

AS FRAGILIDADES DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA BRASILEIRO EM COMPARAÇÃO AO ADOTADO NA UNIÃO EUROPEIA

Cláudia Gama Gondim¹

Resumo: O acordo de leniência é uma espécie de “delação premiada”, na qual a empresa e/ou uma pessoa física denuncia a sua participação no ilícito, em troca de uma imunidade administrativa e criminal. O Programa de Leniência adotado no Brasil foi importado da União Europeia, mas ao assim fazer, o legislador brasileiro não tomou o cuidado de adequá-lo ao sistema interno, colocando ora o leniente ora os possíveis prejudicados por um ilícito antitruste em situação de fragilidade, enfraquecendo a eficácia deste programa. Este artigo irá analisar as garantias asseguradas ao leniente na Diretiva 2014/104/UE e que não foram replicadas internamente, bem como aquelas não aplicáveis ao Brasil, para, ao final, sugerir uma solução de lege ferenda para que assegurar a sua plena eficácia.

Palavras-chave: Leniência. Responsabilidade. Solidariedade. Subsidiariedade. Suspensão de Prazo Prescricional.

Abstract: The leniency agreement is a kind of *plea bargain* in which the company and / or individual reports their participation in any illegal activity, in exchange for administrative and criminal immunity. The Leniency Program adopted in Brazil was imported from the European Union, but in doing so, the Brazilian legislature has not taken the necessary precautions to adapt it to the internal system placing either the lenient or the victims of an illicit antitrust in fragile situations, weakening the effectiveness of this program. This article will examine the guarantees provided to the lenient in Directive 2014/104/EU, which were not replicated internally, as well as those that cannot be applied to Brazil, in order to suggest, in the end, a solution de lege ferenda to ensure their full effectiveness.

1 Doutoranda em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005). Bacharel em Direito pela Faculdade Milton Campos (2002).

Keywords: Leniency. Responsibility. Solidarity. Subsidiarity. Suspension of the Prescriptive Period.

1. Introdução

O acordo de leniência foi introduzido no Brasil em 2000, com a conversão da Medida Provisória nº 2.055/2000 na Lei nº 10.149/2000, que alterou a Lei nº 8.884/94, ampliando os poderes instrutórios da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), atual Superintendência-Geral do CADE (SG) e da Secretaria de Acompanhamentos Econômicos do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) com o objetivo de munir o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) de mecanismos mais eficientes no combate aos ilícitos antitruste, e, em especial, aos cartéis².

Na União Europeia, estudos comprovam que após a instauração do Programa de Leniência as multas aplicadas aumentaram exponencialmente. Em 93 dos 107 casos de cartéis analisados por MARVÃO³, entre os anos de 1998 e 2013, foram celebrados acordos de leniência.

Desta forma, além de realização de inspeções, e atuação integrada com a Advocacia Geral da União (AGU) para a consecução de mandados de busca e apreensão, na vigência da Lei nº 8.884/94, a SDE passou a poder

² De acordo com a então SDE, os “Cartéis são considerados a mais grave lesão à concorrência e prejudicam consumidores ao aumentar preços e restringir oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis. Ao artificialmente limitar a concorrência, os membros de um cartel também prejudicam a inovação, impedindo que novos produtos e processos produtivos surjam no mercado. Cartéis resultam em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda de competitividade da economia como um todo.

Via de regra, cartéis são difíceis de detectar e investigar sem a cooperação dos participantes da conduta, dado seu caráter sigiloso e fraudulento. Por essa razão, um número expressivo de jurisdições adotaram programas de leniência de modo a desvendar tais condutas. O Brasil não é exceção a essa regra: a Lei n. 8.884/94 reconhece que é do interesse dos consumidores brasileiros conceder benefícios àquele participante de cartel que queira por um fim na conduta e cooperar de forma plena e ampla com as autoridades de defesa da concorrência de modo a garantir a condenação da prática. O interesse dos cidadãos brasileiros de ver desvendados e punidos cartéis supera o interesse de sancionar uma única empresa que possibilitou a identificação, desmantelamento e punição de todo o cartel”. (Guia da SDE, fevereiro de 2008).

³ MARVÃO, Catarina M. P. *The EU Leniency Programme and Recidivism* (2014). Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2491172>. Acesso em 24/06/2016.

celebrar acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas que fossem autoras de infração à ordem econômica.

Inicialmente, somente faria jus à celebração do acordo de leniência no Brasil a empresa ou pessoa física que (i) não tivesse estado à frente da conduta tida como inflacionária; (ii) a SDE não dispusesse de provas suficientes para condenar os envolvidos, e, ainda, fossem preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (a) a empresa fosse a primeira a se qualificar; (b) cessasse completamente seu envolvimento na infração noticiada; (c) confessasse sua participação no ilícito e (d) cooperasse plena e permanentemente com as investigações e com o andamento do processo administrativo⁴.

Se a proposta foi apresentada sem que a SDE tivesse conhecimento da infração noticiada, o leniente seria beneficiado com a extinção da punibilidade administrativa. No entanto, se no momento da proposta a SDE já tivesse conhecimento da infração, somente faria jus à redução de um a dois terços da punibilidade administrativa; em ambos os casos, inclusive, sendo assegurada a imunidade criminal, desde que, é óbvio, celebrado e cumprido o acordo⁵. Esta imunidade criminal, contudo, era apenas relacionada às sanções

⁴ “Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais co-autores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária.

§ 2º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II - a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento”.

⁵ “Art. 35-C, § 4º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

previstas na Lei nº 8.137/90⁶, não incluindo, portanto, a prática do crime de formação de quadrilha previsto no art. 288 do Código Penal Brasileiro (Decreto Lei nº 2.848/1940)⁷. Essa situação poderia desestimular o uso desse instrumento pelos envolvidos na prática de cartel, haja vista tratar-se de conduta criminosa que pode ser perpetrada com a reunião de mais de três pessoas, podendo o leniente ficar indiretamente sujeito à incidência das sanções previstas no citado dispositivo penal. A Lei nº 12.259/2011 sanou esse problema, pois incluiu expressamente a extinção da punibilidade para os crimes previstos no art. 288 do CPB⁸.

Ainda de acordo com a Lei nº 12.529/2011, tanto a pessoa física quanto a jurídica continuarão podendo celebrar o acordo de leniência desde que preenchidos os requisitos acima mencionados, mas com as seguintes alterações: (i) o acordo pode ser celebrado com a empresa e/ou pessoa física que tenham liderado a conduta tida como infracionária e (ii) a pessoa física não mais precisa ser a primeira a se qualificar, o que influenciará apenas na definição do

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência”.

⁶ “Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”.

⁷ “Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão, de um a três anos”.

⁸ “Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais 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, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”.

benefício a ser concedido, vale dizer, se fará jus à extinção total ou parcial da punibilidade administrativa⁹.

Além disso, como visto, com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, o cumprimento do acordo de leniência implica, expressamente, na extinção da punibilidade criminal também para a prática do crime de formação de quadrilha previsto no art. 288 do Código Penal Brasileiro.

Devido à importância do acordo de leniência no combate aos cartéis, a União Europeia conferiu algumas importantes proteções aos lenientes, as quais foram consolidadas com a entrada em vigor da Diretiva 2014/104/UE, para estimulá-los à colaborar com as autoridades da concorrência. Isto porque, caso suas declarações autoincriminadoras pudessem ser igual e amplamente

⁹ “Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

§ 3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência”.

divulgadas, poderiam se sujeitar a uma exposição desarrazoada, ficando em situação de desvantagem perante os demais infratores que, inclusive, não haviam contribuído com as autoridades da concorrência. Vale lembrar, inclusive, que dentre outras condição para fazer jus ao benefício (e.g. apresentar provas suficientes da irregularidade denunciada), o leniente renuncia ao direito de recorrer da decisão da autoridade da concorrência que reconhece a existência da infração. Com efeito, poderia se transformar no principal alvo e.g. das ações de reparação de danos antitruste, pois a decisão se tornaria definitiva contra ele, o mesmo não se dando em relação aos demais partícipes que porventura recorressem desta decisão.

Contudo, embora o Acordo de Leniência Antitruste adotado no Brasil tenha recebido forte influência europeia, ao importá-lo, o legislador brasileiro não teve o cuidado de adequá-lo ao sistema interno, enfraquecendo, portanto, a eficácia deste programa. Explica-se.

2. Garantias conferidas ao leniente na União Europeia: Diretiva 2014/104/UE

2.1. Confidencialidade e responsabilidade subsidiária

As empresas que cooperam com as autoridades europeias de concorrência no âmbito de um programa de leniência desempenham um papel fundamental para a obtenção de evidências sobre as práticas contrárias à livre concorrência e para a cessação dessas condutas, atenuando, frequentemente, os danos que poderiam ter sido causados se a infração continuasse.

Como apontam HARDING e JOSHUA¹⁰, para investigar essas condutas, a Comissão Europeia vale-se de duas técnicas: (i) o programa de leniência e (ii) o denominado método “dawn raids” (ou investigação surpresa), inspirado no sucesso de um programa da Divisão Antitruste do DOJ. Para os autores, este método consiste em uma visita não anunciada, repentina, no primeiro momento do dia, para, com base nesse elemento surpresa, explorar a inevitável propensão do ser humano ao descuido. A leniência, por sua vez, envolveria o recurso à incerteza, explorando o natural nervosismo e desconfiança que existe na maior parte dos cartéis.

O novo Programa de Leniência da União Europeia (2012)¹¹ assegura aos interessados que colaborarem com as autoridades na apuração dos fatos

¹⁰ Op. cit.

¹¹ ECN MODEL LENIENCY PROGRAMME (As revised in November 2012)

uma imunidade total ou uma redução parcial das penalidades aplicáveis¹², contribuindo para o sucesso desse programa, juntamente com os procedimentos de transação, como eficiente ferramenta de detecção das práticas e imposições das sanções. Além disso, a Comissão Europeia passou a sistematicamente aumentar o valor das penalidades impostas para a prática de cartel.¹³

No entanto, para assegurar que as empresas continuem dispostas a aderir aos programas de leniência e/ou às propostas de transação, a União Europeia editou a Diretiva 2014/104/UE que prevê algumas proteções aos lenientes contra estas exposições indevidas. O item 6 do artigo 6^o¹⁴ da Diretiva 2014/104/UE assegura o sigilo das declarações de leniência e das propostas de transação, excluindo-as das hipóteses de divulgação obrigatória prevista no artigo 5^o¹⁵, não podendo, inclusive, serem transcritas em quaisquer outros

¹² Nos termos da “EC Leniency Policy”, uma empresa que tomou parte de um cartel, para receber imunidade total a partir da apresentação de um pedido de leniência, deve ser a primeira a informar à União Europeia sobre a existência de um cartel até então desconhecido, fornecendo informações suficientes para a Comissão Europeia realizar inspeção nas instalações das outras empresas envolvidas na prática. Caso a Comissão Europeia esteja de posse dessas informações ou tenha realizado tal inspeção, a empresa interessada deverá fornecer evidências em nível suficiente para a Comissão Europeia provar a prática de cartel, devendo ainda cooperar com a autoridade durante toda a investigação e encerrar sua participação na conduta ilegal imediatamente; por fim, a empresa não poderá se beneficiar da imunidade total se tiver adotado qualquer medida para coagir outros agentes a participar do cartel em questão. Interessados que não possam se beneficiar da imunidade total podem obter redução das multas cabíveis se fornecerem evidências reforçando aquelas que estejam em poder da Comissão Europeia; a primeira empresa a submeter tais evidências receberia uma redução de 30 a 50% da multa, a segunda empresa uma redução de 20 a 30% e, as empresas que se seguirem, de uma redução de até 20%.

¹³ O guia da Comissão Europeia para aplicação de penalidades, emitido em 2006 de acordo com os termos do artigo 23(2)(a) do Regulamento 1/2003, pode ser consultado em <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/fines.html>. Acesso em 10.12.2007.

¹⁴ “Artigo 6^o, 6. Os Estados-Membros asseguram que, para efeitos de ações de indenização, os tribunais nacionais não possam em nenhum momento ordenar a uma parte ou a um terceiro a divulgação das seguintes categorias de informação:

- a) As declarações de leniência; e
- b) As propostas de transação”.

¹⁵ “Artigo 5^o, 1. Os Estados-Membros asseguram que, nos processos relativos a ações de indenização na União e a pedido do demandante que apresentou uma justificação fundamentada com factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis, suficientes para corroborar a plausibilidade do seu pedido de indenização, os tribunais nacionais possam ordenar ao demandado ou a um terceiro a divulgação dos elementos de prova

materiais do processo. Essas proteções, contudo, não impedem que as autoridades da concorrência tornem públicas suas decisões e limitam-se ao conteúdo das declarações.

Além disso, o leniente também é exonerado da responsabilidade solidária em relação aos demais partícipes, restringindo-se a sua obrigação ao montante dos danos causados aos seus adquirentes diretos ou indiretos ou, no caso de um cartel de compradores, aos seus fornecedores diretos ou indiretos. Se o cartel tiver causado danos a outrem, que não os clientes ou os fornecedores das empresas infratoras, a participação do leniente não deverá exceder a sua responsabilidade pelos danos causados. Todavia, a responsabilidade do leniente é subsidiária perante os demais lesados, ou, em outras palavras, o leniente poderá ser acionado caso esses não consigam obter a reparação integral junto aos demais infratores¹⁶.

No caso *Pfleiderer*¹⁷, essa empresa, cliente de outras que foram condenadas em um cartel no setor de papéis decorativos, apresentou um pedido ao Tribunal de Justiça da União Europeia (o TJUE) de acesso aos documentos, inclusive os relativos aos acordos de leniência, a fim de instruir a sua ação de indenização. O TJUE considerou que, àquela época, na ausência de regras da União Europeia sobre o tema, caberia aos tribunais, com base na legislação interna e em uma análise casuística, determinar as condições nas quais tal acesso deveria ser autorizado ou recusado, através da ponderação dos interesses protegidos pelo direito da União, para fins de instrução das ações de indenização¹⁸.

relevantes que estejam sob o seu controlo, sob reserva das condições estabelecidas no presente capítulo. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais possam, a pedido do demandado, ordenar ao demandante ou a terceiros a divulgação de elementos de prova relevantes”.

¹⁶ “Artigo 11, 5. Os Estados-Membros asseguram que um infrator possa recuperar, de qualquer outro infrator, uma comparticipação num montante determinado em função da responsabilidade relativa pelos danos causados pela infração ao direito da concorrência. O montante da comparticipação de um infrator ao qual foi concedida dispensa de coima no âmbito de um programa de leniência não pode exceder o montante dos danos que causou aos seus próprios adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos”.

¹⁷ *Pfleiderer*, C-360/09. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=85144&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=559928>. Acesso em 14.06.2016.

¹⁸ “[...] 25 Ora, como sustentaram a Comissão e os Estados-Membros que apresentaram observações, os programas de leniência constituem ferramentas úteis na luta eficaz para

detectar e pôr cobro às violações das regras de concorrência e servem, assim, o objetivo da aplicação efetiva dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE.

26 A eficácia destes programas poderia, todavia, ser afetada pela comunicação dos documentos relativos a um procedimento de leniência às pessoas que pretendam intentar uma ação de indenização, ainda que as autoridades nacionais de concorrência concedam ao requerente de leniência uma isenção total ou parcial da coima que teriam podido aplicar.

27 Com efeito, é razoável considerar que uma pessoa implicada numa violação do direito da concorrência, em face da eventualidade de tal comunicação, seria dissuadida de utilizar a possibilidade oferecida por tais programas de leniência, nomeadamente, visto que as informações voluntariamente fornecidas por esta pessoa podem ser objeto de intercâmbios entre a Comissão e as autoridades nacionais de concorrência por força dos artigos 11.º e 12.º do Regulamento n.º 1/2003.

28 É, no entanto, jurisprudência assente que qualquer pessoa tem o direito de reclamar reparação do prejuízo que lhe tenha sido causado por um comportamento susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência (v. acórdãos de 20 de Setembro de 2001, *Courage e Crehan*, C-453/99, Colect., p. I-6297, n.ºs 24 e 26, e de 13 de Julho de 2006, *Manfredi e o.*, C-295/04 a C-298/04, Colect., p. I-6619, n. os 59 e 61).

29 Com efeito, um direito deste tipo reforça o carácter operacional das regras comunitárias de concorrência e é suscetível de desencorajar acordos ou práticas, frequentemente disfarçados, capazes de restringir ou falsear o jogo da concorrência. Nesta perspectiva, as ações de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são susceptíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efetiva na União Europeia (v. acórdão *Courage e Crehan*, já referido, n.º 27).

30 Assim, no exame de um pedido de acesso aos documentos relativos a um programa de leniência apresentado por uma pessoa que procura obter uma indemnização por perdas e danos de outra pessoa que beneficiou de um programa de leniência, é necessário zelar por que as regras nacionais aplicáveis não sejam menos favoráveis do que as referentes às reclamações análogas de natureza interna e não sejam sistematizadas de modo a tornar impossível na prática ou excessivamente difícil a obtenção de tal reparação (v., neste sentido, acórdão *Courage e Crehan*, já referido, n.º 29) e ponderar os interesses que justificam a comunicação das informações relativamente à proteção daquelas que foram voluntariamente fornecidas pelo requerente de leniência.

31 Tal ponderação só pode ser realizada pelos órgãos jurisdicionais nacionais numa base casuística, no quadro do direito nacional e tomando em conta todos os elementos pertinentes do caso em apreço.

32 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à questão submetida que as disposições do direito da União em matéria de cartéis, em especial o Regulamento n.º 1/2003, devem ser interpretadas no sentido de que não se opõem a que uma pessoa lesada por uma infração ao direito da concorrência da União e que procura obter uma indenização tenha acesso aos documentos relativos a um procedimento de

Antes da Diretiva 2014/104/UE, o Tribunal poderia ponderar entre o direito das vítimas à indenização e o interesse público na eficácia das normas de concorrência. Com a publicação da referida Diretiva, essa questão encontra-se superada, pois agora há expressa previsão de sigilo das declarações previamente divulgadas pelas empresas que tiverem cooperado com as autoridades de concorrência no âmbito de um programa de leniência.

A Diretiva 2014/104/UE também introduziu regras para proteger as investigações em curso, estabelecendo que documentos produzidos pelas partes ou pelas autoridades de concorrência no âmbito da investigação só poderão se tornar públicos, para fins de instrução de ações de indenização, após a conclusão do processo.

Essas proteções, embora garantam a integridade desses programas, preservam o direito das vítimas de amplo acesso às demais evidências necessárias para provar suas alegações nos pedidos de reparação civil.

Por outro lado, a Diretiva 2014/104/UE reconhece que toda informação preexistente, vale dizer, que já existia independentemente das investigações das autoridades de concorrência, podem ser divulgadas a qualquer momento. Na prática, o que se pretende com esta medida é assegurar que as vítimas de uma prática anticompetitiva tenham mais acesso aos elementos probatórios para instruir seus pedidos de indenização.

2.2. Condenação das Autoridades Nacionais de Concorrência Europeias (ANC): prova irrefutável (presunção absoluta, para o mesmo Estado-Membro) ou prova prima facie (presunção relativa, para outro Estado-Membro)

Outra questão importante e que justifica o caráter sigiloso do acordo de leniência na União Europeia é o fato de haver na Diretiva 2014/104/UE previsão expressa de que a decisão final proferida por uma autoridade europeia de concorrência (as chamadas autoridades nacionais de concorrência ou ANC) que declara a existência de uma infração à concorrência constitui prova irrefutável (presunção absoluta, para o mesmo Estado-Membro) ou prova prima facie (presunção relativa, para outro Estado-Membro) para fins de instrução nas ações de indenização:

leniência respeitante ao autor da referida infração. 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”.

“Artigo 9º Efeito das Decisões Nacionais

1. Os Estados-Membros asseguram que uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso seja considerada irrefutavelmente estabelecida para efeitos de ação de indenização intentada nos seus tribunais nacionais ao abrigo do artigo 101.o ou do artigo 102.o do TFUE ou do direito nacional da concorrência.

2. Os Estados-Membros asseguram que, caso as decisões definitivas a que se refere o n.º 1 sejam proferidas noutra Estado-Membro, essas decisões possam ser apresentadas nos seus tribunais nacionais, de acordo com o seu direito nacional, pelo menos como elemento de prova *prima facie* de uma infração ao direito da concorrência e, conforme apropriado, possam ser avaliadas juntamente com quaisquer outros elementos aduzidos pelas partes”.

É, portanto, uma presunção absoluta da infração concorrencial, não podendo ser ilidida por prova em contrário na ação de indenização. Todavia, se a ação de indenização é proposta em outro Estado-Membro, as decisões servem, nos termos da Diretiva, como prova *prima facie*, podendo, neste caso, ser ilididas por prova em contrário ou reforçadas com outros elementos colhidos pelas partes.

Essa previsão, que passou a vigorar com a entrada em vigor da Diretiva 2014/104/UE, pois até a sua publicação este tratamento não era adotado por muitos dos Estados-Membros, estabelece uma espécie de freios e contrapesos (*checks and balances*), pois ao mesmo tempo que protege o leniente, assegurando-lhe a confidencialidade do acordo até o término do processo administrativo e a sua responsabilidade subsidiária, confere, também, às vítimas do ilícito antitruste uma espécie de título executivo. Alivia, desta forma, a carga probatória dos lesados, sendo indiferente a existência do acordo de leniência como meio de prova do ilícito nas ações de indenização.

Embora inovadora, no Reino Unido, o “Quick Guide for Private Litigation in Competition Cases”, elaborado em março de 2010 pelo “Office of Faire Trade (OFT 1520)”, já previa a natureza probatória das condenações proferidas por uma autoridade competente da concorrência para fins de instrução da ação particular indenizatória (*a private action*)¹⁹.

¹⁹ De acordo com o guia: “If a relevant competition authority such as the OFT or European Commission has made a decision that competition law has been infringed, a

Nos Estados Unidos, desde a Clayton Act (1914) e reiterado no julgamento do caso “Emich Motors Corp vs General Motors Corp”²⁰, as condenações em processos decididos pelas autoridades concorrenciais são consideradas provas bastante para instruir as ações privadas de indenização²¹.

Em nenhuma dessas Cortes, todavia, é imprescindível a condenação prévia, mas uma vez reconhecida a infração pela autoridade antitruste competente, a parte não terá que provar em juízo o ilícito, apenas os prejuízos e o nexo de causalidade.

3. Importação “parcial” do Programa de Leniência no Brasil: fragilidades para o leniente e os possíveis prejudicados

Como já mencionado, o Programa de Leniência brasileiro foi importado da União Europeia, mas ao assim fazer, o legislador brasileiro não tomou o cuidado de adequá-lo ao sistema interno, colocando ora o leniente ora os possíveis prejudicados por um ilícito antitruste em situação de fragilidade, enfraquecendo a eficácia deste programa.

Explica-se.

Primeiramente, a Lei Antitruste Brasileira não exonera o leniente da responsabilidade solidária, pois, embora a solidariedade de todos os agentes envolvidos no ilícito antitruste não esteja prevista na Lei nº 12.529/2011, decorre do Código Civil. E tal se deve porque, ao contrário do que muitos sustentam, para a Lei Antitruste Brasileira, somente respondem solidariamente: (i) a empresas e os seus administradores ou dirigentes²²; (ii) as empresas ou

claimant can rely on the decision as proof of the breach. If there is no such decision, the claimant will have to obtain and submit evidence to prove the breach itself. This is dealt with in more detail in section 3 below”.

²⁰ 340 U.S. 558 (1951).

²¹ WILSHER, Dan. *The Public Aspects of Private enforcement in EC Law: Some Constitutional and Administrative Challenges of a Damages Culture*, CLR 3 (1), 2006.

²² “Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.”.

entidades integrantes do mesmo grupo econômico²³; e (iii) as empresas estrangeiras com a filial nacional²⁴;

Como se pode ver, a Lei Antitruste não estabelece a responsabilidade solidária dos agentes econômicos que tiverem cometido um ilícito antitruste. No entanto, como será demonstrado adiante, a responsabilidade civil antitruste é aquiliana e objetiva, pois decorre de um ato ilícito (CC, art. 187). Em se tratando de responsabilidade aquiliana, os agentes econômicos que tiverem cometido o ato ilícito antitruste, respondem solidariamente, pois de acordo com a segunda parte do caput do artigo 942 do Código Civil: “[...] se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

Contudo, o legislador nacional, ao contrário do europeu, não exonerou o leniente da responsabilidade solidária em relação aos demais partícipes, não restringindo, assim, sua obrigação ao montante dos danos causados. Como visto, de acordo com a Diretiva 2014/104/UE, o leniente apenas responde subsidiariamente perante os lesados por um ilícito antitruste e na exata proporção de sua responsabilidade, ou, em outras palavras, o leniente somente poderá ser acionado, na medida do dano causado, e caso os prejudicados não consigam obter a reparação integral junto aos demais infratores²⁵.

Essa garantia é de suma importância para assegurar a efetividade deste instituto, pois, se o leniente não for exonerado da solidariedade, pode não ter interesse em colaborar com as investigações já que no âmbito privado responderá solidariamente com os demais infratores²⁶. Nesse sentido, os

²³ “Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica”.

²⁴ “Art. 40, § 3º Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País”.

²⁵ “Artigo 11, 5. Os Estados-Membros asseguram que um infrator possa recuperar, de qualquer outro infrator, uma participação num montante determinado em função da responsabilidade relativa pelos danos causados pela infração ao direito da concorrência. O montante da participação de um infrator ao qual foi concedida dispensa de coima no âmbito de um programa de leniência não pode exceder o montante dos danos que causou aos seus próprios adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos”.

²⁶ “Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica”.

estudos do Professor Caroline Cauffman (2011)²⁷, da Universidade de Maastricht, e de Marisa Meli²⁸, na Itália, apontam que o temor das condenações

²⁷ CAUFFMAN, C. The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages. Estados Unidos, 10 out. 2011. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1941692. Acessado em 28/02/2013: “Although leniency and damages actions thus, at least to a certain extent, serve the same purpose of increasing compliance with the competition rules, it has been argued that an increasing number of damages actions may undermine leniency programmes.¹³ Indeed, a leniency application is a confession by an undertaking of having participated in an alleged cartel, which may result in immunity or reduction of fines, but will, at present, normally not protect the leniency applicant from the civil law consequences of his participation in an infringement of Article 101 TFEU.¹⁴ If the fact that a leniency application is made or the content thereof is communicated to cartel victims, this will enable them to more easily prove the cartel infringement by the leniency applicant and it will encourage them to actually bring claims for damages against the leniency applicant. Often, even those who suffered loss as a result of overpricing by other cartel members may successfully claim damages from the leniency applicant. Until recently the risk of damages claims against a leniency applicant was limited, given the ‘total underdevelopment’¹⁵ of damages claims for infringements of competition law in Europe. However, since the recognition by the Court of Justice of the right of any individual to obtain compensation for damage suffered as a result of an infringement of the EU competition rules¹⁶ and the active promotion of private enforcement of competition law by the European Commission, this risk is increasing continuously.¹⁷ This may discourage cartel participants from applying for leniency, which would significantly impede the discovery and punishment of cartels, which would in turn lead to a lower degree of compensation of cartel damage. The question arises as to whether

and if so, what kind of measures should be taken to prevent the increasing number of damages claims from undermining the leniency policy.

To prevent damages actions from having a discouraging effect on potential leniency applicants (or at least minimise the risk of damages actions having such effect) the law can, it seems, intervene at two stages. It can prevent disclosure of leniency applications to (potential) cartel victims and/or it can reduce the amount of damages to be paid by leniency applicants”.

²⁸ MELI, Marisa. I programmi di clemenza (leniency) e l’azione privata. s/d. Disponível em: [http://www.fscpo.unict.it/Bacheca/archivio_eventi/Eventi/Meli_I%20programmi%20di%20clemenza%20\(leniency\)%20e%20l'azione%20privata.pdf](http://www.fscpo.unict.it/Bacheca/archivio_eventi/Eventi/Meli_I%20programmi%20di%20clemenza%20(leniency)%20e%20l'azione%20privata.pdf). Acesso em 30/05/2014: “Maggiori complessità presenta un diverso, possibile, momento di contatto: le informazioni fornite dall’impresa che collabora possono rendere più facile la prova del comportamento anticoncorrenziale in un giudizio civile. Per partecipare al programma, infatti, l’impresa deve rendere all’autorità di controllo una dichiarazione ufficiale, che entra a far parte del fascicolo istruttorio e che potrebbe essere utilizzata

nas ações de reparação civil pode ser um limitador da eficácia dos programas de leniência.

3.1. Responsabilidade civil antitruste

Considerando que não há na Lei nº 12.529/2011 previsão de responsabilidade solidária entre os agentes econômicos que tiverem cometido um ilícito antitruste, faz-se necessária a seguinte construção hermenêutica para que se possa concluir que a responsabilidade civil antitruste é objetiva e aquiliana.

3.1.1. Objetiva

A Lei Antitruste, em seu artigo 47, assegura à coletividade o direito de, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, ingressar em juízo para obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, como também para requerer indenização pelas perdas e danos sofridos:

“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”.

A possibilidade de demandar a reparação civil como decorrência de um ato ilícito encontra-se genericamente prevista nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil Brasileiro. Com efeito, o legislador antitruste, ampliando, de certa maneira, a matéria do Código Civil, assegurou também a todos os prejudicados por um ilícito antitruste – a coletividade como um todo ou aqueles individualmente considerados - o direito de recebimento de indenização pelas perdas e danos sofridos (artigo 47 da Lei nº 12.529/2011).

come prova qualora le informazioni in esso contenute venissero divulgate o fossero accessibili a terzi che intentano azioni di danno”.

In particolare, la possibilità di usare i documenti presentati dall'impresa come prova nei giudizi civili diventa una regola per quegli ordinamenti (quali quello statunitense) che, sul piano processuale, dispongono di una discovery rule, ovvero della possibilità che il giudice faccia ricorso all'ordine di esibizione della documentazione fornita all'autorità di controllo”.

Uma determinada infração à ordem econômica (e.g. a formação de cartel) pode dar ensejo, em tese, a um processo criminal, a uma ação de reparação civil, a uma ação civil pública e a um processo administrativo no CADE. A dificuldade enfrentada pelas autoridades antitruste brasileiras a esse título é assegurar a efetividade da norma, de modo que as penalidades cumpram o seu objetivo: prevenir e reprimir estas práticas espúrias.

O artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 estabelece que “constituem infração da ordem econômica (ou ato ilícito antitruste), independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante”.

A infração à ordem econômica, além de poder ser meramente formal, pois não exige o resultado (material), mas apenas a potencialidade de seus efeitos, também prescinde do elemento subjetivo (culpa). Em outras palavras, é irrelevante perquirir a intenção do agente, pois os tipos descritos na norma consumam-se independentemente de sua vontade, bastando para tanto que o seu comportamento antijurídico se enquadre em uma das hipóteses previstas no caput ou no parágrafo terceiro do artigo 36 ou, ainda, no conceito jurídico indeterminado de abuso do poder econômico, tendo em vista que o rol de condutas anticompetitivas enumeradas no parágrafo terceiro do artigo 36 é meramente exemplificativo.

O dever de reparação civil surge de um ato ilícito, que pode ser caracterizado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, de uma determinada pessoa que, ao assim agir, viola direito de outrem, causando-lhe prejuízos, ainda que exclusivamente moral (CC, art. 186); ou, ainda, quando um titular de um determinado direito, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (CC, art. 187).

Nesse sentido, não é difícil perceber que o ilícito antitruste é gênero da modalidade de abuso de direito prevista no artigo 187 do Código Civil, e cuja espécie, abuso de poder econômico ou abuso de posição dominante, encontra-se prevista no artigo 36, caput, da Lei nº 12.529/2011 e artigo 173, parágrafo quarto, da CR/88²⁹. Explica-se.

A expressão “que tenham por objeto” contida no caput do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 é fruto de uma construção normativa contraditória, pois

²⁹ Art. 173, § 4º *A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*

o legislador expressamente descarta o elemento subjetivo (culpa) ao afirmar categoricamente que “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados (...)”.

De acordo com a doutrina tradicional, culpa, utilizada em sentido amplo como o fez o legislador antitruste, inclui tanto o dolo, quanto a culpa em sentido estrito (imprudência, imperícia ou negligência). No momento seguinte, o legislador induz o intérprete à equivocada ideia de intenção (dolo), já de plano descartada no início da redação do artigo, ao afirmar “que tenham por objeto”, quando o que realmente importa é a potencialidade dos efeitos (“possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”).

Embora a lei não contenha (ou não deva conter) palavras inúteis, a inexigibilidade de culpa na constituição da infração reforça a interpretação de que a intenção, dolo ou culpa em sentido lato, não é requisito para configuração de uma infração à ordem econômica e o mens legis, ao excluir o elemento subjetivo de seu núcleo, foi justamente para lhe conferir a feição objetiva, preocupando-se apenas com a possibilidade, ainda que potencial, de produção de efeitos.

A conclusão que se pode chegar, então, é que a expressão “que tenham por objeto” contradiz com a finalidade do legislador (interpretação teleológica) e com todo o sistema de defesa da concorrência brasileiro (interpretação sistemática), e sua inclusão no caput do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, como observa MARTINEZ³⁰, foi fruto da tradução literal do artigo 101(1) do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE)³¹ que utiliza as expressões “objetc or effect”, daí os termos “objeto” ou “efeito”

³⁰ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Singular, 2013, p. 136. Nas palavras da autora: “O artigo 36 da nova lei, assim como era o antigo artigo 20 da revogada Lei 8.884/94, emprestou sua redação do artigo 101(1) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Este prevê que serão tidas como ilegais todas as condutas que “tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno” – a versão original em inglês refere-se a ‘object or effect’, daí nossa lei falar em ‘objeto ou efeito’. Ainda que se permita igualmente a condenação de prática de forma independente de seus efeitos, a interpretação da Comissão Europeia e dos tribunais comunitários afasta a ilicitude da prática apenas com base na intenção das partes, sendo necessária complexa análise sobre a natureza da conduta a fim de determinar sua adequação às normas do tratado”.

³¹ Article 101 “1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their **object or effect** the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which:”

utilizados pelo legislador nacional. Muito embora essas expressões estejam contidas no TFUE (artigo 101, 1), a Comissão Europeia e os tribunais comunitários afastam a ilicitude da prática apenas com base na intenção das partes, pugnando por uma complexa análise sobre a natureza da conduta a fim de determinar sua adequação às normas do tratado.

A doutrina estrangeira adota a mesma linha. RICHARD WHISH³², ao comentar o termo “object” do antigo Artigo 81(1) do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), atual Artigo 101(1) do TFUE, destaca que, embora existam algumas práticas cuja anticompetitividade só possa ser determinada a partir de seu “objeto”, esta expressão, neste contexto, não significa a intenção subjetiva das partes ao realizarem a conduta, mas o seu propósito no contexto econômico aplicado, senão veja-se:

“Existem alguns tipos de acordos que a anticompetitividade pode ser determinada apenas a partir de seu objeto; a palavra "objeto" neste contexto não significa a intenção subjetiva das partes quando

³² WHISH, Richard. *Competition law*. Fifth Edition. London: Butterworths, 2005, p. 194. Texto original, em inglês: *There are some types of anti-competitive agreements of which can be determined only from its object; the word "object" in this context means not the Subjective intention of the parties when concluding the agreement, but the meaning objective and purpose of the agreement considered in the economic context in which it is being applied. When an agreement has the object of restricting competition, it is not necessary to prove that the agreement would have a anti-competitive effect in order to find an infringement of Article 81(1).*

[...] At this stage is necessary to acknowledge that some analysis of the impact of an agreement on the market is needed, even in the case of agreements that are held to have as their object the restriction of competition.

[...] The classification of an agreement as having as its object the restriction of competition means that the parties, for example to a price-fixing agreement, cannot argue that the fixing of prices does not restrict competition: the law has decided, as a matter of policy, that it does; given that, generically, price fixing is considered to have as its object the restriction of competition, the parties can defend the practice only by proving, in a particular case, that it satisfies the criteria of Article 81(3). However it is open to them to argue that, in a quantitative sense, their agreement does not appreciably affect competition or affect trade between members States, because their position on the market is so weak; conceptually this is a different matter from arguing that the practice of price fixing is not restrictive of competition. The Community Courts themselves have not explicitly stated the law in these terms, but this would seem to offer a workable explanation of how different aspects of article 81 that appear to pull in opposite directions can be reconciled. a separate point is that the effect that an agreement may have on the market is relevant to the gravity of the infringement and therefore to the amount of any fine.

concluíram o acordo, mas o significado objetivo e o propósito do acordo considerado no contexto econômico em que está sendo aplicado. Quando um acordo tem por objeto restringir a concorrência, não é necessário provar que este acordo teria um efeito anticoncorrencial, a fim de encontrar uma infração ao Artigo 81(1).

[...] Nesta fase, é necessário reconhecer que é necessária uma análise do impacto de um acordo no mercado, mesmo no caso de acordos que são mantidos e têm por objeto a restrição da concorrência.

[...] A classificação de um acordo como tendo por objeto a restrição da concorrência significa que as partes, por exemplo, para um acordo de fixação de preços, não podem argumentar que a fixação de preços não restringe a concorrência: a lei decidiu, por uma questão de política, que sim; dado que, genericamente, a fixação de preços é considerada como tendo por objeto a restrição da concorrência, as partes podem defender a prática só se provarem, no caso particular, que cumpre os critérios estabelecidos no Artigo 81(3). No entanto, é-lhes facultado argumentar que, em um sentido quantitativo, o seu acordo não afetou sensivelmente a concorrência ou o comércio entre Estados-Membros, porque a sua posição no mercado era muito fraca; conceitualmente esta é uma questão diferente de argumentar que a prática de fixação de preços não é restritiva da concorrência. Os próprios Tribunais Comunitários não têm claramente mencionado a lei nesses termos, mas esta pode parecer oferecer uma explicação viável de como diferentes aspectos do Artigo 81(1) que, aparentemente caminham em sentidos opostos, podem ser reconciliados. Um outro ponto é que o efeito que um acordo pode ter no mercado é relevante para a gravidade da infração e, portanto, ao montante da multa”.

Mais recentemente, ao interpretar o Artigo 101 do TFUE, a Comissão Europeia observou que, se um acordo horizontal não restringir a “concorrência por objeto”, devem ser examinados os seus efeitos reais e potenciais³³:

“Se, no entanto, um acordo de cooperação horizontal não restringir a concorrência por objeto, os efeitos reais e potenciais devem ser examinados para verificar se o acordo tem efeitos

³³ In *Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*, Jornal Oficial C 11 de 14.1.2001, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A126062>, acesso em 25.04.2016.

restritivos apreciáveis da concorrência. Para que um acordo tenha efeitos restritivos da concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, deve ter ou ser suscetível de ter um impacto negativo significativo, pelo menos num dos parâmetros da concorrência no mercado, como o preço, a produção, a qualidade ou diversidade do produto ou a inovação. Essa determinação dos efeitos restritivos deve ser feita em comparação com o contexto jurídico e econômico efetivo em que a concorrência se verificaria na ausência do acordo”.

Destarte, como se extrai da mens legis do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, para a caracterização de uma infração à ordem econômica é despicienda a análise da intenção dos agentes, se agiu com falta de cautela ou desvio de um dever de cuidado, imprudência ou negligência, apenas se devendo levar em consideração a possibilidade, potencial ou real, de produção de efeitos. Ao exercer de forma abusiva a sua posição dominante (inciso IV do art. 36 da Lei nº 12.529/2011), o agente produz, ou pode produzir, ainda que potencialmente, um ou mais dos efeitos deletérios ao mercado previstos nos incisos I a III do artigo 36 da Lei Antitruste, quais sejam: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; e (iii) aumentar arbitrariamente os lucros. Nem o legislador antitruste, tampouco o constituinte (parágrafo quarto do artigo 173 da CR/88), pune, per se, a posição dominante, pois o poder econômico em si não é reprovável, mas sim o abuso em seu exercício.

A detenção de poder econômico e o exercício de posição dominante estão implicitamente amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro, haja visto que a CR/88 consagra, no inciso IV do seu artigo 1º, a livre iniciativa como um dos fundamentos da República. Mais adiante, no inciso IV e no caput do artigo 170, ao tratar da ordem econômica, o legislador constituinte novamente reitera que esta é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros, os princípios da livre concorrência, da propriedade privada e da função social da propriedade.

Nessa linha, prescreve o parágrafo primeiro do artigo 36 que “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”, qual seja, a dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

VARELLA BRUNA³⁴ define o abuso de posição dominante correspondente à figura do abuso de direito, como a prática de um ato com desvio de finalidade. Há, assim, abuso de poder econômico quando o titular de posição dominante exerce a sua atividade empresarial em contrariedade à sua função social, limitando, falseando ou de qualquer forma prejudicando a livre concorrência ou a livre iniciativa; apropriando (efetiva ou potencialmente) de parcela de renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial. Por outro lado, não é abusiva a restrição quando ela se justificar por razões de eficiência econômica e desde que realizada nos limites estritamente necessários à sua obtenção e quando não sacrificar indevidamente outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica. Nas palavras do autor:

“Como se vê, a noção nuclear do conceito de abuso de direito é o exercício de um direito subjetivo contrariamente à sua finalidade social. O direito subjetivo, em sua acepção tradicional (absoluta), dá lugar a um direito “direito-função”, concebido ao cidadão para obter os proventos que lhe são conferidos pela lei, respeitados os interesses da comunhão social. Trata-se, pois, de um desvio de finalidade de direito, que deve ser apreciado do ponto de vista social. Caracteriza-se o exercício abusivo de um direito quando este colide com outro que, à luz do interesse social, merecer maior proteção.

[...] Como se vê, o instituto do abuso do direito, enquanto categoria jurídica operacional, bem serve à tarefa de conceituar o abuso do poder econômico.

Outro conceito que também se presta a tal mister é o de desvio de finalidade ou desvio de poder, oriundo do Direito Administrativo, cujo desenvolvimento deveu-se ao Conselho de Estado da França [...].

[...] Tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente à sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) de parcela de renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quando ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo sido excedidos os meios estritamente

³⁴ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso no seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 177.

necessários à obtenção de tal eficiência e quando a prática represente indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica”.

Nessa mesma linha caminha a doutrina comparada. RICHARD WHISH³⁵ lembra que o conceito de abuso é objetivo, não sendo a intenção um componente chave de sua definição. A posição dominante não é punida por si só, mas a empresa dela detentora é, por sua vez, possuidora de uma responsabilidade especial de assegurar que seu comportamento não falseie a concorrência no mercado comum. Os Tribunais europeus também têm alertado a respeito dessa objetividade do abuso, lembrando que o comportamento pode ser abusivo ainda que não tenha sido a intenção da empresa violar o artigo 101 do TFUE. O fato de existirem certos abusos (e.g. preços predatórios - os quais constituem, a grosso modo, na venda abaixo do custo variável médio), cuja intenção é parte integrante da infração, não contrapõe à ideia de que a intenção não é um componente chave para a conceituação do abuso. Confira-se:

“[...] Não é uma ofensa para uma empresa ter posição dominante, mas, como já nos referimos, uma empresa em posição dominante tem uma responsabilidade especial de não permitir que o seu comportamento impeça uma concorrência não falseada no mercado comum; e parece que essa responsabilidade se torna maior, de modo que a qualificação de abuso torna-se mais provável quando a empresa sob investigação não é meramente dominante, mas super-dominante. O TJE tem dito muitas vezes que o conceito de abuso é um conceito objetivo, o que significa que o comportamento pode ser abusivo, mesmo quando a empresa dominante não tinha intenção de violar o artigo 82. A conduta pode ser prejudicial para a estrutura do mercado se ela foi destinada a ser prejudicial ou não. O fato de que existem

³⁵ Op. cit, p. 194. Redação original em inglês: *[...] It is not an offence for a firm to have a dominant position, but, as already noted, a firm in a dominant position has a special responsibility not to allow its conduct to impair undistorted competition on the common market; and it would appear that this responsibility becomes greater, so that a finding of abuse becomes more likely where the firm under investigation is not merely dominant, but super-dominant. The ECJ has often said that the concept of abuse is an objective one, meaning that behavior can be abusive even where the dominant undertaking had no intention of infringing Article 82. Conduct may be harmful to the structure of the market whether it was intended to be harmful or not. The fact that there are certain abuses – for example predatory pricing above average variable cost and selective price cutting – where evidence of intention is an integral part of establishing an infringement does not contradict this idea: intention is not a key component of the concept of abuse.*

certos abusos - por exemplo, preços predatórios acima do custo variável médio e redução selectiva de preços - onde a evidência da intenção é parte integrante de estabelecer uma infração não contradiz esta ideia: a intenção não é um componente-chave do conceito de abuso”.³⁶

Em síntese, usar, gozar e dispor de poder de mercado livremente conquistado pelo agente econômico em razão de sua maior eficiência é um direito assegurado pelo ordenamento vigente, cujo limite é justamente o seu exercício irregular, punindo-se o abuso. Cabe novamente a observação de VARELLA BRUNA³⁷, para quem o titular deste poder não apenas tem um dever negativo, de não lhe fazer mal uso, mas também um comportamento positivo de dar-lhe o destino socialmente útil. O poder econômico, enquanto função que é, se não é passível de ser exercido por todos, deve sê-lo em benefício comum. O entendimento do autor pode, inclusive, ser extraído do inciso III do artigo 170 da CR/88, diante da preocupação do legislador constituinte com a função social da propriedade projetada para o âmbito da empresa, por meio da qual o agente exerce atividade econômica.

Estes argumentos conduzem à conclusão da natureza objetiva da responsabilidade antitruste, sendo o ilícito antitruste gênero da modalidade de

³⁶ Op. cit., p. 194. Redação original em inglês: “[...] It is not an offence for a firm to have a dominant position, but, as already noted, a firm in a dominant position has a special responsibility not to allow its conduct to impair undistorted competition on the common market; and it would appear that this responsibility becomes greater, so that a finding of abuse becomes more likely where the firm under investigation is not merely dominant, but super-dominant. The ECJ has often said that the concept of abuse is an objective one, meaning that behavior can be abusive even where the dominant undertaking had no intention of infringing Article 82. Conduct may be harmful to the structure of the market whether it was intended to be harmful or not. The fact that there are certain abuses – for example predatory pricing above average variable cost and selective price cutting – where evidence of intention is an integral part of establishing an infringement does not contradict this idea: intention is not a key component of the concept of abuse”.

³⁷ Op. cit., p. 172. Nas palavras do autor: “Mas o que se exige do titular do poder econômico não é somente um comportamento negativo, uma abstenção de fato, de não fazer mau uso de tal poder, mas sim um comportamento positivo, de dar-lhe destino socialmente útil. Há, portanto, não só o dever de não exercitar esse poder em prejuízo de outrem, mas também, e principalmente, o dever de exercitá-lo em benefício dos demais. Aqui, o poder econômico, enquanto função que é, denota um poder que não se exerce por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas também por interesse de outrem ou por interesse objetivo. Se esse poder não é passível de ser exercido por todos, deve ser exercido em benefício comum”.

abuso de direito (CC, artigo 187) e, o abuso de poder econômico, sua espécie. Ademais, o caput do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 igualmente dispensa a culpa lato sensu para que um ato possa ser considerado uma infração à ordem econômica, bastando a possibilidade, potencial ou real, de produção dos efeitos previstos em um de seus incisos: (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.

3.1.2. *Aquiliiana (extracontratual ou delitual)*

Historicamente, a obrigação de indenizar é atribuída a danos contratuais (responsabilidade contratual, negocial ou obrigacional) ou derivados de um ato ilícito (delitual ou aquiliana). A responsabilidade contratual encontra-se disposta nos artigos 389 a 420 do Código Civil, os quais tratam do “Inadimplemento das Obrigações”, vale dizer, da inobservância de uma das partes de qualquer dever emanado de um processo obrigacional (e.g. de uma cláusula do contrato) (Título IV, do Livro I, da Parte Especial). Já a responsabilidade civil em sentido restrito (extracontratual ou aquiliana), está prevista nos artigos 927 a 954 do Código Civil e se refere ao descumprimento de um dever geral de cuidado imposto a todos os membros da sociedade de não causarem dano (o *neminem laedere*), ou seja, de se portarem de forma a não violar bens alheios ou a órbita pessoal de uma ou várias pessoas. O dever de indenizar, portanto, não decorre da violação de deveres oriundos de uma relação contratual, da autonomia da vontade de determinados indivíduos, mas sim dos danos causados em virtude de ofensa a situações existenciais e patrimoniais alheias.

Assim, como bem esclarece FERNANDO NORONHA³⁸, em sentido lato, a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar dano e este é, por sua vez, o elemento comum e indissociável de ambas responsabilidades (contratual e aquiliana). O dano é, portanto, o elemento central da teoria da responsabilidade civil, a base a partir da qual será construído o dever de indenizar, pois, embora possa haver responsabilidade sem culpa, se não houver prejuízo, ainda que exclusivamente moral, não nascerá a obrigação de reparação. O mesmo não se pode dizer com relação ao ato ilícito, pois nem sempre o inadimplemento obrigacional corresponderá a uma conduta ilegal da parte, sendo suficiente que os interesses do credor não sejam atendidos – seja

³⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. V.1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 432.

por um ato do devedor (inadimplemento subjetivo) ou fato da natureza (inadimplemento objetivo).

Por essas razões, é imperioso concluir que, em regra, a responsabilidade civil antitruste (artigo 47 da Lei nº 12.529/2011) é aquiliana, pois decorre de um ato ilícito (CC, art. 187), salvo se o cometimento deste ato ilícito tiver sido expressamente previsto como um descumprimento contratual (o que dificilmente será). Em se tratando de responsabilidade aquiliana, os agentes econômicos que tiverem cometido o ato ilícito antitruste, nos termos do caput do artigo 942 do Código Civil, respondem solidariamente, não havendo no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) regra semelhante à prevista no item 6 do artigo 6º da Diretiva 2014/104/UE que atribui ao leniente responsabilidade subsidiária e não solidária.

3.2. Confidencialidade assegurada pela Lei Antitruste Brasileira à proposta de acordo e não ao acordo propriamente dito

Ademais, confidencialidade das informações prestadas pelo leniente durante o curso do processo administrativo embora não esteja prevista na Lei Antitruste, está no Regimento Interno do CADE, sendo esta, inclusive, a posição adotada pelo CADE. Isto porque, o artigo 86, § 9º, da Lei Antitruste dispõe que apenas a proposta de acordo de leniência será considerada sigilosa, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo, mas não o acordo propriamente dito, senão veja-se:

“Art. 86, § 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo”. (sem destaques no original)

Já o artigo 207, § 2º, do Regimento Interno do CADE, inovando em relação à Lei Antitruste, em aparente ilegalidade, assegura a confidencialidade das informações apresentadas pela parte leniente, confira-se:

“Art. 207. A identidade do signatário do acordo de leniência será mantida como de acesso restrito em relação ao público em geral até o julgamento do processo pelo Cade.

§ 1º O Cade concederá tratamento de acesso restrito aos documentos e informações comercialmente sensíveis do signatário do acordo de leniência, observados os requisitos deste Regimento Interno e o direito de defesa dos demais representados no processo administrativo”. (sem destaques no original)

A ilegalidade do 207, § 2º, do Regimento Interno do CADE já foi inclusive reconhecida pelo Poder Judiciário, por meio da decisão de lavra do juízo da 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo ao acolher o pedido formulado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo para que fosse assegurado o acesso ao acordo de leniência, como se pode inferir do trecho extraído da referida decisão e abaixo colacionado³⁹ :

“Decerto que a sociedade e, mais especificamente, o Estado de São Paulo e o Ministério Público Estadual, por exemplo, têm justificado interesse de 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 estaduais”.

No direito interno, a garantia de confidencialidade destas informações durante todo o curso do processo administrativo pode, inclusive, representar um obstáculo aos possíveis prejudicados de requerer a reparação civil dos danos prevista no artigo 47 da Lei Antitruste. Explica-se.

No Brasil, ao contrário da União Europeia, não há previsão de suspensão ou interrupção da contagem do prazo prescricional para ações previstas no artigo 47 da Lei no 12.529/2011 enquanto pendente de decisão em processo administrativo, vale dizer: após a instauração de inquérito ou processo administrativo sancionador. Destarte, considerando que as hipóteses de suspensão ou interrupção de prazo prescricional são taxativas e que não há na Lei Antitruste, ao contrário da Diretiva 2014/104/UE⁴⁰, previsão expressa nesse sentido, se a decisão administrativa demorar mais de cinco anos⁴¹ para ser proferida e a parte já tiver ciência da infração, por exemplo, por meio da divulgação do acordo de leniência nos meios de comunicação (como foi o caso do suposto Cartel dos Metrô de SP, do acordo de leniência da Siemens), a

³⁹ Decisão proferida nos autos do processo 0004196-28.2013.4.03.6114, em trâmite perante a 3ª Vara Federal em São Bernardo do Campo.

⁴⁰ Senão veja-se o disposto no item 4 do artigo 10º da Diretiva 2014/104/UE: “Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição seja suspenso ou, consoante o direito nacional, interrompido, se a autoridade da concorrência tomar medidas no âmbito de uma investigação ou de um processo relativo a uma infração ao direito da concorrência com a qual a ação de indenização esteja relacionada. A suspensão termina, no mínimo, um ano depois de a decisão em matéria de infração se ter tornado definitiva ou depois de o processo ter sido de outro modo concluído”.

⁴¹ Haja visto que o prazo máximo é de cinco anos, pois, se os prejudicados não forem consumidores, prescreve em três anos, nos termos do artigo 206, §3º, inciso V, do Código Civil, e, se consumidores, o em cinco anos, de acordo com o artigo 27 do CDC.

pretensão do direito de requerer a reparação civil poderá ser prejudicada, haja vista que o acordo de leniência poderia ser utilizado na ação civil como forte indício de prova do ilícito antitruste.

Na União Europeia, a confidencialidade do acordo de leniência enquanto pendente decisão administrativa justifica-se: a uma, porque a instauração de processo administrativo suspende o prazo prescricional para propositura das ações de reparação de danos; a duas, porque a decisão administrativa é presunção absoluta (prova irrefutável) da infração, sendo, portanto, desnecessária a utilização do acordo de leniência como indício de prova da prática; a três, porque o leniente é subsidiariamente responsável e não solidariamente.

No entanto, assegurar, de um lado, a confidencialidade do acordo de leniência durante todo o curso do processo administrativo, e, de outro, não garantir a suspensão do prazo prescricional da ação de reparação civil, configura uma proteção espúria do leniente em detrimento dos prejudicados, que não terão acesso a este meio de prova.

3.3. Decisão administrativa brasileira: não é constitutiva

Como visto, outra questão importante e que justifica o caráter sigiloso do acordo de leniência na União Europeia é o fato de haver na Diretiva 2014/104/UE previsão expressa de que a decisão final proferida por uma autoridade europeia de concorrência (as chamadas autoridades nacionais de concorrência ou ANC) que declara a existência de uma infração à concorrência constitui prova irrefutável (presunção absoluta, para o mesmo Estado-Membro) ou prova *prima facie* (presunção relativa, para outro Estado-Membro) para fins de instrução nas ações de indenização.

Não há regra semelhante na Lei Antitruste Brasileira, e nem poderia, sob pena de estar maculada por vício de inconstitucionalidade, por não ser procedente do Poder Judiciário, não integrando formalmente a justiça estatal (art. 92 da CR/88). Como é cediço, no Brasil vigora o modelo da autonomia das instâncias (administrativa e judicial) e a importação literal desta previsão, para o direito interno, a princípio, poderia ser questionada como um impedimento de cunho constitucional⁴², por atribuir “efeito vinculante” às decisões administrativas, especialmente as proferidas em processo administrativo sancionador.

⁴² Haja visto o artigo 5º, inciso XXXV, da CR/88 garantir a livre apreciação pelo Poder Judiciário de toda e qualquer lesão ou ameaça de direito.

O Brasil adota o sistema da unicidade de jurisdição, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da CR/88, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e, muito embora existam entes administrativos com funções judicantes, isto não exonera o Poder Judiciário de, se acionado pelos interessados, proferir a última palavra na matéria discutida. Neste ponto, merece cuidadosa leitura do voto do Ministro-Relator, José Arnaldo da Fonseca, no HC 20.555/MG:

“De início, é preciso admitir o acerto da decisão combatida quando assevera a independência das esferas administrativa e penal. Realmente, em nosso sistema jurídico-constitucional não se há oportunidade para contestar a supremacia da atividade jurisdicional em relação aos julgamentos e decisões provenientes da Administração, eis que os efeitos da coisa julgada só dimanam dos

Além disso, o administrado ainda poderia correr o risco de ter-lhe negado do direito de desconstituir aquela decisão (administrativa) técnica, pois, em sendo o juiz o destinatário final da prova, nos termos do artigo 370⁴³ do Código de Processo Civil vigente, poderá negar, por uma questão de economia processual, a produção de nova perícia para desconstituir aquela produzida na seara administrativa, reconhecendo, assim, a sua validade. E isto se justifica pelo fato de o magistrado deter a prerrogativa de indeferir “em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (artigo 370 do CPC/15).

Por esse motivo, andou bem o legislador em não prever, na Lei Antitruste, regra semelhante à contida no artigo 9º da Diretiva 2014/104/UE, mas que funciona muito bem naquele sistema. Pecou, por outro lado, em não fazer o esforço hermenêutico de compreender a sua *ratio legis*. Esta regra, que confere às vítimas do ilícito antitruste um título executivo, aliviando, com isto, a sua carga probatória, deve ser interpretada juntamente com as outras três: (i) a de suspensão do prazo prescricional para propositura das ações de reparação de danos com a instauração de processo administrativo; (ii) aquela que assegura a confidencialidade do acordo de leniência até o término do processo administrativo; e, ainda, (iii) aquela que exonera o leniente

⁴³ Art. 370. *Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.*

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

da responsabilidade solidária, atribuindo-lhe responsabilidade subsidiária e nos limites dos danos causados. Estas quatro previsões caminham juntas e asseguram a efetividade do programa de leniência, não colocando o leniente em situação de desvantagem em relação aos demais partícipes.”

4. Conclusão

Pelo exposto, pode-se concluir que - mais uma vez - o legislador antitruste brasileiro importou uma regra do direito comparado sem tomar as devidas cautelas para adaptá-las ao direito interno, criando, com isto, fragilidades e ineficácias ao Programa de Leniência.

Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro, para resguardar os interesses tanto do leniente quanto dos prejudicados no Brasil, deveria: (i) manter a confidencialidade do acordo durante o curso do processo administrativo, mas (ii) garantir a suspensão do prazo prescricional para a reparação civil durante o curso do processo administrativo; e, ainda, (iii) exonerar o leniente da responsabilidade solidária, ficando este apenas subsidiariamente responsável e no limite dos danos causados.

Referências

BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso no seu exercício. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Brasil. Programa de Leniência da Secretaria de Direito Econômico do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, 2008.

Brasil. Lei de Defesa da Concorrência, n. 8884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 13 de junho, 1994.

Brasil. Medida Provisória n. 2055, de 11 de agosto de 2000. Altera e acrescenta dispositivos à Lei de Defesa da Concorrência, n. 8884 de 11 de junho de 1994. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/MPV/2055.htm>

Brasil. Lei de Defesa da Concorrência, n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no

8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm.

CAUFFMAN, C. The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages. Estados Unidos, 10 de outubro de 2011. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1941692. Acesso em 06/11/2016.

CHIAVENATO, Idalberto. Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994.
ECN MODEL LENIENCY PROGRAMME (As revised in November 2012).

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

MARVÃO, Catarina M. P. The EU Leniency Programme and Recidivism (2014). Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2491172>. Acesso em 24/06/2016.

MEGGINSON, Leon C. et al. Administração: conceitos e aplicações. 4.ed. São Paulo: Harbra, 1998.

MELI, Marisa. I programmi di clemenza (leniency) e l'azione privata. s/d. Disponível em: [http://www.fscpo.unict.it/Bacheca/archivio_eventi/Eventi/Meli_I%20programmi%20di%20clemenza%20\(leniency\)%20e%20l'azione%20privata.pdf](http://www.fscpo.unict.it/Bacheca/archivio_eventi/Eventi/Meli_I%20programmi%20di%20clemenza%20(leniency)%20e%20l'azione%20privata.pdf). Acesso em 06/11/2016

MOTTA, Massimo; POLO, Michele. Leniency programs and cartel prosecution. International Journal of Industrial Organization, Elsevier, vol. 21(3), p. 347-379, Março de 2003. Disponível em: <http://ideas.repec.org/s/eee/indorg.html>. Acessado em 30.05.2014.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. V.1, São Paulo: Saraiva, 2003.

Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, Jornal Oficial C 11 de 14.1.2001, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A126062>, acesso em 25.04.2016.

PFLEIDERER, C-360/09. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=85144&pag>

[eIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=559928](http://www.ibrac.org.br/revista/revista.php?eIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=559928).

Acesso em 06.11.2016.

SMUDA, Florian. Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law. Publicado em 29 de maio de 2013. Disponível em <http://jcle.oxfordjournals.org/content/early/2013/05/28/joclec.nht012>. Acesso em 02.11.2016.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. Estado, democracia e administração pública no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

WHISH, Richard. Competition law. Fifth Edition. London: Butterworths, 2005.

WILSHER, Dan. The Public Aspects of Private enforcement in EC Law: Some Constitutional and Administrative Challenges of a Damages Culture, CLR 3 (1), 2006.