tornado público o acesso aos documentos, seu uso em qualquer outro procedimento, naquela ou em outra jurisdição, será possivelmente autorizado.

Este fato é particularmente relevante se considerarmos a hipótese de a autoridade brasileira, por exemplo, no âmbito de uma investigação de cartel internacional, tornar públicos documentos apresentados no âmbito de um acordo de leniência (após ter proferido sua decisão final), os quais são mantidos

confidenciais em outras jurisdições (seja antes ou posteriormente à decisão proferida na investigação estrangeira).

Caso a autoridade brasileira decida adotar uma política de publicização de documentos apresentados no âmbito de acordos de cooperação (acordo de leniência e TCC) que divirja da política adotada em outras jurisdições nas quais acordos semelhantes tenham sido firmados, tal política poderá reduzir significativamente os incentivos para acordos de cooperação no Brasil.

O risco de os documentos apresentados como evidência da infração à autoridade brasileira poderem ser usados como provas em ARDC não apenas no Brasil mas em outras jurisdições poderia, eventualmente, anular ou reduzir drasticamente os benefícios potencialmente alcançados em um acordo de leniência ou TCC com a autoridade concorrencial brasileira.

Conforme apresentamos neste trabalho, a União Europeia, por exemplo, adota algumas regras de tratamento de acesso diversas do que é estabelecido na Resolução 21/2018 do Cade. As evidências da infração reportada, apresentadas por signatários de acordos de cooperação, por exemplo, como regra, não são disponibilizadas publicamente pelas autoridades de concorrência, mesmo após a decisão final no processo respectivo. E o acesso a estas evidências somente é autorizado a terceiros em hipóteses específicas, conforme análise a ser empreendida pelo Judiciário, levando-se em consideração os critérios estabelecidos na Diretiva 2014/104/UE e legislação nacional dos Estados-Membros.

Portanto, parece-nos possível, diante da análise que empreendemos neste trabalho, cogitar da hipótese de o Cade, a depender da interpretação dada aos dispositivos da Resolução 21/2018, vir a dar publicidade a documentos que eventualmente configurem também evidência de uma infração em outra jurisdição, na qual os mesmos documentos sejam classificados como confidenciais em relação a terceiros. Caso isto seja, de fato, possível, eventuais impactos em relação aos incentivos à celebração de acordos de cooperação com o Cade, ou mesmo em relação à "necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica"[525] deveria ser ponderado pelo Cade.

[525] Trata-se de critério constante na Resolução 21/2018 do Cade – artigo 3º, parágrafo único, item VII.

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

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

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

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

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

No Brasil, a publicação da Resolução 21/2018 (e os estudos que precederam e deram origem à proposta preliminar de Resolução) comprova que o Cade não está inerte ou indiferente às discussões acerca da possibilidade de concessão de acesso de documentos de seus procedimentos administrativos a terceiros, a fim de embasar ARDC. A abertura de duas Consultas Públicas acerca da proposta de Resolução que deu origem à Resolução 21/2018, bem como a disponibilidade de representantes da autarquia em participar de debates públicos[526] acerca do tema também demonstram uma atitude positiva do órgão de ponderar opiniões e sugestões da sociedade.

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

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

A ementa da Resolução 21/2018 contém referência à "articulação entre persecução pública e privada" e ao propósito de "fomentar" as ações de reparação por danos concorrenciais[527]. Não encontramos na Resolução 21/2018 nenhuma referência ao propósito de manutenção de interesses e instrumentos relevantes para o *enforcement* público da LDC. Analisadas em conjunto, tais referências poderiam permitir a interpretação de que o objetivo do Cade seria o de atuar ativamente em favor da propositura de ARDCs, ou a favor dos autores das ARDCs – e, portanto, colocar um peso maior no lado do *enforcement* privado, com potencial prejuízo ao *enforcement* público. Tal entendimento, contudo, parece-nos não refletir a postura que o Cade tem manifestado sobre o assunto.

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

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

À medida que o debate evoluiu, começaram a surgir ponderações acerca da possibilidade de que o *enforcement* privado, contudo, poderia, em certa medida, prejudicar o *enforcement* público[528]. Notadamente, na hipótese de se

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A solução adotada na União Europeia, tal como apresentado acima, em relação à possibilidade de acesso a informações e documentos de suas investigações para uso em ARDC, baseia-se no cenário em que os pedidos de acesso por terceiros serão dirigidos ao Poder Judiciário, e não à autoridade de concorrência[529].

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

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

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

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

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

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

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

A escolha do Cade, entretanto, por meio da Resolução 21/2018, seguiu caminho diverso, pois decidiu criar uma via de pedido de acesso às informações e documentos constantes nos autos de acesso restrito diretamente à autarquia. Pode-se especular que o objetivo do Cade seja o de viabilizar uma oportunidade para proferir uma decisão antes que o pedido seja feito ao Judiciário[530]. Dessa forma, poderia já autorizar o acesso a informações e documentos em casos nos quais entenda que tal acesso possa ser deferido (ou que poderia ser deferido pelo Judiciário), evitando embates judiciais; e, na hipótese de o pedido ser negado parcial ou totalmente, o Cade já teria um parecer fundamentando as razões de sua decisão para ser apresentado ao Judiciário, quando o requerente buscar essa via para requerer o acesso negado pela autarquia. Dessa forma, seria possível, na visão do Cade, reduzir o risco de o Judiciário decidir de forma contrária ao Cade.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Nos termos da Resolução 21/2018, se a interpretamos corretamente[531], o Cade deverá, de forma automática e *ex officio*, tornar públicos todos os documentos e informações classificados como acesso restrito que guardem relação com os acordos de leniência e TCC, e que não constem na relação dos documentos e informações do seu artigo 2º. Considerando que esta regra seria aplicável aos acordos de leniência e TCC assinados após a promulgação da Resolução 21/2018, não trataremos, aqui, do risco ao princípio da segurança jurídica e outras potenciais ofensas legais para a hipótese de o Cade determinar a publicidade de informações e e documentos de acordos de colaboração firmados antes da publicação de tal Resolução 21/2018. Ressalvamos, contudo, que a depender dos termos dos acordos celebrados após esta promulgação, tais argumentos poderiam ser trazidos à tona e, eventualmente, impedir a publicação de das informações e documentos apresentados pelos signatários dos acordos.

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

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

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

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

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

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

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

Uma primeira dificuldade se apresenta porque este tipo recursal não é adequado à hipótese em tela, visto que embargos de declaração se aplicam em caso de omissão, obscuridade ou contradição[532]. Ainda, o prazo para propositura de embargos é relativamente exíguo, especialmente considerando que no mesmo prazo os representados podem ter que se dedicar à elaboração de embargos de declaração pelas razões a que tal recurso, de fato, se destina. E a análise de razões de confidencialidade em todos os documentos e informações indicados no voto do Conselheiro Relator pode demandar muito tempo (especialmente considerando que as razões devem ser justificadas). Considerando a relevância do tema, e os potenciais riscos relacionados, não seria desarrazoado considerar a necessidade de um prazo significativamente maior para tratar do assunto.

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

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

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

Refletindo sobre a experiência da Comissão Europeia[533], observamos que esta autoridade concorrencial não disponibiliza a versão pública das decisões condenatórias imediatamente ao julgamento, mas apenas um comunicado (*press release*) contendo informações principais da decisão. A versão pública da decisão é disponibilizada posteriormente, após concessão de prazo para as partes se manifestarem sobre o documento e analisar pedidos de remoção de determinadas informações da versão pública da decisão – o que pode levar muitos meses. Embora a publicação de uma versão pública da decisão, o quanto antes, seja desejável, este procedimento ressalta a importância de conceder prazo adequado para as partes de manifestarem sobre questões de confidencialidade, e para a própria autoridade analisar tais manifestações e minimizar o risco de publicar uma decisão que eventualmente contenha informações que deveriam ser mantidas confidenciais.

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

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

---

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

8.3 Notificação prévia e direito de manifestação dos interessados

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A proteção a tais declarações, escritas ou verbais, teria como fundamento não apenas os riscos mencionados anteriormente (constantes na Resolução 21/2018), mas também o fato de serem apresentadas tão somente em razão do acordo de cooperação e, portanto, não estariam de outra forma disponíveis. Sua proteção, portanto, estaria intimamente relacionada ao propósito de proteger a efetividade dos programas de leniência e TCC como instrumento de persecução pública pelo Cade. Por tal razão, entendemos que também o Judiciário deveria manter a confidencialidade de tais documentos perante terceiros[534].

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nesta hipótese, entendemos que o parecer deveria ser formulado pela Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (ProCade), e não por membro do Tribunal do Cade ou da Superintendência-Geral do Cade. Dado que a ProCade tem a incumbência de representar o Cade em juízo, a sua manifestação prévia acerca da possibilidade de acesso a documentos seria coerente e teria direta relação com a posição que este próprio órgão iria defender em juízo – seja naquele caso, ou em outros casos semelhantes. Veja-se, por exemplo, que o Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade dispõe que a ProCade deverá intervir em ação judicial que vise a exibição dos documentos entregues pelo leniente, de forma a resguardar a confidencialidade das informações prestadas pelo leniente e, assim, garantir a manutenção do programa de leniência[536].

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) A razoabilidade e a proporcionalidade do requerimento. O requerente deveria indicar porque o acesso aos documentos da investigação do Cade é necessário, ou essencial, em vista de todas as demais alternativas para obtenção das informações e documentos e produção da prova.

d) Informação sobre a relação que possui (o requerente e seu grupo econômico), com os representados do processo do Cade. Esta, dentre outras informações, devem permitir ao Cade analisar eventuais restrições ao acesso pelas razões enumeradas no artigo 2º da Resolução 21/2018. Notadamente, determinadas informações podem configurar vantagem concorrencial indevida a depender da relação entre requerente e representado (se a relação é vertical, a montante ou a jusante; ou se é concorrente).

e) Delimitação do escopo de utilização das informações e documentos aos quais se busca acesso. O requerente deve especificar em relação a quais representados a ARDC poderia ser proposta, e se eventual ação judicial ou procedimento arbitral envolveria outros potenciais prejudicados (em litisconsórcio ativo facultativo, por ex.) – visto que nesta situação, os documentos poderiam ser eventualmente acessados por terceiros diversos do requerente.

f) Compromisso de manutenção da confidencialidade. O requerente deve se comprometer a manter a confidencialidade das informações e documentos nos termos da decisão do Cade (que, por sua vez, levará em consideração as informações fornecidas pelo requerente em seu pedido). O requerente deve se comprometer expressamente a requerer a manutenção da confidencialidade em processos judiciais ou procedimentos arbitrais nos quais utilize os documentos disponibilizados pelo Cade. As penalidades em caso de descumprimento desta obrigação devem ser citadas neste compromisso.

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

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

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

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

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

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

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

As demais hipóteses do artigo 313 do CPC que permitem a suspensão do processo judicial[538] também não aparentam aplicáveis para o propósito de aguardar a conclusão da instrução de investigação do Cade. Há, contudo, uma outra hipótese de suspensão que poderia ser considerada como

---

[538] As hipóteses de suspensão estão previstas no artigo 313 do Código de Processo Civil: "
I - pela morte ou pela perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;
II - pela convenção das partes;
III - pela arguição de impedimento ou de suspeição;
IV- pela admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas;
V - quando a sentença de mérito:
a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;
b) tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo;
VI - por motivo de força maior;
VII - quando se discutir em juízo questão decorrente de acidentes e fatos da navegação de competência do Tribunal Marítimo;
VIII - nos demais casos que este Código regula.
IX - pelo parto ou pela concessão de adoção, quando a advogada responsável pelo processo constituir a única patrona da causa;
X - quando o advogado responsável pelo processo constituir o único patrono da causa e tornar-se pai."

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

Neste cenário, é pertinente considerar os incentivos que os prejudicados por infração concorrencial têm para aguardar ou não a decisão final pelo Tribunal do Cade. A propositura de ARDC após a decisão do Cade permite ao prejudicado aproveitar, em certa medida, da investigação do Cade – seja por acesso a documentos dos autos do Cade, seja por acesso à decisão condenatória com descrição da infração concorrencial. E a propositura antes, e independente da decisão do Cade, tem a relevante vantagem do tempo – quanto antes a ação for proposta, mais cedo será proferida a decisão final. Mas talvez o principal fator que motiva a propositura prévia é a garantia de que a pretensão não estará prescrita. Na hipótese de o prazo prescricional relativo à ARDC já ter iniciado, há somente uma hipótese de interrupção do prazo, que somente pode ocorrer uma vez, nas hipóteses previstas no artigo 202 do Código Civil[540]. Portanto, no atual cenário das leis vigentes no país, caso o prazo prescricional tenha início durante ou antes do

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

[540] Estas são as hipóteses de interrupção da prescrição: "I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;
III - por protesto cambial;
IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;
V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor."

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

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

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

9 REFERÊNCIAS [541]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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