

Prêmio IBRAC-TIM 2016

DISCOVERY, LENIÊNCIA, TCC E PERSECUÇÃO PRIVADA A CARTÉIS: TOO MUCH OF A GOOD THING?

Amanda Athayde e Andressa Lin Fidelis

Resumo: O presente trabalho visa a ponderar se a crescente persecução privada a cartéis no Brasil se tornará “*too much of a good thing*”, a ponto de prejudicar os Programas de Leniência e de TCC do Cade, consistentes em instrumentos da persecução pública a cartéis. Para tanto, centra-se o estudo nas melhores práticas internacionais dos Estados Unidos, União Europeia, Canadá e Austrália com relação as regras de acesso às informações e documentos oriundos de acordos de leniência e *plea agreements*, bem como da jurisprudência do Cade e dos tribunais brasileiros com relação ao tema. Ao final, são apresentadas propostas infralegais para se encontrar o ponto ótimo na articulação entre *private* e *public enforcement* no Brasil. Estas propostas foram colocadas em discussão pública pelo Cade em dezembro de 2016, na forma de uma minuta de Resolução (Consulta Pública nº 05/2016).

Palavras-chave: cartel, acordo de leniência, termo de compromisso de cessação (TCC), ação privada de reparação, persecução pública, danos concorrenciais, acesso a documentos.

Abstract: This research aims to consider if the growing trend related to private enforcement in cartel cases in Brazil would become “*too much of a good thing*”, negatively harming the public enforcement, remarkably through Cade’s Leniency and TCC Programs. The highlight is on the study of the United States, European Union, Canada and Australian best practices concerning the discovery rules to immunity/leniency/plea agreement materials, as well as Cade’s case law and national jurisprudence on this matter. Finally, this research proposes a normative solution to find an optimal point in the interaction between private and public enforcement in Brazil. Those proposals were taken into public discussion by Cade on December 2016, through a draft Resolution (Public Consultation nº 05/2016).

Keywords: cartel, leniency agreement, cease-and-desist agreement, private enforcement, public enforcement, antitrust damages, discovery.

1. Introdução

Os Acordos de Leniência e os Termo de Compromisso de Cessação (TCCs) negociados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) representam os principais pilares da persecução pública aos cartéis no Brasil (“*public enforcement*”)¹. De modo contundente no exterior, ainda que incipiente no Brasil, verifica-se a tendência crescente de persecução privada a tais condutas, por meio do ajuizamento de ações civis de reparação por danos concorrenciais (“*private enforcement*”). Na esteira do que se observa nos Estados Unidos (EUA), onde o *enforcement* privado ocupa papel preponderante (HOVENKAMP, 2011), as ações privadas de reparação por danos concorrenciais veem sendo objeto de recentes discussões em fóruns internacionais (ICN, 2007 e OCDE, 2015) e de alterações legislativas, tais como na Áustria (2012), Alemanha (2012), União Europeia (UE) (2015) e Reino Unido (2015).

Recentemente, Brent Snyder do Departamento de Justiça dos EUA (DOJ) foi questionado sobre as eventuais dificuldades enfrentadas por empresas proponentes de acordos de leniência em decorrência do proliferamento de jurisdições e de programas de leniência em múltiplas jurisdições. Ter-se-ia chegado a um cenário de “*too much of a good thing*”?² Analogamente, este artigo analisa o aumento da persecução privada a cartéis, indagando se esse *enforcement* privado teria se tornado também “*too much of a good thing*”, de modo a prejudicar o *enforcement* público e a persecução antitruste como um todo. A nosso ver, não se tem (pelo menos ainda) tal excesso no Brasil, sendo que o principal desafio é justamente encontrar o ponto ótimo na articulação entre a persecução pública e privada aos cartéis.

A premência desse debate no Brasil pode ser ilustrada pela recente decisão – ainda não transitada em julgado e sem efeitos *erga omnes* – proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 11 de março de 2016, no bojo de uma ação privada de reparação por danos concorrenciais fundamentada na

¹ A persecução de cartéis e outras condutas anticompetitivas pode ser dividida em pública (*public enforcement*) e privada (*private enforcement*). Enquanto a primeira é desempenhada pelas autoridades de defesa da concorrência e, eventualmente, por outros órgãos públicos de investigação, apresentando, em regra, caráter dissuasório e punitivo, a segunda é desempenhada pelo Poder Judiciário quando chamado a ressarcir consumidores eventualmente lesados por danos concorrenciais, apresentando, em regra, caráter compensatório.

² O título do artigo alude ao discurso de Brent Snyder, Procurador-Geral Adjunto do DOJ, intitulado “Leniency in Multi-Jurisdictional investigations: Too Much of a Good Thing?” (Chicago, 2015), disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2015/06/30/315474.pdf>.

investigação do cartel dos compressores (2016). A nosso ver, trata-se da versão brasileira da decisão *Pfleiderer* (2011) na União Europeia (UE)³. Em ambas, a discussão centra-se na ponderação entre as ações privadas de reparação por danos concorrenciais *vis a vis* os programas de colaboração antitruste, especificamente sobre conferir ou não o acesso aos materiais (informações e documentos) apresentados em sede de “*leniency programmes*”, ou seja, dos Programas de Leniência e de TCC no Brasil.

O presente artigo propõe alternativas infralegais que possibilitem harmonizar a persecução pública e privada de cartéis no Brasil de forma a manter a atratividade dos Programas de Leniência e TCCs do Cade, e, ao mesmo tempo, fomentar as ações privadas de reparação por danos concorrenciais, por meio da estipulação de regras de acesso às informações e documentos oriundos de tais acordos. Trata-se da busca em encontrar o ponto ótimo na articulação entre a persecução pública e privada aos cartéis. Para tanto, a **Seção 2** mapeia a experiência internacional em relação ao acesso de informações e documentos oriundos de programas de leniência no âmbito das ações privadas de reparação por danos concorrenciais. A **Seção 3** analisa a jurisprudência do Cade e recentes decisões judiciais acerca do acesso a tais materiais. Na **Seção 4** serão apresentadas propostas das autoras sobre as regras de acesso no Brasil, cuja versão completa consta na Nota Técnica 24/2016/Chefia GAB-SG/SG/CADE (que resultou na aprovação da Consulta Pública de Resolução nº 05/2016 pelo Tribunal do Cade em dezembro de 2016)⁴. Por fim, a **Seção 5** enunciará conclusões e desafios correlatos.

³ Em 2008, a autoridade da concorrência da Alemanha condenou um cartel de fabricantes de papel. Posteriormente, a empresa *Pfleiderer* teve seu pedido de acesso aos materiais da leniência negado em primeira instância recorrendo ao Tribunal de Bonn, o qual encaminhou o processo em consulta para a manifestação do TJUE, o qual decidiu que caberia às cortes nacionais, com base na legislação de cada Estado Membro, ponderando as ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais *vis a vis* o programa de leniência, conferir ou não o acesso de tais materiais.

⁴ Para acesso às propostas e ao documento integral da Nota Técnica 24/2016/Chefia GAB-SG/SG/CADE sugere-se acesso: <<http://www.cade.gov.br/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>>.

2. Experiência internacional sobre acesso aos materiais de leniência

2.1 Da experiência norte-americana

Nos Estados Unidos, as ações privadas de reparação por danos concorrenciais representam cerca de 90% do *enforcement* antitruste no país (JONES, 2016) e são ajuizadas independente da condenação no processo criminal (CONNOR, 2012). O difundido uso dessas ações é explicado, em larga medida, pelo amplo *discovery*⁵, dentre outros fatores incentivadores⁶. Os seguintes diplomas legais geralmente se aplicam à questão do *discovery* nos EUA: (i) Lei de Livre Acesso à Informação (“FOIA”⁷); (ii) Regras Federais do Processo Criminal (“FRCP”⁸); e (iii) Regras Federais do Processo Civil (“FDCP”⁹). Tais diplomas preveem, ao menos, três exceções à regra geral de amplo acesso aos documentos e informações: o sigilo investigativo, o sigilo do informante e a informação privilegiada.

Nos termos do FOIA, qualquer cidadão tem o direito de acesso aos arquivos de agências federais, exceto, por exemplo, se tal divulgação puder interferir na condução do processo investigativo. Aplicando-se a FOIA no escopo de eventuais ações privadas de reparação por danos concorrenciais, o DOJ pode se opor à apresentação de materiais oriundos de leniência e *plea agreements*¹⁰ se houver investigação criminal em curso, fundamentado seu

⁵ *Discovery* se refere a um conjunto de dispositivos processuais empregados por uma parte em um processo civil ou criminal, na fase de produção de provas, com o objetivo de demandar a parte contrária a divulgação de informação essencial para a formação da causa de pedir da parte requerente e que apenas a parte adversa tem conhecimento ou possui. Ver *Federal Rules of Civil Procedure*, Title 28 of the U.S. Code.

⁶ Sobre as causas do difundido uso das ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais nos EUA, soma-se, além do amplo *discovery*, o *treble damages* (ressarcimento triplicado por danos concorrenciais), a responsabilidade solidária dos autores da conduta anticompetitiva, bem como a existência de prazos prescricionais favoráveis aos autores das ações, as quais apresentam caráter compensatório e punitivo.

⁷ *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C., § 552. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/oip/legacy/2014/07/23/foia-final.pdf> (acessado em 30.08.2016).

⁸ *Federal Rules of Criminal Procedure*. Disponível em: <https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org> (acessado em 30.08.2016).

⁹ *Federal Rules of Civil Procedure*. Disponível em: <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/> (acessado em 30.08.2016).

¹⁰ *Plea agreements* são acordos disponíveis para as partes que não puderam celebrar o acordo de leniência total com o DOJ. Ver Scott Hammond (DOJ) em sessão do Comitê

pedido nos sigilos investigativo e do informante. Para tanto, o DOJ comumente se vale do recurso processual conhecido como “*discovery stay*”¹¹. Trata-se de pedido civil de suspensão do processo civil até que se conclua os procedimentos investigativos, tais como as colheitas de depoimentos e provas¹², o qual é, em regra, deferido pelos tribunais norte-americanos (MILLER, et al., 2010). Com o “*stay*”, permite-se a priorização temporária da persecução pública da conduta anticompetitiva, pelo menos até o término das investigações do DOJ (LUI, et al., 2008; e SCHWARTZ, 2014)¹³.

Por sua vez, as regras criminais do FRCP estipulam que o DOJ deve disponibilizar quatro¹⁴ categorias de informações e documentos ao réu da ação penal¹⁵, o que inclui materiais de leniência. Não há obrigação de *discovery*, porém, com relação a relatórios, memorandos ou outros documentos governamentais internos elaborados pelo DOJ em relação à investigação (FRCP 16.2). Este acesso não é conferido a terceiros, mas apenas ao réu, que deve manter o dever de sigilo e usar tais informações estritamente para fins de

de Concorrência da OCDE, disponível em <https://www.justice.gov/atr/speech/us-model-negotiated-plea-agreements-good-deal-benefits-all>.

¹¹ *Discovery stay* é o instrumento processual solicitado pelo DOJ para proteger a integridade das investigações sobre prática de cartel. O *stay* pode ser referente a documentos ou para colheita de depoimentos, sendo que os do segundo tipo costumam ter longos períodos de duração. Ver Lerner, K. e Friedman, E. (2014).

¹² Sobre esse tema, o *Antitrust Division Manual*, disponível em <http://www.justice.gov/atr/file/761166/download>.

¹³ Esse instrumento foi utilizado, por exemplo, nos casos de cartéis envolvendo DRAM, LCD e CRT/CPT, em que o DOJ logrou suspender o processo por 6 (seis) meses ou mais.

¹⁴ Tais informações e documentos se dividem em quatro categorias (artigo 16 e 26.2 do FRCP): (i) informações e documentos sobre o réu; (ii) informações e documentos de defesa (“*exculpatory information*”), i.e., qualquer prova favorável ao réu; (iii) informações e documentos sobre possível contestação da testemunha (“*impeachment information*”); e (iv) declarações feitas pelas testemunhas ou de acusação que tenham relação com a matéria. Para mais informações ver <http://www.justice.gov/dag/memorandum-department-prosecutors>.

¹⁵ Em regra, a persecução criminal de cartéis nos EUA se inicia com uma fase investigativa preliminar no âmbito do “*grand jury*”, na qual o DOJ busca elementos probatórios suficientes para, posteriormente, requerer a condenação criminal do autor do cartel no Judiciário, e na qual opera o sigilo absoluto (*secrecy*). Se os cidadãos que compõe o *grand jury* vislumbrarem elementos probatórios suficientes (“*probable cause*”), o DOJ leva o caso ao tribunal criminal. Quando o processo criminal chega a júri, as sessões e decisões são, em regra, públicas. Ver *U.S. Attorneys' Manual* (“USAM”), disponível em: <http://www.justice.gov/usam/usam-9-11000-grand-jury>.

defesa no processo criminal, garantido o pedido de “*protective order*”¹⁶. Ocorre que, apesar desse regramento, cerca de 90% das investigações criminais de cartel realizadas pelo DOJ são objeto de acordo e não chegam a julgamento¹⁷, de modo que a divulgação de tais documentos e informações no âmbito do processo criminal, apesar de possível, é pouco frequente na experiência norte-americana.

Finalmente, segundo as regras civis do FDCP, há amplo acesso, exceto às informações consideradas “*privileged*”¹⁸. No âmbito das ações privadas de reparação por danos concorrenciais, os tribunais norte-americanos buscam ponderar o dever de proteção da confidencialidade do material da leniência com as amplas garantias de *discovery*. Se solicitado pelo tribunal, diferentemente do que geralmente ocorre em jurisdições de *civil law*, o réu da ação, seja o beneficiário do acordo de leniência, seja qualquer coautor da conduta anticompetitiva, tem o dever legal de disponibilizar documentos e informações relevantes para embasar a pretensão indenizatória dos consumidores supostamente lesados. Se o acesso se refere a materiais estrangeiros, porém, a jurisprudência vem favorecendo o sigilo investigativo de outras jurisdições¹⁹. Ilustrativamente, no caso *Air Cargo* (2011)²⁰, o juiz norte-americano recusou-se a ordenar a divulgação dos documentos de leniência que constavam do processo investigativo da Comissão Europeia, entendendo que a divulgação prejudicaria os interesses soberanos e a política pública da UE. Por sua vez, se o acesso vem do exterior para o DOJ, somente mediante *waiver*²¹ há disponibilização das informações e documentos derivados de acordos de leniência e *plea agreements*.

¹⁶ As partes podem ajuizar pedido de proteção das evidências de modo a restringir o alcance do *discovery*.

¹⁷ Ver Jones Day Commentary “Federal Jury Returns Verdicts in Rare Price-Fixing Trial of Global Liquid-Crystal Displays Conspiracy” (Abril, 2012), http://www.jonesday.com/federal_jury_returns_verdict/.

¹⁸ Considera-se “*privileged*” informações referentes a determinadas comunicações entre cliente e advogado, bem como documentos de trabalho elaborados pelos advogados do próprio DOJ e pelos advogados dos proponentes do Acordo de Leniência ou *plea agreement*.

¹⁹ *In re Rubber Chems. Antitrust Litig.* 486 F. Supp. 2d 1078, 1080 (N. D. Cal. 2007).

²⁰ *Air Cargo Shipping Services Antitrust Litigation* No. MD-06-1775 (E.D.N.Y. Dec. 19, 2011).

²¹ Ver *Antitrust Division Manual*, pág. III-101.

2.2 Da experiência europeia²²

O *enforcement* privado na União Europeia (EU), diferentemente dos EUA, até bastante recentemente vinha apresentando papel pouco expressivo (JONES, 2016; Comissão Europeia, 2013). Antes de 2014, na ausência de uma norma supranacional que regulasse especificamente o acesso a materiais de leniência, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) formou jurisprudência acerca do tema. No caso *Pfleiderer*²³ (2011), a questão colocada era se os tribunais nacionais poderiam conceder acesso, em ações privadas de reparação por danos concorrenciais, aos documentos recebidos pelas autoridades antitruste nacionais (NCAs) em Acordos de Imunidade e Leniência. Até então, a Comissão Europeia vinha adotando a posição de que estes materiais não poderiam ser objeto de *discovery*, sob pena de prejudicar o Programa de Leniência europeu²⁴. O TJUE, todavia, decidiu que caberia às cortes nacionais, com base na legislação de cada Estado Membro, uma análise casuística ponderando as ações indenizatórias *vis a vis* a atratividade do programa de leniência, para então conferir ou não o acesso de tais materiais às partes potencialmente prejudicadas. Nos casos que se seguiram, a jurisprudência se dividiu (MACHADO, 2015)²⁵.

A incerteza jurídica resultante do caso *Pfleiderer* levou a Comissão Europeia a buscar uma solução normativa para proteger a eficácia do seu programa de leniência na alteração do marco regulatório: a Diretiva de 2014 da UE²⁶. No que tange às regras de acesso aos documentos e informações de

²² Embora países europeus possuam experiências interessantes acerca do tema, optou-se por relatar apenas as regras da UE, tendo em vista que a Diretiva 2014/104/UE deve ser implementado até dezembro de 2016 em todos os Estados Membros.

²³ Caso C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt* (2011) ECR I-05161.

²⁴ Segundo o parecer do Advogado Geral, os documentos produzidos para o acordo de leniência e aqueles preexistentes ao acordo, mas que foram entregues à autoridade antitruste, deveriam receber tratamento distinto. Para Mazák, somente a segunda categoria seria sujeita ao *discovery*. Em relação aos documentos produzidos para o acordo de leniência, opinou o seu acesso por parte de terceiros prejudicados deveria ser vedado de forma a garantir a integridade do programa de leniência.

²⁵ Cases T-437/08, *Cartel Damage Claim Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims v Commission* (Tribunal Geral, 2011); HC08C03243, *National Grid v. ABB* (Suprema Corte do UK, 2012); T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg v Commission* (Tribunal Geral, 2012); C-365/12P, *Commission v EnBW Energie Baden-Württemberg AG* (TJUE, 2014); E-5/13 *DB Schenker v EFTA Surveillance Authority* (Corte EFTA, 2014).

²⁶ “*Directive on Antitrust Damages Actions*”, Diretiva 2014/104/EU, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal->

Acordo de Imunidade e Leniência na União Europeia, o art. 5º sobre “Divulgação de Elementos de Prova” estabelece, como regra geral, que os tribunais nacionais têm a prerrogativa de ordenar a divulgação de elementos de prova, desde que autor tenha apresentado um pedido considerado plausível, razoável e fundamentado. Os tribunais nacionais devem então declarar tal pedido “proporcional”, ou seja, devem considerar tanto os interesses da requerente da informação, quanto os da parte demandada²⁷. Ademais, o art. 6º ao estabelecer três níveis de proteção, quais sejam: (i) proteção total (“*black list*”); (ii) proteção temporária (“*grey list*”); e (iii) sem proteção necessária (“*white list*”).

A categoria de (i) proteção total (“*black list*”) abarca as declarações de caráter voluntário e autoincriminatórias de uma pessoa física ou jurídica participante de um cartel com vistas a obter imunidade ou leniência (“*leniency statements*”²⁸) ou outro acordo (“*settlement submissions*”). Nos termos da Diretiva, tais documentos não podem ser divulgados em qualquer hipótese, ainda que sob ordem judicial, ainda que encerradas as investigações da autoridade. Isso porque tais documentos apenas existem ou foram obtidos em decorrência do programa de leniência europeu e exporiam excessivamente a empresa que colaborou com as investigações, prejudicando os incentivos ao *public enforcement* europeu.

<content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DE>. As principais alterações abordaram, dentre outros temas: (a) acesso a evidências; (b) a responsabilidade solidária ou individual; (c) os prazos prescricionais; (d) o instrumento de defesa dos compradores indiretos chamado “*passing on defense*”; (e) a quantificação do dano; (f) a responsabilização consensual das disputas; e (g) o efeito das decisões locais.

²⁷ Segundo os critérios estabelecidos pelo art. 5º da Diretiva da Comissão Europeia, os tribunais, ao avaliarem um pedido de acesso a materiais de prova, devem considerar: (i) a medida em que o pedido de indenização é fundamentado em factos e elementos de prova que justificam o pedido de divulgação dos elementos de prova; (ii) o âmbito e os custos da divulgação, em especial para os terceiros interessados; e (iii) se os elementos de prova cuja divulgação é requerida contêm informações confidenciais, em especial no que respeita a terceiros e quais os procedimentos adotados para proteger tais informações confidenciais.

²⁸ Cf. artigo 2(16) da Diretiva: “*leniency statement*” é qualquer comunicação oral ou escrita apresentada voluntariamente por uma empresa ou uma pessoa singular, ou em seu nome, a uma autoridade da concorrência, ou um registo dessa comunicação, que descreve as informações de que essa empresa ou pessoa singular tem conhecimento sobre um cartel e o papel que a mesma nele desempenha, elaborada especificamente para apresentação à autoridade da concorrência a fim de obter dispensa ou redução da multa ao abrigo de um programa de leniência, excluindo as informações preexistentes.

Já a categoria (ii) proteção temporária (“*grey list*”) abrange documentos e informações preparados no âmbito da investigação e trocados entre a autoridade da concorrência e as partes investigadas no curso do processo. São, por exemplo, respostas a pedidos de informação, *statements of objections*²⁹ e análises preliminares da Comissão. Mediante ordem judicial, tais documentos podem ser divulgados após a Comissão ou a NCA ter proferido decisão final sobre o caso. Esta proteção temporária busca resguardar o devido andamento da persecução pública na UE, sem, porém, prejudicar o *private enforcement*.

Finalmente, a categoria (iii) sem proteção necessária (“*white list*”) abrange documentos e informações em posse da autoridade da concorrência que não configurem as hipóteses das categorias acima e desde que sejam pré-existentes, não preparados no âmbito da investigação (e.g., tais como contratos escritos, textos de e-mails e atas de reuniões). Tais documentos podem ser divulgados para os tribunais no bojo das ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais a qualquer tempo, desde que o pedido seja pertinente e proporcional. O acesso aos documentos dessa categoria, por sua vez, pressupõe a manutenção de outros atrativos ao programa de imunidade e leniência europeu, sendo um dos mais importantes a limitação da responsabilidade solidária entre os colaboradores.³⁰

2.3 Da experiência canadense

O Canadá conta com extensa experiência em *enforcement privado* (OCDE, 2015). O Comunicado de 2007 do *Competition Bureau* sobre informações confidenciais³¹ afirma que a identidade do beneficiário da leniência ou de acordos subsequentes, bem como as informações por eles

²⁹ *Statement of Objections* é um passo formal da investigação concorrencial da Comissão na qual a autoridade informa por escrito as partes investigadas sobre as condutas imputadas contra elas.

³⁰ A Diretiva 2014 limitou, em seu artigo 11, a regra geral responsabilidade solidária, como forma de harmonizar os interesses do *enforcement* público e privado. O artigo 11(4) definiu então que os beneficiários da imunidade serão responsáveis apenas perante os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos, sendo que a responsabilidade perante outros consumidores lesados apenas ocorrerá se a reparação integral não puder ser obtida das outras empresas implicadas na mesma infração.

³¹ The Communication of Confidential Information under the Competition Act, 10 de outubro de 2007. Disponível em http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03597.html#s7_1.

fornecidas, serão tratadas como confidenciais³². A Seção 29 do *Competition Act* inclusive veda a disponibilização para terceiros das evidências colhidas pelo *Bureau*. Tanto é assim que o *Competition Bureau* não fornece voluntariamente informações para os autores de ações privadas de reparação por danos concorrenciais (art. 36 do *Competition Act*). Ademais, o *Bureau* se opõe ao cumprimento de intimações para dar acesso a documentos e informações se tal acesso puder prejudicar uma investigação em curso, ou de qualquer forma prejudicar o *enforcement* de seu programa de leniência. Se, porém, houver uma ordem judicial deferindo o compartilhamento, o *Bureau* concederá tal acesso e solicitará “*protective orders*” para manter a confidencialidade das informações apenas ao destinatário da ordem³³.

2.4. Da experiência australiana

O *enforcement* privado na Austrália tem apresentado crescimento modesto (OCDE, 2015, Contribuição da Austrália). Ainda assim, o manual da *Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)*³⁴ já define que a regra geral é a da confidencialidade dos materiais de leniência. Essa regra geral, porém, já encontrou decisão judicial contrária no caso *ACCC v Visy Industries (2007)*³⁵, em que foi deferido tal acesso a documentos.

Objetivando manter a atratividade do programa de leniência australiano, editou-se o *Competition and Consumer Act (CCA)*³⁶ em 2010. O CCA prevê o acesso amplo a documentos públicos, excepcionando informações

³² Id. As exceções a essa política são as seguintes: (a) informações cuja divulgação é determinada por lei, (b) informações cuja divulgação é necessária para o exercício dos poderes investigativos do Bureau ou de outra agência governamental, (c) nos casos em que a parte concorda com a divulgação ou ela própria já publicou a informação, e (d) nos casos em que a divulgação é necessária para evitar a prática de algum crime grave. O Comunicado de 2007 também afirma que a autoridade canadense não disponibilizará informações a autoridades estrangeiras sem o consentimento da parte, e que tomará todas as medidas cabíveis para garantir a confidencialidade das informações recebidas em sede de acordo de leniência.

³³ Contribuição do Canadá ao Relatório da OCDE 2015, p. 4.

³⁴ *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct*. Disponível em: https://www.accc.gov.au/system/files/884_ACCC%20immunity%20and%20cooperation%20policy%20for%20cartel%20conduct_FA2.pdf

³⁵ *ACCC v Visy Industries Holdings Pty Limited (No 3) [2007] FCA 1617*. Em consonância com o previsto no manual ACCC, a autoridade australiana sustentou o interesse público e o sigilo das informações requeridas.

³⁶ Disponível em: <https://www.accc.gov.au/about-us/australian-competition-consumer-commission/legislation>.

confidenciais em investigações de cartéis (“*protected cartel information*”) (Seção 157 do CCA). Ademais, esclarece-se que a AACC e os tribunais australianos podem negar o pedido de acesso aos referidos documentos, ponderando alguns fatos, como os seguintes: (i) a informação ter sido fornecida à AACC de forma confidencial; (ii) a relação da Austrália com outros países; (iii) a necessidade de se evitar prejuízos à política nacional e internacional de combate a cartéis; (iv) a proteção do informante; (v) o risco da divulgação prejudicar o Programa de Leniência no futuro; e (vi) os legítimos interesses do requerente da informação.

3. Experiência brasileira sobre acesso aos materiais de leniência e TCC

O direito de ação dos consumidores lesados para obterem a cessação da prática anticompetitiva e o recebimento de reparação de danos é previsto no art. 47 da Lei nº 12.529/2011. Estudos indicam que a persecução privada a cartéis no Brasil vem crescendo (CARVALHO, 2011)³⁷, tendo sido observado um crescimento estatístico de 450% no número de acórdãos proferidos no bojo de tais ações entre os anos de 2009-2011 (4 acórdãos) e 2012-2014 (22 acórdãos) (MACHADO, 2015). O ajuizamento e o sucesso dessas ações privadas de reparação por danos concorrenciais, porém, está em larga medida relacionado ao acesso ou não a documentos e informações oriundos da persecução pública a cartéis realizada pelo Cade. Embora, por um lado, a quebra de confidencialidade e o acesso aos materiais de Acordos de Leniência e TCCs possa ser justificado na medida em que tais materiais poderiam embasar a pretensão indenizatória de consumidores lesados, por outro lado, pode expor os signatários do Acordo de Leniência e os compromissários do TCC a uma situação pior do que a dos coautores que não cooperaram com o Cade, enfraquecendo o *enforcement* público no Brasil e a própria detecção de cartéis.

O art. 5º, LX da Constituição Federal de 1988 é da publicidade dos atos administrativos. Esta regra é regulamentada, em termos gerais, pela Lei nº 9.784/1999 (Lei Geral de Processo Administrativo) e pela Lei nº 12.527/2011

³⁷ Dentre as razões apontadas para o baixo uso das ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais no Brasil são listadas, pelo menos, as seguintes: (i) a ausência de uma cultura de reivindicação de danos por parte dos consumidores lesados no Judiciário; (ii) elevados custos e morosidade do litígio judicial, somados, por vezes, a falta de familiaridade do Judiciário brasileiro com a matéria concorrencial; (iii) indefinição quanto ao termo inicial da prescrição para ajuizamento da ação; e, principalmente, (iv) dificuldades em obter evidências e em fornecer análises econômicas e legais complexas comprovando onexo causal entre a conduta e o dano sofrido (OCDE, 2015, Contribuição do Brasil).

(Lei de Acesso à Informação – LAI). O acesso à informações e documentos é excepcionado, por exemplo, pelo sigilo à intimidade e ao interesse público³⁸. Ademais, há exceção para a divulgação de informações que possam “representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos”³⁹ e que possam “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”⁴⁰. Especificamente na Lei de Defesa da Concorrência, a regra geral do tratamento confidencial⁴¹ aos documentos e às informações de Acordos de Leniência e TCCs está prevista nos arts. 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529/2011 e nos arts. art. 179, §3º e 200, §§ 1º e 2º do RICADE, além de cláusulas do termo de celebração do Acordo de Leniência e TCC. É, portanto, premente encontrar o equilíbrio adequado entre a proteção dos documentos e informações de Acordos de Leniência e TCCs, mantendo a atratividade dos referidos Programas e fomentando o ajuizamento das ações privadas de reparação por danos concorrenciais no Brasil. Trata-se da busca pelo ponto ótimo na articulação entre a persecução pública e privada aos cartéis, para que esta não se torne “*too much of a goof thing*”.

3.1 *Jurisprudência administrativa do Cade*

Até abril de 2016⁴², o Plenário do Tribunal Cade julgou seis casos instaurados em decorrência da celebração de Acordos de Leniência: (i) cartel dos vigilantes do Rio Grande do Sul (2007); (ii) cartel internacional dos

³⁸ Cf. art. 2º, V, Lei nº 9.784/1999 c/c art. 5º, LX, CF/88.

³⁹ Cf. art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724/2012.

⁴⁰ Cf. art. 23, VIII, da Lei nº 12.527/2011.

⁴¹ Exceto mediante *waiver* do signatário da leniência ou do compromissário do TCC e a anuência da SG.

⁴² Este artigo analisou as seis decisões do Cade em Processos Administrativos oriundos de Acordos de Leniência até abril de 2016. Após esta data, outros quatro foram julgados pelo Plenário do Tribunal do Cade: (vii) Cartel Internacional de TPE – Processo Administrativo nº 08012.000773/2011-20, Acordo de Leniência celebrado em 17/12/2010. Processo julgado em 31/08/2016; (viii) Cartel de Plásticos ABS – Processo Administrativo nº 08012.000774/2011-74, Acordo de Leniência celebrado em 17/12/2010. Processo julgado em 14/09/2016. O processo principal foi desmembrado no Processo Administrativo 08700.009161/2014-97, julgado em 14/09/2016; (ix) Cartel internacional de CRT - Processo Administrativo 08012.005930/2009-79, Acordo de Leniência celebrado em 29/07/2009. Processo julgado em 09/11/2016; (x) Cartel internacional de Placas de Memória (DRAM) - Processo Administrativo 08012.005255/2010-1, Acordo de leniência celebrado em 24/11/2011. Processo julgado em 23/11/2016.

peróxidos (2012); (iii) cartel internacional de cargas aéreas (2013); (iv) internacional de mangueiras marítimas (2015); (v) cartel internacional de perborato de sódio (fev/2016); e (vi) cartel internacional dos compressores (mar/2016).

Observa-se que nos três primeiros casos, quando do julgamento do caso pelo Tribunal, nas respectivas versões públicas dos votos, houve transcrição de diversos trechos dos documentos da busca e apreensão e também de documentos do Acordo de Leniência. Já o termo de celebração do Acordo de Leniência em si, o Histórico de Infrações e algumas provas colhidas em sede de busca e apreensão se encontram em apartado de acesso restrito às representadas no processo. Em todos os casos, ao longo do processo, os representados tiveram acesso à íntegra das informações e materiais oriundos dos Acordos de Leniência e TCC.

Por sua vez, na investigação referente ao cartel de mangueiras marítimas (2015), evidencia-se clara preocupação do Cade com o *enforcement* privado, possivelmente influenciada pelas recentes discussões sobre o tema na seara internacional. O Conselheiro Relator, quando do julgamento, afastou as preliminares de confidencialidade suscitadas pelas representadas e buscou ponderar a disponibilização de informações e documentos de leniência e de TCCs *versus* o fomento às ações privadas de reparação por danos concorrenciais. Na versão pública do voto, transcreveu-se trechos de confissão de conduta dos TCCs e do Histórico da Conduta do Acordo de Leniência⁴³. Segundo o voto, após o julgamento do caso, o termo de celebração do Acordo de Leniência, bem como demais documentos anexos apresentados pelo beneficiário, poderiam ser disponibilizados a terceiros, em razão dos princípios da publicidade e moralidade⁴⁴. Em que pese essa decisão pela publicização após o julgamento, o Conselheiro Relator destacou que determinados documentos não usados como base para a acusação deveriam ser mantidos confidenciais após o julgamento, por versarem sobre segredos de empresa, como especificações técnicas de produto⁴⁵.

⁴³ Id., § 3º: “também por razões de publicidade e moralidade”, o Conselheiro Relator tornou público os anexos aos TCCs que tratam das confissões das condutas, até então mantidos em apartados confidenciais – vez que abordavam a forma pela qual o cartel se organizou no território brasileiro.

⁴⁴ Estes documentos a que se autorizou a disponibilização não se encontram nos autos públicos no sistema eletrônico de informações do Cade (SEI), de modo que a íntegra do termo de celebração do Acordo de Leniência e seus anexos ainda parecem permanecerem em acesso restrito aos representados.

⁴⁵ Cf. nota de rodapé 13 do voto do Conselheiro Relator. Ademais, cf. §9º do voto: “No que se refere à publicidade do julgamento, isto é, do acesso de terceiros ao teor, é

Já no julgamento da investigação do cartel de perborato de sódio (fev/2016), o voto do Conselheiro Relator excepcionalmente determinou a publicidade de todo o apartado de acesso restrito às representadas, sob o fundamento de que as informações comerciais que poderiam ser consideradas sigilosas datavam de muitos anos e não seriam concorrencialmente sensíveis. Por fim, no julgamento do cartel dos compressores (2016), o Conselheiro Relator transcreveu os principais trechos do Histórico da Conduta e franqueou o acesso aos representados à totalidade dos documentos probatórios, embasando-se na Súmula Vinculante nº 15 do STF⁴⁶. Mesmo após o julgamento do caso, permaneceram nos autos de acesso restrito informações que versavam sobre segredos de empresa, o termo de celebração do Acordo de Leniência e seus anexos.

3.2. Recentes decisões judiciais

O Judiciário se manifestou sobre o acesso de informações e documentos fornecidos no âmbito do Acordo de Leniência e TCCs em pelo menos dois casos⁴⁷: (i) cartel nacional dos trens e metrô (2013); e (ii) cartel internacional dos compressores (2009).

O caso conhecido como cartel dos trens e metrô teve origem em Acordo de Leniência⁴⁸, que ensejou a realização de buscas e apreensões cíveis

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 Medida Cautelar de Busca e Apreensão 0024157.07.2007.4.03.6100 para o estrito interesse na realização das diligências.”

⁴⁶ Súmula Vinculante nº 15 do STF: “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

⁴⁷ Há ao menos 6 (seis) ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais decorrentes de processos administrativos *não* iniciados por Acordo de Leniência. Tais ações foram ajuizadas por consumidores ou pelo MP e ocorreram nos seguintes mercados: (i) cartel de cimentos; (ii) cartel dos gases industriais e/ou medicinais; (iii) cartel dos genéricos; (iv) cartel dos combustíveis; (v) cartel de extração de areia; e (vi) cartel do aço. Ver Martinez, A.P.; e Araújo, M. T. (2016).

⁴⁸ O Acordo de Leniência 01/2013 foi firmado entre a Siemens e o Cade no âmbito de suposto cartel em licitações dos trens do Metrô, da CPTM e do Metrô DF, que teria ocorrido no período de 1998 a 2008, afetando, ao menos, São Paulo, Distrito Federal, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

nas sedes das empresas investigadas. Um dos juízes cíveis que analisou o pedido de busca e apreensão – o juiz de primeira instância na 3ª Vara Federal Vara de São Bernardo do Campo⁴⁹ –, após o término da operação, ordenou a divulgação das informações e documentos referentes ao Acordo de Leniência, inclusive o Histórico da Conduta, sob a justificativa de que os prazos prescricionais para eventuais ações judiciais já se encontravam em curso⁵⁰. Este juiz, apesar de determinar o acesso, reconheceu a excepcionalidade do caso ao divulgar as informações e documentos provenientes do Acordo de Leniência. Frisou que, em regra, o sigilo de tais documentos deve ser mantido até o julgamento do caso pelo Tribunal do Cade.⁵¹ A decisão de primeiro grau foi apelada pelo Cade e por uma das empresas investigadas⁵², sendo que na segunda instância a apelação foi provida. Embora não tenha ordenado o sigilo quanto à tramitação do processo, o TRF3 reordenou o sigilo dos documentos que instruíram o pedido inicial de busca e apreensão (Acordo de Leniência e Histórico da Conduta), de modo a resguardar as atividades de investigação do Cade⁵³.

⁴⁹ Cf. decisão do juiz federal Antônio André Muniz Mascarenhas de Souza, da 3ª Vara Federal em São Bernardo do Campo, em 9 de agosto de 2013, nos autos do Processo 0004196.2013.4.03.6114, Requerida: MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda. (MGE); Requerente: CADE.

⁵⁰ A MGE interpôs agravo de instrumento contra a decisão de primeira instância que autorizou o acesso ao Acordo de Leniência e Histórico de Conduta a terceiros. O TRF3, todavia, negou provimento ao agravo tendo em vista que “o recorrente deveria ter se insurgido da primeira decisão que apreciou o pedido de decretação de sigilo.”, cf. ementa proferida no 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 22.09.2014.

⁵¹ “A identidade do beneficiário de um acordo de leniência é mantida sob sigilo no interesse das investigações e para proteger aqueles que colaboram com a autoridade antitruste. Essa confidencialidade, em geral, é mantida até o julgamento do caso pelo Tribunal do Cade, quando é confirmada a imunidade administrativa e criminal a que a leniência dá direito (...) Os nomes das pessoas físicas que assinam a leniência, os termos do acordo e os documentos que o acompanham continuam confidenciais”.

⁵² Apelação Cível nº 0004196-28.2013.4.03.6114/SP, TRF3, Quarta Turma, relatoria da Des. Fed. Marli Ferreira, decisão original nº 2013.61.14.004196-1/SP, Apelante: CADE e MGE, decisão proferida em 25.09.2015.

⁵³ “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.”

Por sua vez, no caso conhecido como cartel dos compressores⁵⁴, cuja investigação também foi iniciada a partir da celebração de Acordo de Leniência, uma empresa prejudicada pelo cartel demandou acesso aos documentos da investigação do Cade para embasar sua ação privada de reparação por danos concorrenciais. O juiz de primeira instância da 33ª Vara Cível do Foro Central Cível de SP determinou inicialmente o envio de “*cópias de todos os documentos integrantes do processo administrativo (...) inclusive aqueles não disponíveis publicamente na fase de investigação, para fins essenciais de instrução da presente demanda*”⁵⁵. Tal solicitação, contudo, englobava documentos sigilosos, oriundos de Acordo de Leniência. Na segunda instância, a empresa prejudicada pela conduta anticompetitiva interpôs agravo de instrumento contra decisão do juiz que indeferiu a expedição de ofícios ao Cade para a remessa de documentos constantes do Processo Administrativo. O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento a esse recurso, determinando a expedição de tais ofícios. Então, a partir dessa decisão, as empresas citadas no Processo Administrativo interpuseram recurso especial para o STJ⁵⁶, recurso esse que não foi provido. Nesse momento, a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (ProCade) opôs embargos de declaração, com fundamento nas leis que conferem tratamento confidencial ao material de leniência, bem como na necessidade de preservação da política de combate a cartéis por meio da proteção ao Programa de Leniência do Cade. Em 09.06.2015, Min. Relator reformou a decisão anterior adotando as razões mencionadas pela ProCade quanto à necessidade de proteção da confidencialidade das informações e documentos provenientes de Acordo de Leniência e TCC.

Todavia, em 11.03.2016 o STJ alterou seu entendimento no julgamento final da cautelar, pouco antes do julgamento final do caso pelo plenário do Tribunal do Cade (16.03.2016, ou seja, cinco dias antes do

⁵⁴ Trata-se de cartel ocorrido no período entre 1996 a 2008 no mercado nacional e internacional de compressores herméticos para refrigeração. Tal processo se originou de Acordo de Leniência firmado em 30.01.2009, bem como de evidências colhidas em diligência de busca e apreensão ocorrida em 09.02.2009.

⁵⁵ Cf. solicitação da 33ª Vara Cível do Foro Central Cível de SP, processo nº 0116924-71.2012.8.26.0100, Requerente: Electrolux do Brasil S.A., Requerido: Whirlpool S.A. e Brasmotor S.A.

⁵⁶ Ver manifestação da ProCADE nº 42/205 em resposta ao Ofício nº 71/2015 no âmbito da medida cautelar nº 24.408, no processo nº 0116924-71.2012.8.26.0100, Requerente: Whirlpool S.A. e Brasmotor S.A., Requerido: Electrolux do Brasil S.A., STJ, relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze.

juízo administrativo). Ao julgar o REsp⁵⁷, o Min. Relator confirmou que se assegura o sigilo das propostas de leniência, bem como a possibilidade de extensão desse sigilo, no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos⁵⁸. No entanto, manifestou-se no sentido de que o sigilo não poderia se estender indefinidamente no tempo, sendo que “o envio do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo”⁵⁹, marcaria, na opinião do Ministro, o fim da fase de apuração da conduta, e, conseqüentemente, o termo final do sigilo.

A ProCade, por entender que a decisão do STJ diverge do entendimento do Cade acerca do tema, opôs Embargos de Declaração, argumentando omissão do acórdão por não considerar que a lei também confere aos Conselheiros do Tribunal do Cade poder para requerer diligências de caráter investigatório (art. 11 da Lei nº 12.529/2011), razão pela qual a fase de apuração da conduta não se restringe à Superintendência-Geral. Ademais, haveria omissão porque ao Cade seria dada a competência legal para regular o termo final do sigilo (art. 49 da Lei nº 12.529/2011), o que já estaria inclusive determinado no RICADE⁶⁰ (art. 207), que prevê a manutenção da confidencialidade das informações e documentos de Acordo de Leniência até o julgamento final pelo Plenário do Tribunal do Cade. Ainda, a decisão embargada teria sido omissa por não considerar os termos da LAI, a qual garante o sigilo das informações que possam representar vantagem competitiva a outros agentes e que possam comprometer atividades de investigação em andamento (art. 23, VIII da Lei 12.527/2011). Por fim, a ProCADE também argumentou omissão em face da ausência de contornos jurídicos sobre três pontos: “o que”, ou seja, quais documentos deveriam ser entregues; “a quem”

⁵⁷ Cf. decisão do STJ, 3ª Turma de Direito Privado, no Resp nº 1.554.986-SP, Recorrentes: Electrolux, Whirlpool e Brasmotor, Recorrido: Tecumseh. Decisão proferida em 08.03.2016. Relator Min. Marco Bellizze.

⁵⁸ “4. Nos termos da legislação, assegura-se o sigilo das propostas de acordo de leniência, as quais, eventualmente rejeitadas, não terão nenhuma divulgação, devendo ser restituídos todos os documentos ao proponente. 5. Aceito e formalizado o acordo de leniência, a extensão do sigilo somente se justificará no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos cujo segredo deverá ser guardado também em tutela da concorrência.”

⁵⁹ “(...) [T]rata-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 (...) Em síntese, o sigilo do acordo de leniência não pode se prostrar no tempo indefinidamente, sob pena de perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao signatário do acordo de leniência favor não assegurado pela lei.” (grifo próprio). Id., pág. 8-9 do voto.

⁶⁰ Cf. art. 49, caput e § único do art. 49 c/c art. 86, §11, da Lei nº 12.529/2011.

seria conferido o acesso a tais documentos, e “para qual” finalidade específica. O esforço da ProCade reflete a preocupação em se proteger o Programa de Leniência e de TCC do Cade. Favorecer o *enforcement* privado, sem, em contrapartida, regular as regras de acesso e limitar a responsabilidade civil do beneficiário da leniência, prejudica o *enforcement* antitruste como um todo. Se há perda de atratividade ao Programa de Leniência – a principal ferramenta no combate a cartéis – menos cartéis tendem a ser descobertos e, assim, menos ações privadas de reparação por danos concorrenciais sequer serão ajuizadas⁶¹.

4. Propostas infralegais sobre acesso aos materiais de leniência e TCCS: “not too much of a good thing!”

Ponderando entre as ações privadas de reparação por danos concorrenciais *vis a vis* os programas de colaboração antitruste, especificamente sobre conferir ou não o acesso aos materiais (informações e documentos) apresentados em sede dos Programas de Leniência e TCC no Brasil – ou seja, sobre o “*discovery*” no Brasil –, as autoras deste artigo propuseram, em sede da Nota Técnica 24/2016/Chefia GAB-SG/SG/CADE (que resultou na aprovação da Consulta Pública de Resolução nº 05/2016 pelo Tribunal do Cade em dezembro de 2016)⁶², que o Cade, por meio de normativa própria, finalmente definisse um posicionamento institucional claro e transparente, a fim de minimizar eventuais divergências administrativas e judiciais.

Em consonância com as melhores práticas internacionais (notadamente inspirado nas categorias de acesso definidas na Diretiva 2014 UE), porém adstritos à realidade e à legislação brasileira, propôs-se a definição de três fases processuais nas investigações do Cade, nas quais as regras de acesso se diferenciarão: (Fase I) negociação e celebração dos acordos; (Fase II) instrução; e (Fase III) decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade.

Durante a Fase I, propôs-se a manutenção da regra do sigilo total da proposta de Acordo de Leniência, dos anexos ao acordo e de quaisquer

⁶¹ Ademais, na ausência de regulação da matéria, na hipótese de um cartel internacional em que haja Acordo de Leniência no Brasil, as partes que não obtiverem acesso as informações necessárias para o ajuizamento das ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais em seu respectivo país, poderão se utilizar indevidamente do Brasil para obter tal acesso.

⁶² Para acesso às propostas e ao documento integral da Nota Técnica 24/2016/Chefia GAB-SG/SG/CADE sugere-se acesso: <<http://www.cade.gov.br/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>>.

documentos apresentados pelo beneficiário da leniência, tal como a proposta de TCC, os termos do acordo, do andamento processual e de todo processo de negociação⁶³. A manutenção do sigilo é da própria essência dessa fase, sob pena de frustrar, preliminarmente, a tentativa de cooperação com a autoridade antitruste.

Uma vez celebrado o Acordo de Leniência e iniciada a instrução processual, inicia-se a Fase II. Durante essa fase, já podem ser disponibilizadas versões públicas de Notas Técnicas, mas para preservar possíveis medidas investigativas, como uma eventual medida de busca e apreensão, todos os documentos e informações oriundos do Acordo de Leniência e TCC (i.e., termo de celebração do AL, versão confidencial do TCC, Aditivos, Apêndice da Prova Documental e demais anexos, tal como o Histórico da Conduta) são, via de regra, mantidos em apartado de acesso restrito, nos termos dos arts. 44, §2º e 49 da Lei nº 12.529, de 2011, arts. 52 a 54 do Regimento Interno do Cade, arts. 22 e 23, VIII da Lei nº 12.527, de 2011, e art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724, de 2012⁶⁴. Esse tratamento também é mantido quando o caso é remetido pela SG para decisão pelo Tribunal do Cade, dado que o posicionamento da SG não é vinculante e o Conselheiro-Relator ainda pode realizar instrução complementar⁶⁵, caracterizando-se instrução processual, de modo a exigir as mesmas cautelas⁶⁶.

Tal proteção assemelha-se às regras dos EUA, da Austrália e do Canadá. Nos EUA, os tribunais em regra não têm acesso às informações e documentos obtidos no âmbito da leniência e *plea agreements* se a investigação criminal conduzida pelo DOJ ainda estiver em curso. Também se preserva o sigilo do informante e do sigilo investigativo. Na Austrália, para se afastar a ordem judicial de acesso à materiais da leniência a qualquer tempo, a ACCC alega inclusive violação ao interesse público. No Canadá, similarmente, o *Competition Bureau* se opõe a divulgar quaisquer documentos de leniência enquanto houver investigação em curso. O acesso deve ser concedido para fins

⁶³ Cf. art. 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529/2011 c/c arts. 179, §3º, 200, §1º e 207, RICADE.

⁶⁴ Cf. os art. 44, §2º e 49 da Lei nº 12.529, de 2011, arts. 52, 53 e 54 do Regimento Interno do Cade, arts. 22 e 23, VIII da Lei nº 12.527, de 2011, e art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724, de 2012.

⁶⁵ cf. art. 11 da Lei nº 12.529, de 2011.

⁶⁶ Vale notar, a nosso ver, que a entrega do relatório circunstanciado pela SG ao Tribunal não pode ser comparada ao oferecimento de denúncia na seara criminal – tal como sugerido pela decisão do STJ supramencionada. Parece-nos mais apropriado comparar a denúncia com o julgamento do Tribunal Administrativo, por representar, tal como no MP, a palavra final da autarquia sobre a existência ou não de ilícito.

do contraditório e da ampla defesa, sendo vedada a utilização de tais informações em outras esferas e/ou sua divulgação ou compartilhamento com terceiros. Para fazer valer essa proteção, as autoras propuseram que a ProCade possa demandar judicialmente, se necessário, instrumento semelhante ao “*discovery stay*”.

Finalmente, a Fase III inicia-se após o julgamento e a publicação da decisão do Plenário do Tribunal do Cade no DOU. A partir dessa fase passa-se então a propor alterações à prática reiterada do Cade, de modo a fomentar as ações privadas de reparação por danos concorrenciais no Brasil. Propôs-se que seja disponibilizado, nos autos públicos do processo: (i) a íntegra dos documentos e informações que foram citados nos votos dos Conselheiros para formação do entendimento do Plenário; e/ou (ii) a íntegra dos demais documentos e informações que evidenciem a conduta anticompetitiva e nos quais as partes potencialmente lesadas pela conduta sejam citadas. Ambos serão tornados públicos, ainda que tais documentos e informações sejam oriundos de AL, TCC e busca e apreensão.

Por sua vez, propôs-se que sejam mantidos em acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade, a saber: (i) o Histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela SG com base em documentos e informações de caráter autoincriminatórios⁶⁷ submetidos voluntariamente no âmbito da negociação, que não poderiam ter sido obtidos de qualquer outro modo senão por meio da colaboração no âmbito de Acordo de Leniência e de TCC, que não poderiam ter sido obtidos de qualquer outro modo senão por meio da colaboração no âmbito dos Programas de Leniência e de TCC; e/ou documentos e informações (a) de acesso restrito nos termos da Lei de Defesa da Concorrência⁶⁸; (b) que constituam segredo industrial⁶⁹, (c) relativos à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos e demais hipóteses de sigilo previstas na legislação⁷⁰ e (d) que constituam hipóteses previstas no Ricade⁷¹. Esse acesso restrito é justificado, na opinião das autoras, pelo risco à condução de negociações, a atividades de

⁶⁷ Nos termos do considerando 26 da Diretiva, excluir as declarações de caráter voluntário e auto-incriminatório dos elementos de prova objetiva “assegurar que as empresas continuem dispostas a apresentar voluntariamente às autoridades da concorrência declarações de leniência ou propostas de acordo”.

⁶⁸ arts. 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011.

⁶⁹ art. 22 da Lei nº 12.527/2011.

⁷⁰ art. 5º, §2º e 6º, inciso I do Decreto 7.724/2012.

⁷¹ arts. 52, 53 e 54 do RICADE.

inteligência⁷² e à própria efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade.

Ademais, a nosso ver duas outras propostas são importantes para que se tenha um conjunto adequado de incentivos a fim de se encontrar o ponto ótimo na articulação entre a persecução pública e privada aos cartéis.

Primeiro, que a análise de eventuais pedidos de acesso a documentos seja realizada considerando uma ampla gama de aspectos, tais como a legitimidade do requerente, os fatos e fundamentos específicos que embasam o requerimento, a razoabilidade e a proporcionalidade do requerimento, a fase processual da investigação no Cade, a manutenção do nível de confidencialidade pelo requerente, a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador, a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade, a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica, e a existência de informações protegidas por segredo de empresa, segredo de justiça ou qualquer outro tipo de informação confidencial.

Segundo, que as empresas que comprovarem a efetiva reparação dos danos concorrenciais aos consumidores prejudicados tenham algum tipo de tratamento diferenciado perante o Cade. A proposta é no sentido de que a SG e/ou o Tribunal do Cade, quando da negociação de TCCs ou no momento da aplicação das penas, leve em consideração esse fator com uma possível redução na contribuição pecuniária ou da multa administrativa. Do ponto de vista dos programas de colaboração antitruste como um todo, a colaboração seria benéfica na medida em que tornaria os materiais de Acordos de Leniência e TCC menos valiosos aos olhos dos consumidores lesados, uma vez que transformaria a celebração de acordos consensuais antecipados em procedimento comum. Ou seja, atende-se, com isso, à função mais ampla de *enforcement* antitruste, aliando persecuções pública e privada.

Alternativas semelhantes foram adotadas, por exemplo, na União Europeia, no Reino Unido e na Alemanha. A Diretiva de 2014 da União Europeia estabelece que a autoridade de concorrência pode considerar os danos pagos decorrentes de acordo como um fator de mitigação antes de proferir decisão final de imposição de multa. No Reino Unido, a nova Lei dos Direitos do Consumidor de 2015 estabeleceu o mecanismo da reparação voluntária para facilitar o ressarcimento de danos concorrenciais (denominado “*voluntary*

⁷² art. 23, II e VIII da Lei nº 12.527/2011.

redress scheme”⁷³). Trata-se de um plano de reparação de danos civis sem que os consumidores lesados tenham que acionar o Judiciário, de modo que o participante do cartel que colaborar no âmbito da mediação terá reduzido o valor da multa imposta como forma de retribuir a parte disposta a indenizar os consumidores lesados. Por sua vez, na Alemanha⁷⁴, há sugestão jurisprudencial para a adoção de um procedimento bifásico, que divide a decisão do *Bundeskartellamt* em dois momentos: (i) uma decisão preliminar declaratória, que é seguida de um período designado para facilitar a celebração de acordos com consumidores lesados; e (ii) a decisão final, que considera tais acordos como um “bônus” no cálculo da multa administrativa final (desconto de 15%). Tal procedimento visa a diminuir os custos do litígio no Judiciário e a assimetria de informações enfrentada pelos consumidores lesados, e a favorecer o beneficiário da leniência na medida de sua cooperação.

5. Notas finais

As propostas apresentadas visam a que a persecução privada a cartéis não se torne “*too much of a good thing*” no Brasil, para assim manter a atratividade dos Programas de Leniência e TCC do Cade, imprescindíveis para a persecução pública. Essas propostas de regulamentação do acesso aos documentos e informações de Acordos de Leniência, TCCs e busca e apreensão, por sua vez, devem ser a base para o endereçamento a desafios correlatos, que só podem ser endereçados via reforma legislativa. Dentre eles, destaca-se a questão da mitigação da responsabilidade civil solidária do beneficiário da leniência, da não duplicação dos danos quantificados (questionáveis a partir da aplicação do Código de Defesa do Consumidor) e da interpretação das regras de prescrição (como o termo inicial de contagem prescricional). Por essa razão, as autoras também realizaram propostas de quatro novos artigos no art. 47 da Lei 12.529/2011, explicitados na Exposição

73 “Guidance on the CMA’s approval of voluntary redress schemes” (2015) sobre o mecanismo de reparação voluntária (“*voluntary redress scheme*”) da Competition and Markets Authority – CMA. Disponível em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/408333/Draft_guidance_-_CMA_voluntary_redress_schemes.pdf. Ver “*The Competition Act 1998 (Redress Scheme) Regulations 2015*”. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/1587/contents/made>. Por meio desse mecanismo, tanto o signatário da leniência quanto os demais participantes da conduta anticompetitiva podem submeter, voluntariamente, um plano de ressarcimento para aprovação do CMA. Se aprovado, o autor da conduta anticompetitiva poderá receber, em contrapartida, descontos de até 20% no valor da multa administrativa a ser aplicada.

74 Contribuição da Alemanha ao Relatório OCDE 2015, p. 5.

de Motivos que justificou a supramencionada Consulta Pública Cade nº 05/2016.⁷⁵

Na opinião das autoras, o ponto ótimo entre *private* e *public enforcement* só poderá então ser efetivamente alcançado se houver o endereçamento conjunto de propostas infralegais e legislativas, garantindo assim segurança jurídica aos administrados no Brasil.

Bibliografia

CARVALHO, L. C. L. G. (2011). Responsabilidade Civil Concorrencial: a Busca pela Efetiva Reparação de Danos. FGV Direito Rio.

CAPOBIANCO, A.; e LEE, S. (2015). Public and Private Antitrust Enforcement in Competition. Nota do Secretariado da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). DAF/COM/WP3(2015)14.

COMISSÃO EUROPEIA (2014). Diretiva 2014/104/EU sobre Ações de Ressarcimento de Danos Concorrenciais da União Europeia do Parlamento Europeu e do Conselho.

COMISSÃO EUROPEIA (2013). Impact Assessment Report on Damages Actions for Breach of the EU Antitrust Rules. Commission Staff Working Document.

⁷⁵ Propostas legislativas de quatro novos artigos no art. 47 da Lei 12.529/2011:

“§1º A instauração de procedimento para apuração da infração contra à ordem econômica pela Superintendência-Geral interrompe o prazo prescricional para ajuizamento das ações de que tratam o caput deste artigo.

§2º O prazo prescricional para a ação do caput deste artigo é contado da ciência inequívoca da infração à ordem econômica.

§3º Não responderá solidariamente pelos danos decorrentes da infração noticiada o signatário do Acordo de Leniência previsto no art. 86 desta Lei nº 12.529, de 2011, cuja responsabilidade civil é limitada aos danos individuais homogêneos causados e circunscrita aos seus próprios clientes e/ou fornecedores diretos e/ou indiretos.

§4º Não se aplica a repetição do indébito por valor em dobro prevista no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor ao signatário do Acordo de Leniência previsto no art. 86 desta Lei nº 12.529, de 2011.”.

Vide: <http://www.cade.gov.br/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>.

CONNOR, J. M. (2012). Private Recoveries in International Cartel Cases Worldwide: What do the Data Show? *The American Antitrust Institute*, Working Paper No. 12-03.

DEE (Departamento de Estudos Econômicos do Cade), Prevenção Ótima de Cartéis: O Caso dos Peróxidos no Brasil. Documentos de Trabalho 002/2016.

HOVENKAMP, H. J. (2011). Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United States. University of Iowa Legal Studies Research Paper.

ICN (2007). Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases. Relatório para a Conferência Anual em Moscou.

JONES, A. (2016). 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.

LERNER, K.; e FRIEDMAN, E. (2014), DOJ Stays Are Often Unfair To Private Antitrust Plaintiffs. *Law 360*.

LUI, B. S.; et al. (2008). Increased DOJ Intervention to Stay Discovery in Civil Antitrust Litigation, *Antitrust Litigator*, vol. 8, nº. 1

MACHADO, L. A. (2015). Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 3, nº 2.

MARTINEZ, A. P.; e ARAÚJO, M. T. (2016). Private Damages in Brazil: Early Beginnings, Big Stumbling Blocks. *CPI Antitrust Chronicle*.

MILLER, S., et al. (2010). U.S. Discovery of European Union and U.S. Leniency Applications and Other Confidential Investigatory Materials. *The CPI Antitrust Journal*.

OCDE (2015). Public and Private Antitrust Enforcement in Competition. Contribuição dos Participantes.

OCDE (2008). Experience with Direct Settlements in Cartel Cases. Competition Policy Roundtables. DAF/COMP(2008)32.

SCHWARTZ, E. (2014). Access to Leniency Documents and the Effectiveness of Private Damages Claims - The US and EU Defense Perspective. 20º Seminário IBRAC.

Jurisprudência Internacional

Caso C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt* (2011) ECR I-05161

Caso B-4. Kart 5/11(OWi), *Rosted Coffee* (Tribunal Recursal de Dusseldorf, 2012)

Caso 51 Gs 53/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt* (Amtsgericht Bonn, 2012)

In re Dynamic Random Access Memory Antitrust Litigation, No. 02-1486 (N.D. Cal.)

In re TFT-LCD (Flat Panel) Antitrust Litigation, No. 07-1827 (N.D. Cal. Sept. 25, 2007)

In re Cathode Ray Tube Antitrust Litigation, MDL No. 1917 (N.D. Cal. 2015)

In re Rubber Chems. Antitrust Litig. 486 F. Supp. 2d 1078, 1080 (N. D. Cal. 2007)

Air Cargo Shipping Services Antitrust Litigation No. MD-06-1775 (E.D.N.Y. Dec. 19, 2011)

ACCC v Visy Industries Holdings Pty Limited (No 3) [2007] FCA 1617

Jurisprudência Nacional

TJSP, Processo nº 0116924-71.2012.8.26.0100, Requerente: Electrolux do Brasil S.A., Requerido: Whirlpool S.A. e Brasmotor S.A., 33ª Vara Cível do Foro Central Cível de SP

STJ, 3ª Turma, 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 08.03.2016. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze

TJSP, 3ª Vara Federal em São Bernardo do Campo, Processo nº 0004196.2013.4.03.6114, Requerida: MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda. (MGE); Requerente: Cade. Decisão proferida em 09.08.2013 pelo juiz federal Antônio André Muniz Mascarenhas de Souza.

TRF3, 4ª Turma, Agravo de Instrumento nº 0023235-20.2013.4.03.0000, relatoria da Des. Federal Marli Ferreira, Agravante: MGE Equipamentos, Agravado: Cade, decisão proferida em 22.09.2014.

TRF3, 4ª Turma, relatoria da Des. Federal Marli Ferreira, decisão original nº 2013.61.14.004196-1/SP, Apelante: Cade e MGE, decisão proferida em 25.09.2015.

TJSP, 33ª Vara Cível do Foro Central Cível de SP, Processo nº 0116924-71.2012.8.26.0100, Requerente: Electrolux do Brasil S.A., Requerido: Whirlpool S.A. e Brasmotor S.A.

STJ, Medida Cautelar nº 24.408, no Processo nº 0116924-71.2012.8.26.0100, Requerente: Whirlpool S.A. e Brasmotor S.A., Requerido: Electrolux do Brasil S.A., relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze.

STJ, 3ª Turma de Direito Privado, 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., relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze decisão proferida em 08.03.2016.

Jurisprudência do Cade

Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11, Representante: SDE *ex officio*, Representadas: ACC, Brasmotor, Danfoss, Panasonic, Tecumseh, Whirlpool e outras. Relatoria da Conselheira Ana Frazão. Acordo de Leniência celebrado em 2009 entre a SDE e o Grupo Tecumseh, julgado em 16.03.2016.

Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, Acordo de Leniência celebrado em 09.10.2003 entre a SDE e Vigilância Antares Ltda. e outros, julgado em 21.09.2007.

Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77, Acordo de Leniência celebrado em 06.05.2004 entre a SDE e o Grupo Degussa, j. em 09.05.2012. O processo principal foi desmembrado no Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68.

Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02, Acordo de Leniência celebrado em 21.12.2006 entre a SDE e Grupo Lufthansa, julgado em 28.08.2013.

Processo Administrativo nº 08012.010932/2007, Acordo de Leniência celebrado em 13.08.2007 entre a SDE e The Yokohama Rubber Co., Ltd e outros, julgado em 25.02.2015.

Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66, Acordo de Leniência celebrado em 11.09.2006 entre a SDE e o Grupo Degussa, julgado em 25.02.2016.

Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11, Acordo de Leniência celebrado em janeiro de 2009 entre a SDE e o Grupo Tecumseh, julgado em 16.03.2016.

Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, Acordo de Leniência celebrado em 09.10.2003 entre a SDE e Vigilância Antares Ltda. e outros, julgado em 21.09.2007.

Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77, Acordo de Leniência celebrado em 06.05.2004 entre a SDE e o Grupo Degussa, julgado em 09.05.2012. O processo principal foi desmembrado no Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68.

Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41, Representante: Cade *ex officio*. Representados: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda., Balfour Beatty Rail Power Systems Brazil, Bombardier Transportation Brasil Ltda. e outros. Acordo de Leniência celebrado entre o Cade e a Siemens em 2013. Sob análise da Superintendência-Geral do Cade.

