

MECANISMOS DE PROTEÇÃO AO PROGRAMA DE LENIÊNCIA BRASILEIRO

UM ESTUDO SOBRE A CONFIDENCIALIDADE DOS DOCUMENTOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO SIGNATÁRIO À LUZ DO DIREITO EUROPEU

NAYARA MENDONÇA SILVA E SOUZA

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Ex-assistente do Conselheiro Gilvandro Araújo no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Ex-estagiária da Autorité de la Concurrence, Paris. Intercambista na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Graduada em Direito pela UFMG. 1.º lugar do Prêmio IBRAC-TIM 2014. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial

RESUMO: Este trabalho realiza uma análise prospectiva do programa de leniência brasileiro sob seus aspectos de maior relevo atualmente: a responsabilidade civil do signatário de leniência e a confidencialidade dos documentos por ele fornecidos. A metodologia utilizada foi o direito comparado, com o estudo de iniciativas europeias subsidiado por entrevistas realizadas com grandes nomes do direito concorrencial brasileiro. Propõe-se que o direito nacional seja aprimorado nos seguintes tópicos: limitação da responsabilidade civil e exclusão da responsabilidade solidária do signatário de leniência; promoção de cursos de atualização em antitruste para juizes; e restrição do acesso aos documentos fornecidos em acordo de leniência.

PALAVRAS-CHAVE: Direito antitruste – Leniência – Reparação civil – Confidencialidade – Direito comparado.

ABSTRACT: This article prospectively analyzes the Brazilian leniency program through its most important aspects nowadays: the leniency applicant's civil liability and the confidentiality of the documents it provides. The methodology used was the comparative law, which gave base to a study of the European initiatives, subsidized by interviews realized with great names within the Brazilian competition law. It emerges from the conclusions that the Brazilian law should improve in the following topics: limitation of the leniency applicant's civil liability and exclusion of the leniency applicant's joint liability; promotion of competition law courses for judges; and restrictions on access to documents provided by leniency agreements.

KEYWORDS: Competition law – Leniency – Private Enforcement – Confidentiality – Comparative Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A tensão entre a *proteção da eficácia dos programas de leniência* e a *efetividade do direito à reparação das vítimas de cartel* na União Europeia – 3. Responsabilidade civil do beneficiário de acordo de leniência no Brasil: estado da arte e propostas de aprimoramento: 3.1 Fundamentos do programa de leniência brasileiro; 3.2 Diagnóstico das fragilidades do programa de leniência brasileiro: risco de vazamento de informações e ações complementares de indenização – 4. Sugestões de *advocacy* em direção ao fortalecimento do Programa de Leniência brasileiro: 4.1 Emergência de mudanças estruturais; 4.2 Promoção de alterações interpretativas: um papel da advocacia da concorrência – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo^{1,2} visa identificar quais são os mecanismos que podem ser buscados pelo Brasil no direito europeu para melhorar seu programa de leniência no tocante à confidencialidade e à responsabilidade civil do beneficiário de imunidade.³ Tanto na Europa⁴ quanto no Brasil,⁵ existe o risco de o beneficiário de imunidade responder a uma ação civil de reparação de danos pelo cartel (*follow-on actions* ou ações complementares).⁶ Se for o primeiro membro do conluio revelado, o beneficiário torna-se alvo mais frágil a este tipo de processo. Ademais, os documentos oferecidos pela empresa em troca do benefício podem ser demandados para fins de instrução do processo de reparação de danos.

O programa de leniência brasileiro é recente se comparado àquele das autoridades mais maduras em disciplina da concorrência, e somente três casos de leniência foram julgados pelo Cade.⁷ Esta razão e a recente cultura de reparação de danos

-
1. Prêmio IBRAC TIM 2014 – Categoria: Pós-Graduação/Profissional.
 2. A autora agradece à Professora Amanda Flávio de Oliveira pela primorosa orientação da monografia que deu origem a este trabalho, ao Conselheiro Gilvandro Vasconcelos de Araújo pelas várias lições em direito da concorrência, e a todos os entrevistados, que possibilitaram uma visão prática do tema estudado neste artigo.
 3. Neste trabalho, o termo “beneficiário de leniência” será utilizado para designar quem recebeu imunidade ou redução de punição administrativa e de isenção de responsabilidade penal por força de lei, após acordo com autoridade antitruste. Há divergência doutrinária quanto ao uso do termo “leniente”, corrente no âmbito do direito antitruste brasileiro. Segundo Martinez (2013, p. 259-260), “leniente”, pelo significado do termo, é o Estado brasileiro que assina o acordo com um delator. Por esse motivo, optamos por também não utilizar o termo “leniente” para designar o candidato à leniência.
 4. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-membros e da União Europeia (2013).
 5. Nos Estados Unidos, os beneficiários de leniência ainda podem contar com a limitação de sua responsabilidade civil (*civil leniency*) caso cooperarem com o requerente em sua demanda de reparação de danos concorrenciais. Caso isso ocorra, o signatário de leniência pode contar com a detriplicação (*detrebling*) da indenização devida. Isto porque os EUA trabalham com a possibilidade do pagamento de danos punitivos (*punitive damages*), que no caso de infrações à concorrência é calculado em triplo (*treble damages*). Para maiores detalhes, veja Mahr e Lange (2010).
 6. Na Proposta de Diretiva da União Europeia, a tradução utilizada para *follow-on action* foi ação de acompanhamento. No entanto, consideramos o termo “ação complementar” mais didático, por remeter claramente à complementaridade entre o processo na esfera administrativa e o processo civil de reparação de danos.
 7. Trata-se do cartel dos vigilantes, dos peróxidos e das cargas aéreas. Essa informação pode ser verificada ao checar a jurisprudência do Conselho por meio do site: [www.cade.gov.br/jurisprudência].

concorrenciais justificam a falta de discussão quanto às ações complementares. A lei brasileira não trata da (im)possibilidade de divulgação dos documentos obtidos por leniência em caso de solicitação judicial. Outrossim, as falhas de confidencialidade demonstram que nosso sistema jurídico concorrencial precisa ser aperfeiçoado.

Para iniciar as reflexões no Brasil sobre o tema, este trabalho apresenta a perspectiva europeia e faz um diagnóstico das fragilidades do programa de leniência brasileiro. Em conclusão, são apresentadas propostas para que seja fortalecida a persecução de cartéis no país.

2. A TENSÃO ENTRE A PROTEÇÃO DA EFICÁCIA DOS PROGRAMAS DE LENIÊNCIA E A EFETIVIDADE DO DIREITO À REPARAÇÃO DAS VÍTIMAS DE CARTEL NA UNIÃO EUROPEIA

Em direito europeu da concorrência, o fato de uma empresa beneficiar-se de leniência não a protege das consequências na esfera civil.⁸ Conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE),⁹ qualquer pessoa tem o direito de reclamar uma indenização por danos causados por uma prática anticoncorrencial. Por falta de regulamentação específica sobre a responsabilidade civil do signatário de acordo de leniência, esta segue a regra geral de dever de reparação dos danos causados pelo infrator às regras de concorrência.¹⁰

O TJUE não tem competência para apreciar ações de reparação de danos, a não ser em questões prejudiciais. Logo, é dos tribunais nacionais europeus o dever de aplicar o direito civil nacional à reparação no domínio antitruste.¹¹ Disso decorre o risco de *forum shopping*, ou seja, de que o titular deste direito escolha, para entrar com um pedido judicial de indenização, um direito nacional competente mais favorável à sua demanda.¹²

8. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis*. Bruxelas, 2006. par. 39.

9. Decisões *Courage* (C-435/99), de 20.09.2001 e *Manfredi*. (C-295/04 a C-298/04), de 13.07.2006, pars. 59 e 61.

10. Estas regras são, notadamente, os arts. 101 e 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Os tribunais nacionais são competentes para aplicar esses artigos do TFUE referentes ao direito da concorrência, conforme o art. 6.º do Regulamento(CE) n. 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts. 81 e 82 [101 e 102] do Tratado.

11. *Idem*, par. 92.

12. Na UE, os países mais favoráveis ao demandante de reparação de danos concorrenciais são Holanda e Dinamarca, segundo Jean-Christophe Grall e Martine Behar-Touchais, em sua palestra *L'action de groupe aux niveaux français et européen*. Paris, 04.02.2014. Disponível em: [www.economie.gouv.fr/dgccrf/atelier-dgccrf-reparation-outil-au-service-politique-concurrence].

O risco dessas ações complementares é ampliado para os beneficiários de leniência por conta do requisito de colaboração com a autoridade de concorrência para a participação no programa: há a demanda de entrega dos documentos que possua relativos à conduta e descrição detalhada da prática. Nesses documentos constarão segredos de negócios, a data de início e fim da prática, a quantidade de lucros gerada, etc., dados não seriam facilmente obtidos pela autoridade. Nos casos em que não houve colaboração de um participante do conluio, a obtenção de documentos decisivos e detalhados sobre a conduta estará condicionada a diversos elementos, tais como um procedimento de busca e apreensão bem feito, a colaboração das investigadas e a competência da autoridade concorrencial na preparação do inquérito. Consequentemente, numa ação de reparação de danos em que se demande o acesso aos documentos do processo administrativo relacionado, os dados do signatário do acordo de leniência estarão mais vulneráveis que os dos outros participantes da colusão e a quantificação dos danos concorrenciais¹³ causados pelo beneficiário de leniência será mais simples que o cálculo referente aos outros participantes da conduta. Esse quadro fragiliza o programa de leniência,¹⁴ uma vez que a empresa candidata poderia ver-se intimidada a participar do programa pelo risco de sofrer um impacto certo das ações civis complementares.

A jurisprudência europeia nos casos *Pfleiderer*¹⁵ e *Donau Chemie*¹⁶ determinou que, na falta de um documento vinculativo em vigor na UE, cabe ao juiz nacional contrabalancear, caso a caso, a *efetividade do programa de leniência* e o *direito à reparação civil* e decidir quais documentos podem ser divulgados para instrução de ações complementares. O TJUE, no caso *EnBW*,¹⁷ de fevereiro de 2014, acrescentou que compete ao requerente de documentos de leniência provar que a necessidade de obtê-los para a instrução de seu processo constitui interesse público superior digno de permitir o acesso, e que a resposta da Comissão Europeia a este pedido deve ser motivada com base no prejuízo que a divulgação poderia causar aos interesses protegidos pelo Regulamento n. 1.049/2001.¹⁸ Neste caso, o TJUE confirmou o entendimento do

-
13. Sobre a complexidade da determinação do montante de danos concorrenciais, veja Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indenização que tenham por fundamento as infrações aos arts. 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.
 14. Com esta opinião, temos Idot e Zivy, Livros Verde e Branco da Comissão Europeia e International Competition Network. Em oposição a esta ideia, tem-se o autor canadense Edward M. Iacobucci em seu artigo *Cartel class actions and immunity programmes* (2013).
 15. Acórdão *Pfleiderer* (C-360/09) do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 14.06.2011.
 16. Acórdão *Donau Chemie* (C-536/11) do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 06.06.2013.
 17. Acórdão *EnBW* (C-365/12) do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 27.02.2014.
 18. "Art. 4.º (...) 2. As instituições recusarão o acesso aos documentos cuja divulgação pudesse prejudicar a proteção de: – interesses comerciais das pessoas singulares ou coletivas, in-

Tribunal Geral da União Europeia do caso *Royaume des Pays Bas* (T-380/08) de que as ações de reparação de danos concorrenciais não configuram interesse privado.¹⁹

Em junho de 2014, o TJUE no caso *ÖBB*²⁰ confirmou a legitimidade ativa de uma empresa cujo fornecedor atuava em um mercado cartelizado na Áustria, mas não fazia parte do cartel, para demandar os danos causados pelo fenômeno chamado de *umbrella effect* (em que o fornecedor beneficiou-se do aumento dos preços dos concorrentes e subiu o valor de seu produto). Consequentemente, tanto o beneficiário de leniência quanto os outros membros do cartel responderão ao processo de reparação de danos, uma vez que o TJUE rejeitou os argumentos de ausência de nexo causal ou risco de desincentivo ao programa de leniência.

Ao verificar a necessidade de melhorar a reparação civil de danos concorrenciais na Europa,²¹ a Comissão Europeia lançou, em 11.06.2013, a “Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-membros e da União Europeia”. Aprovada como texto legal em 26.11.2014, deve ser implementada pelos países membros da União Europeia em dois anos a partir desta data. A Diretiva envolve basicamente dois objetivos: assegurar o exercício efetivo do direito à reparação e regular a aplicação pública e privada do direito europeu da concorrência.²² Dentro do segundo objetivo, é enfrentado o problema da interface entre a aplicação dos programas de leniência frente às ações privadas de responsabilidade civil por danos concorrenciais. Com relação à responsabilidade civil do beneficiário de imunidade, a proposta abrange dois aspectos principais: (a) a proteção dos documentos provenientes de acordos de leniência e (b) a limitação da sua responsabilidade civil.

cluindo a propriedade intelectual, –processos judiciais e consultas jurídicas, – objetivos de atividades de inspeção, inquérito e auditoria, exceto quando um interesse público superior imponha a divulgação”.

19. SAVOV, V. The EU Court of Justice gives a clear indication that sufficiently substantiated requests for access to documents from cartel victims are a matter of public interest (EnBW). *e-Competitions Bulletin, Revue Concurrences* 64.571/1-4.
20. Acórdão *ÖBB* (C 557/12) do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 05.06.2014.
21. A primeira análise da questão foi realizada pelo Livro Verde da Comissão Europeia lançado em 2005, seguido do Livro Branco em 2008, que culminou na Proposta de Diretiva lançada em 2013 e revisada em 2014. Ao lado das iniciativas do Legislativo europeu, a Rede Europeia de Concorrência lançou um comunicado em 2012 em que assegurava a proteção do material obtido por meio de leniência.
22. Documento de trabalho dos serviços da Comissão – Resumo da avaliação de impacto. Ações de indenização por violação das regras da UE no domínio antitruste que acompanha a proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-membros e da União Europeia.

O art. 6.º, 6, *veda a autorização pelos tribunais nacionais de divulgação das declarações das empresas em matéria de leniência e de propostas de transação*. A única hipótese em que poderia haver acesso aos documentos de leniência pelos tribunais nacionais seria para verificar se os documentos considerados confidenciais pelas autoridades de concorrência cumprem as definições estabelecidas pela Diretiva para a categoria. As partes ou terceiros jamais teriam acesso aos documentos.²³

A Diretiva aborda a *responsabilidade civil do beneficiário de acordo de leniência* no art. 11.²⁴ A regra geral é de responsabilidade solidária entre os membros do cartel. Em caso de beneficiários de imunidade, o dever de reparação por responsabilidade solidária englobaria somente os adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos. A responsabilidade solidária do signatário do acordo de leniência só atingiria as outras partes lesadas caso não possa ser obtida reparação integral das outras empresas envolvidas na mesma infração. Ademais, quanto ao montante de recuperação de uma empresa infratora que pagou a indenização, o beneficiário de leniência também terá vantagem. O montante de sua contribuição ao valor da indenização será correspondente exclusivamente aos danos que a empresa tenha causado a seus próprios adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos. Com relação às outras pessoas lesadas pela infração concorrencial que não estejam nessa posição contratual (como em casos de *umbrella effect*), o beneficiário de imunidade só terá obrigação de indenizá-las proporcionalmente à sua responsabilidade relativa aos danos causados a essas vítimas.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO BENEFICIÁRIO DE ACORDO DE LENIÊNCIA NO BRASIL: ESTADO DA ARTE E PROPOSTAS DE APRIMORAMENTO

A análise crítica do programa de leniência brasileiro, instituído em 2000, passa pelo estudo de seus fundamentos e do estado da arte, para que em seguida seja possível proceder-se a um diagnóstico de suas fragilidades.

3.1 Fundamentos do programa de leniência brasileiro

O primeiro acordo de leniência realizado no Brasil é datado de 2003, e desde então foram assinados 37 acordos de leniência.²⁵ Somente três casos de cartel des-

23. "4. Os Estados-membros asseguram que, para efeitos de ações de indenização, os tribunais nacionais não podem nunca ordenar a uma parte ou a um terceiro a divulgação das seguintes categorias de informação: a) as declarações de empresa em matéria de leniência, e b) as propostas de transação".

24. UNIÃO EUROPEIA. *Alterações do Parlamento Europeu à Proposta de Diretiva sobre Ações de Indenização no Domínio Antitruste*. Bruxelas: Parlamento Europeu, 2014. p. 1-63.

25. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Balancos e apresentações*. 2014. Disponível em: [www.cade.gov.br/Default.aspx?5fdf20e02fed2e0c2023]. Acesso em: 10.06.2014.

cobertos por leniência já foram julgados pelo Tribunal do Cade, e constituem a melhor fonte de pesquisa para desmitificar esse instituto do direito concorrencial.²⁶

Em sua origem, o programa de leniência concedia imunidade administrativa e penal aos beneficiários que trouxessem à então existente Secretaria de Direito Econômico (SDE), informações e provas contundentes sobre uma conduta por ela desconhecida. Os requisitos para que uma empresa celebrasse acordo de leniência eram: (a) cessação da conduta desde o momento da propositura do acordo; (b) auxílio na caracterização do cartel e durante toda a investigação; (c) pioneirismo na delação; (d) ausência de papel de liderança no cartel; (e) identificação dos membros e fornecimento de documentos que comprovassem o cartel e o envolvimento das outras empresas e pessoas físicas; (f) no momento da propositura do acordo, a SDE não poderia ter informações suficientes sobre o cartel para condená-lo.²⁷ Ainda que não fosse a primeira, uma empresa poderia beneficiar-se de redução de penalidade em uma conduta investigada por fruto de leniência, desde que revelasse novo cartel. Trata-se da chamada *leniência plus*, que persistiu após a edição da nova lei de defesa da concorrência.²⁸ Caso a leniência não fosse concedida, o SBDC ainda poderia, desde que de maneira independente do acordo de leniência proposto, investigar e julgar o cartel. Os beneficiários do acordo de leniência possuíam dois tipos de imunidade ou redução de penalidade: administrativa e penal. No caso das pessoas jurídicas, que não são condenadas pelo crime de cartel, poderia haver a isenção total da multa imposta pelo Cade, caso a conduta revelada fosse desconhecida pelo SBDC, ou a redução do valor da condenação, caso a conduta delatada já estivesse em investigação (sem provas conclusivas) pela SDE. As pessoas físicas, por seu turno, possuíam também a imunidade na esfera penal quanto aos crimes contra a ordem econômica previstos na Lei 8.137/1990, com a suspensão do curso do prazo prescricional do crime praticado e impedimento da denúncia-crime. Não eram abrangidos os crimes previstos na Lei 8.666/1993, relacionados a cartéis em licitações e em contratos públicos, nem ao art. 288 do CP (crime de quadrilha ou bando).

Atualmente, o acordo de leniência está previsto nos arts. 86 e 87 da Lei 12.529/2011, e nos arts. 197 a 210 do Regimento Interno do Cade (Res. 1/2012). Com a nova lei, houve o alargamento da possibilidade de candidatura ao programa: também o líder de um cartel pode participar. Foi também expandida a imunidade criminal abrangida pela assinatura do acordo, com imunidade também para os

26. Sobre a análise econômica da detecção de cartéis e acordo de leniência, veja Azevedo (2012), p. 275-279.

27. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. *Combate a cartéis e programa de leniência*. Brasília: Publicação Oficial, 2009. vol. 1, p. 20.

28. CORDOVIL, L. Capítulo VI – Do Programa de Leniência. In: _____ et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 192.

crimes previstos pela Lei 8.666/1993 e de quadrilha ou bando (art. 288 do CP). Importante salientar que não cabe ao Tribunal do Cade “qualquer análise a respeito da validade, cabimento e oportunidade na celebração do acordo de leniência”,²⁹ mas tão somente aplicar a pena relativa à infração.

Tabela 1 – Casos de leniência julgados pelo Cade

Caso	Período do cartel	Prazo de julgamento	Signatário de acordo de leniência/TCC	Busca e apreensão	Cartel internacional	Envolvimento do MP	Condenação aproximada	Judicialização
<i>Vigilantes</i> /PA n. 08012.001826/2003-10	1990-2003 (13 anos)	2003-2007 (4 anos)	Vigilância Antares e pessoas físicas / sem TCC	2004	Não	Não	R\$ 40mi	Sim
<i>Peróxidos</i> /PA n. 08012.004702/2004-77	1995-2004 (10 anos)	2004-2012 (8 anos)	Degussa Brasil/sem TCC	2004	Não	MPF e MP-SP	R\$ 150mi	Não
<i>Cargas aéreas</i> /PA n. 08012.011027/2006-02	2003 a 2005 (3 anos)	2006-2013 (7 anos)	Deutsche Lufthansa, subsidiárias e pessoas físicas/TCC: Air France-KLM (R\$ 14mi)	2007	Sim	MPF e MP-SP	R\$ 293mi	Sim

3.2 Diagnóstico das fragilidades do programa de leniência brasileiro: risco de vazamento de informações e ações complementares de indenização

À luz dos entendimentos europeus e dos recentes deslizes ocorridos no Brasil, verificou-se a necessidade de aperfeiçoamento da leniência no Brasil no tocante à *confidencialidade dos documentos*, ameaçada pelo risco de vazamento de informações, e à *responsabilidade civil do signatário do acordo de leniência*, que desestimula possíveis arrependidos a delatarem sua conduta pelo temor das ações complementares de indenização.

O ordenamento jurídico brasileiro não confere proteção exaustiva aos documentos provenientes de leniência, por apresentar respostas abertas à interpretação judicial quanto à sua confidencialidade. Isto porque, conforme a Constituição Federal, todos os atos processuais são públicos (art. 93, IX), salvo em casos de defesa da intimidade ou interesse público (art. 5.º, LV). Já segundo o Código de Processo Civil, o Judiciário pode, a pedido, abrir a confidencialidade dos documentos provenientes da leniência. Outrossim, por conta do princípio da publicidade dos atos da Administração Pública, refletido na Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), os documentos referentes à atividade do Cade são, em regra, de acesso público. Contudo, em virtude da mesma lei, é possível que seja conferido acesso restrito a determinadas informações quando sua divulgação “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de

29. CADE. Processo n. 08012.001826/2003-10. Parecer do Procurador-Geral Gilvandro Araújo.

infrações”.³⁰ Dessa maneira, e também por força da confidencialidade conferida ao acordo de leniência pela Lei 12.529/2011,³¹ é dever do Estado zelar pela sua preservação.³² Infelizmente, esse zelo tem tido alguns percalços divulgados na mídia.

Foi o caso do suposto cartel do metrô de São Paulo, em que o juiz federal entendeu que a confidencialidade dos autos da medida cautelar de busca e apreensão era devida até o momento de sua efetivação. Após o cumprimento da diligência, foi revogado o sigilo total dos autos, permanecendo confidenciais somente os documentos provenientes de busca e apreensão, sob o argumento de que o sigilo seria uma exceção constitucional que não mais se fazia presente no caso. O juiz considerou que deveria ser aplicada a regra geral da Constituição, uma vez que a busca e apreensão realizada já havia sido noticiada no site do Cade e o nome da empresa signatária do acordo de leniência (Siemens) já teria sido revelado na imprensa.³³

Após este incidente, a identidade de outro signatário de leniência (Grupo Reichhold) foi exposta em publicação do TRF-3.^a Reg., de 27.05.2014, cinco dias após a realização de busca e apreensão pelo Cade. Apesar do processo ter sido mantido em segredo de justiça pelo magistrado,³⁴ a revelação parece ter ocorrido por descuido da Secretaria do Tribunal, que não atentou para a necessidade do sigilo.

Estes fatos revelam o despreparo de alguns servidores da Justiça Federal³⁵ na condução de processos cujo tema abarca o direito da concorrência, o que prejudica o instituto da leniência, baseado primordialmente no sigilo da identidade do arrependido.

A quebra da confidencialidade pode ensejar diversos danos aos signatários e revela os fatores de inibição a possíveis candidaturas de leniência. Esses fatores incluem, além do prejuízo à imagem dos delatores, a possibilidade (apesar de re-

30. Art. 23, VIII, da Lei 12.527/2011.

31. A identidade do signatário e os documentos obtidos por meio do acordo de leniência são sigilosos até o julgamento do processo em questão, conforme regulamentado pelo Cade. Regimento Interno do Cade, art. 207.

32. Art. 25 da Lei 12.527/2011.

33. Sentença proferida em 09.08.2013 nos autos do Processo n. 0004196.2013.4.03.6114, pelo Juiz Federal Antônio André Muniz Mascarenhas de Souza, da 3.^a Vara Federal em São Bernardo do Campo.

34. O deslize foi percebido pela imprensa internacional, que publicou matéria revelando a identidade do leniente em 02.06.2014 (Reichhold files for leniency in Brazil in price-fixing cartel, 2014). Após, o Grupo Reichhold, em 04 de junho de 2014, resolveu tornar pública sua participação por meio de comunicado no site da empresa (disponível em: [www.reichhold.com/news-detail.aspx?newsID=111]. Acesso em: 24.08.2014).

35. Conforme a Tese de Doutorado (em fase de elaboração) de Gilvandro Araújo, o concurso de juiz federal só passou a exigir conhecimentos de direito da concorrência em 2008, pela Res. CJF 41.

duzida) de ações de indenização no Brasil, e a precipitação de ações de reparação nos Estados Unidos e em outros países cujo *private enforcement* seja mais ágil e desenvolvido.³⁶ Daí a necessidade de que a importância da confidencialidade dos documentos de leniência no Brasil seja disseminada.

A Lei 12.529/2011 não faz nenhuma menção à *responsabilidade civil do signatário de leniência*, tampouco há qualquer isenção de sua responsabilidade na norma que autoriza o direito de indenização das vítimas de uma conduta anticoncorrencial. Ademais, conforme o art. 60 da Lei Antitruste, as decisões do Cade constituem título executivo extrajudicial. Entende-se que os acordos de leniência e os Termos de Compromisso de Cessação celebrados pelo Cade também produzem os mesmos efeitos, dispensando a necessidade, numa ação de reparação de danos, da propositura de ação de conhecimento para identificação dos pressupostos da responsabilidade civil, o que agilizaria o recebimento de indenização.³⁷ No Brasil, esse problema das ações complementares esteve latente durante 10 anos: entre 2003 e 2013, os três casos de leniência julgados não ensejaram nenhuma ação de indenização.³⁸ Destarte, os candidatos a leniência, orientados por seus advogados,³⁹ contabilizavam a baixa probabilidade de ação desse gênero no cálculo do custo-benefício em propor tal acordo.

O divisor de águas foi o escândalo político ocasionado pela quebra do sigilo do acordo de leniência referente ao cartel do metrô. O suposto envolvimento de políticos do partido opositor ao da atual Presidência da República na facilitação do cartel em licitações deu ampla divulgação à quebra de sigilo da ação cautelar de busca e apreensão efetuada pelo juiz de São Bernardo do Campo. Como resposta, o governo de São Paulo foi responsável pelo *primeiro processo judicial com pedido de ressarcimento de danos a um beneficiário de leniência no Brasil*.⁴⁰ A ação contra a

36. Os advogados entrevistados para este trabalho que apontaram esses fatores em suas respostas foram: Ana Paula Martinez, Marcelo Calliari, Maria Eugênia Novis, Mariana Tavares e Mauro Grimberg.

37. GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. *Direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 828. No mesmo sentido, expressou-se Bruno Lana em entrevista para este trabalho.

38. Apesar disso, houve a condenação penal de um gerente de carga internacional da empresa Varig no cartel de cargas aéreas em que, além da pena de 10 anos e 3 meses de reclusão, o empregado foi condenado com base no art. 387, IV, do CPP a reparar os danos causados pelo cartel em 378,9 milhões de reais. Sentença proferida em 29.01.2014 pela juíza Fernanda Afonso de Almeida, da 27.ª Vara Criminal de São Paulo.

39. As entrevistas realizadas com os advogados Bruno Lana Peixoto, Marcelo Calliari e Mariana Tavares confirmam a hipótese.

40. Mais de 20 ações de indenização por danos concorrenciais já foram propostas no Brasil. Sobre as ações de responsabilidade civil por danos concorrenciais no Brasil, veja CARVALHO, 2011, p. 52-74.

empresa Siemens não foi aceita pela justiça, uma vez que foi a única incluída no polo passivo, e que um processo que investigue os danos causados por um cartel deve ser formado por seus outros membros.⁴¹

Esse fato reforça a afirmação da Diretiva da União Europeia de que o beneficiário de imunidade proveniente de acordo de leniência é o primeiro alvo das ações civis complementares às condenações administrativas por cartel. Além da ação proposta pelo Estado de São Paulo, o Ministério Público Estadual, por meio do promotor Marcelo Camargo Milani, também propôs ação de reparação de danos contra os 11 membros do cartel do metrô de São Paulo. Segundo o *Jornal da Globo*, em notícia de 26.05.2014, a extensão do valor do dano estimado pelo promotor é de 2,5 bilhões de reais.⁴²

Após esses acontecimentos, os advogados de potenciais signatários de leniência passaram a alertar com mais vigor seus clientes dos maiores riscos de virem a ser alvo de ações de reparação de danos concorrenciais tanto no Brasil quanto no exterior, decorrente de divulgação precipitada de acordo de leniência.⁴³

No próximo capítulo, serão apresentadas soluções possíveis para a superação das fragilidades encontradas no ordenamento jurídico brasileiro na proteção de seu programa de leniência, de modo a se buscar mecanismos para seu fortalecimento.

4. SUGESTÕES DE *ADVOCACY* EM DIREÇÃO AO FORTALECIMENTO DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA BRASILEIRO

4.1 *Emergência de mudanças estruturais*

Mesmo antes dos problemas relatados no capítulo anterior, a Consulta Pública n. 17/2011 lançada pela SDE apresentou propostas de modificação da lei concorrencial no tocante às ações de indenização por danos concorrenciais. A proposta modificava o art. 29 da Lei 8.884/1994 para determinar que o ressarcimento dos danos concorrenciais deveria ser realizado em dobro, salvo pelos signatários de acordo de leniência.⁴⁴ Além disso, o projeto firmava que a decisão condenatória do

41. CARVALHO, M. C.; CREDENDIO, J. E. *Jornal Folha de S. Paulo*, 2013. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1367921-justica-manda-alckmin-refazer-acao-contra-cartel.shtml]. Acesso em: 05.05.2014.

42. *Jornal da Globo*. Empresas denunciadas por cartel podem devolver R\$ 2,5 bilhões, 2014. Disponível em: [http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/05/empresas-denunciadas-por-cartel-podem-devolver-r-25-bilhoes.html]. Acesso em: 19.06.2014.

43. Todos os advogados entrevistados nesta pesquisa confirmaram a afirmação.

44. “Art. 29. Os prejudicados e os legitimados previstos no art. 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão propor ação para obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica; o recebimento de indenização por perdas e danos e a execução da decisão prevista no art. 28-A.

Cade seria título executivo extrajudicial.⁴⁵ Entretanto, o projeto de lei não prosperou, e não houve modificações do sistema de responsabilidade civil concorrencial, nem mesmo com o advento da nova Lei Antitruste. Persistem as dificuldades enfrentadas no tratamento do tema, e por esse motivo urge a necessidade de estudo de soluções que ponham fim às questões debatidas.

Uma dessas questões é a *responsabilidade solidária do beneficiário de leniência*, indicada na regra contida no art. 32 do Diploma Concorrencial.⁴⁶ A primeira proposta que pode ser enfrentada como solução legislativa ao tema está presente na Consulta Pública citada, de inclusão de pagamento de indenização em dobro em casos de prática anticoncorrencial, salvo nos casos de leniência. Critique-se que a reparação civil em dobro pode ser considerada como um pagamento com função punitiva, questão que não é uníssona no direito brasileiro.⁴⁷

Outras soluções que poderiam ser adotadas pelo Brasil decorrem da experiência dos Estados Unidos e da União Europeia: a *limitação da responsabilidade civil do signatário de acordo de leniência*.

A transposição do modelo estadunidense, em que os praticantes de um cartel devem repor em triplo o dano causado, passaria pela discussão levantada sobre a aplicabilidade dos danos punitivos no Brasil e implicaria em mudança legislativa que os aceitasse e pusesse fim à discussão. Caso houvesse esta possibilidade, uma segunda mudança de lei nacional poderia ocorrer, à luz do direito estadunidense, para reconhecimento ao signatário de acordo de leniência (que colaborasse com o processo civil) da “detriplicação” do pagamento do dano causado. Contudo, essas mudanças levariam a duas desvantagens verificadas pelo ex-Conselheiro Mauro Grimberg (2014): a valorização da vítima do cartel em detrimento de outras ví-

§ 1.º A propositura de ação judicial não suspenderá o curso de processo administrativo em tramitação junto ao Cade.

§ 2.º Os *prejudicados terão direito ao ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica*, sem prejuízo das eventuais sanções aplicadas na esfera administrativa e penal.

§ 3.º *Não se aplica o disposto no § 1.º aos coautores de infração à ordem econômica que tenham assinado acordo de leniência cujo cumprimento tenha sido declarado pelo Cade, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados*” (grifos nossos).

45. “Art. 28-A. A decisão de condenação proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade obrigará a empresa a indenizar as vítimas pelos prejuízos causados. Parágrafo único. A decisão prevista no *caput* terá caráter executivo em relação aos consumidores prejudicados”.

46. Conforme aponta Martinez (2013, p. 275), a regra geral prevista nos arts. 275 e 942 do CC/2002 brasileiro também é aplicada ao direito concorrencial.

47. Para um estudo sobre a função punitiva no direito brasileiro, vide Martins-Costa e Pargendler (2005). Ressalte-se que a proposta de Diretiva europeia (Considerando 12) não admitiu a indenização punitiva.

timas que possam demandar reparação de danos (como a vítima de um acidente aéreo); e, considerando somente as vítimas do mesmo cartel, a desvantagem do consumidor lesado pelo beneficiário de acordo de leniência com relação àquelas vítimas que consumiram de outros membros do cartel.

Outra opção seria o Brasil adotar dispositivo semelhante ao europeu,⁴⁸ em que o beneficiário de leniência só seria obrigado a reparar o dano que causou a seus “adquirentes ou fornecedores diretos e indiretos”, e não teria responsabilidade solidária dos danos causados pelos outros membros do cartel.⁴⁹ As críticas da doutrina civilista apontadas por Amaro (2012, p. 412) sobre a proposta de “leniência civil” na Europa podem ser replicadas ao Brasil: (a) a fragilidade normativa dos textos de suporte; (b) os riscos da instrumentalização da leniência pelo líder do cartel, que poderia organizá-lo tão somente para prejudicar seus concorrentes por meio de sua denúncia, que ficaria impune; (c) a eficácia discutível (e diferida) que a correção do mercado fornece ao consumidor, enquanto a responsabilidade civil é uma garantia de reparação mais imediata; (d) os obstáculos constitucionais à modulação da reparação, que excluiriam a aplicação dos princípios da igualdade perante a lei e de reparação integral.

Outra adequação que poderia ser feita ao direito nacional seria compelir o signatário de acordo de leniência a reparar apenas os danos individuais causados pelo cartel do qual fez parte, e eximi-lo (a exemplo do que ocorre na esfera administrativa) da reparação dos danos difusos (que já ocorreria por meio da multa aplicada pelo Cade). Essa sugestão, apontada por Badin,⁵⁰ representaria uma adequação, ao

48. Art. 11, 4 – “Os Estados-Membros asseguram que a empresa infratora possa recuperar uma contribuição de qualquer outra empresa infratora, cujo montante será determinado em função da relativa responsabilidade pelos danos causados pela violação do direito da concorrência. O montante da contribuição de uma empresa a qual foi concedida imunidade de coimas por uma autoridade da concorrência no âmbito de um programa de leniência não excederá o montante dos danos que ela causou aos seus próprios adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos”.

49. No mesmo sentido da exclusão da responsabilidade solidária do leniente, veja Martinez (2013, p. 304). A autora propõe a inclusão de um § 4.º ao art. 47 da Lei 12.529/2011, nos seguintes termos: “Os signatários de acordo de leniência, nos termos desta Lei, não são solidariamente responsáveis com os demais coautores pelo ressarcimento das perdas e danos causados pelos demais, a menos que o Cade declare o não cumprimento do acordo por parte dos signatários”. Convergem Carvalho e Lima (2012, p. 246), para quem a questão do afastamento da responsabilidade solidária como recompensa negativa ao leniente é uma das possibilidades que deveriam ser verificadas para efetividade do sistema de reparação de danos no Brasil.

50. Resposta fornecida em entrevista. O ex-Presidente do Cade ressaltou que a lei poderia “deixar mais claro que a empresa não pode sofrer ação de reparação por danos difusos após ser condenada pelo Cade, mas apenas por danos individuais homogêneos”. A resposta dada por Badin que inspirou esta proposta foi “(...) O que a lei poderia fazer é deixar mais claro que a

direito concorrencial brasileiro, da modulação dos princípios defendida por Amaro no direito francês.

A alteração legislativa também parece a melhor solução para o *tratamento da confidencialidade do acordo de leniência* no Brasil, e pode ser realizada das maneiras tratadas a seguir.

A primeira delas estava presente na Consulta Pública da SDE n. 17/2011 que criminaliza a divulgação do acordo de leniência sem justa causa.⁵¹ Esse dispositivo, porém, teria limitado poder de resolver a fragilidade apontada, quando estivesse envolvido um pedido em juízo da divulgação dos documentos: é que seria difícil compreender que uma decisão judicial devidamente fundamentada não caracterizasse “justa causa”.⁵²

Uma segunda opção refere-se a uma alteração legislativa independente das mudanças referentes à responsabilidade civil do beneficiário de leniência. É possível que o acesso aos documentos provenientes de acordo de leniência seja impedido por força de lei, como determinado pela Diretiva da União Europeia, e que mesmo assim o beneficiário seja obrigado a indenizar os prejudicados por sua conduta anticompetitiva. Desse modo, a Lei 12.529/2011 deveria conter um dispositivo que retirasse o poder do juiz de determinar a divulgação de informações relativas a acordo de leniência que fossem solicitadas por prejudicado ou seu substituto processual em ação de reparação de danos. Com isto, o tratamento do beneficiário de leniência seria mais justo, já que os documentos por ele fornecidos não o autoincriminariam, colocando-o em igualdade de condições com os demais participantes do cartel. Desse modo, os documentos fornecidos pelo beneficiário de leniência seriam excluídos do cálculo do dano por ele causado, o que não acarretaria uma desproporção entre a sua condenação e a dos demais cartelizados. No entanto, como apontou em entrevista o Conselheiro Gilvandro Araújo, o acesso aos documentos de leniência deve ser realizado no Brasil para “verificar elementos da leniência para autorizar medidas invasivas, tais como buscas (solicitadas pelo Cade), interceptações (solicitadas pelo MP)”.

empresa não pode sofrer ação de reparação por danos difusos após ser condenada pelo Cade, mas apenas por danos individuais homogêneos. Entendo que a multa do Cade, além de sancionatória, tem natureza reparatória, tanto que é recolhida ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Por isso, não pode a empresa ser obrigada a dois recolhimentos ao FDD”.

51. “Art. 35-D. Divulgar, sem justa causa, informações confidenciais relativas a acordo de leniência, assim definidas por órgão do Cade. Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”
52. Martinez (2013, p. 306) concorda com a desnecessidade da criação de um tipo penal para divulgação de documentos provenientes de leniência. Propõe a imposição de sanção administrativa pelo Cade, no valor entre cinco mil e cinco milhões de reais, de acordo com a gravidade dos fatos e a situação econômica do infrator.

4.2 *Promoção de alterações interpretativas: um papel da advocacia da concorrência*

A advocacia da concorrência é uma missão, dada pela Lei Antitruste ao Cade e à Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), que pode trazer benefícios consideráveis ao fortalecimento do programa de leniência. É necessário que haja uma campanha de aproximação do direito concorrencial das esferas civil e penal, nela contidos tanto os magistrados quanto o Ministério Público que lidem com o tema.

A maneira mais utilizada no Brasil de conscientização e *advocacia da concorrência com relação aos juízes* é o contato direto com os procuradores federais junto ao Cade para a discussão de processos que envolvam a autarquia, sobretudo em casos de medida cautelar busca e apreensão. Também são realizados eventos para discussão do tema⁵³ e foi publicada uma Cartilha da SDE e do Cade (2010) cujo título é “Defesa da Concorrência no Judiciário”⁵⁴ com o mesmo objetivo de aproximar os juízes do enfoque jusconcorrencial.

Na União Europeia, existe um grande esforço para treinar os juízes nacionais para julgamento de casos que envolvam o direito antitruste, como parte da política de defesa da concorrência.⁵⁵ Seguindo o exemplo europeu, o Fundo de Direitos Difusos brasileiro poderia ser utilizado em um projeto para treinar os juízes que tratam do tema em seus processos. A familiaridade com o assunto aumentaria as chances de que o juiz tome uma decisão acertada em processos de cunho tão técnico, e possa alertar suas Secretarias para a importância da confidencialidade. Um problema que poderia advir dessa solução seria o de saber quais juízes deveriam ser treinados, uma vez que a competência para julgamento das questões concorrenciais enfrenta discussões ainda não superadas.⁵⁶

53. Foi realizado nos dias 28 e 29.08.2014, em São Paulo, o seminário “*Compliance e a Defesa da Concorrência*” com o apoio da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3.ª Região – Emag e da Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe. Em 03 e 04.06.2013, um evento chamado “*Defesa da Concorrência e o Poder Judiciário*” foi realizado no auditório do Conselho da Justiça Federal. Essa iniciativa poderia ser replicada e aperfeiçoada a exemplo europeu.

54. Para uma análise aprofundada da interface entre Direito da Concorrência e o Judiciário, cf. “*O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário*”, de Amanda Flávio de Oliveira (2002).

55. UNIÃO EUROPEIA. European Commission – Competition. Training of national judges and judicial cooperation in the field of EU competition law, 2014. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/court/training.html]. Acesso em: 19.06.2014.

56. Decisão do STF no RE 627.709, de 20.08.2014, definiu que cabe ao autor optar pelo foro em que ajuizará demanda contra o Cade. Desse modo, o julgamento de casos em que a autarquia está no polo passivo pode ser realizada em qualquer comarca brasileira. Este aspecto fragiliza ainda mais o julgamento de questões concorrenciais, vez que dificulta a especialização dos juízes de todo país. Veja mais discussões sobre a competência de

Uma nova interpretação do Código Civil no que diz respeito à indenização a ser paga pelo signatário de acordo de leniência poderia ser aplicada pelos juízes com base no art. 944 do CC/2002, que determina que a indenização seja medida pela extensão do dano. Entretanto, conforme preceitua seu parágrafo único, o juiz tem discricionariedade para reduzir, de maneira equitativa, a indenização, caso haja “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”. Nesse passo, o juiz que analisar o processo de reparação de danos poderia reduzir o valor da indenização a ser paga pelo beneficiário de leniência ao considerar que a gravidade de sua culpa – pelo fato de ter sido o delator da prática – seria inferior à dos demais membros do cartel. Essa abordagem depende do livre convencimento motivado de cada juiz e, por esse motivo, pode ser de difícil aplicação prática em grande escala. Some-se a isto a ressalva de que mesmo com a delação a reprovabilidade da conduta permanece, bem como os danos dela decorrentes. Por fim, deve ser acrescido à discussão da aplicação do parágrafo único do art. 944 o fato de que a responsabilidade civil concorrencial é considerada pela maioria dos especialistas uma responsabilidade civil objetiva.⁵⁷ Segundo esta lógica, não poderia ser aplicado o raciocínio acima, já que a culpa (elemento subjetivo) não seria discutida no processo.

O *envolvimento do Ministério Público (MP)*⁵⁸ nos casos em que haja leniência pode ocorrer nos seguintes momentos: (a) na assinatura do acordo, que o membro do MP pode assinar como interveniente anuente;⁵⁹ (b) na propositura de ação criminal contra os acusados, excluídos os beneficiários da leniência; (c) na promoção de ação civil pública⁶⁰ contra os condenados pelo cartel para obtenção de reparação dos danos por ela ocasionados. No último caso, o papel do MP seria de demandar judicialmente a reparação dos danos que o signatário de leniência causou. Uma solução possível para a questão seria, como aponta Milagres (2005, p. 201), ele próprio um membro do MPMG, a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) entre o MP (com anuência da Secretaria Nacional do Consumidor ou

julgamento das questões concorrenciais em Cravo (2010, p. 604) e Carvalho, L. (2011, p. 26-27).

57. GANDARA, L. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC* 21/331-350.

58. Para a relação entre MP e Concorrência, veja Milagres (2005). Para a defesa dos interesses dos consumidores em juízo, veja Caixeta (2013). Em geral, a assinatura dos acordos de leniência tem a participação de um membro do MP Federal e do MP do Estado em que a conduta ocorreu.

59. Três dos cinco acordos de leniência públicos tiveram certamente a intervenção do MP: peróxidos, cargas aéreas e metrô. Presume-se que também tenha havido no cartel das resinas, pela tendência observada nos acordos mais recentes.

60. A competência para propositura de ação civil pública está prevista no art. 5.º da Lei 7.347/1985.

do Procon da região que sofreu com a infração) e os signatários de acordo de leniência, em que o último se comprometa a colaborar com o fornecimento de provas para mensuração da extensão do dano, e em troca pague um valor inferior ao dano concorrencial ocasionado por sua participação na conduta. Importante destacar a dificuldade de quantificação do dano concorrencial, o que poderia ser um obstáculo à assinatura deste tipo de termo.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho verificou quais são os novos mecanismos de proteção à leniência na Europa e sua possível adequação ao ordenamento jurídico brasileiro, que se concluiu pertinente.

Com relação à *responsabilidade civil do signatário de acordo de leniência*, o novo modelo europeu nos parece adequado, com o fim da responsabilidade solidária do delator. Ademais, a mudança legislativa deveria ser acrescida de uma política de incentivo à leniência que teria duas vertentes: a primeira, encabeçada pelo MP, visaria mitigar pagamento de indenização civil pelo signatário de leniência ao Fundo de Direitos Difusos. A segunda vertente, liderada pelo Ministério da Justiça, com o auxílio do Cade e da Seae, seria de advocacia da concorrência, com a promoção de cursos de atualização sobre direito concorrencial e leniência para juízes federais e estaduais que possuam demandas relativas à matéria.

Sobre a *confidencialidade*, uma alteração legislativa que impeça o acesso aos documentos de leniência no âmbito dos processos de reparação civil deveria ser adotada pelo Brasil. Somada à conscientização judicial, essa iniciativa poderia acabar com os fatores de inibição à leniência.

Conclui-se que os mecanismos atuais de proteção à leniência no Brasil estão defasados e mostram-se ineficientes, e que o país precisa dedicar-se a evoluirlos a exemplo do recente engajamento europeu em um novo projeto de Diretiva.

6. BIBLIOGRAFIA

- AMARO, R. *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*. Paris: Université Paris V (Descartes), 2012.
- ANDERS, E. C.; PAGOTTO, L.; BAGNOLI, V. *Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Método, 2012.
- AZEVEDO, P. F. D. Análise econômica da defesa da concorrência. In: TIMM, L. B. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- BIEN, F. *Procedures – Dommages-Interets – Programme de Clemence – Acces Aux Documents Detenus Par Les Anc: La Cour d'appel de Düsseldorf refuse également l'accès aux documents remis au Bundeskartellamt dans le cadre du programme de clémence (Kaffeeröster)*. *Revue Concurrences*. vol. 4. p. 181-182. Paris, 2012.

- _____. Procedures – Dommages-Interets – Programme de Clemence – Acces Aux Documents Detenus Par Les Anc: Le Tribunal d'instance de Bonn a validé le refus d'accès aux documents remis au Bundeskartellamt dans le cadre du programme de clémence. *Revue Concurrences*. vol. 2. p. 174-176. Paris, 2012.
- CAIXETA, D. B. Novas diretrizes da política antitruste brasileira: o consumidor e a atuação do Ministério Público na defesa de seus interesses. *Revista de Defesa da Concorrência*. vol. 1. p. 71-104. Brasília, maio 2013.
- CARVALHO, L. C. L. G. de. Responsabilidade civil concorrencial: a busca pela efetiva reparação de danos. *Biblioteca Digital FGV*, 2011. Disponível em: [<http://biblioteca-digital.fgv.br/dspace/handle/10438/10470>]. Acesso em: 08.02.2014.
- CARVALHO, M. C.; CREDENDIO, J. E. *Jornal Folha de São Paulo*, 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1367921-justica-manda-alcamin-refazer-acao-contra-cartel.shtml>>. Acesso em: 5 maio 2014.
- CARVALHO, V. M. D.; LIMA, T. N. D. C. O novo SBDC e a implementação da política brasileira de defesa da concorrência na análise de condutas anticompetitivas. In: FARINA, L. *A nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Commission Staff working paper*. Bruxelas, 2005.
- _____. *Livro Verde: Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*. Bruxelas: [s.n.], 2005.
- _____. *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*. Bruxelas: [s.n.], 2008.
- _____. *Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*. Bruxelas: [s.n.], 2008.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Actions for Damages*. Disponível em: [http://ec.europa.eu/index_pt.htm]. Acesso em: 03.05.2014.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Programa de Leniência. Disponível em: [www.cade.gov.br/Default.aspx?85a566aa71af70ca9ebf94]. Acesso em: 11.04.2014.
- _____. *Balanços e apresentações*. 2014. Disponível em: [www.cade.gov.br/Default.aspx?5fdf20e02fed2e0c2023]. Acesso em: 10.06.2014.
- CORDOVIL, L. Capítulo VI – Do Programa de Leniência. In: _____ et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- CRATO, D. C. A natureza da intervenção judicial do Cade. In: SEAE. *V Prêmio Seae 2010: Concurso de Monografias sobre os temas Defesa da Concorrência e Regulação Econômica*. Brasília: Seae, 2010.
- EUROPEAN COMPETITION NETWORK. Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012. *European Commission*. p. 1-3. 2012. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf]. Acesso em: 04.04.2014.
- FRANCESCHINI, J. I. G. A nova Lei do Cade – Alguns tópicos de *lege ferenda*. In: FARINA, L. *A nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.
- GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. *Direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- GÂNDARA, L. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC*. n. 21. p. 331-350. São Paulo, jan.-jun. 2012.
- JORNAL DA GLOBO. Empresas denunciadas por cartel podem devolver R\$ 2,5 bilhões, 2014. Disponível em: [http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/05/empresas-denunciadas-por-cartel-podem-devolver-r-25-bilhoes.html]. Acesso em: 19.06.2014.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Anti-cartel enforcement manual. International Competition Network – ICN. maio 2009. Disponível em: [www.international-competitionnetwork.org]. Acesso em: 15.06.2014.
- JUSBRASIL. Diários. 2014. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br/diarios/73132339/trf-3-judicial-i-17-07-2014-pg-668]. Acesso em: 13.08.2014.
- LEMAIRE, C. Acces Aux Documents – Autorite de la Concurrence: Le législateur français déclare non communicables les documents détenus et élaborés par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision. *Revue Concurrences*. vol. 3. p. 184. Paris, 2011.
- MAHR, E.; LANGE, P. A. Acpera – A glass half full. Wilmer Hale, 2010. Disponível em: [www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/ACERPA%20-%20A%20Glass%20Half%20Full.pdf]. Acesso em: 30.06.2014.
- MARTINEZ, A. P. *Repressão a cartéis: interface entra direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013.
- MARTINS-COSTA, J.; PARGENDLER, M. S. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. *CEJ*. n. 28. p. 15-32. Brasília, jan.-mar. 2005.
- MILAGRES, M. D. O. O Ministério Público e a Defesa da Concorrência. *Revista Jurídica Unijus*. vol. 8. p. 195-203. Uberaba, 2005.
- OLIVEIRA, A. F. D. *O direito da concorrência e o Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SAVOV, V. The EU Court of Justice gives a clear indication that sufficiently substantiated requests for access to documents from cartel victims are a matter of public interest (EnBW). *e-Competitions Bulletin, Revue Concurrences*. n. 64.571. p. 1-4. Paris, fev. 2014.
- SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. *Combate a cartéis e programa de leniência*. Brasília: Cade, 2009. Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf]. Acesso em: 09.02.2014.
- _____. *Combate a cartéis e programa de leniência*. Brasília: Publicação Oficial, 2009. vol. 1.
- _____. *Fighting Cartels: Brazil's leniency Program*. Brasília: Publicação Oficial, 2009.
- TAVARES, M. A proteção dos documentos de leniência no âmbito de ações de indenização por violação. *Revista de Defesa da Concorrência*. n. 2. p. 32-44. Brasília, nov. 2013.
- UNIÃO EUROPEIA. *Comissão Europeia*. [S.l.], 2006.

- _____. *Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis*. Bruxelas: [s.n.], 2006.
- _____. *Alterações do Parlamento Europeu à proposta de diretiva sobre ações de indenização no domínio antitruste*. Bruxelas: Parlamento Europeu, 2014.
- _____. European Commission – Competition. Training of national judges and judicial cooperation in the field of EU competition law, 2014. Disponível em: [<http://ec.europa.eu/competition/court/training.html>]. Acesso em: 19.06.2014.

Entrevistas realizadas

- Ana Paula Martinez, em 08.08.2014.
- Arthur Badin, em 27.06.2014.
- Bruno Lana, em 12.08.2014.
- César Mattos, em 15.07.2014.
- Fernando Antônio Oliveira Júnior, em 01.07.2014.
- Gilvandro Araújo, em 30.06.2014.
- Leonor Cordovil, em 28.07.2014.
- Marcelo Calliari, em 07.08.2014.
- Maria Eugênia Novis, em 11.08.2014.
- Mariana Tavares, em 13.08.2014.
- Mauro Grimberg, em 03.08.2014.
- Paulo Furquim, em 29.07.2014.
- Ricardo Ruiz, em 10.07.2014.
- Vinícius Carvalho, em 25.07.2014.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Acordos de leniência – Breve estudo comparativo, de Bruno De Luca Drago – *RIBRAC* 14/49 (DTR\2011\2258);
- Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a Lei 11.482/2007, de Danilo Ferraz Córdova e Mariana Rebuzzi Sarcinelli Lopes – *RIBRAC* 15/45 (DTR\2011\2360), e
- Programa de leniência e a lei 12.529/2011: avanços e desafios, de Amadeu de Souza Ferreira Neto – *RIBRAC* 22/145 (DTR\2012\451394).