

IDP – INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

EDB – ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO COMPARTILHAMENTO
DE DOCUMENTOS ENTRE CADE E PODER JUDICIÁRIO**

ISABELA MAIOLINO

Brasília/DF

2017

ISABELA MAIOLINO

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO COMPARTILHAMENTO
DE DOCUMENTOS ENTRE CADE E PODER JUDICIÁRIO**

Trabalho de monografia apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília – EDB como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Co-orientador: Prof. Msc. Victor Oliveira Fernandes

**BRASÍLIA
2017**

ISABELA MAIOLINO

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO COMPARTILHAMENTO
DE DOCUMENTOS ENTRE CADE E PODER JUDICIÁRIO**

Trabalho de monografia apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília – EDB como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Co-orientador: Prof. Msc. Victor Oliveira Fernandes

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Gilmar Ferreira Mendes – IDP
Orientador

Professor Me Victor Fernandes – IDP
Co-orientador

Prof. Dra. Flávia Santinoni Vera – IDP
Membro da banca

AGRADECIMENTOS

Ninguém cresce sozinho e eu, definitivamente, não sou a exceção. O receio de fazer um longo texto de agradecimento condiz com o grande número de pessoas a quem devo reconhecimento. Serei breve sob pena de esquecer alguém, as quais peço desculpas antecipadas.

Agradeço o Ministro Gilmar Mendes, pela orientação e inspiração como acadêmico, e o meu co-orientador Victor Fernandes, pela paciência, compreensão e lições, aos quais serei sempre grata.

Aos amigos que me apoiaram nos projetos pessoais e estavam presentes para comemorar as minhas vitórias e me amparar nas derrotas. Não posso deixar de agradecer o apoio do Filipe Antunes na elaboração desse trabalho, bem como os apontamentos e correções de Isabela Monteiro e Raquel Araújo. Aos colegas do grupo de arbitragem, digo apenas que a graduação não seria a mesma sem vocês e o apoio que tive nessa etapa final foi fantástico.

Agradeço aos meus colegas do Cade, em especial aqueles da Superintendência-Geral, cujos ensinamentos nos últimos três anos foram a base para a ideia inicial desse trabalho. Agradeço também a convivência diária dos colegas que atuam no combate a carteis, em especial aos integrantes das equipes das CGAA6 e CGAA7.

Tive o apoio inestimável de vários professores ao longo do curso. À vocês, toda a minha admiração, não podendo deixar de mencionar os professores Alexandre Cordeiro, Daniel Falcão, Dulce Furquim, Soraia da Rosa Mendes, Cristiane Damasceno, Danilo Porfírio e tantos outros. Destaco um carinhoso agradecimento à professora Janete Barros, a quem tenho a sorte de chamar de amiga e tenho o mais profundo respeito.

À Flávia Vera, pessoa que há muito ultrapassou as barreiras de um relacionamento aluna-professora. Minha mentora desde o início da faculdade e querida amiga, espero um dia poder retribuir tudo o que você já fez por mim.

Por fim, mas definitivamente não menos importante, agradeço aos meus pais, que me proporcionam um apoio incomparável e amor incondicional, e que foram essenciais para a minha formação e crescimento. À vocês, todo o meu carinho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
2. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	7
3. REPRESSÃO A CARTÉIS E AÇÕES NEGOCIAIS NO CADE	9
4. O COMPARTILHAMENTO DE DOCUMENTOS NO ÂMBITO DE INVESTIGAÇÕES E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
4.1. A colisão entre sigilo e publicidade.....	16
4.2. A ponderação de Direitos Fundamentais.....	19
5. CENÁRIOS DIANTE DO COMPARTILHAMENTO DE DOCUMENTOS	23
5.1. A controvérsia	23
5.2. O posicionamento do STJ.....	25
5.3. A ponderação e a proporcionalidade como fator de solução do conflito	28
5.3.1. Ações Penais	28
5.3.2. Ações cíveis	29
5.4. Do posicionamento do Cade.....	31
5.5. A ponderação de princípios no compartilhamento de documentos	33
6 SUGESTÃO DE SOLUÇÃO: DA PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DA GARANTIA A REPARAÇÃO DE DANOS	36
CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS.....	42

RESUMO

O presente trabalho analisa a constitucionalidade do compartilhamento de documentos sigilosos oriundos de Acordos de Leniência e Termo de Compromisso de Cessação entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e o Poder Judiciário, tanto nas ações penais, quanto nas ações cíveis de reparação de danos causados por condutas anticompetitivas. No caso, o cerne do trabalho está na discussão do conflito entre a publicidade dos atos processuais e o direito ao sigilo, aqui compreendidos como Direitos Fundamentais. Com base no princípio da proporcionalidade, o estudo conclui que o compartilhamento de qualquer informação deverá, caso a caso, buscar a otimização entre o direito ao sigilo e o princípio da publicidade, de forma que respeite os limites de restrição dos Direitos Fundamentais postos em jogo.

Palavras-chave: compartilhamento de documentos. direito ao sigilo. acesso à informação. direito concorrencial. direito constitucional.

ABSTRACT

The present paper seeks to analyze the constitutionality of sharing confidential information between the Brazilian Competition Agency – CADE and the Judiciary on criminal and civil law cases associated with leniency compensation agreements as a result of anticompetitive behavior. The study focuses on the conflict between the idea of the confidentiality protection as opposed to public disclosure based on the fundamental right of publicity of administrative and judicial proceedings. In conclusion, in light of the principle of proportionality the study argues that any piece of information disclosed has to balance both confidentiality and publicity in every particular case, as much as possible.

Key words: information sharing. confidentiality protection. public disclosure. competition law. constitutional law.

INTRODUÇÃO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Autarquia Federal atualmente regulada pela Lei n. 12.529/11, possui, em síntese, competência para aprovar fusões e aquisições por meio dos atos de concentração, bem como para investigar, processar e julgar ações que envolvam abusos de poder econômico pela prática de condutas anticompetitivas¹ por meio de processos administrativos.

No que diz respeito à prática de condutas anticompetitivas, além da repressão administrativa pelo Cade nos termos da Lei n. 12.529/11, há também a persecução penal em nível judicial por meio de ação penal pública de iniciativa do Ministério Público – MP². Além dessas, há, ainda, as ações privadas de reparação de danos³, nas quais entidades de defesa do consumidor, o MP ou os próprios consumidores que se considerem lesados, podem provocar o judiciário para serem reparados em razão do pagamento do sobrepreço e demais prejuízos causados por infrações à ordem econômica.

Em razão do atual cenário político-econômico e do crescente destaque dado à persecução e à punição dos crimes contra a ordem econômica, em especial os que envolvem cartéis, cada vez mais o Cade tem sido tratado como uma entidade relevante de combate a crimes econômicos.

No processo de investigação, o Cade, enquanto entidade pública, busca mecanismos de incentivos para obter informações privadas dos cartéis e mercados

¹ As competências dos órgãos do Cade que serão objeto de estudo, quais sejam o Tribunal Administrativo e a Superintendência-Geral, são definidas nos arts. 9º e 13 da Lei n. 12.529/11.

² Penalmente, o cartel e demais crimes contra a economia estão previstas nos art. 4º da Lei n. 8.137 de 1990, que define, dentre outros, os crimes contra a ordem econômica: Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

³ A ação privada de reparação de danos é prevista no art. 47 da Lei n. 12.529/11: Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

investigados, esforço este realizado por meio de instrumentos como Acordos de Leniência e garantia de confidencialidade de informações e pessoas.

Aliado a um aumento do número de investigações e condenações de cartéis pelo Cade⁴, o MP e demais órgãos legitimados começaram a buscar acesso via compartilhamento do material probatório produzido no âmbito das investigações conduzidas pelo Cade para instruírem as suas respectivas ações contra agentes econômicos que praticaram cartel.

Exemplo disso é a decisão proferida no âmbito do REsp n. 1.554.986 – SP, julgado em 08 de março de 2016, o primeiro pedido de compartilhamento de documentos que foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ.

No entanto, existe de antemão uma preocupação institucional por parte da Autoridade concorrencial com o compartilhamento das informações disputadas, pois a maior parte dos documentos produzidos por meio da celebração de Acordo de Leniência e homologação de Termo de Compromisso de Cessação – TCC, instrumentos por meio dos quais os investigados, mediante a colaboração e entrega de documentos sigilosos, recebem benefícios administrativos e, no caso da leniência, penais.

Assim, surge um impasse de interesses e de direitos constitucionais ao se exigir que o Cade enfraqueça seus mecanismos de obtenção de informações por canais viabilizados pelo sigilo, confiança e direito à confidencialidade para atender às solicitações de outros órgãos e entes privados que contam com o princípio da publicidade dos atos processuais.

Um olhar mais atento ao conflito do compartilhamento de documentos entre o Cade e órgãos legitimados exige uma análise concreta e detida dos direitos envolvidos em cada caso – sejam eles pró ou contra esse compartilhamento – bem como uma análise das informações a serem compartilhadas, dos custos, benefícios e dificuldades envolvidas, como as barreiras tecnológicas e institucionais.

Diante dessa situação, é preciso analisar a forma pela qual o compartilhamento de documentos se desenvolve e como isso impacta os direitos envolvidos, bem como as possíveis consequências do uso dos documentos e informações sigilosas produzidas pela Superintendência-Geral do Cade – SG/Cade, órgão responsável por celebrar acordos de

⁴ Em 2010, apenas 04 (quatro) casos de cartéis foram decididos pelo Cade. Por sua vez, em 2015, foram decididos 16 (dezesesseis) casos. (Ribas, 2016, p. 66), enquanto em 2016 foram julgados 31 casos envolvendo condutas anticompetitivas (Cade, Balanço 2016).

leniência e que negocia a maior parte dos acordos de TCC, de forma que o presente trabalho analisa a constitucionalidade do uso desses documentos em demandas judiciais.

O trabalho perpassa a seguinte problematização: em que medida o compartilhamento de documentos produzidos no âmbito de processos administrativos pelo Cade com o MP, em ações penais, e com entes privados, em ações de reparação de danos, está em conformidade com a ordem constitucional brasileira?

Em defesa da constitucionalidade do compartilhamento, está a previsão constitucional de publicidade dos atos processuais e o dever de colaboração com o judiciário. Em contraponto, está o direito ao sigilo e o direito do investigado de não produzir provas contra si mesmo. Assim, considera-se que há o confronto inicial entre direitos fundamentais.

Diante dos argumentos acima, a hipótese inicial do trabalho baseia-se na possibilidade do compartilhamento de documentos, desde que observadas as particularidades de cada caso, das informações e da forma de compartilhamento no âmbito das ações penais e ações cíveis, devendo ser levadas em consideração a natureza da ação e daquele que requer o acesso aos documentos.

Para se testar a hipótese inicial, acredita-se que deva ser analisado o conflito entre os direitos contrapostos por meio da ponderação, utilizando como fonte a doutrina de Alexy.

No que diz respeito à metodologia, a pesquisa fez uso das informações públicas referentes aos TCCs e demais informações disponibilizadas a respeito de casos julgados que contaram com a celebração de acordos de leniência. Além disso, será analisada a decisão proferida no acórdão supramencionado. Também serão analisados os posicionamentos da doutrina, ainda que esparsa, quanto ao compartilhamento de documentos e a práxis do Cade. Assim, trata-se de uma pesquisa qualitativa, que fez uso das informações e posicionamentos da doutrina e jurisprudência.

Quanto à divisão do trabalho, primeiramente será feita a conexão entre o direito da concorrência e a ordem constitucional brasileira, passando-se a descrição e diferenciação do Acordo de Leniência e TCC no capítulo seguinte.

No terceiro capítulo, será esmiuçado o conflito entre os Direitos Fundamentais que permeiam o compartilhamento de documentos e apresentada a sugestão do uso da ponderação, e, seguidamente, será estudada os cenários diante do compartilhamento,

tratando dos posicionamentos do STJ e do Cade, e a ponderação entre o direito à publicidade e o direito ao sigilo diante do objeto de estudo.

Por fim, é apresentada uma sugestão a ser usada para a demonstração da extensão do dano nas ações de indenização, que busca preservar os direitos envolvidos sem prejudicar nem aqueles afetados pela conduta anticompetitiva, nem os programas de leniência e TCC.

Conclui-se, ainda, que cada caso concreto deve buscar uma forma de conciliar o compartilhamento com o sigilo necessário para garantir a prévia obtenção de informação pelo Cade e atenção aos acordos firmados com os agentes econômicos, sem que isso impeça a demonstração do prejuízo acarretado pela infração à ordem econômica. Assim, a aplicação de ambos os princípios de confidencialidade e publicidade poderá estar de acordo com a ordem constitucional ao otimizar a incidências dos direitos fundamentais com as devidas ponderações com base na proporcionalidade em sentido estrito.

2. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Ao analisar as constituições brasileiras que já estiveram em vigor no ordenamento brasileiro, percebe-se que muito embora a Constituição de 1934 tenha negligenciado a defesa da concorrência e o abuso de poder econômico, a Constituição de 1937, apesar de silente, passou a dar importância aos crimes contra a economia popular, tendo sido editado o Decreto-Lei n. 869/1938, que criminalizou a prática de monopólio, dentre outras práticas (Frazão, 2014, p. 143).

Apesar dos esforços legislativos, apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 passou-se a conectar o controle de poder econômico aos princípios da ordem econômica constitucional (Frazão, 2014, p. 145). Isso fica demonstrado no texto legal, que, logo em seu art. 1º, elenca a livre iniciativa como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, influenciando para a concepção de constituição econômica (Gomes, 2004, p. 54).

Nesse sentido, a livre iniciativa também é elencada no art. 170, junto ao princípio da livre concorrência, como princípio não só fundamental ao estado democrático, mas também como princípio que fundamenta e rege a ordem econômica

brasileira⁵.

No contexto da ordem econômica constitucional, a livre concorrência não deve ser interpretada somente como a liberdade de os agentes econômicos acessarem o mercado como consequência da livre iniciativa, mas também como liberdade para exercer as suas funções econômicas sem os obstáculos ilegais impostos por outros agentes privados (Gomes, p. 11-112).

É nesse contexto que o art. 173, § 4º, deve ser interpretado. O normativo dispõe que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Assim, nos termos do referido dispositivo, resta estabelecido que “o controle das práticas competitivas é um dos meios escolhidos para garantir os princípios constitucionais da ordem econômica arrolados no art. 170” (Carvalho, 2015, p. 17).

Esse controle, conforme mencionado previamente, é feito pelo Cade que, muito embora tenha sido criado por meio da promulgação da Lei n. 4.137/62, só foi transformado em autarquia federal pela Lei n. 8.884/94, que “consolidou e modernizou a definição de infrações à ordem econômica (...), dotando os órgãos com ferramentas mais eficazes para sua atuação” (Carvalho, 2011, p. 19).

Por sua vez, a Lei n. 12.529/11 estruturou o atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência promovendo uma massiva alteração da estrutura dos órgãos responsáveis pela atuação na defesa da concorrência (Carvalho, 2011, p. 32). Assim, a lei estabeleceu a atual estrutura do referido órgão antitruste, que é composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pelo Departamento de Estudos Econômicos – DEE, e pela SG/Cade. O Tribunal Administrativo encarrega-se do julgamento de atos de concentração e processos administrativos para apuração de infração à ordem econômica, enquanto a SG/Cade responsabiliza-se pela instrução dos processos. Já o DEE tem por função a elaboração de estudos e pareceres econômicos.

Além das alterações institucionais, a lei buscou tratar do direito concorrencial não só na esfera administrativa, mas também foi pensada a fim de promover “uma maior coordenação entre a repressão às infrações contra à ordem econômica na esfera penal”, bem como na esfera civil (Carvalho, 2011, p. 31).

⁵ Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência.

Ainda que tenha implementado mudanças a fim de promover melhor a promoção da livre concorrência, importa destacar que o art. 1º manteve disposição similar ao previsto nas leis já revogadas de defesa da concorrência:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, **orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.** (grifo nosso)

O dispositivo acima deixa claro que a competência do Cade é diretamente derivada dos princípios constitucionais da livre concorrência, livre iniciativa e repressão ao abuso do poder econômico, consagrando o “assento constitucional” (Ribas, 2016, p. 30) das funções desempenhadas pelo Cade.

Apesar de diretamente derivado do direito constitucional, raras vezes o direito antitruste é analisado pela perspectiva da constitucionalidade, quando, na verdade, a concorrência não pode e nem deve ser tratada como um ramo impassível de violações nesse aspecto.

Nesse sentido, entende-se que o Direito Concorrencial não pode constituir uma realidade autônoma, devendo ser sempre interpretado e analisado dentro do contexto constitucional vigente, haja vista o seu valor heurístico e operativo (Caixeta, 2012, pg. 23).

3. REPRESSÃO A CARTÉIS E AÇÕES NEGOCIAIS NO CADE

A repressão ao abuso de poder econômico, conforme visto, é uma previsão constitucional que integra parte chave do corolário da livre concorrência e da livre iniciativa, de forma que a repressão a cartéis se coloca como um dos principais modos de incidência horizontal desses princípios.

O combate a cartéis ocupa um dos centros de atuação do Cade, sendo primordial para a repressão do abuso de poder econômico por parte de agentes privados. Em linhas gerais, cartel é “uma associação de agentes econômicos que, expressa ou tacitamente, acordam em coordenar as decisões estratégicas no tocante a variáveis relevantes do ponto de vista concorrencial” (Schuartz, 2002, p. 119), sendo previsto

como ilícito administrativo nos termos do art. 36 da Lei n. 12.529/11⁶.

Nos termos do art. 136 do Regimento Interno do Cade – RICade, as investigações, conduzidas pela SG/Cade, são iniciadas: (i) de ofício pelo órgão antitruste; (ii) por meio de denúncia através do sistema “Disque Denúncia” disponível no sítio eletrônico do Cade, na qual qualquer pessoa pode apresentar peças de informação; (iii) em face de representação fundamentada de qualquer interessado; ou (iv) em face de representação advinda de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, bem como da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, das agências reguladoras e da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade.

No âmbito das investigações de ofício, é possível que a SG/Cade inicie os seus procedimentos investigatórios por meio de ações negociais. Paula Forgioni explica que o ordenamento concorrencial prevê tipos de acordos negociais entre a Administração Pública e empresas/pessoas físicas, dentre eles os TCCs⁷ e os Acordos de Leniência (2015, p. 149)⁸.

O Acordo de Leniência, prevista nos arts. 86 e 87 da Lei n. 12.529/11, permite que pessoas físicas e jurídicas envolvidas em um cartel obtenham benefícios na esfera administrativa e criminal por meio da sua celebração, comprometendo-se, em contrapartida, a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar sua participação no ilícito, bem como a cooperar com as investigações apresentando informações e documentos relevantes à investigação.

A leniência possui como premissa a colaboração daqueles que assinam o acordo, denominado “Signatários”, que devem trazer informações e documentos que

⁶ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: 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. (...) § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.”

⁷ Sobre a matéria, Rufino e Schertel explicam que a consagração do caráter negocial do TCC é o fato de a sua celebração depender da conveniência e oportunidade do Cade (2015, pg. 426).

⁸ Muito embora esses acordos possam ser negociados pela prática de condutas unilaterais, o trabalho delimitou o estudo nas negociações que são realizadas nos casos que envolvem a prática de cartel por agentes econômicos.

“permitam à autoridade identificar os demais coautores e comprovar a infração noticiada ou sob investigação” (Linhares, p. 288). Em contrapartida, a celebração do acordo confere imunidade administrativa e criminal.

De outro lado, segundo o Guia oficial do Cade para TCCs em casos de cartel, o TCC, previsto no art. 85 da Lei de Defesa da Concorrência, é um acordo celebrado entre o Cade e pessoas físicas e jurídicas investigadas, chamadas de “Compromissários”, por infrações à ordem econômica. Nesse acordo, a autoridade concorrencial suspende o prosseguimento das investigações em relação aos Compromissários enquanto estiver sendo cumprido o acordado.

A assinatura do Acordo de Leniência concede benefícios tanto na esfera administrativa quanto na esfera penal e não necessariamente o Signatário terá que pagar uma contribuição para receber os benefícios. Isso porque, de acordo com a legislação vigente, se a Autoridade não tinha conhecimento prévio da conduta, não há pagamento pelos Signatários. No entanto, se a Autoridade já conhecia a infração, mas não tinha elementos suficientes para formar o seu convencimento, o Signatário poderá receber um desconto de até 1/3 da multa esperada.

Já a homologação do TCC não concede benefícios na esfera penal e a sua celebração implica pagamento de contribuição pecuniária com redução da multa esperada em até 50%, a depender das provas apresentadas e do momento processual.

Outra distinção é o momento de celebração desses acordos. Enquanto a leniência é negociada pela SG/Cade antes da instauração do processo administrativo, o TCC pode ser negociado tanto pela SG/Cade, previamente à instauração de processo ou durante a sua fase instrutória, quanto pelo Conselheiro-Relator do processo administrativo ao qual o TCC se vincula, caso o processo já tenha sido encaminhado ao Tribunal Administrativo para julgamento. Neste caso, não necessariamente haverá um dever de colaboração com a instrução processual, haja vista o encerramento dessa fase, que é conduzida pela SG/Cade.

Importa destacar que, em grande maioria, a homologação de TCCs em casos de cartel ocorre seguidamente à celebração da leniência, ou, ainda, após a ocorrência de uma medida de busca e apreensão. Nesse caso, a negociação e homologação pode ocorrer antes da instauração de processo administrativo, de forma similar à leniência, ou logo após a sua instauração (Andrade, 2015, p. 281).

Apesar de suas diferenças procedimentais, ambos institutos, TCC e leniência, têm como requisito à sua celebração a elaboração de um Histórico da Conduta – HC sigiloso, pela SG/Cade ou pelo Conselheiro-Relator do caso, com base no relato, nas informações e nos documentos apresentados pelos Compromissários ou pelos Signatários. Ressalta-se que, em razão do momento processual, é facultado ao Conselheiro-Relator a elaboração do HC, a depender do caso concreto e da anuência do Tribunal Administrativo no momento de homologação do TCC.

Além do HC, que será de acesso restrito ao Cade e aos demais Representados do processo, os Compromissários do TCC e os Signatários da leniência devem colaborar com a instrução processual, mediante entrega de documentos e tradução de documentos. Devem, ainda, abster-se de praticar as condutas anticompetitivas.

Uma das principais diferenças entre o TCC e a leniência é o sigilo⁹. A negociação do TCC é feita de forma sigilosa, de forma que somente os proponentes e a comissão de negociação composta por servidores do Cade têm acesso ao HC e conhecimento das provas e nomes dos proponentes nessa fase. Após a homologação pelo Tribunal do Cade, o nome dos proponentes passa a ser de conhecimento público, bem como a redação do Termo de Compromisso, mantendo-se o acesso restrito do HC ao Cade e aos Representados do processo administrativo ao qual o TCC se vincula.

Por sua vez, na leniência, o sigilo permanece após a instauração do processo e só vem a cabo após o julgamento do caso pelo Tribunal Administrativo, salvo se os Signatários decidirem expor ao público que celebraram leniência com o órgão antitruste – como ocorreu no caso do suposto cartel investigado no âmbito da usina Angra 3, no qual a construtora Camargo Correia abriu mão do sigilo ao qual tinha direito.

Isso serve para que os agentes econômicos tenham incentivo para celebrar acordos negociais com o Cade nos mesmos moldes da aplicação da teoria de jogos¹⁰, quebrando o sistema de incentivos existentes em um cartel.

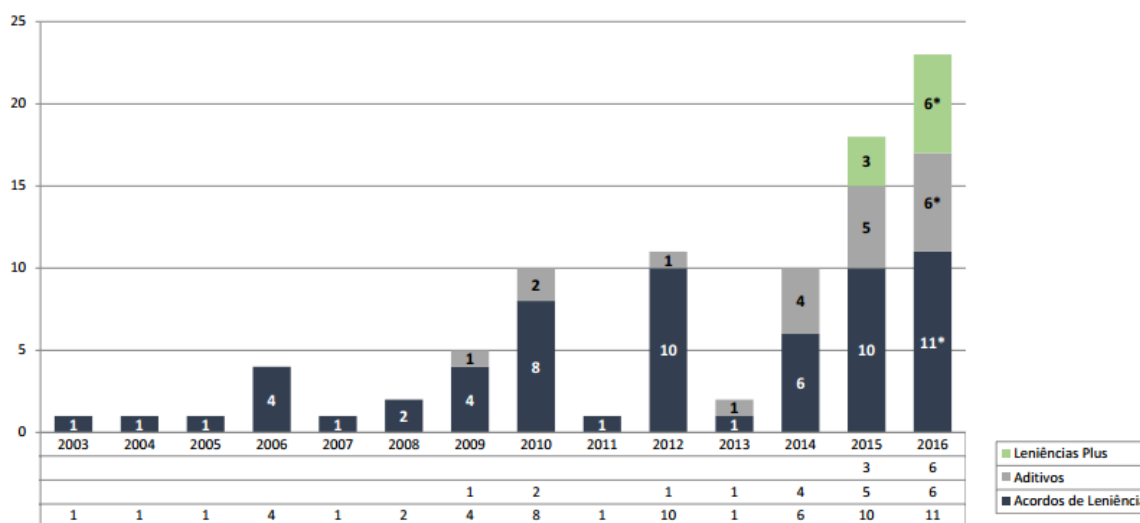
No que diz respeito à importância institucional desses dois instrumentos,

⁹ Para fins de estudo, adota-se o entendimento de sigilo disposto pelo art. 50 do RICade, que dispõe que “[a]os autos, informações, dados, correspondências, objetos e documentos de interesse de qualquer das diversas espécies de procedimento administrativo, serão conferidos, no Cade, os seguintes tratamentos: (...) III - sigiloso, quando seu acesso for exclusivo às pessoas autorizadas pelo Cade e às autoridades públicas responsáveis por proferir parecer ou decisão.”

¹⁰ Segundo Ronald Hilbrecht, a teoria dos jogos consiste em estudos do comportamento racional no qual ocorre interação, ou interdependência entre os agentes, ou seja, o resultado das ações dos agentes depende das ações dos outros. (p. 115)

ressalta-se que atualmente, a leniência é considerada como “o principal instrumento de detecção de cartéis à disposição do Cade” (Andrade, 2015, p. 278). O TCC também ocupa relevante espaço no combate à conduta competitiva, em especial após 2013¹¹, sendo ele um instrumento de otimização do trâmite dos processos administrativos, a partir da diminuição dos custos de investigação pela Administração, tendo-se tornado “elemento central na estratégia de controle de condutas anticompetitivas” (Rufino e Schertel, 2015, p. 434) e uma útil ferramenta para “tornar os casos ainda mais robustos” (Andrade, 2015, p. 281).

Os dados confirmam a afirmação de que a leniência e o TCC se tornaram elementos chave na persecução e combate a cartéis. Através de pesquisa realizada no sítio eletrônico do Cade por meio da ferramenta “Cade em números”¹², bem como no Balanço 2016, sabe-se que o número de Acordos de Leniências celebradas cresce ano a ano: 06 (seis) em 2014, 10 (dez) em 2015 e 11 (onze) em 2016:



Fonte: Balanço 2016 (Cade, 2016a)

O gráfico acima demonstra um aumento de 86% entre os anos de 2014 a 2016. Houve, ainda, um aumento de 510% nos pedidos de *markers*¹³, tanto concedidos quanto

¹¹ A Resolução n. 5, aprovada em março de 2013, estabeleceu novas regras referentes ao TCC.

¹²

<http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opedoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>

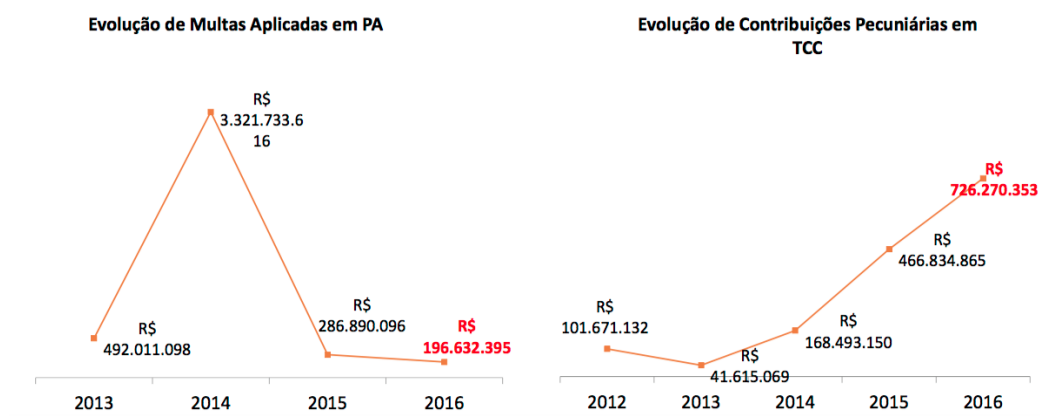
¹³ De acordo com o guia de leniência, “o pedido de senha (‘marker’) é o ato em que o proponente do Acordo de Leniência entra em contato com a Superintendência-Geral do Cade a fim de comunicar o

em fila de espera.

No que se refere aos TCCs, o aumento é ainda mais significativo. Em 2014 foram homologados 36 (trinta e seis) acordos. Já em 2015, esse número aumentou para 58 (cinquenta e oito) e se manteve alto em 2016, que totalizou 54 (cinquenta e quatro) TCCs homologados. Em relação aos valores arrecadados, destaca-se que houve um aumento de mais de 300% entre 2014 e 2016. Em 2014, foram arrecadados R\$ 168.493.150,00 (cento e sessenta e oito milhões, quatrocentos e noventa e três mil e cento e cinquenta reais) e R\$ 466.834.865,00 (quatrocentos e sessenta e seis milhões, oitocentos e trinta e quatro mil, oitocentos e sessenta e cinco reais) em 2015 a título de contribuição pecuniária, enquanto somente em 2016 foram pagos R\$ 726.270.353,00 (setecentos e vinte e seis milhões, duzentos e setenta mil, trezentos e cinquenta e três reais).

O aumento dos valores coletados por meio de contribuição pecuniária pode até mesmo representar uma possível mudança e sinalização da forma de resolução de casos pelo Cade. Isso, porque o número de TCCs continua alto, e a arrecadação foi tão significativa em 2016 que as quantias referentes aos TCCs são superiores aos valores de multas aplicadas em condenações pela prática de cartel no âmbito de processos administrativos no mesmo período, conforme demonstra a imagem a seguir:

Figura 1



Fonte: Balanço 2016 (Cade, 2016a)

interesse em propor Acordo de Leniência em relação a uma determinada conduta anticoncorrencial coletiva e, assim, garantir que é o primeiro proponente em relação a essa conduta.”

Atualmente, a práxis dos programas de leniência e de TCCs foi consolidada nos guias oficiais elaborados pelo órgão antitruste¹⁴, que receberam contribui es tanto da iniciativa privada quanto de entes públicos, por meio de submissão   consulta pública.

4. O COMPARTILHAMENTO DE DOCUMENTOS NO ÂMBITO DE INVESTIGA ES E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme mencionado, as a es de repara o de danos cíveis em casos envolvendo cartéis estão devidamente previstas no art. 47 da Lei n. 12.529/11. No entanto, para viabilizar esse tipo de demanda pelos interessados em propor a a o, seria necessário que fosse concedido a eles o acesso ao material utilizado pelo Cade para instruir os processos administrativos, em especial os que envolvem os documentos obtidos por meio da celebra o de leniência e negocia o de TCC.

No entanto, esse tipo de a o ainda   incipiente no Brasil. Conforme pesquisa realizada por Carvalho, foi constatado que no período compreendido entre 2001 e 2011, apenas vinte e duas a es discutiam a repara o de danos concorrenciais, sendo 13 (treze) a es coletivas e 09 (nove) demandas individuais (2011, p. 24)¹⁵.

Uma das justificativas para o baixo número de a es seria justamente as dificuldades jurídicas e procedimentais para proposi o dessas a es, sendo uma das principais complica es a obten o de evidências para então fornecer análises econ micas e legais complexas que comprovem o nexo causal entre a conduta e o dano sofrido (Organiza o para Coopera o e Desenvolvimento Econ mico – OCDE, 2015), evidências essas muitas vezes contidas justamente no material que o Cade possui por meio de documentos provenientes de Acordos de Leniência e TCC.

Nesse sentido, destaca-se que a lei antitruste   silente no que diz respeito   divulga o dos documentos obtidos por meio da celebra o de Acordos de Leniência em caso de solicita o judicial (Souza, 2014, pg. 434). A situa o   a mesma em rela o ao TCC, o que acarreta o aumento da insegurança quanto ao tipo de resposta que os

¹⁴ Os guias podem ser acessados pelos seguintes links: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf e http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-atual.pdf

¹⁵ Importa mencionar que não   possível dimensionar o real número de a es de repara o de danos em trâmite ou já finalizadas em razão do possível trâmite em segredo de justiça de algumas dessas a es.

interessados obterão ao tentar obter acesso a esse material.

Para além das ações privadas, há que se destacar que o MP também tem interesse no material sigiloso para proposição das ações penais. No entanto, o compartilhamento de documentos para ações dessa natureza é, de certo modo, menos problemático, haja vista que o MP geralmente assina os Acordos de Leniências junto à SG/Cade.

Ainda que vagarosamente, a demanda pelo compartilhamento de documentos vem aumentando no Brasil, fazendo com que a articulação entre a persecução administrativa, penal e cível se torne indispensável (Cade, 2016e). Exemplo disso é a decisão proferida no âmbito do REsp n. 1.554.986-SP em março de 2016, na qual o Ministro Marco Aurélio Belizze, relator do caso, entendeu que não haveria óbice quanto ao compartilhamento de documentos referentes à leniência e ao TCC firmado no caso do cartel dos compressores, para que a empresa Electrolux obtivesse acesso ao material necessário para instruir a sua demanda de reparação de danos em face da Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A.

No entanto, é necessário analisar se tal compartilhamento está em consonância com os direitos envolvidos, quais sejam, o direito ao sigilo que os Compromissários e Signatários têm em relação aos documentos produzidos, e os direitos à publicidade dos atos processuais e à produção de provas por aqueles interessados em instruir as suas ações, sejam elas penais ou cíveis.

Assim, a seguir, serão apresentados a problemática do compartilhamento e os direitos fundamentais que entram em colisão em razão do atual cenário, além de reflexão sobre como a ponderação pode auxiliar a análise.

4.1. A colisão entre sigilo e publicidade

Na esfera concorrencial, quando está em discussão o compartilhamento de documentos, as principais questões que surgem envolvem a persecução criminal pela prática de cartel e o *enforcement* privado da lei de defesa da concorrência por meio das ações de reparação de danos¹⁶.

Por sua vez, ao buscar a aproximação das discussões concorrenciais à ordem

¹⁶ Esse aspecto será tratado no tópico 5, que foca no posicionamento do Cade quanto a temática do trabalho.

constitucional, o trabalho adota como marco teórico o debate sobre os conflitos trazidos entre o direito à publicidade dos atos e ritos processuais e ao sigilo, previsto na Lei n. 12.529/11, no RICade e nos acordos firmados entre a SG/Cade e os Compromissários e Signatários.

O ordenamento jurídico brasileiro escolheu a publicidade dos atos processuais como regra a ser observada, prevista no art. 93, IX¹⁷ e art. 5º, LX¹⁸, ambos da Constituição Federal, sendo a determinação de acesso restrito a exceção permitida nos casos específicos permitidos em lei.

Dentro dessa linha, os atos da Administração Pública são regidos pelo princípio da publicidade, nos termos da Lei 12.527/11, conhecida como a Lei de Acesso à Informação, que inaugurou oficialmente a era do compartilhamento oficial de dados entre órgãos públicos.

A título de exemplo, destaca-se que recentemente, após pressão de diversas entidades governamentais e não-governamentais, o Poder Executivo Federal editou o Decreto n. 8.777/2016, que “instituiu a política de dados abertos do Poder Executivo Federal”. O referido decreto levou a criação do Portal Brasileiro de Dados Abertos¹⁹, ferramenta disponibilizada pelo governo para que todos possam encontrar e utilizar os dados e as informações públicas²⁰.

Outros órgãos seguiram tendência inevitável de transparência e compartilhamento de dados, como a Receita Federal²¹ e o site da transparência do governo federal. No entanto, o compartilhamento de dados segue ritos e regras diferenciadas dependendo do grau de confidencialidade. Como exemplo, dados privados disponibilizados pela Receita Federal ao Judiciário dependem de ações concretas e que se enquadram nos requisitos de sigilo, como no caso de segredo de justiça.

Pela interpretação sistemática do princípio constitucional da publicidade, os

¹⁷ Diz o art. 93, IX: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

¹⁸ Diz o art. 5º, LX: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

¹⁹ Acesso: www.dados.gov.br.

²⁰ De acordo com o site, o objetivo do portal é facilitar o acesso de dados e informações pelo cidadão, com o objetivo de “promover a interlocução entre atores da sociedade e com o governo para pensar a melhor utilização dos dados em prol de uma sociedade melhor”.

²¹ Normativo: Portaria RFB n. 1384, de 09 de setembro de 2016.

documentos referentes à atividade do Cade são, em regra, de acesso público (Souza, 2014, pg. 442), devendo o sigilo ser considerado uma exceção devidamente prevista em lei. No que se refere ao direito concorrencial, o art. 44, § 2º, da Lei n. 12.529, dispõe que o regulamento definirá o procedimento para que uma informação seja tida como sigilosa no âmbito do Cade. No caso, o RICade estabelece essas hipóteses nos arts. 52 a 54²².

A mesma lei também determina, em seu art. 49, que tanto o Tribunal quanto a SG/Cade assegurarão o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários para elucidação dos fatos, ou, ainda, se exigido pelo interesse da sociedade. No caso, essa disposição se aplica ao inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica e ao processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica.

²² Art. 52. No interesse das investigações e instrução processual, o Cade assegurará, no procedimento preparatório e no inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica e no processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, no âmbito de aplicação da Lei nº 12.529, de 2011, tratamento sigiloso de autos, documentos, objetos ou informações e atos processuais, dentro do estritamente necessário à elucidação do fato e em cumprimento ao interesse social. (...) Art. 53. Conforme o caso e no interesse da instrução processual, de ofício ou mediante requerimento do interessado, poderá ser deferido, em virtude de sigilo decorrente de lei ou por constituir informação relativa à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (arts. 22 da Lei 12.527/2011 e 6º, inciso I e 5º, § 2º do Decreto 7.724/12), o acesso restrito de autos, documentos, objetos, dados e informações, que forem relacionados a: I - escrituração mercantil; II - situação econômico-financeira de empresa; III - sigilo fiscal ou bancário; IV - segredos de empresa; V - processo produtivo e segredos de indústria, notadamente processos industriais e fórmulas relativas à fabricação de produtos; VI - faturamento do interessado; VII - data, valor da operação e forma de pagamento; VIII - documentos que formalizam o ato de concentração notificado; IX - último relatório anual elaborado para os acionistas ou quotistas, exceto quando o documento tiver caráter público; X - valor e quantidade das vendas e demonstrações financeiras; XI - clientes e fornecedores; XII - capacidade instalada; XIII - custos de produção e despesas com pesquisa e desenvolvimento de novos produtos ou serviços; ou XIV - outras hipóteses, a critério da autoridade concedente, respeitados os arts. 22 da Lei 12.527/2011 e 6º, inciso I e 5º, § 2º do Decreto 7.724/12. Art. 54. Não será deferido o acesso restrito de informações e documentos por parte do Cade quando: I - notadamente tenham natureza pública em virtude de lei, inclusive em outras jurisdições, ou que forem de domínio público, no País ou no exterior, ou que tiverem sido previamente divulgados pelo interessado; II - em processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, o tratamento de acesso restrito das informações puder implicar cerceamento de defesa; ou 24 III - forem relacionados, dentre outras, às seguintes categorias de informações: a) composição acionária e identificação do respectivo controlador; b) organização societária do grupo econômico de que façam parte; c) estudos, pesquisas ou dados compilados por instituto, associação, sindicato ou qualquer outra entidade que congregue concorrentes, ressalvados aqueles encomendados individualmente ou com cláusula de sigilo; d) linhas de produtos ou serviços ofertados; e) dados de mercado relativos a terceiros; f) quaisquer contratos celebrados por escritura pública ou arquivados perante notário público ou em junta comercial, no País ou no exterior; e g) informações que a empresa deva publicar ou divulgar em virtude da norma legal ou regulamentar a que esteja sujeita no Brasil ou em outra jurisdição. Parágrafo único. O pedido de acesso restrito de informação de caráter manifestamente público poderá sujeitar o requerente às penalidades previstas no art. 40 ou no art. 43 da Lei nº 12.529, de 2011, conforme o caso.

Especificamente quanto aos Acordos de Leniência e TCC, a Lei n. 12.529/11 confere tratamento confidencial aos documentos e às informações fornecidos no âmbito de tais negociações, nos termos do art. 86, § 9º. O RICade também confere a confidencialidade em seu art. 200, §§ 1º e 2º, que também é explicitada em cláusulas do próprio acordo. O mesmo pode-se dizer sobre o TCC, cuja confidencialidade consta na Lei n. 12.529, art. 85, §5º, no RICade, art. 179, §3º, e em cláusulas do termo em si (Cade, 2016d).

Esses dispositivos estão de acordo com a Lei de Acesso à informação, que expõe em seu art. 23, inciso VIII, que deve ser garantido o acesso restrito às informações que possam “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”, “o que se adequa à fase investigativa conduzida pela SG/Cade” (Cade, 2016d).

Percebe-se que, quando se fala em compartilhamento de documentos para a instrução de ação penal e para a reparação cível do dano causado, há vários direitos que colidem a partir das exposições normativas e principiológicas acima. De um lado, há o princípio da publicidade, que deve guiar os atos da administração pública, dentre eles os processos administrativos no âmbito do Cade.

Em outra vertente, há o interesse tanto do órgão antitruste de manter a confidencialidade das informações referentes às investigações, dentre elas àquelas que envolvem a leniência e o TCC, a fim de maximizar a possibilidade de detecção e combate à cartéis, o que está intrinsecamente relacionado com o interesse público.

4.2. A ponderação de Direitos Fundamentais

Conforme demonstrado no tópico anterior, em síntese, a controvérsia consiste em um conflito entre o direito à publicidade e o direito ao sigilo, Direitos Fundamentais que abrangem as pessoas envolvidas tanto na negociação, quando na celebração de Acordos de Leniências e TCCs, de forma que é preciso ser analisada quais são as formas que permitem não só uma solução do conflito, mas também a concretização de ambos os direitos, sem o esvaziamento de um em favor de outro.

Porém, primeiramente, é necessário caracterizar esses direitos como fundamentais. Muito embora o direito ao sigilo do HC do TCC e da leniência não esteja

elencado como direito fundamental pela CF/88, Branco e Mendes explicam que:

Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser assim tidos, a depender do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição. A sua fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em vista da sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário. (2011, p. 194)

No caso, o direito ao sigilo está intrinsecamente ligado ao direito que os réus possuem de não produzir provas contra si, conforme o art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê como garantia judicial o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado. Por sua vez, a publicidade dos atos administrativos está prevista no art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal de 1988.

Assim, adota-se como premissa que o princípio da publicidade bem como o direito ao sigilo, aqui interpretado como uma derivação do direito de não produzir provas contra si mesmo, são direitos fundamentais.

Muito embora não seja incomum a afirmação de que os direitos fundamentais são universais e absolutos, a sua universalidade deve ser compreendida em termos (Branco, Mendes; 2011, p. 161), pois esses direitos podem sofrer limitações tanto por outros valores constitucionais quanto por outros direitos fundamentais (p. 162-163). Ou seja, esses direitos não são absolutos e estão sujeitos a limites em sua aplicação. (Barroso, 2012, pg. 356).

No caso, a colisão de direitos fundamentais ocorre quando se identifica um conflito entre o exercício de um direito individual por diferentes titulares, ou, ainda, entre direitos jurídicos do titular e bens da esfera pública ou da comunidade. No entanto, essa colisão só ocorre nos casos nos quais um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção do direito de outrem (Branco, Mendes, p. 266). No caso, o direito à produção de provas e à publicidade dos atos administrativos e processuais, dos quais são titulares os legitimados à propor as ações civis de reparação de danos, afeta o âmbito de proteção do direito ao sigilo dos Compromissários e Signatários.

Para solucionar esse choque, se apresentam diversas problemáticas teóricas, em especial as visões conflitantes quanto a forma de resolução desse impasse quanto a

aplicação desses direitos em casos concretos.

No campo teórico, diversos autores já se manifestaram quanto a forma mais adequada de se resolver problemas como o aqui exposto. A fim de delimitar o objeto de estudo, entendeu-se por bem estudar as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin para tratar o assunto, haja vista que “as doutrinas desses autores são utilizadas como marco teórico para o estudo dos princípios, geralmente com enfoque na interpretação constitucional” (Vale, p. 41), e, após o estudo, concluir por qual teoria deve ser adotada.

Muito embora ambos os autores entendam que toda a norma consiste em uma regra ou em um princípio (Vale, p. 68) e tratem da importância da diferenciação entre regras e princípios, a maneira com que ambos conduzem o seu texto é diferente quando ao resultado e forma.

Dworkin entende que, para resolver problemas como o que o presente trabalho enfrenta, deve ser feita a distinção entre princípios e regras, que seriam diferentes “quanto à natureza da orientação que oferecem” (2010, p. 39):

As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Caso duas regras entrem em conflito, “uma delas não pode ser válida” (p. 43). No caso, para saber qual delas prevalecerá, pode-se fazer uso de outras regras, “que dão procedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica (...) ou preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes.”

Já os princípios possuiriam uma dimensão de peso e importância que as regras não têm (2010, p. 42). No caso, isso consistiria em resolver um conflito entre princípios com base na força relativa de cada um (p. 43), haja vista não determinarem a decisão de forma absoluta, mas tão somente fornecerem fundamentos que devem ser julgados com outros fundamentos provenientes de outros princípios (Ávila, 2013, p. 48).

Alexy, por sua vez, explica que um campo comum entre regras e princípios (que em conjunto compõe a norma) “é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízes concretos

de dever-ser jurídico contraditórios”, se diferenciando pela maneira de solucionar esse conflito (2008, p. 92).

No caso de conflitos entre regras, a solução deve ser feita por meio da declaração de invalidade de uma delas ou pela introdução de uma cláusula de exceção, e para saber qual regra deve ser declarada inválida, pode-se fazer uso das regras que explicam que a lei posterior revoga a lei anterior, e que a lei especial revoga a lei geral. Já no caso de conflito entre princípios, um deles deverá ceder, sem que isso implique na declaração de invalidade do princípio pois um princípio terá “precedência em face do outro sob determinadas condições” (p. 93).

Em síntese, os “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (p. 94), de forma que a questão diz respeito a “sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder” (p. 97). Nesse caso, ainda que Dworkin rejeite a técnica de ponderação, Alexy adota a ideia de pesos dos princípios por ele apresentada.

Sobre o posicionamento de Alexy, Humberto Ávila explica que o autor:

(...) [A] pesar de atribuir importância à criação de exceções e de salientar o seu distinto caráter *prima facie*, define as regras como normas cujas premissas são ou não diretamente preenchidas e que não podem nem devem ser ponderadas. Segundo o autor, as regras instituem obrigações definitivas, já que não superáveis por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios colidentes.

Ainda sobre princípios, Alexy explica que “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade” (p. 116). Nesse aspecto, discorre que:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (p. 116-117)

No caso, a proporcionalidade está intrinsicamente ligada à definição de princípios, que, conforme visto, devem ser cumpridos na maior medida do possível (Vale, p. 70). Em relação aos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, André Rufino explica que:

Os subprincípios da adequação e da necessidade implicam que os princípios são mandatos de otimização com às possibilidades fáticas. Por outro lado, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito indica que os princípios são mandatos de otimização com relação às possibilidades jurídicas, é dizer, a medida de seu cumprimento depende dos princípios que jogam em sentido contrário. Trata-se, neste caso, de ponderação de princípios em conflito. (p. 70)

Adota-se, no presente trabalho, a visão de Alexy. Isso porque o juízo de ponderação se vincula à ideia de que as normas podem assumir a forma de princípios, motivo pelo qual podem ser mitigadas na intensidade de sua incidência sobre o caso concreto em momentos nos quais estão em conflito com outras normas, sem que isso impeça a sua validade jurídica (Branco, 2009, p. 146).

Além disso, a ponderação é indispensável nos casos em que “o cumprimento de um princípio significar o descumprimento do outro, ou seja, quando um princípio somente puder ser realizado à custa do outro princípio” (Vale, p. 70-71), que, conforme será visto, é o que ocorre na situação tratada no trabalho.

5. CENÁRIOS DIANTE DO COMPARTILHAMENTO DE DOCUMENTOS

A partir da problemática e do conflito dos direitos fundamentais envolvidos, e da proposta de análise por meio da ponderação proposta por Alexy para resolver a questão, analisa-se a seguir a controvérsia.

5.1. A controvérsia

No caso, trata-se de conflito entre o princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos e procedimentos judiciais e o direito ao sigilo, especificamente em relação ao compartilhamento de documentos referentes à leniência e ao TCC. Há, ainda, o dever de compartilhamento de documentos com o Poder Judiciário e o direito de produção de provas por parte tanto do MP quanto dos legitimados a propor ações de

reparação de danos na esfera cível.

De um lado, o princípio da publicidade permeia todos os atos da Administração Pública, conforme previsões constitucionais e infralegais, de forma que o acesso restrito ou sigiloso dos mais diversos dados configuram uma exceção. De outro lado, o direito à confidencialidade é conferido e resguardado pela Lei n. 12.529/11, pelo RICade e por cláusulas dos acordos celebrados, bem como a lei de acesso à informação prevê como hipótese de exceção a concessão de sigilo caso necessário para manter as atividades de inteligência e investigação.

Porém, conforme já estudado, ainda que exista a previsão de confidencialidade, que configura uma das exceções à regra de acesso público, ela cria obstáculos diretos ao direito de produzir provas para instruir as ações de reparação de danos.

Ademais, a quebra da confidencialidade com relação ao Signatário do Acordo de Leniência ou Compromissário do TCC pode expô-lo isolada e antecipadamente em relação aos demais coautores da conduta anticompetitiva que não colaboraram com o Cade, e pode expor também informações concorrencialmente sensíveis, tais como segredos comerciais. Por outro lado, com relação à investigação do Cade, a quebra da confidencialidade pode inviabilizar a coleta ulterior de evidências sobre o cartel, por meio, por exemplo, de uma busca e apreensão (Cade, 2016e).

Além dos direitos individuais de Compromissários e Signatários, destaca-se o direito público envolvido. Tendo em vista que a leniência é um dos principais instrumentos de detecção e de consequente combate a cartéis, e que um dos objetivos da repressão de abuso de poder econômico envolve essa atividade desenvolvida pelo Cade, ações que coloquem em risco a efetividade do Programa de Leniência podem ser compreendidas como mecanismos que vão diretamente de encontro à ordem constitucional brasileira. No caso, a confidencialidade “visa justamente a resguardar os incentivos das partes em buscar ambos os instrumentos [leniência e TCC] considerados pilares da persecução pública a cartéis no País” (Cade, 2016e).

Nesse sentido, a *International Competition Network*, em seu “*Anti-cartel enforcement manual*”, elenca que as autoridades antitruste devem salvaguardar os incentivos dos Programas de Leniência, sendo um deles a certeza de que o colaborador não vai se colocar em desvantagem pela sua colaboração. Ainda, a exposição a ações de reparação de danos e a ausência de uma política de confidencialidade são tratadas como

problemas que geram a inibição dos colaboradores.

Observa-se, ainda, que a confidencialidade das informações e dos documentos consubstancia-se tanto em um direito quanto uma obrigação do proponente dos acordos, já que o acesso indevido a documentos e informações pode gerar prejuízos irreversíveis, não apenas às partes, mas também à investigação do cartel e ao Programa de Leniência e de TCC do Cade como um todo.

Ainda, especialmente no que tange à efetividade dos Programas de Leniência e de TCC, a quebra da confidencialidade pode macular a confiança na capacidade da agência antitruste em proteger tais informações e documentos, prejudicando a descoberta e a persecução de novos cartéis que continuem a ser implementados no país, causando prejuízos à economia. Ou seja, é compreensível a preocupação, por parte do Cade, de que o compartilhamento de documentos acarrete a diminuição da celebração de acordos de leniências e homologação de TCCs.

No entanto, mister destacar que o impedimento ao acesso do teor dos documentos referentes à leniência e ao TCC impacta diretamente a instrução das ações de reparação de danos, comprovação da extensão do dano causado pelo cartel, e, conseqüentemente, o sucesso por parte daquele que propõe a ação civil.

Logo, é fundamental encontrar a adequada medida entre a proteção dos documentos e informações oriundos de Acordos de Leniência e TCC a fim de manter a sua atratividade, e o fomento ao ajuizamento das ARDC no Brasil. (Cade, 2016e)

5.2. O posicionamento do STJ

Conforme constatado no capítulo do três do presente trabalho, o conflito referente ao compartilhamento já existia desde a primeira ação de reparação de danos por cartel, ainda que insipiente.

Por esse motivo, foi dado maior destaque para a recente manifestação do STJ no REsp n. 1.554.986-SP, em razão de ser a única decisão do referido tribunal sobre o tema. No caso, o recurso foi julgado no âmbito da ação de reparação de danos materiais proposta pela empresa Electrolux do Brasil S.A. em face das empresas Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A., em razão de prejuízos causados por estas empresas pela venda de compressores com sobrepreço em razão da prática de cartel.

Ainda na 1ª instância, após o pedido feito pela Electrolux de expedição de

ofícios ao Cade, SDE e ao Juízo da 3ª Vara da Comarca de São Carlos – SP, a fim de serem produzidas provas documentais e periciais, o juízo de primeiro grau se manifestou no sentido de que “as provas colhidas pelo CADE e SDE dizem respeito à tutela geral da concorrência, defendendo a livre concorrência como direito difuso, ao contrário do interesse privado dos autos” (p. 77).

Diante dessa decisão, a Electrolux interpôs agravo de instrumento, ao qual se deu provimento parcial, o que acarretou um novo questionamento tanto da Electrolux, bem como manifestação da Whirpool e da Brasmotors. No caso, estas alegaram que o acordo firmado entre as partes e o Cade é sigiloso, motivo pelo qual o pedido não poderia ser deferido e os ofícios requeridos pela Electrolux não deveriam ser expedidos, haja vista que o teor do acordo não poderia ser franqueado à Electrolux”.

Posteriormente, a Whirpool e a Brasmotors propuseram medida cautelar para conferir efeito suspensivo ao recurso interposto, a fim de suspender o envio de ofícios e posterior disponibilização nos autos de documentos referentes ao Acordo de Leniência.

Inicialmente, o Ministro relator deferiu o pedido liminar por entender que:

Os termos do acordo de leniência e a identidade do signatário são sigilosos. Essa postura tem origem na necessidade de preservar a confidencialidade do acordo de leniência (...). O acesso irrestrito às informações obtidas em razão do acordo de leniência pode gerar prejuízos irreversíveis à investigação do cartel em questão e ao programa de leniência como um todo, na medida em que gerará um forte desestímulo à procura pelo programa, privando o combate a cartéis no Brasil de uma das suas mais importantes ferramentas. (MC n. 24.408/SP, p. 506-507)

Em posterior análise de mérito, o julgado dá especial atenção à extensão do sigilo que resguarda os Acordos de Leniência no que tange as ações civis de reparação de danos. Muito embora tenha sido reconhecida a importância do sigilo, o Relator asseverou que este não poderia ser absoluto, devendo sempre condizer com o motivo pelo qual é concedido.

No caso, o Ministro-Relator destacou que o art. 207 do RICade²³ protege apenas a identidade do Signatário, mas que o óbice ao livre acesso ao conteúdo do acordo em si

²³ Nos termos do art. 207 do RICade: 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.

e aos documentos e informações a ele vinculados não só não possui respaldo legal, como também é desproporcional, pois impede que terceiros afetados pela conduta anticompetitiva busquem a reparação de danos, *in verbis*:

Em síntese, o sigilo do acordo de leniência não pode se prostrar no tempo indefinidamente, sob pena de perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao signatário do acordo de leniência favor não assegurado pela lei (p. 13).

O Ministro também destacou que o benefício concedido pelo Programa de Leniência é restrito tão somente às esferas administrativa e penal, não se propagando ao âmbito do direito civil. Explicou, ainda, que o dever de colaboração com o Judiciário é imposto a todos.

Pelos motivos expostos, o Ministro entendeu que a publicidade deve ser a regra, sendo o sigilo a exceção, de forma que:

O dever de resguardar o sigilo das investigações já se exauriu no momento em que concluídos os trabalhos de instrução do procedimento administrativo, de modo que se impõe a observância da regra geral do dever de colaboração com o Poder Judiciário. (p. 15)

Assim, concluiu que não haveria obstáculos para o Judiciário obter acesso aos documentos referentes à leniência, e que os documentos que contêm informações comerciais sensíveis deverão ser analisados pontualmente pelo juízo competente.

Quanto a possível alegação de que os documentos compartilhados teriam natureza de prova emprestada, explicou que os documentos seriam incorporados aos autos não com valor de prova, mas sim “como elementos sujeitos ao amplo contraditório” (p. 16).

Por fim, reconheceu a importância dos documentos para a instrução da ação de reparação de danos e a inexistência de óbice que pudesse prejudicar a sua disponibilização nos autos, inclusive em razão de a ação tramitar originalmente sob proteção do sigilo processual, negando, então, o provimento do recurso interposto pela Whirpool e pela Brasmotors.

5.3. A ponderação e a proporcionalidade como fator de solução do conflito

Para que seja feita a análise da colisão de direitos por meio da proporcionalidade, bem como para analisar criticamente o julgado supracitado, defende-se ser necessário distinguir o compartilhamento de documentos no âmbito das ações cíveis daquele que ocorre nas ações penais.

Isso porque, teoricamente, as justificativas para o compartilhamento dos documentos e do HC seriam diferentes não só a depender da natureza do processo (cível ou penal), como também em razão do interesse tutelado em cada ação, que, em tese, é distinto.

5.3.1. Ações Penais

Nas ações penais, trata-se de compartilhamento de documentos com o MP para proposição de ação penal contra pessoas físicas, motivo pelo qual envolve, além do direito ao sigilo e à publicidade, interesse público, em uma ação na qual o MP atua para defender bens jurídicos tutelados e protegidos pelo ordenamento, quais sejam, os ditames constitucionais da livre concorrência, previstos no art. 170, da Constituição Federal, e na Lei n. 8.137/90.

Como se trata de lesão a um interesse difuso, cujo titular é a coletividade, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 12.529/11, a ação punitiva do Poder Público não objetiva uma reparação ou compensação, mas sim uma intimidação que visa à cessação de uma prática, tendo a sanção, seja ela penal ou administrativa, um sentido ostensivamente dissuasório (Júnior, 2013, p. 16).

Ainda, o art. 378 do Código de Processo Civil é claro ao determinar que “[n]inguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” e, no mesmo sentido, há a previsão do art. 11, X, da Lei n. 12.529/11, que elenca a prestação de informações sobre o andamento dos processos e a possibilidade de fornecer cópias dos autos ao Poder Judiciário sempre que solicitado, para instruir ações judiciais, como competências dos Conselheiros do Tribunal Administrativo do Cade.

Assim, entende-se ser razoável o compartilhamento dos documentos, haja vista que (i) não há previsão legal que isente o Cade de prestar informações ao Judiciário e ao MP; (ii) a ação do MP envolve direito público.

No entanto, o uso da proporcionalidade determina que não pode ocorrer o esvaziamento de um direito em detrimento de outro, que, no caso, seria o esvaziamento do direito ao sigilo em favor da publicidade, pois a solução deve “comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito)” (Mendes e Branco, 2011, pg. 210).

Desse modo, nesses casos, entende-se ser razoável o compartilhamento dos documentos, com a ressalva de que o MP também deve manter a sua confidencialidade, tanto em razão dos direitos dos réus, quanto para preservação da estrutura de incentivos dos programas de leniência e TCC.

No caso, a razão de ser do sigilo seria a proteção dos incentivos dos programas de leniência e TCC, para possibilitar um efetivo combate a cartéis. Porém, a partir do momento no qual se impede o acesso do MP e dos entes privados a essas provas, é possível que isso diminua a efetividade do combate a cartéis por parte do Cade.

Dessa forma, o compartilhamento, se realizado de acordo com as colocações acima, preservaria o núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos, bem como estaria em consonância com o entendimento do STJ

5.3.2. Ações cíveis

Inicialmente, pensou-se que, nas ações cíveis, tratar-se-ia de compartilhamento de documentos com ente privado, que objetivaria atender interesses individuais daqueles lesados por um cartel. Assim, uma leitura superficial levou ao entendimento de que o compartilhamento envolveria somente o direito de produção de provas da parte autora da ação de reparação de danos, verificando-se, em tese, que não haveria obrigação legal do Cade de compartilhar documentos nesses casos.

No entanto, em pesquisa mais aprofundada, notou-se que parte da doutrina reconhece que a ação cível tem, sim, um caráter de interesse público. Isso porque muitas ações de reparação de danos acarretam, ao menos nos EUA, em multa pecuniária mais gravosa, possivelmente em razão dos *treble damages*²⁴. Exemplificativamente, a seguir está uma tabela elaborada por Bruno Maggi sobre a matéria (2010, p. 182-183):

²⁴ Bruno Maggi explica que o *treble damages* consiste no pagamento, pelo infrator, de um valor três vezes superior ao prejuízo sofrido por cada um dos agentes afetados pelo ilícito, nos termos do *Title 15, chapter 1*, parágrafo 15 (a) do *Clayton Act* (2010, p. 183).

CARTEL	INDENIZAÇÕES	MULTA (valor aproximado)	SOBREPREGO (mundial)
Cartel do ácido cítrico	US\$175 milhões	US\$ 105,4 milhões	30,77%
Cartel da Lisina	US\$ 70 milhões	US\$ 81,3 milhões	13,26%
Cartel da borracha	US\$ 268 milhões	US\$ 76,9 milhões	12,5% (apenas nos Estados Unidos)
Sorbates Direct Purchaser Antitrust Litigation	US\$ 96,5 milhões	US\$ 34,3 milhões	20,07%
Cartel das vitaminas	Entre US\$ 4,2 e US\$ 5,6 bilhões	US\$ 915 milhões	Vitamina B12: 40,9% Vitamina E: 36,82% Vitamina B5: 31,13% Vitamina C: 30,75% Vitamina B6: 29,8% Vitamina A: 28,9% Vitamina B2: 22,9% Vitamina B3: 15,67% Vitamina B1: 12,18% Vitamina D: 12,08%
Auction Houses Antitrust Litig. and Kruman v. Christie's International PLC	US\$ 552 milhões	US\$ 31,1 milhões.	-
Cartel dos explosivos comerciais	US\$ 113 milhões	US\$ 11,8 milhões	4% (apenas nos Estados Unidos)
Polyester staple (EUA e CA)	US\$ 47,16 milhões	US\$ 24,4 milhões	-
Diamonds, Industrial, US	US\$ 5,78 milhões	US\$ 3,2 milhões	3%
Fontes: LANDE, Robert H. and DAVIS, Josh Paul. <i>Benefits from antitrust private antitrust enforcement: Forty individual case studies.</i> (Março, 2008). Disponível on-line em SSRN: http://ssrn.com/abstract=1105523 . CONNOR, John e HELMERS, Gustav. <i>Statistics on modern private international cartels, 1990 – 2005.</i> AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE, <i>Working paper No. 07-01.</i> Disponível on-line em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=944039#PaperDownload .			

A tabela acima demonstra que o montante pago pelos infratores na esfera cível é similar ao montante pago a título de multa pela prática de cartel.

Tendo em vista que uma sanção grave impacta diretamente no incentivo ao

cometimento de ilícitos (Becker, 1974)²⁵ e que o *enforcement* privado altera esses incentivos, o ajuizamento de ações privadas de indenização passa a envolver, ainda que em menor grau que a leniência, o interesse público.

Nesse sentido, o ressarcimento dos danos por meio de contribuição diária não deve ser interpretado somente como uma reparação privada, mas sim reconhecido que a indenização tem as características de uma pena. Isso porque, se valor a ser ressarcido é razoável, “a relação comutativa prejuízo/indenização no processo privado com base na lei antitruste é assimilada a prejuízo/pena” (Júnior, 2013, p. 25). Essa é a justificativa usada pela doutrina e jurisprudência internacional ao tratar da relevância “do *enforcement* privado como desencorajamento ancilar”. (2013, p. 25).

Ademais, essas ações estão em concordância com a legislação de direito da concorrência, que não só prevê em seu texto a possibilidade de proposição de ações cíveis, como também tem por objetivo salvaguardar a livre concorrência e reprimir o abuso de poder econômico.

Nesse sentido, entende-se ser acertada e alinhada com a ordem constitucional a decisão proferida pelo STJ no REsp n. 1.554.986-SP quanto ao deferimento do compartilhamento de documentos para instrução de ação cível.

5.4. Do posicionamento do Cade

Pouco se discutia na academia e no âmbito do Cade como o compartilhamento de documentos sigilosos deveria ocorrer independentemente da justificativa que motivava os pedidos. Muito embora existissem pedidos de acesso tanto do MP quanto de entes privados, somente com a decisão proferida pelo STJ que restou demonstrado que o compartilhamento e o acesso aos documentos seria inevitável.

A referida decisão demonstrou, de forma inequívoca, que o Cade não mais poderia ser indiferente aos problemas que envolvem o compartilhamento de documentos.

²⁵ De acordo com Becker, os criminosos são agentes racionais que calculam as vantagens e desvantagens, ou seja, os benefícios, de praticar ou não a conduta ilícita. Nesse sentido, Coleman relata que uma das motivações para o cometimento de uma infração é a oportunidade, que diz respeito ao sopesamento entre o quão grande poderá ser o lucro e quão danosa poderá ser a punição (1995 Apud Amaral e Shikida, 2012, p. 304-305). Esses conceitos, que constituem a base para análise econômica do crime, aplicados ao *enforcement* privado em casos de cartel, quão mais alto o valor das multas aplicadas pelas autoridades e indenizações a serem feitas, menor será a vantagem de se cometer o crime, o que levaria, portanto, a diminuição de agentes que praticam cartel.

Por esse motivo, a decisão daquela corte gerou um desconforto na autoridade concorrential, haja vista que, a depender das consequências da decisão, os Programas de Leniência e TCC poderiam ter a sua eficácia comprometida.

A partir dessa situação, o Cade apresentou uma célere resposta, por meio de elaboração de minuta de resolução sobre a matéria, que foi submetida ao crivo público por meio da Consulta Pública n. 05/2016, no dia 07 de dezembro de 2016, na 96ª Sessão Ordinária de Julgamento do Tribunal.

Há, ainda, a exposição de motivos da necessidade de edição e homologação de uma futura resolução, bem como a Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/CADE, elaborada com supervisão do Superintendente-Geral do Cade, que também assinou o documento, que trata da necessidade da resolução e do panorama do compartilhamento de documentos e responsabilização do Signatário e Compromissário em outras jurisdições.

No caso, a proposta de resolução prevê as hipóteses de sigilo, bem como a maneira pela qual as informações devem ser solicitadas, dizendo a exposição de motivos que “os documentos e informações de acesso restrito referidos no art. 1º que forem considerados relevantes para a formação do entendimento do Plenário poderão se tornar públicos” (2016f, p. 9).

No entanto, mesmo após o julgamento do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica pelo Tribunal, pretende-se que o sigilo seja mantido, dentre outras hipóteses, em relação ao HC e seus aditivos elaborados no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC.

A fim de resguardar as investigações ainda em curso na SG/Cade, também foi sugerido que ocorresse a suspensão de processos judiciais ou extrajudiciais diante dos processos administrativos. De acordo com a exposição de motivos, um processo administrativo aguarda em média um ano para ser julgado pelo Tribunal após a distribuição do caso ao Conselheiro Relator, de forma que, para resguardar a atratividade das ações negociais, a medida seria proporcional (2016f.).

Ainda referente às ações de reparação, destacam-se duas medidas propostas que pretendem estimular o ajuizamento de ações. A primeira trata do tratamento prioritário a terceiros que busquem acesso a documentos do Cade, caso esses documentos objetivem o ajuizamento posterior de ações de indenização. A segunda diz

respeito ao uso da decisão condenatória do Tribunal como título executivo extrajudicial e prova *prima facie* da existência da conduta e do dano, a fim de facilitar o ajuizamento das ações civis. Dessa forma, as partes lesadas que porventura tiverem interesse em ajuizar ações, precisariam provar somente a extensão do dano e do nexo causal²⁶.

Em relação às ações penais, a resolução sugere uma maior participação pelo MP, que terá amplo acesso à documentação.

Por fim, para preservar os Signatários da leniência e, conseqüentemente, o Programa de Leniência em ações de reparação cível, a exposição de motivos prevê como solução o envio de proposta legislativa de alteração do art. 47, da Lei n. 12.529/11, a fim de que o signatário também esteja resguardado nas ações cíveis de forma similar à proteção a ele conferida nas ações penais.

5.5. A ponderação de princípios no compartilhamento de documentos

Diante da exposição do entendimento do Cade e do Poder Judiciário, bem como traçada a necessária diferenciação entre as ações penais e cíveis, passa-se a análise da controvérsia que envolve o compartilhamento de documentos através da ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos.

De acordo com o posicionamento professado nos termos da exposição de motivos para a edição de resolução sobre acesso a documentos sigilosos, nos termos da Consulta Pública n. 05/2016, notou-se, após pesquisa realizada, que o entendimento da Autoridade brasileira se assemelha àquele da Comissão Europeia.

No caso, a União Europeia já determinou que a análise deve ser feita por meio da ponderação entre o direito ao sigilo do Signatário da leniência, e dos demais representados de um processo em que venham a ser negociados acordos, e o interesse público, que pode impor, eventualmente, a divulgação dos documentos.

Assim, a solução daquele sistema normativo é que a Comissão Europeia proceda a uma análise concreta e individual, de modo a recusar o acesso aos documentos

²⁶ De acordo com a NOTA, diversos países adotam esse modelo, quais sejam: União Europeia, Reino Unido, Alemanha, Holanda, Austrália e Canadá. Ainda, foi explicado ainda que “em que pese tal proposta, ações autônomas continuariam a ser ajuizadas concomitantemente à investigação do Cade, independentemente do Inquérito ou Processo Administrativo, nos termos do próprio caput do art. 47 da Lei nº 12.529, de 2011.”

referentes à leniência²⁷. Pelo teor do texto da resolução proposta pela Autoridade concorrencial, percebe-se que, da mesma maneira que a Comissão Europeia, busca-se proteger o direito ao sigilo e recusar o acesso aos documentos da leniência, a fim de salvaguardar os incentivos do programa.

No caso *Pfeiderer*²⁸, o juízo de ponderação realizado foi ainda mais específico do que a ponderação de que trata o presente trabalho, tratando da proteção do sistema de combate a cartéis e do direito de reparação dos danos resultantes da violação das regras de direito da concorrência.

No entanto, o presente trabalho defende que esse posicionamento não deve prosperar, haja vista acarretar no esvaziamento do princípio da publicidade e do direito de produção de provas em favor do direito ao sigilo. O total esvaziamento ou anulação completa do princípio da publicidade implicaria na adoção do critério “tudo ou nada” proposto por Dworkin para solução de conflito de regras, o qual, conforme exposto no tópico 3.2, não se entende como apropriado, pois o ordenamento pátrio não admite direitos absolutos, e o sigilo não seria exceção à regra. No caso, “colisões dessa natureza apenas revelam que os valores tutelados pela Constituição não são absolutos e devem coexistir” (Barroso, 2012, p. 353).

Defende-se aqui a adoção da teoria de Alexy, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito, pois é necessário avaliar como contrapor e harmonizar a proteção e o âmbito de incidência de todos os direitos e princípios expostos acima, por meio dos princípios da ponderação, proporcionalidade ou razoabilidade, haja vista que o princípio da unidade da Constituição nega a existência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais (Barroso, 2012, pg. 358).

Assim, ainda que possa vir a ser considerado controverso e contrário ao entendimento que aparenta ser o majoritário das autoridades concorrenciais em geral

²⁷ O Regulamento n. 1049/2001 da Comissão Europeia, em seu art. 4º diz que: “O acesso a documentos, elaborados por uma instituição para uso interno ou por ela recebidos, relacionados com uma matéria sobre a qual a instituição não tenha decidido, será recusado, caso a sua divulgação pudesse prejudicar gravemente o processo decisório da instituição, exceto quando um interesse público superior imponha a divulgação. O acesso a documentos que contenham pareceres para uso interno, como parte de deliberações e de consultas preliminares na instituição em causa, será recusado mesmo após ter sido tomada a decisão, caso a sua divulgação pudesse prejudicar gravemente o processo decisório da instituição, exceto quando um interesse público superior imponha a divulgação.”

²⁸ No julgamento desse caso, o Tribunal “recusou determinar a divulgação dos documentos da leniência por considerar que a eficácia do programa de leniência poderia ser posta em causa se os requerentes de leniência temessem pela possibilidade de divulgação dos documentos que foram submetidos voluntariamente.” (Tavares, 2013, p. 41)

(em especial o do Cade), este trabalho defende que deve ocorrer o compartilhamento de documentos obtidos por meio do Acordo de Leniência e do TCC, ainda que apenas com acesso parcial ao seu teor e que sejam devidamente correlacionados ao objeto da ação privada, pois o direito ao sigilo não pode se sobrepor, indefinidamente, ao dever de publicidade, haja vista não existir sigilo de documentos com prazo indefinido.

De outro lado, a ponderação também deve ser realizada no caso concreto com o objetivo de evitar que, na tentativa de respeitar o direito à produção de provas e o princípio da publicidade, ocorra a situação contrária à de que se tratou acima, qual seja, um completo esvaziamento do direito ao sigilo.

Ademais, deve-se dizer que o Código Civil prevê que a indenização deve ser calculada na medida do dano causado²⁹, de forma que os documentos são necessários para realizar esse cálculo. Sendo a prática de cartel compreendida como uma conduta *per se*³⁰, o debate que ocorre na ação é justamente sobre extensão do dano causado, e não sobre se a conduta é ou não ilícita. Assim, entende-se ser extremamente gravosa a atual situação, que implica em barreiras à efetiva reparação (Júnior, 2013, p. 12).

Ainda, caso o Signatário seja o primeiro representado a ocupar o polo passivo de uma ação de reparação de dano, o ordenamento prevê o direito de regresso. Ou seja, caso o Signatário seja o primeiro a ser demandado em uma ação de reparação de danos, nada o impediria a usar o direito de regresso em face aos demais ocupantes do polo passivo do processo administrativo do qual resultou o Acordo de Leniência.

Em regra, os documentos referentes ao Acordo de Leniência e TCC não tratam apenas da conduta dos Signatários, mas também da dos demais participantes da conduta. Caso contrário, o Cade não teria evidências para formar o seu entendimento em relação aos indícios de infração ao art. 36 da Lei n. 12.529/11 e não procederia à instauração de processo administrativo.

Logo, também não deve prosperar, ao menos não em todo, o argumento de que o direito ao sigilo do Signatário da leniência deve prevalecer em razão de uma suposta posição de desvantagem, haja vista que ele já recebe o benefício na seara criminal.

²⁹ De acordo com o art. 944 do Código Civil, a indenização mede-se pela extensão do dano causado.

³⁰ O cartel é considerado como conduta *per se*, haja vista que a prova da existência de prática de cartel é suficiente para caracterizar o ilícito, que invariavelmente gera efeitos líquidos negativos sobre a concorrência (Schuartz, 2002, p. 119).

6 SUGESTÃO DE SOLUÇÃO: DA PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DA GARANTIA A REPARAÇÃO DE DANOS

Conforme visto, o posicionamento do Cade impede a concretização do princípio à publicidade, enquanto o posicionamento do STJ vai de encontro ao direito ao sigilo. Frisa-se que o foco dessa sugestão deve ser a ação cível de reparação, haja vista que a controvérsia referente a ação penal foi, ao que tudo indica, resolvida pela decisão do STJ e pela sugestão de resolução no tocante a essa matéria.

Diante desse impasse, é preciso encontrar um modelo que permita a realização da instrução da ação cível com instrumentos que não impeçam a conclusão dessa ação pelo risco da inexistência de provas aptas a comprovar o dano.

Assim, a proposta a seguir sugere que o Poder Judiciário proceda de forma que não precise dos documentos sigilosos para comprovar o efetivo dano causado, ou, ainda, a sua extensão.

Sabe-se que a OCDE entende que o sobrepreço causado pelos cartéis classificados como *hardcore*³¹ varia entre 10% e 20% (OCDE, 2002, p. 07). Esse é, inclusive, um dos critérios utilizado pelo Tribunal do Cade na dosimetria e cálculo da multa pecuniária, bem como pela SG/Cade em sede de negociação de TCC³².

Assim, não é descabido propor que o Judiciário adote o mesmo entendimento ao determinar a reparação de danos pelo Signatário e/ou pelo Compromissário, devendo o titular da ação demonstrar que foi afetado pelo cartel.

Um exemplo seria o sobrepreço cobrado em um produto. Se o titular da ação cível comprou um determinado número de produtos cujo preço foi objeto de um acordo anticompetitivo, a presunção seria que o sobrepreço foi de 10% a 20% do valor desse

³¹ De acordo com Luiz Fernando Schuartz, cartel *hardcore* é aquele que envolve práticas concertadas (como acordos para fixar preços de venda, dividir mercado em função de critérios geográficos, restrição de quantidades produzidas e ofertadas, entre outras), mas que não podem ser caracterizadas como secundárias ou colaterais, consistindo na mais alta violação do direito da concorrência, considerados como ilícitos *per se*. (2002, p. 119-120).

³² De acordo com o guia de TCC do CADE, “Via de regra, em casos de cartel clássico (ou cartel “hard core”), a referência inicial adotada pelo Cade na negociação do TCC é a aplicação de uma alíquota de 15% sobre a base de cálculo considerada, em consonância com as condenações mais recentes do Tribunal para esse tipo de conduta” (p. 27). A depender, porém, de certas atenuantes ou agravantes, além de outros fatores que levem em consideração os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia e dos critérios previstos no art. 45 da Lei nº 12.529/2011, essa alíquota poderá ser reduzida até o mínimo considerado pelo Cade como adequado para dissuasão desse tipo de conduta, em regra de 12%, ou elevada até o máximo previsto na lei, de 20%.

produto, sendo essa a porcentagem a ser usada no cálculo do dano que deve ser ressarcido.³³

Com isso, respeita-se o direito ao sigilo, o princípio da publicidade e não afeta a produção de provas ou a efetividade das ações cíveis de reparação de danos. Destaca-se, ainda, que essa proposta mantém a atual estrutura de incentivos dos Programas de Leniência e TCC sem acarretar na criação de novos benefícios legais, que, conforme visto, mesmo sem os benefícios da esfera cível tem um alto grau de efetividade.

A sugestão acima, ainda que adaptada, surgiu a partir da prática da Suprema Corte Alemã (BGH), que calcula o preço de um produto cartelizado com o preço do mesmo produto em um mercado relevante no qual o cartel não ocorreu, recorrendo ao conceito de mercado comparativo (Vergleichsmarktkonzept), o que permite que as ações de reparação de danos não utilizem os documentos da leniência (Júnior, 2013, p. 23).

Tendo em vista que a Alemanha é uma das jurisdições em que os tribunais mais têm limitado a divulgação de documentos oriundos de acordos de leniência (CADE, 2016e), essa foi uma solução que conseguiu usar a ponderação de forma a não esvaziar os princípios envolvidos, já que salvaguarda o sigilo de documentos provenientes de acordos sigilosos, e, ao mesmo tempo, atende a pretensão de busca de uma indenização, já que não é exigida uma certeza rigorosa na quantificação do dano, mas tão somente uma consideração aproximada e em média (Júnior, 2013, 27).

Tércio Sampaio explica que a adoção de um mecanismo mais próximo do sistema alemão não seria de todo inovador, haja vista já existir método equiparado usado para apurar a prática de dumping³⁴, quando a investigação da prática de preços superiores a preços de exportação no país exportador é realizada em países em que não há livre concorrência, caso no qual se recorre comparativamente a mercados livres em que o produto é comercializado.

No entanto, caso os Programas de Leniência e TCC sofram um revés, outra possibilidade, que inclusive pode ser adotada concomitantemente à primeira sugestão, é

³³ Muito embora o modelo proposto seja uma opção às propostas feitas pelo CADE, existe a possibilidade que o cálculo de sobrepreço de 10% a 20% não possa ser feito em casos de cartel nos quais não houve, necessariamente, acordo relacionados aos preços que seriam praticados ou uniformizados entre os concorrentes.

³⁴ Segundo Tércio Sampaio, dumping consiste na prática, pelo agente econômico, de “preço mais baixo no país importador que no país exportado” (2013, p. 26)

que o Judiciário, ao invés de impedir as ações de reparação de danos, conceda um determinado desconto no valor final da multa das empresas que efetivamente ressarciram os consumidores.

Da mesma forma que as ações negociais trouxeram inegáveis benefícios e aumento de eficiência na atuação do Cade, é possível, ainda, que o Poder Judiciário adote mecanismos de negociação para que, similar ao Reino Unido, exista um mecanismo de “reparação voluntária para facilitar o ressarcimento de danos concorrenciais (naquela jurisdição denominado “*voluntary redress scheme*”).

Trata-se de um plano de reparação de danos civis que dispensa os consumidores lesados de acionar o Judiciário, de modo que o participante do cartel que colaborar no âmbito da mediação terá reduzido o valor da multa imposta como forma de retribuir a parte disposta a indenizar os consumidores lesados.” (Cade, 2016e.). Ainda, isso não impediria a responsabilidade solidária de todos os coautores do ilícito, nos termos dos arts. 275³⁵ e 942³⁶ do Código Civil e no art. 7º, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor – CDC³⁷.

Diferentemente do exposto pelo Cade na Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/CADE, que defende a aplicação da responsabilidade individual, entende-se que a responsabilidade solidária é positiva, pois levaria o agente econômico que praticou a conduta a realizar um acordo com os consumidores da maneira mais célere possível, a fim de se eximirem de futuros processos.

Como o Signatário da leniência é o primeiro a reportar a conduta à autoridade concorrential, dessa forma haveria um incentivo para este agente ser, de igual forma, o primeiro a propor um acordo na esfera cível. Nesse sentido, seria interessante existir a previsão de recebimento de benefícios referentes a diminuição do valor final a ser pago a título de ressarcimento de danos.

Nesse sentido, cabe falar da situação alemã, onde esses acordos são considerados “como um “bônus” no cálculo da multa administrativa final (desconto de 15%)”

³⁵ De acordo com o art. 275: O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

³⁶ Nos termos do art. 942: Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

³⁷ Dispõe o parágrafo único do art. 7º do CDC: Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

(2016e). No caso, esse objetiva amortecer os custos do litígio no Judiciário e a assimetria de informações enfrentada pelos consumidores afetados, bem como a favorecer o beneficiário da leniência também no Judiciário, mas somente na medida de sua cooperação (Cade, 2016e). O mesmo poderia ser aplicado no Brasil com as devidas adaptações ao nosso sistema jurídico.

CONCLUSÃO

Esse trabalho analisou a constitucionalidade do compartilhamento de documentos entre Cade e Poder Judiciário, buscando analisar o confronto inicial entre os direitos fundamentais de sigilo de dados adquiridos pelo Cade em contraponto ao direito de publicidade que enseja o compartilhamento dos dados em relação a cartéis adquiridos com o MP para proposição de ações penais, e legitimados a instruírem ações cíveis de reparação de danos. A solução surge por meio da ponderação dos princípios no caso concreto e da proporcionalidade em sentido estrito, em consonância aos ensinamentos de Alexy.

Em relação à ordem constitucional, destacou-se a necessidade de resguardo não só da proteção dos direitos difusos que envolvem a ordem econômica no âmbito de combate a cartéis, mas também dos direitos e garantias fundamentais que envolvem o sigilo e o compartilhamento de documentos.

A hipótese foi testada por meio da análise do conflito entre os direitos contrapostos por meio da ponderação, utilizando como fonte os enunciados de Alexy. Inicialmente, elencou-se que o compartilhamento de documentos é possível, desde que ponderadas as particularidades de cada caso, do nível de sigilo das informações e da forma de compartilhamento no âmbito das ações penais e ações cíveis, devendo ser feita uma diferenciação entre a natureza da ação e daquele que requer o acesso aos documentos.

Em defesa da constitucionalidade do compartilhamento, está a previsão constitucional de publicidade dos atos processuais e o dever de colaboração com o judiciário. O direito de publicidade dos atos processuais corrobora com a tendência de cooperação entre órgãos públicos à luz da mudança de paradigma com a Lei n. 12.527/11, conhecida como Lei de Acesso a Informação, e o advento de vários acordos

de cooperação entre as instituições, bem como a Política de Dados Abertos à luz de normas regulamentadoras recentes, tal qual o Decreto do Poder Executivo Federal n. 8777/16.

Falou-se do direito dos legitimados a propor ação de indenização por danos causados pela prática de cartel de produzirem provas e instruírem as suas respectivas ações, haja vista que a indenização é feita a medida da extensão do dano. Os documentos são requisitados justamente para que seja calculado o montante a ser ressarcido.

Em contraponto, está o direito ao sigilo e o direito do investigado de não produzir provas contra si mesmo. O direito ao sigilo também encontra amparo constitucional, haja vista a política de repressão de abuso de poder econômico integrar parte chave do corolário da livre concorrência e da livre iniciativa no texto constitucional.

A manutenção do sigilo ao cumprir o previsto nos acordos firmados entre o Cade e os agentes de mercado garante os incentivos que levam à obtenção dos dados pela Autoridade da concorrência. Essas informações são elementos chaves para se desestabilizar cartéis e instruir devidamente as investigações de repressão a abusos de poder econômico.

Diante desse cenário, o STJ se manifestou no âmbito do REsp n. 1.554.986-SP, na qual decidiu que os documentos obtidos pelo Cade em sede de Acordo de Leniência e TCC deveriam ser compartilhado com a empresa que os requereu, para devida instrução de ação cível de reparação de danos.

Como o MP já participa da maior parte dos acordos e contratos com cláusulas de sigilo em nível administrativo no Cade, chegou-se ao entendimento que não existe, inicialmente, um conflito entre o Cade e MP com relação à compartilhamento de dados. Além disso, as ações penais envolvem diretamente o interesse público em razão do bem jurídico tutelado, qual seja, a livre concorrência.

Já as ações cíveis, suspeitou-se que, por envolver apenas interesses individuais daqueles que pretendem ingressar com pedidos de indenização, deveria prevalecer o direito ao sigilo, preservando, em sua totalidade, o Programa de Leniência. No entanto, após a pesquisa, entendeu-se que o *enforcement* privado da lei de defesa da concorrência envolve, ainda que em menor grau que a ação penal, interesse público.

Dessa forma, conclui-se ser acertada o voto professado pelo Ministro Relator do acórdão supracitado.

Diante disso, o Cade elaborou uma minuta de resolução acerca do compartilhamento de documentos oriundos de Acordos de Leniência e TCC. No caso, o órgão pretende manter o sigilo em relação ao HC referentes às ações negociais, com o objetivo de resguardar a eficiência desses programas de combate a cartéis. Ainda, almeja que seja realizada uma alteração legislativa, a fim de que a responsabilidade civil do Signatário da leniência seja limitada.

Por estarem de lados opostos, demonstrou-se que a solução para o conflito entre o direito ao sigilo e o direito à publicidade deve, necessariamente, respeitar o núcleo essencial dos direitos em análise, a fim de não afetar e esvaziar um princípio, para que não se aplique a proposta do “tudo-ou-nada” do conflito de regras proposto por Dworkin.

Assim, por meio da proporcionalidade em sentido estrito, entendeu-se que o compartilhamento de documentos deve ser permitido nas ações cíveis. No entanto, apesar de reconhecer que a publicidade deve ser consagrada, é preciso cautela nos casos concretos para não esvaziar o direito ao sigilo e, conseqüentemente, inviabilizar a efetividade dos Programas de Leniência e TCC do Cade.

O trabalho apresentou uma proposta que busca solucionar esse impasse, através do uso, pelo Poder Judiciário, da presunção de sobrepreço de 10% a 20% nos produtos e serviços cartelizados, margem essa que segue os estudos da OCDE sobre o assunto. Dessa maneira, não seria preciso fazer uso dos documentos para comprovar a extensão do dano que deve ser pago a título de prejuízos causados.

Por fim, ainda é possível que o Poder Judiciário estabeleça mecanismos de negociação para facilitar a reparação voluntária dos danos causados por agentes econômicos, podendo ser adotado, inclusive, um sistema de descontos progressivos aos primeiros interessados em proceder com a reparação voluntária pelos danos causados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Editora Malheiros, 2012.

AMARAL, Thiago Bottino do; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. **Análise Econômica do Crime**. In Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 296-317

ANDRADE, Diogo Thompson de. **A Lei 12.529/11 e o combate a cartéis no Brasil: avanços e perspectivas**. In A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência. Org. Vinícius Marques de Carvalho. São Paulo: Singular, 2015. 271-286.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14 ed. Editora Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3 ed. Editora Saraiva, 2012.

BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. *Journal of Political Economy*. 1974. P. 1-45. Vol. 76, n. 1. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625>>.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Último acesso em 27 de janeiro de 2017.

_____. **Lei 8.078, de 11 de abril de 1980**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Último acesso em 27 de janeiro de 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Último acesso em 27 de janeiro de 2017.

_____. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto do San José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Último acesso em 13 de junho de 2016.

_____. **Decreto n. 8.777, de maio de 2016.** Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8777.htm>.

Último acesso em 08 de novembro de 2016.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Balanco 2016.** Janeiro/2017. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apresenta-balanco-de-suas-atividades-em-2016/apresentacao-balanco-2016.pdf>>. (2016a)

_____. _____. **Consulta Pública n. 05/2016.** Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?2fRihewEob7Xqr4fBmvrV7i-xnNe4zriqzhQUXtG1BIDxTue0Wf4VyP_pNdrTBbz2QNdk1nr5mC8L5ZgT80FIw>. (Cade, 2016b)

_____. _____. **Guia: Termo de Compromisso de Cessaçao para casos de cartel.** Janeiro/2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Guia%20TCC%20-%20Vers%C3%A3o%20Atual.pdf>>. (Cade, 2016c)

_____. _____. **Guia: Programa de leniência antitruste do Cade.** Janeiro/2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. (Cade, 2016d)

_____. _____. **Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – RICADE.** Disponível em: <[file:///C:/Users/a/Downloads/RICADE%20-%20sem%20marcas_25_mai_2016_final-Res%2015%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/a/Downloads/RICADE%20-%20sem%20marcas_25_mai_2016_final-Res%2015%20(2).pdf)>. Último acesso em 27 de janeiro de 2017.

_____. _____. **Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE.** Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg>. (Cade, 2016e)

_____. _____. **Exposição de motivos da Consulta pública n. 05/2016.** Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN->

n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg>. (Cade, 2016f)

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Último acesso em 12 de junho de 2016.

_____. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011,** que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Último acesso em 20 janeiro de junho de 2017.

_____. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Lei de acesso à informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Último acesso em 12 de janeiro de 2017.

_____. **Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Último acesso em 14 de dezembro de 2016.

_____. Receita Federal do Brasil. Portaria RFB n. 1384, de 09 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=77256>>. Último acesso em 27 de janeiro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.554.986 – SP.** Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Terceira Turma. 08/03/2016, DJe 05/04/2016.

CAIXETA, Débora. **O cartel, o dano e a responsabilidade civil: ação civil pública como mecanismo de execução privada do direito concorrencial.** Brasília, 2012.

CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: a Busca pela Efetiva Reparação de Danos.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10470>>. Último acesso em 12 de janeiro de 2017.

CARVALHO, Vinícius Marques de. **Defesa da concorrência: estudos e votos.** São Paulo: Singular, 2015.

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; CARVALHO, Vinícius; CORDOVIL, Leonor. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei**

12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste.** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GALVANI, Marina Sampaio. **A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial.** In *Ideias em Competição – 5 anos do prêmio IBRAC-TIM.* São Paulo: Editora Singular, 2015. P. 457–477.

GOMES, Carlos Jaques Vieira. **Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste.** Porto Alegre: Fabris, 2004.

HILBRECHT, Ronald O. **Uma introdução à Teoria dos Jogos.** In *Direito e Economia no Brasil.* Org. Luciano Benetti Timm. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

International Competition Network. Chapter 2 – Drafting and implementing an effective leniency policy. In *Anti-cartel enforcement manual.* Abril de 2014. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>. Último acesso em 20 de janeiro de 2017.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira.** In *Revista de Defesa da Concorrência*, p. 11-31. Novembro 2013, Vol. 1, n. 2. Disponível em: <file:///C:/Users/a/Downloads/75-415-3-PB.pdf>. Último acesso em 25 de janeiro de 2017.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil.** Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010. Disponível em: [file:///C:/Users/a/Downloads/Bruno Oliveira Maggi Dissertacao O cartel e seus efeitos no.pdf](file:///C:/Users/a/Downloads/Bruno%20Oliveira%20Maggi%20Dissertacao%20O%20cartel%20e%20seus%20efeitos%20no.pdf).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6 ed. Editora Saraiva, 2011.

Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento – OCDE. **Relationship between public and private antitrust enforcement.** 15 de junho de 2015. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En). Último acesso em 22 de janeiro de 2017.

Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento – OCDE. **Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws.** 09 de abril de 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>>.

RIBAS, Guilherme Corvo Favaro. **Processo administrativo de Investigação de cartel.** São Paulo: Singular, 2016.

SCHERTEL, Francisco. RUFINO, Victor Santos. **Evolução das normas sobre TCCs em cartéis após a Lei 12.529/11.** In A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência. Org. Vinícius Marques de Carvalho. São Paulo: Singular, 2015. 425-435.

SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. **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.** In Ideias em Competição – 5 anos do prêmio IBRAC-TIM. São Paulo: Singular, 2015. P. 433–455.

TAVARES, Mariana Conceição. **A proteção dos documentos de leniência no âmbito de ações de indenização por violação das regras de concorrência na União Europeia.** In Revista de Direito da Concorrência, p. 32-44. Novembro de 2013, Vol. 1, n. 2. Disponível em: <<file:///C:/Users/isabela.maiolino/Downloads/87-416-2-PB.pdf>>. Último acesso em 27 de janeiro de 2017.

VALE, André Rufino. **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais.** Editora Saraiva, 2009.